

Universidade do Rio Grande do Sul

Revista da Faculdade de Direito

de

PÔRTO ALEGRE

—
Anais do
Congresso Jurídico
Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade

—
Vol. I

1951

Ano III

N.º I

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
PÓRTO 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 (1.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 Estrella — 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).
João 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. Euclides Henriques de Castro**

Universidade do Rio Grande do Sul

Revista da Faculdade de Direito

de

PÔRTO ALEGRE

Anais do
Congresso Jurídico
Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade

Vol. I

1951

Ano III

N.º I

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

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

Toda a correspondência deve ser dirigida à Faculdade de Direito de
Pôrto Alegre, Av. João Pessoa — Pôrto Alegre
As colaborações são solicitadas.



Edifício em que funciona a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, cujo cinquentenário foi solenemente comemorado em 1950, com a realização do Congresso Jurídico Nacional.

INDICE GERAL DA MATÉRIA CONTIDA NOS 3 VOLUMES

1.º volume

	Vol.	Pág.
Apresentação	I	5
Temário	I	7
Regulamento interno	I	9
Sessão solene inaugural	I	13
Abertura dos trabalhos pelo Prof. Waldemar Martins Ferreira	I	13
Discurso do Prof. José Salgado Martins	I	14
Discurso do Prof. Darcy Azambuja	I	20
Discurso do acadêmico Werter Faria	I	32
Discurso do Prof. Júlio César Bonazzola	I	34
Discurso do Governador Walter Jobim	I	37

1.ª SECÇÃO

(Direito Romano, Direito Canônico e História do Direito)	I	41
Velhas experiências e novas doutrinas jurídicas — Gaetano Sciascia	I	41
Sobre a Lei Rhodia “de jactu” — Alexandre Augusto de Castro Corrêa	I	52

2.ª SECÇÃO

(Direito Civil, Direito Civil Comparado e Direito Inter- nacional Privado)	I	59
Unidade de ato no testamento conjuntivo — Armando Dias de Azevedo	I	61
Os contratos de adesão e a legislação superveniente — Carlos Roça Vianna	I	74
Criação da cadeira e de um Instituto de Direito Civil Comparado — Magdalena Londero	I	99

3.ª SECÇÃO

	Vol.	Pág.
(Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado).....	I	105
Conferência do Professor Waldemar Ferreira.....	I	107
O centenário do Código Comercial do Brasil — Waldemar Ferreira	I	126
O Código Comercial no século — Hernani Estrella.....	I	149
O Código Comercial, o regulamento de 737 e Mauá — Vicente Russomano	I	213
Centenário del Código de Comercio brasileiro — Sagunto P. Pérez Fontana	I	225
O Direito Comercial e a sua unidade — Adamastor Lima..	I	234
Sociedad de responsabilidad limitada — Oswaldo J. Stratta	I	248
Limitação da responsabilidade do comerciante individual — Antonio Martins Filho	I	284
Actos de comércio — Waldemar Arecha	I	339
Algunas cuestiones mercantiles ante el derecho — Salvador R. Perrotta	I	348
Necessidade da unidade de critério na sub-rogação legal, em face do Direito Civil e Direito Comercial — Ernesto Martins Vieira	I	362
Código de Obrigações — Ernesto Martins Vieira.....	I	368
Compra e venda mercantil e duplicata — Paulo Barbosa Lessa	I	374
Contra quem deve ser protestado o Título Cambial — Oscar Martins Gomes	I	403
O Balanço nas sociedades por ações como fator de segurança — Júlio Paulo Wanner.....	I	412
Bolsas de valores mobiliários — Estrutura e natureza jurídica — José Baptista Neto	I	443
Averia comum — M. Sivori e J. C. Bonazzola.....	I	455

2.º volume

4.ª SECÇÃO

(Direito Penal, Criminologia e Medicina Legal).....	II	473
A legítima defesa — Luís Jimenez de Asúa	II	475
Da necessidade de incluir-se a cadeira de criminologia no curso de bacharelado — Napoleão Lyrio Teixeira.....	II	496
A responsabilidade criminal em termos de compreensão — Rubens Sant'Anna	II	504
Da pena de morte e da necessidade de sua proscricção — Erico Mackel Filho	II	520

Vol. Pág.

A recuperação social dos delinquentes — Gláucia Maciel Corrêa Meyer Russomano	II	554
---	----	-----

5.ª SECÇÃO

(Direito Judiciário Civil e Direito Judiciário Penal)....	II	581
Das modernas diretrizes do Processo Civil — Eduardo J. Couture	II	583
A ação rescisória de rescisória no Direito Brasileiro — Galeno Lacerda	II	596
Extensão da ação declaratória — Galeno Lacerda.....	II	604
Caráter civil da prescrição das dívidas públicas passivas e de origem fiscal — Galeno Lacerda	II	613
Algumas das restrições inconstitucionais à competência do júri — Angelito A. Aiquele	II	629

6.ª SECÇÃO

(Teoria Geral do Estado, Direito Internacional Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo)....	II	653
Representação e partidos políticos — Darcy Azambuja....	II	655
O caráter hodierno da representação política — Paulino Jacques	II	664
O problema da elaboração legislativa — Rosah Russomano de Mendonça Lima	II	682
Federação e Parlamentarismo — Paulo Brossard de Souza Pinto	II	702
A revisão das Leis Orgânicas Municipais pela Assembléa Legislativa — Arno Schilling	II	731
Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis — Alcides de Mendonça Lima.....	II	785
O contróle da constitucionalidade das leis na actual constituição francesa — Magdalena Londero	II	824
Direito administrativo e direito privado — Ruy Cirne Lima	II	841
Natureza jurídica da concessão do serviço público — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello	II	860

3.º volume

7.ª SECÇÃO

(Introdução à Ciência do Direito e Filosofia do Direito)	III	901
O método no direito — José Salgado Martins.....	III	905
Justiça (Um critério para o legislador) — Bruno de Mendonça Lima	III	930

	Vol.	Pág.
Influência de Kant na filosofia do direito — Delfim Mendes Silveira	III	958
A filosofia do direito no ensino jurídico — Paulo Dourado de Gusmão	III	969

8.ª SECÇÃO

(Economia Política, Ciência das Finanças e Ciência da Administração)	III	974
Pagamento sob protesto dos tributos ilegítimos — Walter Schneider	III	974
O enriquecimento sem causa e as restituições tributárias — Walter Schneider	III	981

9.ª SECÇÃO

(Direito Industrial e Direito do Trabalho)	III	991
A regulamentação do contrato de trabalho dos empregados do comércio nos Códigos Mercantis — Aderbal Frêire	III	998
Indicações sobre direito trabalhista (Incorreta a denominação "Contrato de Trabalho") — Félix Manuel Woelflin e Alfredo J. Ruprecht	III	1 021
Indicações sobre Direito Trabalhista (Toda relação jurídica emergente do trabalho como atividade humana deve ser regida por normas do Direito do Trabalho) — Félix Manuel Woelflin e Alfredo J. Ruprecht	III	1 029
A prescrição no Direito do Trabalho — Mozart Victor Russo	III	1 033
Indicações sobre o Instituto Trabalhista das "férias" — Mozart Victor Russo	III	1 059
Ruy e o Direito do Trabalho — Dario de Bittencourt	III	1 079
Sessão solene de encerramento do Congresso Jurídico	III	1 091
Discurso do Prof. Edgar Luis Schneider	III	1 091
Discurso do Prof. Magdaleno Girão Barroso	III	1 097
Discurso do Prof. Júlio César Bonazzola	III	1 101
Palavras proferidas de improviso pelo Prof. José Salgado Martins , encerrando o Congresso	III	1 106

Esta Revista sente-se desvanecida em acolher e dar divulgação aos anais do Congresso Jurídico comemorativo do cinquentenário da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, reunido nesta capital de 11 a 17 de agosto de 1950.

Acontecimento sem par na vida e na tradição da Faculdade, o Congresso realizou plenamente as finalidades a que fôra destinado e realçou a sua significação através de trabalhos e estudos que encerram, sem dúvida, brilhantes contribuições a teses e problemas de máximo interesse na cultura jurídica contemporânea.

A publicação desses trabalhos, dos pareceres proferidos no seio das comissões especializadas e dos debates que se travaram no plenário do Congresso, há de atestar o ambiente de austeridade intelectual que o presidiu e, ao mesmo tempo, mostrar como se definiram diretrizes, no campo da filosofia jurídica e da simples dogmática, capazes de trazer a consoladora certeza de que a ciência do direito se amplia e se renova, no país e na América, ao influxo de uma cosmovisão informada pelos mais puros valores do espírito.

Dada a ampla e notável colaboração trazida por eminentes professores de outros Estados e do estrangeiro, além da contribuição de inúmeros juristas e professores rio-grandenses, o Congresso está a exigir um balanço dos seus trabalhos, um registro dos seus resultados positivos, a fixação do pensamento diretor que o inspirou.

Confortada está a instituição que o promoveu e organizou — a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre — porque, no dia em que se realizar esse balanço e se realçar aquêlê pensamento, há-de se concluir, por certo, da benemerência e da utilidade do ensino e da cultura jurídica no Rio Grande do Sul.

TEMÁRIO DO CONGRESSO

— DIREITO MERCANTIL —

1.ª PARTE

Estudos sôbre o Código de 1850

1. 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 CONSUECUDINÁRIO NA CENTÚRIA DE 1850 A 1950:
 - a) das realizações da prática contratual;
 - b) da elaboração da doutrina;
 - c) das aquisições da jurisprudência.
3. SENTIDO DA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE, INTEGRADORA E DEROGATÓRIA 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, ante-projetos, esboços e sugestões;
 - b) seleção e sistematização do material aproveitável.

DIVISÃO DAS SECCÕES:

1. SECCÃO: **Direito Romano, Direito Canônico e História do Direito.**
2. SECCÃO: **Direito Civil, Direito Civil Comparado e Direito Internacional Privado.**
3. SECCÃO: **Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado.**
4. SECCÃO: **Direito Penal, Criminologia e Medicina Legal.**
5. SECCÃO: **Direito Judiciário Civil e Direito Judiciário Penal.**
6. SECCÃO: **Teoria Geral do Estado, Direito Internacional Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo.**
7. SECCÃO: **Introdução à Ciência do Direito e Filosofia do Direito.**
8. SECCÃO: **Economia Política, Ciência das Finanças e Ciência da Administração.**
9. SECCÃO: **Direito Industrial e Direito do Trabalho.**

**REGULAMENTO DO CONGRESSO JURÍDICO NACIONAL
DE PORTO ALEGRE**

CAPÍTULO I

DOS FINS DO CONGRESSO

Art. 1. — O Congresso Jurídico Nacional, convocado pela Faculdade de Direito de Porto Alegre e comemorativo do cinquentenário da sua fundação e do centenário do Código Comercial Brasileiro, terá por fim:

- a) discutir e votar as teses que lhe foram apresentadas, versando matéria jurídica compreendida pelas disciplinas de que se compõem as Comissões a que se refere o art. 4.º;
- b) estudar e discutir os planos de reforma da legislação comercial brasileira, fixando os rumos científicos e práticos da matéria, durante a centúria;
- c) reunir, através das teses apresentadas e das discussões e conclusões, subsídios para a atualização da lei comercial brasileira.

CAPÍTULO II

DA MESA DIRETORA

Art. 2. — Os trabalhos do Congresso serão dirigidos por uma mesa diretora constituída de um presidente, dois vice-presidentes e dois secretários.

Art. 3. — Na 1.ª sessão preparatória, serão escolhidos o presidente e os vice-presidentes, cabendo ao primeiro a escolha dos dois secretários.

CAPÍTULO III

DAS COMISSÕES

Art. 4. — Existirão 9 comissões:

1. — Direito Romano, Direito Canônico e História do Direito.
2. — Direito Civil, Direito Civil Comparado e Direito Internacional Privado.
3. — Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado.
4. — Direito Penal, Criminologia e Medicina Legal.
5. — Direito Judiciário Civil e Direito Judiciário Penal.
6. — Teoria Geral do Estado, Direito Internacional Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo.
7. — Introdução à Ciência do Direito e Filosofia do Direito.
8. — Economia Política, Ciência das Finanças e Ciência da Administração.
9. — Direito Industrial e Direito do Trabalho.

Art. 5. — As diversas comissões de que trata o artigo anterior, serão constituídas mediante inscrição voluntária dos congressistas.

§ 1. — Serão membros natos das respectivas comissões os professores das disciplinas de que as mesmas se constituem.

§ 2. — Os congressistas poderão inscrever-se em mais de uma comissão.

Art. 6. — Logo após a aprovação deste regulamento, o presidente do Congresso determinará a distribuição das teses entre as comissões que lhes correspondem.

Art. 7. — As comissões escolherão o seu presidente e este um ou mais secretários.

Art. 8. — O presidente designará um relator para cada uma das teses distribuídas.

Art. 9. — O relator designado dará parecer conciso, por escrito, sobre a tese que lhe houver sido distribuída, concluindo por proposições que sirvam de base à discussão e votação.

Art. 10. — Aprovadas as conclusões do relator ou outras estabelecidas pela comissão, serão levadas ao plenário do Congresso.

Art. 11. — Apreciados os diversos pareceres sobre as teses apresentadas, a respectiva comissão escolherá aquela que deverá merecer destaque, oficiando em seguida ao presidente do Congresso (art. 13 § único).

CAPÍTULO IV

DAS SESSÕES PLENÁRIAS

Art. 12. — O Congresso funcionará de 11 a 17 de agosto, realizando no mínimo 6 sessões plenárias.

Art. 13. — Às sessões plenárias serão presentes os diversos pareceres das comissões, para discussão e votação de suas conclusões.

§ único. — As teses que merecerem destaque nas respectivas comissões, serão objeto de explanação especial pelo próprio autor no plenário do Congresso; na ausência deste, pelo relator já designado.

Art. 14. — As sessões plenárias durarão duas horas, podendo, no entanto, ser prorrogadas, a requerimento de qualquer congressista e a critério do presidente.

Art. 15. — Nenhum orador poderá falar mais de uma vez sobre o mesmo assunto, com exceção dos relatores da matéria em debate, os quais poderão falar duas vezes, na defesa de suas conclusões.

§ 1. — Os relatores das teses que merecerem destaque, na forma do art. 11, poderão falar pelo prazo de uma hora, prorrogável a critério do presidente.

§ 2. — Durante o debate das conclusões das diversas teses, cada orador só poderá falar pelo prazo máximo de 10 minutos, com exceção do relator que poderá falar durante 20 minutos.

Art. 16. — Qualquer dos congressistas inscritos poderá enviar à Mesa, enquanto não houver sido declarada encerrada a discussão, emendas ou substitutivos às conclusões do Relator, precedidos ou não de fundamentação por escrito.

Art. 17. — Encerrada a discussão, proceder-se-á imediatamente à votação, podendo ser por qualquer congressista solicitada verificação nominal.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 18. — As reuniões, quer as plenárias, quer as das comissões, serão públicas, podendo, entretanto, somente participar dos debates os congressistas inscritos.

Art. 19. — Nelas não se admitirá proposta alguma, voto ou moção, que não vise a matéria em estudo, salvo votos de pesar pelo falecimento de juriconsulto nacional ou de autor de trabalhos enviados ao Congresso.

Art. 20. — Caberá à Mesa Diretora do Congresso estabelecer o programa das diversas sessões plenárias, interessando-se junto às comissões no sentido de que declarem, no menor prazo possível, quais as teses que merecerão destaque, na forma do artigo 11.

Art. 21. — Na sessão de encerramento, o Presidente designará os membros da comissão encarregada de coligir e organizar os trabalhos do Congresso, confiando-os depois à Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, que se incumbirá da sua publicação.

Art. 22. — Os casos omissos serão resolvidos pelo Presidente da Mesa Diretora.

Pôrto Alegre, 11 de agôsto de 1950.

SESSÃO SOLENE INAUGURAL de 11 de agôsto de 1950

O SR. PRESIDENTE, José Salgado Martins — Representando a Comissão Organizadora do Congresso Jurídico, comemorativo do cinquentenário da Faculdade de Direito, tenho a honra de proclamar eleito Presidente do Congresso o eminente professor Waldemar Martins Ferreira. — (Palmas).

A decisão do Congresso Jurídico, comemorativo do cinquentenário desta escola, constitui um tributo de admiração ao insigne mestre, que completa, neste ano, o seu jubileu de magistério, e, ao mesmo tempo, uma homenagem à nobre Faculdade de Direito de São Paulo, glorioso berço da consciência jurídica do Brasil.

Transmito, assim, a S. Excia., a direção dos trabalhos dêste Congresso. (Palmas prolongadas).

O SR. WALDEMAR FERREIRA — Estando na ante-sala, S. Excia. o sr. Walter Jobim, Governador do Estado, e Presidente de Honra dêste Congresso, eu solicito aos prezados professores e meus diletos amigos, dr. Ernani Estrêla, dr. Edgard Luiz Schneider, dr. Poty Medeiros, dr. Darcy Azambuja, se dignem introduzi-lo no recinto.

(O sr. Governador do Estado é introduzido no plenário e aplaudido pelos presentes).

Exmo. Sr. Governador do Estado, exmo. sr. Arcebispo Metropolitano, exmo. sr. Reitor desta Faculdade de Direito, exmo. sr. Presidente do Tribunal de Justiça, prezados colegas, minhas senhoras e meus senhores.

Seria, para mim, verdadeiramente difícil se quisesse dissimular o agrado e a emoção de que me vejo revestido, no momento em que recebo, dêste Congresso, uma honra que nunca estêve no cálculo de minhas probabilidades.

E' sempre comum, nos homens, errarem nesse cálculo. Eu não cheguei sequer a fazê-lo. Tive, entretanto, a fortuna de obter esta homenagem, que eu recebo com emoção, não sòmente pelo que me toca, na minha qualidade de professor, senão, e principalmente, pela homenagem que ela endereça à velha e gloriosa Faculdade de Direito de São Paulo. (Palmas.)

Eu confesso, meus senhores e exmas. senhoras, que muitas vezes tenho lamentado que não existissem mais que duas Faculdades de Direito, no Brasil, a de São Paulo e a de Recife.

Exerceram elas a sua grande missão histórica no Brasil. A de Recife, foi a grande escola dos filósofos. A de São Paulo foi a grande escola dos políticos.

E quis o destino que os grandes homens que governaram o Brasil, no segundo império e na República, saíssem, na sua maioria, de uma ou de outra dessas duas escolas. Os que dali saíram, continuaram a conservar, nos seus respectivos Estados, aquêlê mesmo e grandioso espírito em que fundiam, sobretudo, o espírito do Brasil.

Êste sentimento de unidade, êste grande sentimento de nacionalidade, foi aquêlê que se aprendeu nas duas escolas. De modo que eu receava, muitas vezes, que em se multiplicando as escolas, aquêlê espírito se desvanecesse.

Quis o destino, entretanto, que não fôsse assim, e hoje, ainda agora, aqui nesta Casa, eu sinto que é aquêlê mesmo espírito que é festejado, e que é acolhido, e que é mercê dêle que vós me concedéis, meus prezados senhores, a honra insigne de presidir esta Assembléia.

Tem ela tríplice significado: se de um lado se comemora o centenário do Código Comercial do Brasil, de outro se comemora o cinquentenário desta Faculdade e também a data gloriosa da fundação dos Cursos Jurídicos do Brasil. E, ainda nesta assentada, temos nós, paulistas e rio-grandenses, a fortuna de ver que naquele movimento, de que resultou a fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, fundira-se, ainda uma vez, o espírito de São Paulo e o espírito do Rio Grande do Sul, na figura iluminada do Visconde de São Leopoldo. (Palmas.) Esta é uma grande, extraordinária figura. Vós, meus prezados amigos do Rio Grande do Sul, podereis dizer que é um grande gaúcho, mas eu, por outro lado, digo também, é um grande paulista e todos nós poderemos dizer que êle foi, sobretudo, um grande brasileiro, cujo nome deve continuar, cuja memória deve ser festejada por todos nós que vivemos cultuando o Direito no Brasil.

Eu declaro instalado êste Congresso e peço a S. Excia. o sr. dr. Walter Jobim, Governador do Estado, que é o Presidente de Honra desta Assembléia, que nos conceda a honra de presidi-la de fato. (Palmas.)

O SR. WALTER JOBIM — Concedo a palavra ao sr. Salgado Martins.

O SR. SALGADO MARTINS — Exmo. Sr. Governador do Estado, Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, Exmo. Sr. Arcebispo

Metropolitano, Sr. Professor Waldemar Ferreira, senhores professores, minhas senhoras, meus senhores.

Instala-se, nesta noite, o Congresso Jurídico comemorativo do cinquentenário da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre.

A passagem de acontecimento tão significativo justifica por si mesma a realização dêste Congresso, em que se reúnem juristas dos diversos Estados da federação brasileira em fraternal convívio com eminentes juristas e laureados professores de nações do continente americano.

O gesto que simbolizamos, com a presença a êste Congresso, para versar e discutir problemas de direito no cinquentenário de uma Escola, é de uma riqueza de conteúdo espiritual, em que se purificam e se aprimoram os mais altos sentimentos do coração e os mais nobres pendores do espírito humano.

Realizamos um gesto de reverência e de gratidão aos fundadores desta Escola, àquele grupo de magníficos lidadores do direito que lançou as bases do ensino jurídico no Rio Grande do Sul, desprendido de qualquer recompensa material, empolgado tão-sòmente pelo generoso idealismo da sagrada causa.

Voltando-nos para o passado que agora celebramos, em três vultos do nosso patriciado mental e moral podemos resumir a idéia e a ação de que se animou e se constituiu a então Faculdade Livre de Direito: em Júlio Prates de Castilhos, em Carlos Thompson Flores e em Manoel André da Rocha.

Na idéia inspiradora da fundação desta Faculdade, Castilhos revelou a sua intuição de homem de Estado. Na corporificação da idéia, Thompson Flores e André da Rocha plasmaram o mais belo monumento da cultura jurídica rio-grandense, porque nêle se constituiria a matriz intelectual de várias gerações de advogados, de professores, de parlamentares, de políticos, de administradores e de homens operosos e cultos que, nos diversos setores da atividade humana, revelaram a nobre origem da sua formação mental, ao influxo de mestres que jamais postergaram a missão sagrada de que estavam investidos para o ensino da mocidade.

Volvido meio-século, somos agora os depositários de uma tradição que porfiamos em não deslustrar e que é a fôrça inspiradora, o núcleo de irradiação espiritual que nos reúne neste Congresso, criando o clima de profunda simpatia humana que a professores e alunos congraça no mesmo impulso generoso de respeito, de afeto e de lealdade ao patrimônio de idéias e de sentimentos que legaram os fundadores desta Casa.

Duas datas históricas profundamente gratas à cultura brasileira ainda realçam a significação dêste Congresso: o 123.º aniversário

sário da fundação dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda e o centenário do Código Comercial brasileiro.

Que extraordinárias sugestões se contêm nos dois acontecimentos, através dos quais seria possível medir a tensão mental das gerações brasileiras nos primeiros anos subseqüentes à fundação da nacionalidade!

Para acentuar ainda o colorido da nossa emoção a insigne Faculdade de Direito de São Paulo se faz representar no Congresso pelo eminente e ilustre professor Waldemar Ferreira, cuja brilhante contribuição, na cátedra e no livro, a todos os setores do direito mercantil merece ser exalçada no centenário do Código e no seu jubileu de magistério.

Ele nos conduz, pela continuidade de uma tradição que se não quebrou, aos gloriosos tempos da Academia de São Paulo, quando uma geração privilegiada pelo talento e marcada pela predestinação histórica se preparava para desempenhar no país a força intelectual e ordenadora da ação social e política do abolicionismo e da república.

Na rememoração desse passado e na homenagem que nos cumpre prestar aos patriarcas da nossa família espiritual, que tanto enaltecem a nobre linhagem, aos varões insignes em cuja vida se reflete a peregrina beleza de uma vocação em plenitude realizadora, encontra-se o fundamento afetivo do nosso gesto. Mas o gesto se amplia além dos impulsos do coração tangido pela poesia do passado, para se definir nas linhas de um movimento da consciência jurídica do Rio Grande do Sul que, após a experiência de largo ciclo cultural, deseja meditar sobre a evolução do pensamento jurídico e as posições que ele assumiu no curso do tempo e em função dos diversos momentos histórico-sociais em que a sua trajetória se efetuou.

A realização deste Congresso não obedece assim ao impulso exclusivo de rememorar o passado. Certo que esse passado, a realização da obra que representa a fundação da Faculdade, exige o nosso exame e a nossa meditação.

Esta oportunidade nos propicia a reflexão serena sobre as concepções e os princípios diretores da conduta da instituição no passado e sobre as idéias que no presente dominam o seu espírito consagrado ao magistério jurídico, de modo a se prever a evolução desses princípios e dessas idéias sob as diretrizes fundamentais que os inspiram.

A significação cultural de um Congresso não se mede pelo brilho dos debates, pelas exposições eruditas ou pela originalidade de construções teóricas e abstratas. O primeiro passo para o êxito do empreendimento que ele representa e concretiza, consiste na interpre-

tação do sistema de idéias que pretende remover, modificar ou confirmar, através das novas aquisições da experiência filosófica e científica e pela própria visão do espírito humano, sutilmente aguçada pela análise e pela crítica.

Em se tratando de um congresso jurídico, comemorativo do cinqüentenário de uma Escola, pode ser considerado um marco entre duas épocas que coincidem ou divergem no aspecto ideológico, que se ajustam ou se retificam nos princípios que informam os respectivos climas espirituais em que se definem os dois momentos históricos.

Uma Faculdade de Direito está, pelo ensino que ministra, intimamente vinculada às correntes do pensamento filosófico que dominam o seu tempo e o seu meio.

Só se pode, assim, compreender o clima intelectual que predominou nesta Casa, no momento da fundação, se fixadas as diretrizes filosófico-jurídicas, no período de 1850 a 1900, para referir o meio-século que a antecedeu.

Três correntes são de logo assinaláveis: o ecletismo espiritualista de Cousin e Jouffroy, o positivismo de Comte e o evolucionismo Spenceriano. O positivismo e o evolucionismo seduziram fortemente a inteligência das elites da época, fornecendo-lhes, como observa Miguel Reale, concepções cerradas do universo e da vida, onde tudo parecia adquirir proporção e sentido exatos, deixando nos espíritos, ao par de uma segurança baseada em conhecimento pretensamente "científicos e positivos", um sentimento de plenitude e de satisfação, pela correspondência que parecia evidente entre as conclusões das pesquisas físico-matemáticas e os conceitos filosóficos ordenados em sistema.

Instituindo o relativismo na filosofia e combatendo, como fantasia do espírito, a investigação de tôdas as realidades transcendentais à experiência sensorial, esses sistemas geraram o empirismo jurídico, base da escola da exegese que tanto se insinuou e prevaleceu mesmo no ensino do direito.

O direito se resumia na lei. Bugnet podia dizer: "Eu não conheço o Direito Civil. Eu não ensino senão o Código de Napoleão." E o docente Aubry, no seu discurso de ingresso na Faculdade de Direito de Strasbourg, em 1857, proclamava, como divisa do professor, a servidão ao texto da lei, contra qualquer tentativa inovadora que pretendesse frustrar a vontade do legislador.

Essas posições intelectuais filiavam-se à escola da exegese, fruto do empirismo e do relativismo jurídicos, tarefa infecunda e esterilizadora, proscrevendo a investigação filosófica e crítica e esquecendo que a lei, por mais singela e concisa na sua prescrição, encerra um universo de concepções e idéias que devem ser clarificadas e defini-

das de modo a se obter a plenitude do seu sentido e a realidade da sua função social.

Ao lado do positivismo e do evolucionismo, refletiu-se ainda, na cultura jurídica das gerações do fim do século passado, a filosofia criticista de Kant que representou, sem dúvida, um progresso em relação às posições anteriores, e, por isso mesmo, mais perturbadora sobre os espíritos, porque lhes deu a aparência de segurança e de conquista definitiva da verdade. Miguel Reale, professor de filosofia do direito da histórica Faculdade de São Paulo, escreveu, no bem elaborado ensaio sobre "A doutrina de Kant no Brasil":

"Nenhuma doutrina, em verdade, correspondia mais do que a de Kant às aspirações do liberalismo burguês, aos imperativos do individualismo econômico que iam processando o abrandamento do radicalismo rousseauiano nos quadros do "Estado de Direito" segundo os moldes da "liberal-democracia".

"Não será exagero dizer-se que a mentalidade de nossos políticos e juristas de então, profundamente liberal e individualista, era em grande parte kantiana e rousseauiana, mesmo sem terem plena e direta consciência das raízes filosóficas de suas posições doutrinárias. A idéia de liberdade como um "direito inato"; o entendimento da convivência social como uma limitação recíproca de liberdades; o respeito à pessoa humana como base da justiça e fim da ordem social; o Direito como condicionalidade dos arbítrios, suscetível de legitimar o emprêgo da coação material, eis aí os quatro pontos cardiais da filosofia jurídica de Kant, que possibilitaram aos liberais da época ascensional dos valores burgueses uma orientação segura nos domínios das ciências humanas."

Tanto o empirismo positivista ou evolucionista como o apriorismo formal da doutrina kantiana haveria de conduzir igualmente à negação do direito natural e dos princípios eternos e invariáveis do Bem, da Caridade e da Justiça que frutificam em tôdas as aplicações particulares em que se desdobra a regulação jurídica.

A Escola de Recife, o centro mais ativo de elaboração do pensamento jurídico brasileiro no século 19, espelha essas idéias e a orientação empirista e positiva no estudo do direito. No espírito inquieto e iconoclasta de Tobias Barreto pulsou com intensidade a posição filosófica em que se situou a escola de Recife.

O mundo jurídico, desviado da lição perene do evangelho, peregrinou pelas regiões estereis do materialismo, pretendendo criar um direito sem Deus. Dando ao Estado os atributos de fonte criadora do direito, confundiu o lícito e o ilícito, o bem e o mal, o justo e o injusto, postergando os princípios da eterna justiça revelados por Deus através da consciência moral do homem.

Sorokin, o grande intérprete da crise do nosso tempo, percutiu sutilmente a causa e soube fixar o quadro com segurança: "Surgindo no cenário histórico em substituição à ética e ao direito cristãos, o moderno sistema de ética e de direito sensitivos em seu desenvolvimento imanente lançou as sementes da degradação do homem, bem como as da degradação dos próprios valores morais. Declarando os valores morais como simples convenções, êle relegou-os ao nível dos planos utilitaristas e hedonistas inteiramente relativos no tempo e no espaço. Se êles constituíssem proveito para um determinado homem ou grupo, poderiam ser aceitos; se constituíssem embaraço, poderiam ser rejeitados. Introduziu-se, dêste modo, um relativismo ilimitado no mundo dos valores morais, cuja arbitrariedade engendrou conflitos e lutas. Isto, por seu turno, produziu o ódio, e o ódio levou à força bruta e à efusão de sangue. No caos das normas em conflito, os valores morais têm sido cada vez mais desprezados; êles perderam progressivamente seu poder obrigatório e deram lugar à coerção arbitrariamente brutal. O sentimento do amor cristão tendeu a ser suplantado pelo ódio — o ódio do homem pelo homem, da classe pela classe, da nação pela nação, do Estado pelo Estado, da raça pela raça".

"O êrro do mundo moderno — eis o diagnóstico exato de Maritain — tem sido o de colocar o reino da razão sobre a natureza ao invés do reino da sobrenaturalidade sobre o da razão".

"À supremacia da matéria é necessário opor não só os direitos da inteligência e da razão, mas também a supremacia da Divina Graça, o primado do espiritual. E' necessário, se não quisermos perecer, que a razão se submetta a Deus que é Espírito e a tôda Ordem espiritual instituída por Êle".

Os sinais da reação retificadora já se afirmam promissora e também no campo do direito.

O pensamento jurídico, impaciente e insatisfeito nas malhas que o constringiam, recordou, com Tomás de Aquino, que o direito é a realização do justo. A justiça é uma das manifestações do Absoluto divino na ordem social, visando o equilíbrio das relações inter-humanas e realizando a ordem postulada pela natureza racional e moral do homem. "A justiça é indefinível fora de uma concepção geral do mundo e do homem e aquêles que querem defini-la sem se apoiar sobre uma metafísica, dela fornecem apenas uma definição inconsistente".

O direito não é, pois, um sistema fechado cujas razões e fundamentos se exaurem dentro do próprio sistema.

O jurista não pode esquecer — é o depoimento de Ripert — que o direito se deve aplicar a uma sociedade humana fundada sobre a moral cristã.

No mundo convulsionado em que vivemos, os princípios são mais necessários do que as armas. Uma concepção exata do mundo que estruture um sistema jurídico capaz de garantir a plena realização da pessoa, é mais útil do que um exército. O exército e as armas, sem a disciplina de um sistema de idéias que subordine os instintos e a inteligência aos grandes princípios morais, são apenas fatores de destruição e de morte, pois tôdas as cousas só assumem valor ou não-valor na medida em que servem ao destino da criatura humana feita à imagem e semelhança de Deus.

Não é a bomba atômica que devemos temer, contra cujo emprego os fementidos pregoeiros da paz aliciam a ingenuidade crédula do povo, mas — sim — o punho vermelho da ideologia marxista que será o primeiro a empregá-la, desde que a sua utilização seja necessária aos interesses da expansão soviética.

A raiz da crise contemporânea não está na forma ou nos métodos do governo, no modo de organização política, social ou econômica, no capitalismo, no socialismo ou no comunismo. Essas expressões tangíveis da angústia nos tempos modernos remontam a raízes profundas de natureza espiritual, são índices ou sintomas de uma doença moral de que a humanidade só se redimirá quando ordenar tôdas as esferas da vida pela lei de Deus e infundir em tôdas as relações humanas o fermento transfigurador do evangelho.

A caridade de Cristo, animando a lei jurídica, desdobrar-se-á em novos direitos e deveres, substituindo o elemento coercitivo da lei pela persuasão da piedade e do amor.

Valha êste Congresso como oportunidade feliz para se definirem princípios que, na base de uma concepção cristã do mundo, possam frutificar nas leis e nos códigos, como aplicações da perenidade da Justiça. (Palmas prolongadas).

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao professor Darcy Azambuja.

O Sr. DARCY AZAMBUJA — Exmo. Sr. Governador do Estado, Exmo. Sr. Arcebispo Metropolitano, Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, Exmo. Sr. Presidente dêste Congresso, Senhores Congressistas, meus senhores, minhas senhoras.

Quero começar a desincumbir-me da nobre tarefa que me conferiram os organizadores dêste Congresso apresentando em nome de to-

dos nós as mais cordiais e efusivas saudações aos juristas, estrangeiros e brasileiros, que nos honram com sua presença e nos enviaram colaboração. Esse concurso é para nós profundamente significativo: é um estímulo, e a melhor recompensa pelo esforço dispendido.

E é também uma nobre lição de amor ao Direito.

Para atender o nosso convite, tirastes do tempo destinado ao trabalho profissional ou ao repouso, honras preciosas; abandonastes afazeres e as comodidades do lar para vir até aqui.

A êsse sacrifício não vos moveram nem recompensas materiais nem ambição de maior prestígio intelectual. Acorrestes desinteressadamente a uma cidade onde se comemoram cinqüenta anos de ensino do Direito, e permitistes, com o prestígio da vossa presença, que pudessemos dar maior relêvo ao ato que é, antes de tudo, um preito de saudade e gratidão aos fundadores desta Faculdade.

Senhores. Talvez não seja lididamente protocolar, em solenidade como esta, recordar episódios e cenas da vida acadêmica. Mas, afinal, é por veneração a essas relíquias espirituais que realizamos êste Congresso. Sem a força moral da tradição de cultura e bondade que elas criaram, não haveria em nós estímulo para estas comemorações.

Deixando de lado os primeiros tempos da modesta Faculdade, vêmo-la neste edifício, já lá vão trinta anos, que era um soberbo palácio para abrigar o sonho realizado por alguns homens de inteligência e coração.

Como símbolo de tôdas essas figuras amáveis e severas, das quais a graça divina nos permite contemplar ainda hoje algumas, evoco o decano André da Rocha. Vejo-o entrando pelo portão do jardim, tôdas as tardes, envergando sobrecasaca preta e no antebraço a bengala de castão de ouro. Ao pôr o pé no primeiro degráu do saguão, descobria-se, tirando a cartola-côco, começando já ali a ensinar civilidade, que professôres e alunos devem manter no templo onde officiam.

Suas aulas eram um modelo de cultura organizada, de precisão didática e de vernáculo.

Sereno, metódico, infatigável, dirigiu a Faculdade durante trinta e cinco anos, pai reto e bom de inúmeras gerações, velhinho venerando, mestre excelso, amigo certo, mão benigna que levou a dezenas de moços pobres a possibilidade do estudo e da graduação superior.

Nessa figura querida e inesquecível homenageamos todos os seus companheiros, irmanados na dedicação ao ensino, na cultura, na probidade, no carinho com que construíram esta casa, que hoje é nossa, do Rio Grande e do Brasil.

Dêles haurimos, os professôres de hoje, o conhecimento da ciência jurídica, e praça a Deus lhes tenhamos também aprendido o

exemplo do estudo diuturno, do desinterêsse material e do amor ao Direito.

Essa, a intenção primacial da comemoração que agora iniciamos e que coincide com o centenário do nosso vetusto Código Comercial.

Há quem não tenha muita convicção sôbre a utilidade dos congressos jurídicos e faça bastantes reservas à eficiência de seus resultados.

Certo nenhum congresso teve o dom de instantâneamente transformar para o bem a sociedade civil e política. Mas o colóquio desinteressado de homens de mentalidade jurídica e o comércio cordial de suas idéias há de estar entre os fatôres que um dia poderão trazer à humanidade o império da justiça.

Sem dúvida, os dias em que estamos vivendo não são muito encorajadores para os que aspiram a paz social, que é a suprema finalidade da lei.

Em curtos intervalos vimos o mundo banhar-se nas orgias do despotismo e depois num oceano de sangue.

E ainda não refeito da última provação, já se enxergam claramente ameaças de uma comoção talvez mais assombrosa.

Qual a razão profunda de tantas e tão frequentes catástrofes que nossa civilização atravessa?

Se através da lenda, que é a filosofia primeira dos povos, se quisesse exprimir o sinal dos tempos atuais, a causa de sua angústia e os motivos de seus desvarios, seria com a que Plutarco recolheu sôbre a morte de Pan, o deus mitológico da natureza e da energia que anima os entes e as coisas.

No reinado de Tibério, navegando ao largo das costas helênicas, um marinheiro grego, de nome Tamas, ouviu dentro de sua galera, em plena noite, uma voz prodigiosa que saía da negra água e do negro céu, e lhe mandava anunciar ao mundo que Pan, o grande deus, morrerá.

Entre o pavor e a dúvida, o marinheiro, na manhã seguinte, ao aproximar-se da costa, subiu à proa da galera e bradou: "O grande Pan morreu".

Então, das praias azuis do Mediterrâneo, dos bosques, das montanhas, das fontes, dos vales e dos rios um imenso clamor de pranto se derramou por tôda a terra.

Essa lenda, derradeira flor do gênio grego, simboliza a morte da antigüidade clássica. Era em vão que o Partenon alvejava ainda do cimo da Acrópole; de balde o Capitólio lembrava o poderio da cidade dos cézares, porque o espírito que criara os impérios, as instituições e as academias da Grécia e Roma tinha desaparecido. O mundo antigo morrerá e nascia um mundo novo.

Vivemos hoje em uma era, semelhante àquela. Antes dos filósofos e dos sociólogos, já os poetas, águeros sensíveis às transformações

dos tempos, compreenderam que o mundo ia morrer outra vez. "O grande Pan morreu de novo! O ideal é morto!" disse O. Bilac.

Nem tudo, porém, há de estar perdido. Não pode ter sido vã a marcha realizada. Em vez de morrer, pode reconstruir-se uma civilização herdeira de tantas outras. E cabe aos homens de boa vontade encontrar os valores morais e materiais que poderão conjurar a tragédia.

A função de pensar está ligada intimamente à necessidade de prever as circunstâncias favoráveis ou nocivas, as virtualidades que a vida oferece ao homem, umas decorrentes de suas próprias ações, decorrentes outras do meio físico e do meio social. A antevisão integral da realidade futura é dom dos profetas, mas inferir da realidade presente o futuro provável, deduzir das nossas possibilidades e aspirações o que convém fazer para atingir o bem que desejamos, é função normal dos seres racionais. E é dever para os que, como nós, estudamos e ensinamos, alunos e mestres, discípulos todos da razão e da experiência.

Habituaados a observar diretamente a vida através da ciência e a observar indiretamente a humanidade através da história, não se nos fatigam os olhos da alma de se alongarem para a frente, tentando surpreender, entre as brumas do tempo, os novos sonhos dos homens e as novas formas da sociedade.

Por mais que nos absorva e tire a luta de cada dia, o espírito reteima na indagação do porvir; entre as terríveis certezas de hoje, assaltam-nos as incertezas de amanhã; aos já tão grandes infortúnios de agora a imaginação acresce o antecipado temor dos que poderão acontecer. E assim, carregado de dor e de pressentimentos, o homem moderno sofre duas vezes a miséria da sua condição e paga tributo pelo dom do raciocínio.

Entre os que contemplam o futuro, há os adeptos da revolução e os filhos da tradição. Aquêles querem o progresso pela destruição do passado, a abolição das antigas crenças, antigos valores, antigas verdades, nas quais vêem apenas superstições e preconceitos que entravam a prosperidade e a cultura sociais. Para êles não há evolução, e sim revolução; entendem que as transformações materiais e espirituais de que o mundo carece terão de fazer-se como os primeiros geólogos supunham que se houvessem processado tôdas as grandes alterações da crosta terrestre: por meio de cataclismos. Odeiam o que é estável, permanente, uniforme; amam acima de tudo a novidade, o imprevisito, o surpreendente. Não cuidam de conservar o que é bom, mas de atirar fora o que é antigo. São uma força fecunda e necessária para tôdas renovações, mas perigosa quando entregue a si mesma e não orientada pelo bom-senso e pela experiência. Dêles saem os grandes reformadores, nas leis, nos costumes, na ciência e nas

religiões, quando possuem uma inteligência equilibrada, o sentido do tempo e das proporções. Dêles surgem os átilas da desordem, os taumaturgos das improvisações desastrosas, capazes de destruir em alguns dias a obra de vários séculos.

Para os que consideram novidade como sinônimo de perfeição e recente como o de melhor, a civilização futura há-de ser antítese da civilização de hoje, pela derrogação dos costumes, instituições e valores atuais.

Os filhos da tradição, os espíritos rotineiros, consideram todo progresso um perigo e toda inovação uma perda. Pássaros que voam para trás, julgam que o único meio de possuir o que é bom está em conservar tudo o que é antigo. Se velhos, choram a mocidade; moços, têm saudade da juventude; são introvertidos no tempo e só suportam o presente na medida em que repete o passado. Em cada renovação que assistem, fecham os olhos ao que nasce e soluçam pelo que morreu. Somente julgam verdadeiras e justas as idéias e as instituições de outrora.

Para êsses, o mundo de amanhã, se fôr bom, terá de ser igual ao de ontem.

E' bem de ver que se enganam por igual os fanáticos da revolução e os filhos da rotina. Nem a história é repetição e uniformidade, nem o progresso se faz pela subversão. O tempo não seleciona valores, flui indiferente ao bem e ao mal, à verdade e ao êrro. Vida e morte acontecem dentro dêle segundo leis que êle não cria, nem sanciona, nem conhece. Ao lado de sublimes princípios morais, abusos e ignomínias vencem milênios; idéias e teorias generosas e fecundas, que consolam e salvam, são abandonadas e esquecidas, enquanto sentimentos e preconceitos engendrados pelo ódio, que se vingam, pela intolerância, que persegue, pelo orgulho, que humilha, perderam na consciência humana, "imóveis e imortais como pedras geladas", no dizer do poeta. O budismo, a religião sem deus, o cristianismo, a religião divina, suportaram por séculos e séculos a companhia infamante da escravidão. As estátuas e os templos gregos, símbolos perfeitos da graça e da beleza, duram menos que os horrendos ídolos africanos; muitas catedrais hão de esboroar-se antes que a razão e a fraternidade consigam fundir os canhões para fazer instrumentos de trabalho e de paz.

Nem tudo é bom por ter durado muito, nem toda a inovação é progresso. A vida é movimento, tentativas, vitórias e derrotas, mas a sua ascensão é indefinida.

Jamais voltará a ser o que foi, pois é continuamente criação. Mas, criando, não destrói, renova. Nos seus melhores frutos, há seiva dos troncos antigos e o perfume das flores que caíram. Ao longo do tempo, as raças e as civilizações desaparecidas entretecem o caráter e o destino das raças e civilizações que surgem.

Os valores, os costumes e as instituições que correspondem às condições de uma sociedade, transformam-se quando essas condições se modificam. Os fatores morais, intelectuais e econômicos que desde meados do século findo vêm trabalhando a sociedade moderna, criaram uma descontinuidade e um desequilíbrio inegáveis entre o passado e o futuro, porque o presente, tumultuário e angustioso, se rebela contra os pecados e males antigos, sem ter ainda os bens e as virtudes que aspira. Essa crise parece ter agora atingido o clímax.

Necessário é, portanto, nesta encruzilhada do tempo, pedir à razão e à experiência nos indiquem os bens e os valores que devem ser conservados e os que devem ser preteridos.

Salvo os que têm atrofiadas pelo desuso as funções superiores do espírito, e os que as prostituíram na servidão da violência, do egoísmo e da anarquia, todos os homens aspiram a uma era de prosperidade com justiça e de paz com liberdade.

Pode variar o nome e a conceituação teórica, porém não a realidade essencial das condições necessárias ao advento de um período melhor da vida humana, curada dos longos vícios que a foram degradando, corrigida e reeducada no sentido de trabalho mais inteligente e destinos mais nobres.

Há uma diferença tão grande entre os bens que o homem possuía nas idades bárbaras e os que agora desfruta, que o mais azêdo pessimismo não poderia negá-la.

O homem multiplicou a sua força e os meios de dominar a natureza. Os instrumentos de trabalho, os transportes, as habitações, os hospitais, as escolas, o comércio, a indústria, criaram uma soma tão grande de bem-estar material e de cultura intelectual, que a mais poderosa imaginação, há dois mil anos, não seria capaz de vislumbrar.

De agora em diante, não nos seria mais possível aceitar a vida sem o livro, o trem, o vapor, a eletricidade, o aeroplano, o rádio, a indústria, as escolas, os hospitais, os laboratórios, os museus.

Tudo isso é obra da ciência. A ciência é, pois, fator e base essencial da civilização futura. Não podemos prescindir dos seus benefícios e das suas verdades, mal conseguiríamos viver sem a ciência que saneia e cura, que mede as sensações e pesa os planetas, que multiplica a visão para atingir o infinitamente distante e descobrir o infinitamente pequeno, que produz energias iguais à do raio e luz semelhante à do sol; a ciência que começou encurtando a distância com o aeroplano e afinal a suprimiu com o rádio e a televisão; a ciência que remove montanhas, represa rios, desenterra civilizações, dignifica, aproxima e irmana os homens. O desaparecimento das suas realizações e das suas leis marcaria um retrocesso inimaginavelmente brutal, seria uma queda da altura de seis mil anos no abismo da mais negra barbaria.

Essa ciência não pode e não deve desaparecer. O que pode, e deverá desaparecer, são as aplicações espúrias da ciência para matar, para envenenar, para corromper, para produzir o luxo desvairado e as portentosas ninharias com que se imbeciliza a vaidade de alguns sardanápalos e se avilta o trabalho de milhões de criaturas; o que deverá desaparecer, em um mundo governado pela razão, é a ciência má, que fabrica canhões, enquanto a boa ciência fabrica telescópios. A verdadeira ciência inventou os aeroplanos, a falsa inventou as bombas; a ciência do bem descobriu os remédios, a ciência do mal descobriu os gases tóxicos; a ciência fútil extrai perfumes que valem milhões, a ciência útil descobriu a vacina que salva milhões de vidas; a ciência da vaidade lapida diamantes, a ciência da verdade extrai o rádio.

A falsa ciência, a do mal e da vaidade, desaparecerá, mas a verdadeira ciência permanecerá, vencendo o espaço, as trevas e as enfermidades, e quem sabe se um dia vencerá a própria morte.

Mas, de bem pouco valeria a ciência, com suas prodigiosas conquistas, de escasso mérito seria a prosperidade material, que ela assegura, se no mundo de amanhã o homem fôsse escravo do homem. Que irrisão, que doloroso escárnio, se depois de dominar a terra, a água, o ar e tôdas as fôrças ainda ignotas da natureza, o homem continuasse a ser dominado pela tirania em qualquer de suas formas, a tirania das seitas, a tirania dos partidos, a tirania das idéias, a tirania de um só ou a tirania das maiorias. Se os paranóicos e os astutos, se a progênie maligna e adulterina de César e Napoleão, de Hitler e Mussolini, continuasse a afrontar os céus com a desvairada insensatez e o inominável despudor dos seus governos de ódio e hipocrisia, a terra, com tôdas as maravilhas da ciência, nada mais seria do que uma pocilga suntuosa, atulhada de semi-homens engordando para a morte.

A história das tiranias é a crônica da ambição de alguns e a prova da ignorância de quase todos. O bom-senso mais trivial, como a mais arrojada metafísica, não justificam a mania de que enfermam os déspotas. Para aliciar o consentimento das massas, para justificar previamente os crimes, que vão cometer, êles se dizem iluminados por intuições sobrenaturais, enviados pela providência divina para salvar o povo de perigos, quase sempre inventados ou agravados por êles próprios. De enviados por Deus com encargo de rei e missão redentora, a humanidade tem notícia de um só, que há vinte séculos nasceu num estábulo e morreu na cruz. Dominou os bons pelo amor; os máus, pela caridade; os arrependidos, pelo perdão. As multidões não prometeu riquezas nem vitórias, e sim justiça aos perseguidos, consôlo aos aflitos, a terra aos que amam a paz e o céu aos humildes; e afirmou no martírio que o seu reino não era dêste mundo.

Dos príncipes dêste mundo, que por blasfêmia e loucura moral se inculcam destinados por Deus a salvar nações, os homens, se mais assisados, conheceriam as intenções pelas obras. Matando, encarcerando e perseguindo, edificam sôbre a miséria dos povos os efêmeros impérios da sua ambição. Da Babilônia a Roma e de Atila a Napoleão, a história está ilustrada de lições sôbre o destino dessas emprêsas delituosas: terminam sempre na derrota, sepultadas sob milhões de cadáveres e milhares de cidades arrasadas.

Parece que afinal o homem se desenganou dos governos dêsses predestinados sinistros, que se qualquer missão trouxeram não foi a do bem e da vida, senão a do mal e da morte. A experiência e a filosofia foram ouvidas, quando ensinam que nenhuma criatura tem direito próprio ou hereditário de governar outras vontades; foi aprendida a lição do claro bom-senso dos gregos, que há três mil anos já sabiam que o único govêrno digno de homens racionais e livres é se governarem a si mesmos, diretamente ou por meio de representantes. Isso é a democracia, e já agora se pode crer que ela será o regímen de todos os povos cultos, pois constitui realmente a melhor atmosfera para uma grande civilização.

Por isso mesmo, necessário se torna saber o que é democracia. Não bastará considerá-la a melhor forma de govêrno, o único ambiente compatível com os interesses e a cultura do homem moderno. E' preciso que todos saibam o que se pode e o que se não pode esperar da democracia. Agora, que tôdas as esperanças estão voltadas para ela, não devemos incorrer nos erros e ilusões que lhe foram fatais no passado. Não pensemos, em relação à democracia, o que geralmente se pensa sôbre novas substâncias descobertas pelos sábios: que sejam capazes de matar todos os micróbios, curar tôdas as doenças.

Como acontece com tôdas as idéias que entram no vocabulário, no coração e no cérebro da humanidade, a democracia está sobrecarregada e quase esmagada por inúmeras outras idéias e sentimentos que lhe são estranhos e lhe desvirtuam o sentido. Saibamos o que ela realmente seja, amêmo-la pelo que de fato é, procuremos praticá-la como deverá ser, para não suceder novamente que venhamos a censurá-la no que ela nunca foi e descrer do que nunca poderia ter sido.

Deixando de parte nuanças e aspectos técnicos, que não lhe atingem a essência, democracia é o regime em que o povo elege periodicamente os governantes para governarem de acôrdo com a opinião pública.

Êste é o conceito de democracia a que chegaram os escritores que estudam os fatos sociais sob critério rigorosamente científico. Quaisquer outras qualidades, atributos e finalidades de ordem moral, jurídica ou econômica, são alheias à natureza da democracia.

Ela é, simplesmente, uma forma de governo, ou melhor, uma forma de escolher os governantes e um método de exercer o poder. A forma de escolha é a eleição, o método é a conformidade com a opinião pública. Em faltando um desses elementos, não existe democracia; onde os dois concorrem, ela se constitui.

Conseqüentemente, a democracia por si mesma, como forma de governo, não tem nenhuma dependência necessária com a organização social, com a organização econômica, com as idéias morais, filosóficas ou religiosas da sociedade. Por isso também, a democracia por si mesma não faz a felicidade ou a infelicidade dos povos. Ela é um método de governo por meio do qual os povos bons se encaminham para o bem e os povos máus se encaminham para o mal. Se existisse um povo de santos, seus governantes fôssem eleitos e governassem de acôrdo com a opinião pública, teríamos uma democracia onde reinaria a justiça, a bondade e a caridade. Se existisse um povo de facínoras, seus governantes fôssem eleitos e governassem de acôrdo com a opinião pública, teríamos um regímen democrático onde imperaria o crime, a crueldade e o ódio. Nem aquela seria uma democracia boa, nem esta uma democracia má, senão na medida em que os governantes eleitos governassem ou não de acôrdo com a vontade dos governados. Os resultados bons ou máus da democracia dependem, pois, da qualidade da opinião pública em que ela se apóia. Ela é um espelho onde se reflete fielmente a fisionomia moral da sociedade, é água cristalina ou turva que recobre e se amolda ao relêvo do solo onde corre e dêle carrega, pela ação mecânica e química, o ouro ou a lama.

A democracia sòmente promoverá a prosperidade geral, a ordem e a justiça, se a consciêcia da sociedade estiver impregnada das idéias de justiça, de ordem e dever que tem cada um de trabalhar para o bem geral. Onde não existe opinião pública, não pode existir democracia; onde a opinião pública fôr corrupta, intolerante e mal orientada, corruptos, intolerantes e desorientados serão os governos democráticos. A democracia é um instrumento aperfeiçoado, capaz de produzir as obras mais ilustres e beneméritas, se o povo que o maneja tiver inteligência, aptidão e caráter; e é um aparelho inútil, senão prejudicial, nas mãos de povos incultos, ociosos ou decrépitos, sem a consciêcia de seus deveres e o orgulho do seu destino.

Assim, a ciência e a democracia são necessárias, porém não são suficientes, para construir a civilização de amanhã, grande, bela e generosa como a queremos. Teremos de achar dentro de nós mesmos os valores humanos e racionais que determinarão o uso adequado e nobre das verdades científicas e do aparelho democrático. Não nos livraremos dos males e do sofrimento do passado só em cultivar a ciência e praticar a democracia; e sobretudo não fugiremos à responsabilidade moral que dêles temos.

Famoso escritor inglês imaginou uma cena em que todos os homens, diante de Deus que afinal lhes aparece, queixam-se amargamente dos próprios males, das guerras, das iniquidades, das perseguições e das explorações que os afligem — e pedem socorro. Deus contempla-os, piedoso e justo, e responde simplesmente: Pois se essas coisas tôdas vos causam sofrimento, não continueis a fazê-las.

Eis uma sátira fina e profunda à malícia e à preguiça moral dos homens, que querem ser livres mas não querem praticar o bem. Descontadas a fraqueza e a ignorância, dignas de auxílio e perdão, êles bem sabem que o mal se paga com o mal, que quem usa de crueldade e hipocrisia, mais tarde ou mais cedo será tratado com hipocrisia e crueldade. Para evitar os males que padecem, terão de regular a vida individual e coletiva por princípios morais sinceramente praticados.

A determinação e hierarquia desses valores é o resultado mais alto da função de pensar e de sentir, e marca as fronteiras definitivas entre a animalidade e a humanidade, entre viver apenas e viver para realizar um destino.

Desde Buda até Sócrates, de Platão a Kant, e de Aristóteles a Bergson, por entre a diversidade de princípios, de métodos e de resultados, a filosofia é unânime na indicação dos valores essenciais que podem tornar a vida digna do homem e o homem digno de si mesmo.

Êles poderiam ser resumidos em um só: Justiça.

Consistindo a justiça em dar a cada um o que lhe pertence, baseia-se na igualdade essencial de todos os homens, por serem racionais e livres, não obstante as desigualdades quanto à inteligência, caráter e aptidões, e máu grado as desigualdades sociais de posição e fortuna. O que pertence tão intimamente a cada um, a ponto de formar uma identidade, é a vida, o corpo e as faculdades espirituais. Justiça é, pois, que se respeite em todos êsses bens corporais e espirituais. Mas, respeitar a vida física e moral do homem não consiste apenas em não suprimi-la pela morte, senão também assegurar-lhe as manifestações e atividades compatíveis com a coexistência social. Daí por que a liberdade é um bem essencial, pois constitui realmente a expressão da vida sob diversas formas, que a técnica jurídica denomina direitos individuais, e que a sociedade tem de respeitar para não cometer uma injustiça fatal ao homem.

Pois que justiça é dar a cada um o que é seu e não fazer a oitrem o que não queremos que nos façam, justiça estrita será não negar aos nossos semelhantes o tratamento e os bens que não queremos que êles nos negassem: a honra, a simpatia, a equidade, a tolerância, a caridade, a verdade e a beleza.

Mas, a vida e a liberdade do homem sucumbiriam se para obter os meios de subsistência êle dependesse exclusivamente da sociedade.

Justiça é, portanto, reconhecer como dele os meios de subsistência que licitamente adquiriu pelo trabalho, não só os necessários para a vida e o bem-estar, como também os que acumula na previsão de possíveis infortúnios.

A propriedade individual decorre logicamente do princípio de justiça e deve pois ser respeitada, não só onde ela garante o necessário, mas também o supérfluo, pois do supérfluo dos abastados é que a sociedade tira o essencial aos necessitados, cumprindo em relação a estes não um ato de caridade, e sim um dever de justiça.

Realmente, o que o homem procura na sociedade é segurança e bem-estar. Se involuntariamente cai na miséria, ou é por defeito da organização social ou por não poder mais trabalhar, e não raro em conseqüência de injustiças que não foram devidamente reparadas. De qualquer modo, é de justiça que a sociedade lhe assegure uma existência digna de homem, assistindo-o material e moralmente para que, quando possível, se reabilite pelo trabalho.

Suprimir a propriedade privada, além de constituir injustiça, seria erro temerário. Despojado da propriedade, que corresponde a um instinto e necessidade naturais, o homem perderia o estímulo para produzir, a riqueza pública baixaria ao mínimo, e não seria a máquina burocrática do Estado que poderia dar a cada um a justa retribuição do seu esforço e da sua capacidade.

Além disso, unir ao poder político o poder econômico, seria criar o mais absoluto despotismo, seria permitir que a ameaça da força e a ameaça da fome se unissem e esmagassem a liberdade física e moral do indivíduo. Subordinada ao bem público e coibida nos seus abusos, a propriedade terá de ser mantida, pois além de afastar a luta física pela sobrevivência e assegurar a prosperidade social, é uma garantia indispensável ao desenvolvimento das aptidões físicas, morais e intelectuais do homem.

Nem só a justiça e a liberdade, porém, são necessárias à plena expansão da vida, ou melhor, outras formas ainda mais belas de justiça e de liberdade concorrem para constituir “as altas realidades que ultrapassam tôdas as esperanças e saem rejuvenescidas de todos os túmulos”, como disse Wagner: o ideal, o heroísmo, a poesia, o sacrifício, o perdão, a piedade; saber sofrer, saber esperar, saber morrer. Esses são valores supremos, sem os quais a vida não teria conteúdo nem finalidade, e o homem não passaria de um antropóide vaidoso, a lutar pelo pão, pelo amor e pelo poder; forma efêmera e instável de animal vertical, transitando inconsciente entre o mistério do berço e o mistério do túmulo.

O conhecimento e a hierarquia desses valores não nos dão a ciência, nem a experiência, nem as formas de govêrno; eles nos são revelados pela filosofia, que é a ciência integral e a experiência transcendente.

Mas, a filosofia não é uma função social; é privilégio de espíritos excepcionais, que se contam por dezenas entre os bilhões de bilhões de homens que até agora viveram. As verdades que a filosofia manifesta, os valores que justifica, seriam apanágio exclusivo de uma aristocracia intelectual, se a religião não os oferecesse a todos.

Onde a filosofia especula, a religião ensina; uma é dúvida metódica, outra é crença consoladora. E onde a própria razão filosófica titubeia, tomada de vertigem ante os mistérios metafísicos, a fé religiosa a ultrapassa, e do infinito e da eternidade lhe oferece apoio, mostrando-lhe que o caminho do bem e do amor é ainda o caminho da sabedoria e da verdade.

Nenhum raciocínio, nenhuma teoria obrigaria a sociedade a praticar a justiça e os outros valores morais; nenhum sistema filosófico daria ao homem, com “a esperança, o dom de suportar o mundo”, a vida e a morte, se a religião não lhe ensinasse que existe Deus, origem e fim da liberdade, princípio e causa da justiça.

Por isso, não nos apavora o futuro da espécie humana sobre esta terra, descrito em tom apocalítico pelo evolucionismo materialista.

“As forças do nosso universo declinarão, — escreveu um de seus adeptos, — o esplendor do nosso sol se apagará; a terra inerte não conhecerá mais as estações e não poderá mais suportar a presença dos homens, que vieram perturbar momentaneamente sua solidão. A inquieta consciência que, por breve tempo, neste canto obscuro, quebrou o silêncio do universo, cessará de se agitar. A matéria ignorar-se-á de novo a si mesma. Os monumentos, que julgávamos imperecíveis, os atos, que suposemos eternamente memoráveis, desaparecerão como se jamais houvessem existido; e assim também a própria morte, e o amor, mais forte que a morte... Nada sobreviverá de tudo pelo que a humanidade tanto lutou e tanto sofreu durante séculos inumeráveis...”

Essa horrorosa certeza da ciência materialista não prevalece contra a nossa esperança e a nossa crença. Deus existe, e a tragédia será parcial. Pelo seu poder, sobreviveremos ao naufrágio sideral. Outros mundos, mais luminosos, outras vidas, mais perfeitas, outros destinos, mais belos, nos esperam. Só porque Ele existe é que perseveramos e lutamos, pois sabemos que os nossos desenganos e os nossos sofrimentos são o sinal da sua justiça e serão recompensados pelo seu amor.

Se é lícito à razão pequenina e à experiência precária dos homens antever a civilização de amanhã, eis que as suas bases serão a Ciência, o Direito, a Democracia e a Religião; a ciência que liberta da miséria, o direito que distribui justiça, a democracia que liberta da servidão, a religião que liberta do mal.

Possam assim os que vierem depois de nós, libertados dos erros e dos vícios que hoje padecemos, proclamar, ante a memória dos que lutaram pela civilização, a vitória definitiva do pensamento contra as forças inconscientes da natureza. (Palmas prolongadas).

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao Acadêmico Werter Faria.

O SR. WERTER FARIA — Exmo. Sr. Governador do Estado, Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa, Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, Excia. Revma., Dignas Autoridades, Minhas Senhoras, Meus Senhores.

Ninguém mais do que o jurista está submetido à influência e às diretrizes do espírito secular, que o Prof. *Wilhelm Röpke* explica como um parentesco no modo de entender e de sentir (La crisis social de nuestro tiempo. Revista de Occidente, 1947, p. 79). Nenhuma ciência está unida como o direito às condições culturais e econômicas da sociedade.

Os seus fins, ademais, não agasalham somente um núcleo de verdades teóricas e de cuja utilização o cientista se despreocupe; têm todo o panorama das relações humanas e sociais para envolver.

Com o nascimento da questão social, que é, conforme previne e adverte *Menger* (El derecho civil y los pobres. Atalaya, 1947, p. 32), um problema da ciência do Estado e do Direito, a sua idéia mesma ressentiu-se de solidez, sob o peso das concepções políticas a que não puderam os cientistas subtrair-se.

O grande fato, é, às vezes, o mais terrível da história atual, — a suplantação dos processos culturais por meios políticos, — admitidos para comprazer ora o número, ora o poderio, denuncia o erro dos legisladores e o motivo da crise do direito.

As suas manifestações concretas não podem ser o programa proselitista e nem uma cisão entre a ciência e a realidade.

O aumento das leis parciais, desde que as massas “tão diretamente” governam a sociedade (*Ortega y Gasset*, La rebelión de las masas. Cultura, 1937, p. 11), foi uma solução que encorajou os ricos e iludiu os pobres. Uns se reconheceram seguros e os outros protegidos. Mas prepara-se a emboscada das classes espoliadas, que só uma reforma legislativa extensa, um compromisso integral com os acontecimentos modernos, é capaz de conjurar.

Impediremos que a aurora da nova ordem social faça aparecer nas mãos do homem o vestígio de um crime, se a sua organização jurídica se fizer intrinsecamente justa.

O problema basilar do jurista se forma com a necessidade de manter as conformações históricas do seu conhecimento num mundo em transformação.

Raciocinam não poucos, à maneira do sofista Górgias e de Robespierre, que o direito se funda na utilidade, e não precisam de coerência.

Outros estão em contradição com a ciência que estudam e desenvolvem, porque “em quase todos os problemas jurídicos, pondera *von Kirchmann*, respondeu já o sentimento, antes de começar a investigação científica” (El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. Losada, La ciencia del derecho, 1949, p. 262), e cada vez mais êste prevalece sendo o regime capitalista burguês a maior humilhação histórica do homem, diante da qual a sabedoria se apaixona e a ciência se sectariza.

Ensaia-se uma direção protecionista do direito, que *Savater* censura dizendo: “il ne faut pas oublier que protection c’est le contraire de liberté” (Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui. Dalloz, 1948, p. 169). Por não ser livre, nem correspondido em seus sentimentos de juridicidade, é que o homem acaba exercendo o direito pela força.

Êle só se libertará num sistema em que a atenção jurídica à sua existência lhe restitua a dignidade original.

Ê, meus senhores, a vossa missão, e nunca a tivestes maior: preparar um regime jurídico, gerado da democracia, que corrija as desproporções econômicas e as disparidades sociais.

“O direito, escreve *Consetini*, está num estado de crise reformadora constante” (La reforma de la legislación civil y el proletariado. Beltrán, 1921, p. 234), capaz de levar os espíritos a uma depressão fatalista, se esquecerem que êle acusa o estilo das épocas e, as suas manifestações, as formas da equidade natural, semelhantes hoje, no impulso e na força, às colossais rebentações oceânicas.

Não há uma relação causal entre as conformações do pensamento político e o direito, muito embora nêle, como diz *Ripert*, esteja presente a inquietação dos tempos (Le déclin du droit. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 154).

A sua incidência no processo das reformas jurídicas é legítima, se não lhe atingir os movimentos peculiares, enquanto for juízo, não imposição.

O jurista prediz as necessidades internas de transformação do direito, antes que as circunstâncias sociais as descubram. O seu método e a sua inteligência talham a superfície do solo social para surpreender as germinações que cobre e guarda.

Vós, para me servir da formosa expressão de *Gabriela Mistral*, “padeceis levando a lanterna esverdeada de olhos buscadores” (discurso perante o Conselho Diretor da União Pan-americana), porque tendes o dever de conservar o nosso Continente livre de todo antagonismo e de instituir uma concepção humanizada do direito.

Nós nos fiamos na luz animadora dos vossos espíritos e na vossa sensibilidade às exigências da justiça, que ecoam nas almas, como o murmúrio das ondas nas conchas tiradas do mar. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao professor Júlio Cezar Bonazzola.

O SR. JÚLIO CEZAR BONNAZZOLA — Exmo. sr. Governador do Estado, exmo. sr. Presidente da Assembléia Legislativa, exmo. sr. Presidente do Superior Tribunal de Justiça, senhores delegados, exmo. sr. Arcebispo Metropolitano, senhoras, senhores, meus queridos alunos:

Um excelso poeta de minha terra pronunciou uma de suas alocuções mais brilhantes, que se conserva nos protocolos das Chancelarias, e que se dissemina nas antologias literárias de minha pátria.

Belizário Roldán pronunciou, neste país, precisamente no Brasil, sua oração máxima sôbre a paz na América.

Suas predições de um grande entendimento entre o povo brasileiro e o povo argentino, se estão realizando na generosidade da tribuna em que o sr. Presidente quis me conceder a honra de agradecer, em nome das delegações estrangeiras, a recepção carinhosa e cordial com que nos brindou.

Este mesmo sentimento está se revelando na gratidão, na grandeza de espírito dos homens dêste país vizinho, que me distinguem com a honra imerecida de me designar em seu 1.º Vice-Presidente.

Nossas salas, nossas naves, nossos livros, de que tanto me falaram os meus queridos colegas, nesta Faculdade, aproximaram nossos espíritos, seguiram-nos através da distância e uniram nossos pensamentos, através do céu, da terra e do mar.

Este mesmo sentimento de aproximação está demonstrado quando a um professor argentino se concede a tribuna, nesta ocasião. Este sentimento de aproximação cultural entre nossos países está ratificado pela preocupação das próprias autoridades civís.

Também o está revelado, neste representante argentino, em nosso país, o professor de Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires, o dr. Ruiz Icuá.

Também o está demonstrando isso, a preocupação dos Governos, representados desde tempos atrás, e que culmina, na época atual, com o govêrno do General Dutra, e, em nosso país, com o do bem-amado General Perón.

As almas argentinas sentem o fervor das almas brasileiras.

Desde tempos antigos, há uma continuidade cívica ininterrupta. Um dia, as ruas de Buenos Aires se encheram de entusiastas para receber a vosso Campos Sales e a Bocaiuva, e outro dia, o povo do Brasil se sentiu jubiloso, nas ruas dêste país, para receber ao nosso General Mitre, que, na História, é uma figura ímpar de nossas armas.

Exmo. sr. Arcebispo Metropolitano: Quero dizer, também, que sentimos, em uníssono, tôda a gama de uma fé, sonora e entusiástica, que rima no mesmo entusiasmo de louvar a Deus, nas Catedrais, nas Capelas, nos Oratórios, que são orgulho em todo o continente.

Santo Thomaz de Aquino dizia que os homens para se amarem devem se conhecer, e os brasileiros e argentinos se amam porque se conhecem.

Desde crianças, estudamos sua geografia e nos abismávamos na grandeza geográfica de seu território, nos entusiasmávamos na beleza de seu vale amazônico, e nos extasiava o espírito a beleza desta região meridional, de Pôrto Alegre, donde me ocorre dizer, por rara analogia, depois de viver muitos anos em Roma, que pareceria que Pôrto Alegre, como Roma, está encravada nas sete colinas da eternidade.

Temos um entusiasmo, desde crianças, por seus rios caudalosos, por seus vales verdes, por seus lagos tranqüilos, pela profundidade de seu clima diverso. Amamos o Rio de Janeiro populoso; temos entusiasmo pela indústria de São Paulo; e nos entusiasmamos por Pôrto Alegre que tanta semelhança tem com o nosso espírito.

Amamos a tudo aquilo que se nos assemelha, e a tudo aquilo que para nós é diferente. Amamos, também, e hoje me acentuava isso o sr. Governador do Estado, a grande semelhança que tem a zona rural desta região, com a do nosso país. Ocorre-me que de cada lar rural, longe do bulício das cidades, baixa uma estrêla fulgurante, como promessa de Deus, como realidade do céu. Vive-se em cada lugar, como numa cabana de Tio Tom, rodeada de suas palmeiras verdes no verão e amarelecidas no inverno, como símbolo da magnífica bandeira desta pátria, que flameja com orgulho e que é orgulho da América.

Conhecemos também sua História. Recordo-me que desde meninos líamos com júbilo as primeiras expedições dos holandeses, no século XVI. Líamos a grande colonização portuguesa do século XVII. Entusiasmáva-nos, também, a figura romântica, com o nome carinhoso de Tiradentes, o primeiro mártir da emancipação brasileira.

As aventuras transoceânicas de que tanto deu provas a península Ibérica, Espanha, por um lado, e Portugal, por outro, quando o rei de Bragança, inspecionando 14 náus e 13.000 homens, ordenou que partissem rumo a estas costas, para fundar um império. Líamos, com entusiasmo, sôbre o grito do Ipiranga, em 1822, que deu autonomia e soberania a esta terra. Logo, o 15 de Novembro, a proclamação da República, a Carta Magna e a garantia definitiva destas instituições, como o está demonstrando a cultura dêste povo e desta assembléia.

Conhecemos também seus juristas. Como não haveríamos de conhecê-los? A Rui Barbosa, mestre ingente, orador e escritor. Ora-

dor em tôdas as tribunas, na tribuna parlamentar, no civismo público, na tribuna universitária, em tôdas as expressões permanentes e imanentes do pensamento. Eu diria, como melhor síntese dêste homem, que era um verdadeiro polígrafo e que sua pena, quando escrevia, era uma espada, e seu pensamento, quando pensava, uma pena.

Tínhamos, os civilistas, especial entusiasmo por Teixeira de Freitas.

Ocorre pensar, quando estudamos Direito Civil, que o confundíamos num só braço. Seus temas, seus trabalhos literários estão no tapete diário das nossas instituições. Não poderíamos pensar, sem pensar nêle. Estaríamos afastados da realidade histórica, se tivéssemos de nos esquecer um só momento de sua valiosa trajetória.

Nesta assembléia, também nos preside um jurista eminente Waldemar Ferreira (palmas). Dêle diria que seu claro pensamento só se vê obscurecido pela generosidade de sua alma.

Hoje, quando o vi desembarcar, no aeródromo, devo confessá-lo, distinto mestre, sentí profunda emoção. Seu porte, seus gestos, fizeram-me recordar meus velhos mestres da Universidade de Roma. Eu diria que sua obra não tem paralelo nos limites do continente americano. A obra do professor excedeu todos os esforços. Nós o confessamos sem mágoa, porque as reuniões científicas são precisamente para dizer a verdade. Não estamos à altura da obra dêste mestre.

Sua obra poderia ser comparada e eu a comparo, com emoção e sinceridade, com a obra do meu velho mestre Vivante, que tantas deferências teve para comigo.

Não quisera recordar, para não fazer exibição de erudição, os homens que escreveram, em páginas brilhantes, a história jurisprudencial do direito, neste país. Mas me acicateiam alguns nomes, pela relação que tiveram na formação de minha pátria. Em Maio de 1810, Mariano Moreno escrevia a "Representação dos Fazendeiros". Tempos depois, Xavier de Lisboa traduzia sua obra ao português e a editava precisamente no Rio de Janeiro. Havia uma consonância perfeita entre os nossos sentimentos e nós não seríamos dignos daquele presidente, se não nos colocássemos no mesmo diapasão, se não nos esforcássemos por ser dignos daqueles antecessores, se não puséssemos nossa alma à altura do nosso pensamento. Poderíamos dizer, até, com os eminentes professôres de Economia Política e Finanças desta Faculdade, que nossos produtos e nosso intercâmbio são uma expressão de concórdia, de paz, de comunicação e de bem-estar.

Por último, senhores, eu poderia dizer, ao agradecer êste convite que me formulou o eminente professor Salgado Martins, no dia de

ontem, para ocupar esta tribuna e expressar algumas palavras, da nossa preocupação em saber se devíamos fazê-lo por escrito ou oralmente. Pensei em Gracián: "Uma oração breve, duas, vêzes boa".

Mas, antes de terminar, quero dizer que, nesta democracia sem protocolo, sem embaraços, unidos pelo espírito, que está além das fronteiras da pátria, temos de unir o perfume fulgurante do passado com a realidade vivente e candente do momento, para ligá-los com o ouro do trabalho dos nossos homens, da nossa união, e conseguirmos assim o êxito do futuro, para que sôbre a terra dura e fria possamos, como na terra de Canaã, regá-la com nosso suor e com nossas lágrimas, para devolvê-la a Deus por cada estrêla, uma flor, (palmas prolongadas.)

O SR. WALTER JOBIM —

Srs. Congressistas.

Venho expressar-lhes, nestas breves palavras, os meus aplausos e a solidariedade plena do Govêrno do Estado a êste magno conclave, com que se comemora o cinquentenário dos cursos jurídicos no Rio Grande.

Com fulgor e proficiência, já foi descrita a vida fecunda desta Faculdade de letras jurídicas e sua profunda influência na formação mental de nossa gente.

Na judicatura e no pretório, na cátedra e no parlamento, na Imprensa e nas letras, quantos talentos têm luzido e quantos outros se vão aprimorando para glória maior da terra farroupilha.

Predicar o direito é preparar o homem para a vida social.

A vida coletiva encerra em si uma eterna judicatura.

Vivemos de ajuizar nossos semelhantes, por suas ações, seus talentos, suas atitudes e sentimentos.

Qualidades afins é que aproximam os indivíduos, identidade de pendores, similitude de ideais, afervoram amizades e irmanam os homens.

Nenhum ideal humano supera o do direito.

Domina tôdas as fronteiras porque entrelaça tôda a humanidade, sensível que é em tôda consciência humana.

Nêle se condensam as supremas aspirações.

Liberdade, justiça, cultura, civilização, tudo se corporifica na vida jurídica.

Em suma, o que é bom e eqüidoso, é e será o direito.

O espírito humano não pode ter vacilações entre a razão ou o destempêro, a lei ou o arbítrio.

A consciência equilibrada e justa que se encrespa contra a prepotência, as emoções que se transformam em decisão inabalável contra o mal desassisado e desvolto, estão ao serviço do direito.

Luta do bem contra o mal, dilema sempiterno da consciência humana.

Direito ou força, energia criadora ou inferno abrasador de destruição ou morte.

A vitória do direito é a sobrevivência da civilização.

O velho culto do *fas* e do *jus*, tantas vezes esquecido e renegado, tem o sôpro da imortalidade, ressurgue sempre após as grandes hecatombes, como um brado profundo das almas conturbadas, num anseio supremo de uma vida harmoniosa e justa, numa vida de tranqüilidade, onde se restabeleça o império do direito.

Nem sempre o homem será a brutalidade dos institutos.

As forças morais algum dia serão decisivas.

“Síntese das culturas passadas e presentes será o homem do futuro.

Tudo colaborará nêle: o sentido corpóreo dos antigos, o místico dos árabes e hebreus, o estático dos indús, o dinâmico, infinito, totalitário e organicista dos europeus.

Cada época agrega um matiz, uma faceta, um detalhe.

O homem se sentirá tomado de sopros de justiça, de cooperação, de generosidade, de tolerância; porém ao mesmo tempo de ordem, de disciplina, de sacrifício, de abnegação.

O homem será cada vez mais suave e ao mesmo tempo mais enérgico.

Terá a suprema energia de dominar-se.

O violento não sabe que é débil: escravo e vítima de seus instintos.

O homem forte os governa soberanamente.” (Rubianes)

Esse é o evangelho dos legionários do direito.

Predicar e agir, perseverar e convencer.

Ter sempre uma consciência erguida contra o arbítrio, onde quer que se exercite, porque onde existe um brado contra a injustiça, está um direito sacrificado, clamando reparação.

Individual ou coletivo não importa.

Número e irresponsabilidade exacerbam o mal.

Quando as liberdades desaparecem, sepultam-se os direitos, sofrem os povos o martirólógio da escravidão.

Tôda a debilidade e fraqueza conduz ao despotismo.

Quando cessa a reação pelo direito eclipsam-se tôdas as franquias, que asseguram vida e liberdade.

Quando os povos se aviltam ressurgem os tiranos.

O dever está em pregar para a evolução humana um sentido de justiça, desenvolvendo e estimulando a simpátia instintiva do homem pelo homem, invés da ação vulpina de traição, escravidão e morte.

Esse é o rumo inderrocável das consciências dominando tôdas as fúrias.

Que esse Congresso de juristas continui a predicar os ensinamentos imortais.

Agregue novos roteiros porque a renovação é a grande lei da vida.

Todos quantos passaram por esta casa são velhos aprendizes sempre prontos a brunir os conhecimentos recolhidos.

Os mestres aqui estão na forja incandescente das idéias inovadoras.

Glória ao seu sacrifício, gratidão profunda aos seus ensinamentos.

Ninguém mais que o Estado, porque é tôda a gente, se beneficia com a difusão dos grandes ideais humanos.

Aqui fica o seu reconhecimento. (Palmas prolongadas.)

O SR. PRESIDENTE — Está encerrada a presente sessão.

1.ª SECÇÃO:

*Direito Romano, Direito Canônico
e História do Direito*

COMISSÃO:

*Profs. Dr. Elpídio Ferreira Paes
e Pe. Dr. Afonso Schmidt*

VELHAS EXPERIÊNCIAS
E NOVAS DOCTRINAS JURÍDICAS

GAETANO SCIASCIA

Livre Docente da Universidade de Roma. Professor
contratado em São Paulo.

— I —

1 — É universalmente sabido que o tecnicismo moderno, enquanto constrói esquemas lógicos de grande valor para a aplicação do direito, afasta sempre mais a norma jurídica da essência das relações humanas que o próprio direito deve regular. As abstrações dos teóricos encontram exatamente seu limite na imprescindível necessidade de corresponder às verdadeiras exigências da vida prática.

Assim, em face de herméticas formulações da doutrina, não será inútil mostrar como o direito romano nos oferece instrutivas experiências práticas, aproveitáveis não apenas nas aulas das escolas para a educação do senso jurídico dos discentes, mas também úteis aos legisladores que, incumbidos da grave tarefa de ditar as normas para o futuro, podem ensaiar naquelas experiências a bondade de suas previsões.

O vasto acervo de exemplos que poderei citar e ilustrar seguindo as obras que tratam do chamado direito comercial dos Romanos, não contém nenhuma referência a uma notável analogia entre o direito romano e o direito moderno. O interesse dela no que diz respeito ao direito comercial me decide a comunicá-la ao Congresso da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul.

2 — Os romanistas e os civilistas, a meu saber, nunca consideraram o paralelismo que existe, no quadro da ordem jurídica, entre a libertação do escravo e o ato constitutivo da pessoa jurídica. De um lado, os cultores do direito romano, analisando o instituto da alforria, tiveram presente apenas suas formas e efeitos, sem encará-los na teoria dos atos jurídicos, de certo modo estranha à ciência romanística pura; de outro lado, os civilistas, preocupados com a construção teórica do conceito de ente moral, que não teve na Compilação de Justiniano elaboração completa, esqueceram que o direito romano proporcionava na manumissão um interessante precedente.

Sabe-se que no sistema romano o escravo está na condição de coisa, objeto de relações jurídicas, suscetível de qualquer relação patrimonial — propriedade, direitos reais, posse, direitos de obrigação, disposições de última vontade. A lei Aquília do III século a.C. sanciona do mesmo modo a morte do escravo e a destruição da coisa. Qualquer aquisição do escravo pertence ao senhor. Diz-se que *servile caput nullum ius habet* (D.4,5,3,1 Paulo) e, assim como não tem relações familiares e, por consequência, direitos sucessórios, o escravo carece de patrimônio, não pode contrair créditos nem dívidas, pois, *in personam servilem nulla cadit obligatio* (D.50,17,22 pr. Ulpiano). Ele não pode agir nem ser réu em juízo, pois *cum servo nulla actio est* (D.50,17,107 Ulpiano).

Ora, prescindindo do fato de a personalidade do escravo, como tal, não ter demorado, por influências das doutrinas filosóficas gregas, em ter reconhecimento jurídico, o *servus* se torna sujeito de direitos em virtude da manumissão.

Destarte, a manumissão origina efeitos que vão além dos comuns dos outros atos jurídicos. Quanto ao senhor, o ato tem por fim imediato extinguir direitos, e sob êste aspecto é encarado pelos jurisconsultos romanos que o assimilam à morte ou, pelo menos, a um ato de liberalidade; mas, quanto ao escravo, a manumissão constitui na ordem jurídica o que na ordem natural é o nascimento do homem.

No direito, em virtude da alforria, uma coisa se torna pessoa; cria-se um novo sujeito de direitos, promove-se à classe de pessoas um ente que pertencia à classe das coisas; comunicam-se as duas noções de objeto e de sujeito de direito, mostrando que, também na ordem jurídica, assim como na ordem da natureza, as categorias, mesmo as mais firmes e tradicionais, não são compartimentos estanques e que as barreiras que as separam podem despedaçar-se e destruir-se. Não é por simples acaso que os manuais romanos de institutos, embora indiquem, nos paradigmas e nas fórmulas, o escravo como a coisa por excelência (cf. Gaio, livros 2, 3 e, *passim*),

tratêm dêle e de sua condição na matéria que ilustra o direito das pessoas (cf. Gai, livro 1, *passim*).

Querendo examinar mais particularmente como e porque a libertação do escravo por parte do senhor tem tal força criadora, não devemos esquecer que, quanto às leis da natureza, o escravo sempre foi homem e o ato jurídico que o alforria nada altera ou muda quanto a mesma realidade natural.

Portanto, o fato de se tornar a coisa uma pessoa, não estranha os jurisconsultos romanos que sempre têm presente aquela natureza. Sirva para ilustrar esta observação e para passar à analogia, que aqui interessa, a máxima resumida das fontes clássicas por um tardio jurisconsulto romano: *Hominum causa omne ius constitutum est* (D.1,5,2 Hermogeniano).

3 — Pois é exatamente sôbre êste princípio que se devem fundar tôdas as doutrinas relativas ao conceito de pessoa jurídica, qualquer que seja seu tipo, i. é, associação ou fundação.

Prescindindo aqui das várias tentativas de explicar o conceito — teoria da ficção ou da realidade, teoria orgânica, teoria da personificação do fim ou do patrimônio, teoria de Carnelutti que, embora violenta e repetidamente criticada, tem o mérito de inegáveis intuições — a lei atribui a personalidade humana a um ente concebido à imitação do homem e portanto sujeito de direitos e de deveres.

Destá formã o ato constitutivo de uma sociedade, por exemplo, cria um novo sujeito de interesses e relações jurídicas, que tem capacidade de direitos e de agir própria, que tem vontade e responsabilidade patrimonial.

Note-se que não sômente na fundação, mas também na associação há um patrimônio. Na fundação os bens constituem evidentemente o elemento indispensável de sua existência; na associação, em que podem faltar os bens materiais, deve sempre existir a combinação de esforços e recursos visando um fim. A moderna ciência econômica encara os esforços como bens, bens imateriais objeto de direitos, cousas, no sentido romano de *res*.

Sendô assim, na constituição do ente moral se apresenta um processo análogo ao que se dá na manumissão. Em ambos os casos atribui-se espírito à matéria. E que outra coisa é a liberdade senão espírito?

4 — Na analogia há porém um lado interessante, em que os termos se apresentam como que invertidos, sem entretanto atenuar o valor da semelhança.

O objeto dos direitos, que se torna ente moral, fica evidentemente, quanto às leis da natureza, um objeto; é apenas no direito

e para êle que se transforma de coisa em pessoa. Na manumissão acontece o inverso.

Assim, querendo representar matematicamente a analogia, diremos, falando em alforria, que o homem pessoa (anteriormente à manumissão) como homem homem (posteriormente à manumissão); e falando em pessoa jurídica, a proporção será a seguinte: coisa coisa (antes da constituição) como coisa pessoa (depois da constituição).

A inversão, porém, é apenas aparente; pois é sempre a ordem jurídica que regula e sanciona a diferença entre os dois primeiros termos ou os dois segundos das proporções indicadas, como também é sempre a lei da natureza que afirma e confirma a identidade dêles.

Aliás, as analogias subsistem verdadeiras em várias aplicações. Eis uma breve lista longe de estar completa:

a) Para criar uma fundação os bens da dotação devem ser *livres* (art. 24 C. C.); a manumissão do escravo, objeto de direito real de outrem, não tem o efeito de criar o sujeito, pelo menos do direito clássico (Ulpiano Reg. 1, 18 e 19);

b) Tanto na constituição dos entes morais, quanto na *iusta ac legitima manumissio* há a intervenção, de várias formas, do poder público (registro ou autorização, art. 18 C. C.; *manumissio vindicta* perante o magistrado, *manumissio censu* no recenseamento público, *manumissio testamento*, acolhendo a doutrina de Jhering de o testamento originário ser uma *lex publica* votada nos comícios);

c) O ato que cria o sujeito tem valor constitutivo, quer no registro ou autorização quer na declaração do pretor (*addictio libertatis*). Aliás nós, quanto à *manumissio vindicta*, lutamos com as mesmas dificuldades dos civilistas sobre este ponto. No processo de reivindicação da liberdade (*an liber sit*) a ação parece ser apenas declaratória.

d) A pessoa jurídica termina sua existência quando atinge seu fim; inversamente, mas em correspondência, as fontes afirmam que *libertas ad tempus dari non potest* (D.40,4,33 Paulo). A extinção da pessoa jurídica não passa da morte do liberto. Note-se que no direito quiritário o patrono é legítimo sucessor do liberto e, no direito clássico, o manumissor toma, *mortis causa*, os bens do Latino Juniano.

5 — Ainda mais notável que estas semelhanças é a regulamentação, depois da alforria, dos atos praticados anteriormente pelo escravo, de um lado, e a regulamentação, depois da constituição da pessoa jurídica, dos atos praticados pela mesma quando era apenas comunhão. Pensamos na transformação de uma sociedade de fato em sociedade regular, não esquecendo que os problemas se po-

dem apresentar quando uma sociedade regular se transforma numa sociedade de fato, ou, pela analogia, quando uma pessoa livre se torna escrava.

No direito romano, neste campo, as discussões e as controvérsias refletem, queria dizer, precedem, as que se fazem hoje no setor do direito comercial.

Com o intuito de oferecer as soluções romanas agrupo resumidamente algumas:

a) Gai.4,77: Se o escravo se tornou livre, pode-se propor ação de indenização diretamente contra êle; cf. D.9,4,24 Paulo: caso do escravo que foi incitado a fugir e depois foi manumitido; êle é co-réu de quem o incitou a fugir; Paulo Sent.2,31,8: caso do escravo ladrão que foi alforriado.

b) D.47,2,17,1 Ulpiano: Quem foi o senhor não pode propor ação contra o escravo depois de tê-lo alforriado.

c) D.47,10,30 pr. Ulpiano: Ao alforriado não cabe ação pela ofensa recebida durante a escravidão.

d) D.47,2,46 pr. Ulpiano: Se o escravo fôr subtraído por um ladrão e depois alforriado por um terceiro, o antigo senhor conserva a ação de furto contra o ladrão; cf. D.9,2,15,1 Ulpiano, quanto ao escravo ferido por outrem e depois falecido liberto.

e) Entre o escravo e o senhor pode haver uma *obligatio naturalis* (D.12,6,13 pr. Paulo; D.h.t.64 Tryphonino); mas o senhor não tem nenhum direito contra o alforriado, a não ser existindo um pecúlio (D.33,8,6,4 Ulpiano).

f) D.44,7,56 Pompônio: Depois da manumissão o patrono conserva as ações contra os terceiros que adquiriu por intermédio do escravo; D.45,3,40 Pompônio: o mesmo se dá se a estipulação feita pelo escravo fôr condicional (*sic*) cf. D.50,17,18 Pompônio.

g) Os atos praticados pelo escravo, por própria conta, com terceiros originam obrigações naturais do alforriado, D.44,7,14 Ulpiano; D.15,1,50,2 Papiniano.

Deixo aos comercialistas a aplicação das soluções no setor das sociedades de fato; eu não tenho a competência para fazê-lo; mas recomendo a prudência que sempre é necessária nestas aproximações cheias de linfa fecunda.

6 — Mais uma interessante aproximação entre o direito romano e o moderno, no campo do direito mercantil, pode-se fazer com referência a algumas normas que dizem respeito ao pecúlio dos escravos e ao dos filhos de famílias.

Também aqui os romanistas, visando frisar antes de mais nada a grande influência que o pecúlio exerceu como fator de desenvolvimento da capacidade patrimonial das pessoas *alieni iuris*, raramente consideraram o aspecto vivo da regulamentação do instituto.

Entre os antigos, tomei nota das citações de Dietzel, *Die Commanditem Gesellschaft und die actio tributoria* em Goldschmidt's *Zeitschrift fuer Handelsrecht* II (1859) pág. 1 e segs. e de Bekker, *ibidem* IV (1862) pág. 506 e segs.; mas não me foi possível alcançar os escritos originais. Dos modernos, apenas dois autores, aliás dois grandes juriconsultos, fazem referência ao pecúlio ilustrando-lhe a função prática.

P. F. Girard, no seu *Manual elementaire de droit romain* (8.^a ed. de Senn), Paris 1929 p. 106 diz: "...l'esclave, à la difference de toutes les autres choses, est considéré non pas uniquement comme un objet de droit, mais comme un instrument d'action juridique. Seulement cette aptitude est reconnue à l'esclave dans l'intérêt du maître et par représentation du maître; et elle trouve là ses limites". Com efeito, as normas relativas ao pecúlio, não são ditadas no interesse de quem é encarregado da gestão, *filiusfamilias* ou *servus*, mas unicamente no do dono do mesmo pecúlio, titular da *patria* ou *dominica potestas*, o *paterfamilias*.

Ainda com maior senso prático e referindo-se ao direito moderno se exprime W. W. Buckland no seu *Text-book of roman law* (2.^a ed.) Cambridge 1932 pág. 65 nota 8: "Thus the rich Roman could safely invest in trade without engaging in it. There were no limited companies, and Stat contracts which admitted of "sleeping partners" would not cover the ground. There were risks in appointing free *institores* to manage businesses and in sleeping partnerships in private concerns. The *actio de peculio* limited liability which could be cut short at any time by mere expression of intent, subject only to rights of existing creditors".

O próprio Buckland, junto com Mc Nair, na obra *Roman law and common law*, Cambridge 1936, frisa a importância prática do instituto do pecúlio, observando como no direito romano a responsabilidade limitada aparece numa forma que nada tem a ver com as sociedades (cf. pág. 25 e 229). Mais recentemente, Egon Weiss nas suas *Institutionen des roemischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart* (2.^a ed.), Basel 1949 pag. 269, trata do pecúlio com referência à *responsabilidade limitada*.

Sob este ponto de vista pode ser fecunda a analogia que em seguida tentamos ilustrar.

7 — É norma comum dos sistemas jurídicos positivos que o devedor responde pelo adimplemento das suas obrigações com todos seus bens presentes e futuros. Os casos em que o legislador, por ra-

zões de oportunidade, subtrai à execução promovida pelo credor um bem ou uma parte dos bens do devedor, ou também nega a responsabilidade quanto à determinadas obrigações, são de certo modo excepcionais.

No direito civil brasileiro podemos enumerar alguns casos:

— O bem de família fica isento da execução por dívidas dos cônjuges posteriores ao ato da constituição (art. 70 C. C.);

— O cônjuge, adotando o regime de comunhão universal ou parcial, não responde pelas dívidas do outro anteriores ao casamento (art. 262, 264, 270. I C. C.);

— O dote não responde pelas dívidas cuja causa não corresponda ao destino para o qual é constituído (art. 299 C. C.);

— O gravado duma obrigação real, i. é, duma obrigação que onera o sujeito em virtude duma situação em que êle se encontra com a coisa, pode, às vêzes, limitar sua responsabilidade ao valor da própria coisa, desde que lhe é permitido abandoná-la (art. 604 C. C.: abandono da coisa achada; art. 687 C. C. abandono do terreno por parte do enfitêuta; art. 701 C. C.: abandono do prédio por parte do dono do prédio serviente). Parece-me que no direito civil brasileiro não pode-se enumerar entre êstes casos o do penhor e hipoteca, dada a natureza pessoal, junta à real, desta forma de garantia);

— O herdeiro necessário responde pelos legados nos limites da quota disponível (art. 1.727 C. C.);

— O herdeiro responde pelas dívidas do falecido não superiores às forças da herança (art. 1.587 C. C.);

— Os bens vinculados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade ficam isentos da execução pelas dívidas do dono (art. 1.676 C. C.);

— Há responsabilidade limitada em todos os casos de aceitação convencional dela (por ex., fiança parcial, art. 1.487 C. C.) ou de exclusão total ou parcial duma responsabilidade legal (por ex., art. 1.107).

Mas há um setor, no direito privado, em que a responsabilidade limitada constitui a aspiração constante dos que agem no seu âmbito. Isso se dá exatamente no direito comercial.

O direito mercantil, pode-se dizer, é o direito do risco. Mesmo na parte do direito civil que mais coincide com o direito comercial, i. é, as obrigações, se observa uma discrepância entre a atividade do comerciante e a do não comerciante. O primeiro especula, i. é, subordina seus atos a avaliação futura, medindo seu interesse na diferença entre o valor presente e o valor futuro dos bens; o não comerciante, pelo contrário, contrai uma obrigação antes de mais nada para satisfazer sua necessidade atual e se configura a avaliação fu-

tura, talvez, apenas na sua consciência, de modo negativo; i. é, êle será solicitado ainda mais a satisfazer sua necessidade atual com a perspectiva de, se demorar, poderá ser constrangido a enfrentar sacrifício maior que o presente. O elemento aleatório, que no direito civil dá lugar à negação ou pelo menos à atenuação da proteção jurídica (cf. art. 1.118 C. C.; art. 1.477 C. C.), nas relações comerciais está sempre presente.

Como conciliar o interesse pela responsabilidade limitada, próprio dos que arriscam, dos comerciantes, com o interesse pela responsabilidade integral, próprio dos que, não sendo comerciantes, estão com êles em relação de negócios?

O direito moderno oferece para isso vários tipos de sociedade em que a responsabilidade de cada sócio é limitada. O direito romano tem o instituto do pecúlio.

8 — O conceito de o *peculium* implicar num patrimônio separado está na própria definição de Tubero: D. 15, 1, 5, 4 Ulpiano: *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.*

A subtração do crédito do próprio dono frisa ainda mais a distinção entre o pecúlio e o patrimônio restante do titular. Êste, perante os bens peculiares, embora seja dono, se comporta como um estranho.

Os textos literários testemunham que habitualmente o pecúlio não é pequeno; Ulpiano em D. 15, 1, 5, 3 fala ainda de *pusilla pecunia* e de *patrimonium pusillum*, mas quer apenas explicar a origem do termo.

Assim como nas sociedades comerciais, o pecúlio consiste num conjunto de bens, uma *universitas* com vida própria. A êste propósito há nas fontes uma interessante imagem referida por Marciano em D. 15, 1, 40 pr.: *Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo elegantes Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.* A eficacíssima comparação de que os Glossadores mofaram (*homini et asino! Accursio*), nos mostra que a distinção entre objeto e sujeito de direito não é tão profunda como as modernas linhas dogmáticas nos indicam.

Não há nas fontes referência expressa ao destino comercial a ser dado a tal conjunto de bens; mas não há dúvida de que toda a regulamentação do instituto se encara nos direitos patrimoniais e que grande importância para o mundo dos negócios tiveram as normas nesta matéria.

Nada existe de claro quanto à opinião de que há no pecúlio, co-

mo nas sociedades comerciais, a distinção entre patrimônio e capital. A distinção entre conjunto de ativo e passivo que em certo momento constituem a situação financeira do ente, de um lado, e o conjunto dos bens com os quais podem contar os credores, de outro lado, não se apresenta necessária no instituto romano, visto que a contabilidade do pecúlio pode ser tida quer pelo dono quer pelo escravo, quer por ambos conjuntamente e o dono concorre na *actio tributoria* com os outros credores peculiares.

9 — Pode-se objetar que no pecúlio há um só titular, i. é, o dono do escravo, ao passo que nas sociedades há vários sócios interessados. Nem sempre é assim.

Exatamente para dar uma eficaz demonstração da analogia, limito-me a relatar o conteúdo de alguns textos que apresentam casos em que há dois ou mais titulares do pecúlio; i. é, casos em que o escravo, administrando o pecúlio, é propriedade de dois ou mais donos.

Também aqui indico apenas as soluções das fontes, deixando aos comercialistas a perspectiva das analogias com as sociedades em que os sócios têm responsabilidade limitada.

= D. 15, 1, 27, 8 Gaio: Quem contratou com o escravo de dois ou mais senhores, pode acionar *in solidum* qualquer um dêles, pois seria iníquo dar-lhe apenas ações parciais por ajustes feitos com um só indivíduo. E constitui garantia dos credores não somente a quota do pecúlio que pertence ao réu, mas também a dos outros co-proprietários do escravo, visto que o réu tem ação de regresso contra os outros em virtude da sociedade ou da comunhão que o liga a êles.

= D. 15, 1, 37, 2 Juliano: O comprador duma parte do escravo não responde pelas dívidas peculiares anteriores à compra, nem responde o vendedor, se fôr acionado depois de um ano da venda.

= D. 10, 3, 8, 4 Paulo: O consorte condenado, tem a ação que deriva do condomínio para obter indenização.

= D. 14, 3 13, 2 Ulpiano: Os consortes respondem solidariamente pela administração do pecúlio feito pelo escravo comum. Entre êles há porém o juízo da sociedade ou da comunhão.

Casos mais complexos apresentam outros textos (D. 15, 1, 6 Scaevola; D. 45, 3, 1, 2 Juliano; D. 15, 1, 15 Ulpiano). Mas a diretriz é sempre a mesma: responsabilidade solidária dos consortes, limitada ao montante do pecúlio, e ações de regresso entre êles.

Os comercialistas poderão ver, melhor do que eu, as analogias com institutos jurídicos que passam por novas invenções da técnica jurídica moderna.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: *ELPÍDIO FERREIRA PAES*

Sob a epígrafe — “Velhas experiências e novas doutrinas jurídicas” —, o professor Gaetano Sciascia, das Universidades de Roma e de S. Paulo, apresentou, como colaboração ao Congresso Jurídico atualmente reunido nesta Capital, um excelente trabalho sobre a influência do Direito Romano na solução de alguns dos problemas jurídicos atuais. Nesse trabalho, por todos os títulos interessante, o ilustre romanista sugere, como temas de estudo, dois aspectos em que a vetusta Roma poderia, quiçá, auxiliar a explicação de institutos ainda não satisfatoriamente esclarecidos.

Em primeiro lugar, foca o paralelismo que, em seu entender, ocorre entre “a libertação do escravo” e “o ato constitutivo da pessoa jurídica”. Parte o autor da situação do “servus”, que, na legislação romana, “estava na condição de *coisa*, objeto de relações jurídicas, suscetível de qualquer relação patrimonial”, e, como tal, impossibilitado de constituir patrimônio próprio, de exercer as relações familiares, e, ademais, como *coisa*, protegido pela sanção da Lex Aquilia”. Nessa condição vinha encontrá-lo a manumissão para dar-lhe personalidade, e, portanto, reconhecer-lhe a qualidade de sujeito de direito. Assim, no direito romano, acrescenta o professor, “em virtude da alforria, uma *coisa* se torna *pessoa*”. Lembra, ainda, o autor o fato de a lei romana reconhecer a natureza humana do “servus”, que, outrossim, lhe assanhalava certas regalias no tratamento de “coisa”.

Pensa o autor que é exatamente neste princípio que se firma a doutrina da pessoa jurídica ou moral, “em cuja constituição se apresenta um processo análogo ao que se dá na manumissão, pois em ambos os casos atribui-se *espírito à matéria*”. Reconhece, entretanto, que, na pessoa jurídica, “o objeto dos direitos, que se torna ente moral, fica, evidentemente, quanto às leis da natureza, um *objeto*; é apenas no direito e para ele que se transforma de coisa em pessoa”. Procura, em seguida, estabelecer o paralelismo estrutural entre a manumissão e a criação da pessoa moral.

Na segunda parte, o autor estabelece um símile (agora no direito mercantil) entre o *peculium servi* e o patrimônio comercial. Aqui, mais propriamente, o autor formula o problema e o submete ao exame dos especialistas.

Naturalmente, a forma concisa em que o autor focaliza as duas hipóteses pode determinar repulsa aos símiles estabelecidos, quando encarados superficialmente, sobretudo o que se refere à pessoa moral;

estudo mais detido, porém, mostra que ao autor assiste certa razão. A expressão matemática do fenômeno é que, parece-nos, deveria ser formulada de modo diverso:

servus: homo-res — ante manumissionem
homo-personam — post manumissionem
entidade moral: res — pura e simples antes de constituída a pessoa
res-persona — depois da constituição

As sugestões do professor Sciascia parecem-nos de real interesse como base para estudos mais profundos tendentes a esclarecer a natureza de institutos jurídicos modernos; e, por isso, opinamos pela sua inclusão nos Anais do Congresso.

Pôrto Alegre, 17 de agosto de 1950.

ELPÍDIO FERREIRA PAES — relator
Pe. AFONSO SCHMIDT

SÔBRE A LEI RHODIA “DE JACTU”

(Tradução do Livro XIV, N.º 2, do Digesto).

Contribuição ao Congresso Jurídico de Pôrto Alegre

Apresentado por

Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo.

1 — PAULO, no livro segundo das “SENTENÇAS”

A LEI RHODIA dispõe que fazendo-se o alijamento de mercadorias para salvar o navio, deve ser ressarcido pela contribuição de todos o que se sacrificou em benefício de todos.

2 — O MESMO, no livro trigésimo-quarto ao EDITO.

Se, periclitando o navio, se fizer o alijamento, os donos das mercadorias perdidas, que tiverem feito um contrato de transporte, devem agir contra o capitão do navio “ex locato”, êste, por sua vez, pode agir “ex conducto” contra os demais afretadores, cujas mercadorias se salvaram, a fim de que o prejuízo se distribua proporcionalmente. SÉRVIO diz mesmo que se deve agir “ex locato” contra o capitão do navio de forma que êste retenha as mercadorias dos outros afretadores até êles contribuírem com sua parte na avaria; e declara, ainda, que mesmo sem reter as mercadorias o capitão deve, além disso, agir “ex locato” contra os afretadores: pois, que sucederá, havendo passageiros sem mercadorias? evidentemente, existindo mercadorias, é mais útil retê-las. Mas, não tendo alugado o navio inteiro, agirá “ex conducto”, como os passageiros que locaram um lugar no navio: pois é altamente equitativo comunicar o prejuízo àqueles que, graças ao sacrifício de mercadorias alheias, conseguiram salvar as suas próprias.

1 — Se, conservadas as fazendas, o navio se danificar ou se alguma coisa fôr desarmada, não haverá contribuição, por ser a natureza das coisas dispersadas a bem do navio, diferente da natureza daquelas pelas quais alguém recebe uma retribuição; pois, se um ferreiro quebrar sua bigorna ou martelo, tal prejuízo não será imputado ao locatário de seus serviços. Verificando-se, porém, o prejuízo por vontade dos afretadores ou por temor dalgum perigo, haverá contri-

buição. 2 — Tendo vários comerciantes reunido, no mesmo navio, mercadorias de espécies diversas, viajando, no mesmo navio, vários passageiros, escravos e homens livres e tornando-se necessário lançar mercadorias ao mar, por causa de borrasca, perguntou-se: devem todos os afretadores contribuir pelo ressarcimento das fazendas aliadas, mesmo os que tenham confiado efeitos tais como pérolas, que não sobrecarregam o navio? que quota deve ser prestada? deve-se também contribuir pela perda de homens livres? qual a ação competente para resolver o caso? Decidiu-se no sentido da contribuição por parte de todos os interessados no alijamento, porque as coisas salvas devem êste tributo: por conseguinte, até o proprietário do navio fica obrigado a uma quota; a importância do alijamento deve ser distribuída segundo o preço das mercadorias; quanto aos homens-livres, é impossível estimar-lhes o valor (grifo nosso); os proprietários das fazendas sacrificadas devem agir “ex conducto” contra o marinheiro, isto é, o capitão do navio. Discutiui-se, igualmente, se devem ser avaliadas as vestes e os anéis dos passageiros; e todos decidiram pela afirmativa, excetuando as coisas carregadas para o consumo a bordo, como os víveres: tanto mais quanto cada passageiro, no momento de alijar as mercadorias, tinha pôsto em comum os víveres que trouxera. 3 — Resgatado o navio do ataque de piratas, SÉRVIO, OFÍLIO e LABEÃO afirmam que todos os afretadores devem contribuir para o resgate: as coisas, porém, roubadas pelos piratas a um ou a alguns dentre os afretadores redundam em prejuízo dêstes, não devendo o prejuízo ser indenizado pelos que tiverem salvo suas mercadorias. 4 — A contribuição será prestada avaliando-se as coisas salvas e perdidas, pouco importando que as últimas possam alcançar valor superior ao do custo, pois a indenização é dos prejuízos e não dos lucros; porém, quanto às mercadorias que devem contribuir para a indenização, o valor destas será estimado não pelo seu custo, mas pelo preço de venda que alcançarem. 5 — Não se avaliarão os escravos mortos por afogamento, pela mesma razão em virtude da qual não se avaliam os mortos a bordo, nem os que se precipitam ao mar. 6 — Havendo afretadores insolváveis, o prejuízo não será imputado ao capitão do navio, que não é obrigado a examinar a situação econômica de cada cliente. 7 — Se as mercadorias aliadas se recuperarem, não há contribuição: assim, já tendo sido prestada, os que a tiverem efetuado agem contra o capitão “ex locato” de modo que êste exerça a ação “ex conducto” e restitua o que tiver exigido. 8 — A mercadoria alijada continua propriedade de seu dono, não se tornando do apreensor, pois não se reputa coisa abandonada.

3 — PAPIANO, no livro décimo-nono dos “PARECERES”.

Haverá contribuição se um mastro ou outro aparelho do navio fôr cortado para remover perigo comum.

4 — *CALLISTRATO*, no segundo livro das "CONSULTAS".

Se, a fim de aliviar um navio sobrecarregado, que não poderia entrar com sua carga em pôrto fluvial ou marítimo se fêz o transporte em chalupa de algumas fazendas, a fim de que a embarcação não viesse a periclitar fora do rio ou no próprio pôrto fluvial ou marítimo e se a chalupa submergir, haverá rateio entre os que salvaram suas mercadorias no navio, em favor dos que perderam as suas na chalupa, como se tivesse havido alijamento; é o que também SABINO prova no segundo livro de pareceres. Pelo contrário, salvando-se a chalupa, com parte do carregamento e naufragando o navio, não há contribuição dos que perderam suas fazendas no navio, porque só se exige o rateio do alijamento, salvando-se o navio. — 1. Mas, se a nave (que durante uma tempestade se salvou pelo alijamento das mercadorias dum só afretador) veio a naufragar alhures, e as fazendas dos outros se recuperaram pelo trabalho remunerado de mergulhadores, SABINO responde igualmente que o rateio deve ser feito em benefício daquele cujas mercadorias se alijaram para salvar o navio, entre os que salvaram suas mercadorias mediante o trabalho de mergulhadores. Porém, as fazendas pertencentes aos que assim as salvaram, não devem contribuir em benefício do que alijou suas fazendas durante a viagem, no caso de algumas se terem salvo pelo trabalho de mergulhadores; pois, as fazendas daqueles afretadores não se podem considerar alijadas a bem do navio que naufragou. 2 — Havendo, entretanto, alijamento e deteriorando-se as fazendas conservadas a bordo, pertencentes a um afretador, surge a questão de saber se êle deve ser obrigado a contribuir, pois não se deve onerá-lo com o duplo prejuízo da contribuição e do deperecimento de suas mercadorias; deve, porém, sustentar-se que êle é obrigado a contribuir de acôrdo com o preço atual das fazendas: assim, valendo as mercadorias de dois afretadores vinte cada uma, e caindo a dez, por causa da umidade, o valor das pertencentes a um dêles, aquêle, cujas fazendas se conservaram intatas, contribuirá pelo valor de vinte e o outro contribuirá por dez; tal opinião pode ser sustentada mesmo distinguindo-se as causas da deterioração, isto é, mesmo indagando-se se o dano seguiu à descobertura das fazendas, determinada pelo alijamento ou se resultou do fato de se acharem as mercadorias arrumadas em outro lugar em ângulo diverso, exposto à penetração das ondas; haverá, nesta hipótese, contribuição; no primeiro caso, ficará o afretador isento da contribuição, porque o alijamento o prejudicou? em segundo lugar, não se deterioraram porventura as coisas, em virtude da umidade, causada pelo alijamento? Deve, porém, empregar-se uma distinção mais precisa, visando conhecer qual o prejuízo maior, o causado pelo dano ou o proveniente da contribuição: se as fazendas valiam, por exemplo, vinte e o montante da contribuição é dez, sen-

do dois o valor dos prejuízos, o afretador, deduzindo a importância de dois, representada pelo prejuízo, deve contribuir pelo restante; qual será pois a solução, quando o prejuízo fôr maior do que a contribuição? quando, por exemplo, as fazendas tenham sofrido uma depreciação avaliada em 10 moedas de ouro, sendo de dois o montante da contribuição? evidentemente o afretador não deverá arcar com ambos os prejuízos; vejamos, porém, se também êle deve contribuir: pois, que devo preferir: perder as mercadorias alijadas ou conservá-las deterioradas, por causa da descobertura? assim como se indeniza ao que perdeu, deve-se também indenizar aquêle que sofreu uma depreciação em suas mercadorias por causa do alijamento. Assim responde PAPÍRIO FRONTO a esta consulta.

5 — *HERMOGENIANO*, no segundo livro do *Epítome Jurídico*.

O prejuízo resultante da perda do navio não é ressarcido pela contribuição comum entre os que salvaram suas fazendas do naufrágio pois só se admite a distribuição comum do prejuízo quando o alijamento tiver parecido aconselhável em benefício das outras fazendas em perigo comum, salvando-se o navio. 1 — Haverá contribuição por igual quando se cortar um mastro para salvar as mercadorias do navio.

6 — *JULIANO*, no octogésimo-sexto livro do *Digesto*.

Um navio, avariado por causa de tempestade, tendo seus armamentos mastro e antenas queimados por raio, foi levado a Hippona e, aí, consertados no momento e às pressas os armamentos, rumou para Ostia, transportando intata a carga; perguntou-se se os proprietários da carga deviam ressarcir ao capitão o dano sofrido? A resposta é negativa: pois o capitão fêz as despesas mais para consertar o navio do que no interêsse das mercadorias.

7 — *PAULO*, no terceiro livro do *epítome do Digesto de ALFENO*.

Avariado o navio ou naufragado, aquilo que cada um conseguir salvar PAULO diz que pertence ao que salvou, assim como sucede relativamente às coisas salvas dum incêndio.

8 — *JULIANO*, no segundo livro a *MINÍCIO*.

Os que fazem o alijamento para salvar o navio, não têm a intenção de abandonar as coisas alijadas; com efeito se vierem a encontrá-las, levá-las-hão consigo, e se suspeitarem do lugar onde foram alijadas, para aí irão procurá-las: as fazendas alijadas serão havidas como a coisa que alguém, cansado, depõe um momento na rua, para vir, logo em seguida, levantá-la, ajudado por outros.

9 — *VOLÚSIO MECIANO, no comentário à lei RHODIA.*

Petição de EUDEMO NICOMEDENSE ao imperador ANTONINO.

Imperador D. ANTONINO, tendo nós naufragado na ITALIA (em ICÁRIA), fomos saqueados pelos publicanos, habitantes das ilhas CICLADAS. ANTONINO disse a EUDEMO: Eu, senhor do orbe terrestre e legislador do mar. Instaure-se o processo segundo a lei RHODIA, sôbre o direito marítimo, na medida em que nenhuma de nossas leis lhe fôr contrária. Assim também decidiu o imperador AUGUSTO.

10 — *LABEÃO, no primeiro livro dos "CASOS", resumidos por PAULO.*

Se fizeste um contrato de transporte de escravos, não tens o direito de reclamar o preço do transporte, na hipótese de um deles morrer a bordo. PAULO: Deve-se indagar o que foi ajustado, se o preço que se devia pagar pela carga ou pelo transporte; não sendo possível verificá-lo bastará ao capitão provar que o contrato foi de carga do escravo.

1 — Se alugaste o navio com a condição dêle transportar tuas mercadorias e o capitão, sem necessidade, as transportou em navio pior, sabendo que era contra tua vontade e se tuas fazendas desapareceram com o navio em que afinal foram transportadas, tens contra o primeiro capitão a ação "ex locato conducto". PAULO — A solução é contrária se durante a viagem os dois navios naufragaram sem dolo ou culpa de ambos os capitães. O mesmo direito se aplicará quando o primeiro capitão, detido públicamente, fôr proibido de navegar com tuas mercadorias e também quando realiza contigo um contrato de transporte, sujeitando-se a uma penalidade em teu favor se antes de certo dia não desembarcar tuas mercadorias no lugar determinado pelo contrato e não tiver culpa de esperar que a pena lhe seja abonada; na mesma ordem de idéias, adotaremos solução idêntica provado que o capitão, impedido por doença, não pôde navegar e ainda se o navio sofrer avaria sem dolo nem culpa de sua parte.

2 — Se fizeste um contrato de transporte, obrigando-te a transportar duas mil ânforas e depois transportares ânforas, deves o preço de duas mil ânforas. PAULO — Ainda, alugando-se o navio segundo o pêso das mercadorias, o preço devido é o correspondente a dois mil; se o preço contratado fôr por número de ânforas carregadas, a solução é contrária: com efeito, deves o preço de tantas ânforas quantas as mencionadas no contrato de transporte.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ELPÍDIO FERREIRA PAES

O dr. Alexandre Augusto de Castro Correia, com alto propósito de colaborar no Congresso Jurídico, que ora se realiza, em comemoração ao cinquentenário desta Faculdade, enviou uma tradução do título II do Livro XIV do Digesto, que versa a famosa LEX RHODIA DE IACTU. Limitou-se o autor a traduzir o texto latino, procurando, entretanto, acompanhar, de preferência, o verdadeiro pensamento dos juristas romanos que redigiram o comentário daquele velho diploma legal, do que a servil literalidade, que nem sempre reproduz perfeitamente o sentido do original. O trabalho do dr. Alexandre de Castro Correia, ao que nos parece, tem, antes, enderêço didático, visando auxiliar o estudante geralmente pouco aparelhado para apreender, com segurança, diretamente, os vetustos e hoje tão desprezados textos latinos. Nesse aspecto, reputamos de real utilidade o esforço do ilustre jurista patricio. Não podemos, contudo, forrar-nos ao dever de acentuar que teria sido de muito maior interesse ainda que o autor nos houvesse brindado com o resultado de suas observações pessoais sôbre o assunto, de vez que a firmeza e o critério com que soube interpretar o texto das Pandectas revela o estudioso de assuntos romanísticos. Isso, porém, é claro, não desmerece o valor da contribuição apresentada pelo dr. Alexandre Augusto de Castro Correia. Diante disso, não hesita esta Comissão em aplaudir êsse trabalho pela fidelidade de trasladação do texto original, e opinar pela sua inclusão nos Anais do Congresso.

Pôrto Alegre, 17 de agôsto de 1950.

ELPÍDIO FERREIRA PAES — Relator
Pe. AFONSO SCHMIDT

2.^a SECÇÃO

DIREITO CIVIL,
DIREITO CIVIL COMPARADO
E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

COMISSÃO

Prof. Dr. Armando Dias de Azevedo

Prof. Dr. Oswaldo Caminha

Dr. Leônidas Paim Caminha

Prof. Dr. Ney Wiedemann

Dr. Arno Schilling

Dr. Walter Becker

Prof. Dr. José Luiz de Almeida Martins Costa

Prof. Dr. Júlio César Bonazzola

Dr. Dorival Silva Schmitt

Prof. Dr. Antônio César Alves

Dr. Cândido Machado Carrion

Dr. Elmo Pilla Ribeiro

Dr. Galeno Lacerda

Dr. Salomão Weinberg

Prof. Dr. Ernesto Martins Vieira

Dr. José Luiz de Carvalho Leite

Dr. Ney Bernd

UNIDADE DE ATO NO TESTAMENTO CONJUNTIVO

Armando Dias de Azevedo

Professor Catedrático de Direito Civil
nas Faculdades de Direito das Universidades
do Rio Grande do Sul e Católica

E' o testamento conjuntivo ou de mão comum espécie perenta no direito pátrio, em que, aliás, penetrou através de praxe, sem amparo legal.

Autorizaram-no os praxistas ⁽¹⁾, tirando argumento das Ordenações Filipinas, nos dispositivos em que determinam sejam marido e mulher considerados como "um corpo" ou como "uma pessoa":

"...marido e mulher... que são havidos por hum (*sic*) corpo" ⁽²⁾;

"...marido e mulher (*sic*)... que não pagarão (*sic*) senão como huma (*sic*) pessoa" ⁽³⁾.

TEIXEIRA DE FREITAS consagrou o testamento conjuntivo em nota da terceira edição da *Consolidação das Leis Civis* ⁽⁴⁾, e CARLOS DE CARVALHO, na art. 1754 da *Nova Consolidação, in verbis*:

"É permitido aos cônjuges, salvo o caso do art. 1458 ⁽⁵⁾, fazer testamento de mão comum, podendo qualquer dêles revogá-lo na constância do casamento ou depois de sua dissolução; entende-se, porém, revogado quando o casamento é declarado nulo ou anulado e pela superveniência do divórcio.

(1) VALASCO, *Consult.*, VII; LOBÃO, Notas a MELO, *Supl., Dissert.* 7, § 27; TRIGO DE LOREIRO, *Dir. Civ. Bras.*, § 362; GOUVEIA PINTO, *Testamentos e Sucessões*, nota 74, pg. 104 da edição anotada por MACEDO SOARES; §§ 80 e 81 da edição acomodada ao fôro do Brasil por TEIXEIRA DE FREITAS; FERREIRA ALVES, *Consolidação das leis ao juízo da provedoria*, vol. 1, § 144 e nota, pgs. 160-170.

(2) *Ord. L.º 1.º*, tit. 31, § 1.º.

(3) *Ord. L.º 1.º*, tit. 84, § 3.º.

(4) Nota 1 ao art. 1053.

(5) "A mulher, que se casar com infração do § 8 do art. 1399, não poderá fazer testamento, nem comunicar com o marido mais de uma terça-parte de seus bens presentes e futuros.

"D. 181 cit. art. 100" (CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 1458).

“Arg. ex Ord. 1, 31, 1. — Ord. 1, 62, 46. — Ord. 1, 84, 3. — D. 3363 de 1899, tab. III, n.º 51 c). — Ex. Ord. 4, 84, 2, 4 in f. — D. 181 de 1890, arts. 75, 78, 88, 92 e 100. — T. de Fr. C. art. 1053 (nota)”.

A inconveniência do testamento de mão comum, espécie anômala (6), foi apontada por tratadistas (7), devido ao perigo de pacto sucessório (8) e pela dificuldade de revogação — *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (9), — maugrado os textos da Ord. L.º 4, tit. 84, § 2 (10) e § 4, *in fine* (11).

Bem fêz, pois, o legislador pátrio fulminando o testamento de mão comum com proibição insofismável, pelo art. 1630 do Código Brasileiro:

“É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo”.

Ficou, assim, abolida essa aberração que brigava com a característica do testamento — ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável (12).

Aceitam — é certo — o testamento conjuntivo para marido e mulher o direito inglês (13) e os Códigos Civis da Alemanha (art. 2265), da Áustria (arts. 583, 601, 1217 e 1248) e da Venezuela (art. 824). Apenas para cônjuges, aliás, como acima ficou dito, aceitavam-no também os nossos praxistas.

Quanto ao Código Civil Alemão, tão adiantado em certas matérias, quão retrógrado em outras, o art. 2265 estatui que “um testamento comum não pode ser feito senão por esposos” e chega a ad-

(6) CANDIDO MENDES, *Código Filipino*, nota 1 ao tit. 80, vb. *Tab. publ.*

(7) BEVILÁQUA, *Sucessões*, § 55, pg. 190 da ed. de 1899.

(8) FRANCISCO MORATO, *Miscelânea jurídica*, vol. II, pg. 549.

(9) *Dig.* 34,4,fr. 4, *in fine*.

(10) “E se tendo huma pessoa feito já seu testamento, o quizer revogar, e os herdeiros instituídos lho impedirem, o que já tenha feito não valerá cousa alguma, por quanto o testador teve vontade declarada de o revogar, se se lhe não impedira. E a herança se applicará a nossa Coroa, como deixada a pessoas indignas”.

(11) “... Porém, se a mulher tivesse feito testamento, em que não deixasse cousa alguma a seu marido, ou o marido, em que outro si não deixasse cousa alguma à mulher por offensas, ou discordias, que entre elles houvesse, e cada hum delles com palavras brandas aplacasse o animo do outro, de maneira que viesse a fazer outro segundo testamento, em que o marido deixasse a sua mulher a fazenda, ou parte della, ou a mulher a seu marido, valerá o dito segundo testamento”.

(12) BEVILÁQUA, *Sucessões*, § 55, pg. 189 da ed. de 1899.

(13) “Art. 1968. — *Testaments conjoints*. — Si deux ou plusieurs personnes font conjointement un testament ou un codicille, où séparément des testaments ou codicilles en termes identiques, l' une de ces personnes peut en tout temps révoquer ou modifier la partie du testament ou codicille collectif qui la concerne, ou son testament ou codicille séparé. Mais si l' une des parties décède et si l' autre ou les autres bénéficié des dispositions de son testament, ils seront tenus sur leur patrimoine, en cas de modification de leurs testaments, d' exécuter l' accord primitif. Si l' une des parties au testament ou au codicille décède, le *probate* sera accordé pour la partie de l' acte qui produit ses effets à sa mort” (ÉDOUARD JENKS et autres, *Digeste de Droit Civil Anglais*, tome II, pgs. 176-177).

mitir, nos arts. 2274 a 2302, o “contrato de herança”, que nada mais é do que o geralmente reprovado “pacto sucessório”, repellido pelo art. 1089 do Código Civil Brasileiro, como já o era pela Ord. L.º 4, tit. 70, § 3.º (14).

O Código BUSTAMANTE, magnífica convenção dos países americanos para o direito internacional privado, no art. 148, considera de ordem pública internacional as disposições que não admitem o testamento de mão comum, o ológrafo e o nuncupativo, bem como as que declaram o testamento ato personalíssimo.

O Código Civil Brasileiro proibiu, pois, as três formas de testamento conjuntivo, que eram enumeradas pelos autores — simultâneo, recíproco e correspectivo.

Tínhamos o simultâneo quando o casal estava em conjunto em favor de terceiros.

No recíproco, os cônjuges dispunham juntos, instituindo um ao outro herdeiro do sobrevivente.

Correspectivo era o testamento em que, juntos, dispunham marido e mulher um a favor do outro ou de terceiro, em retribuição desse outro.

Sempre se entendeu que era da essência do testamento conjuntivo sua feitura no mesmo ato — *unitas acti*.

Portanto, a proibição do art. 1630 do Código Civil Brasileiro só se pode referir a testamento em que os cônjuges, no mesmo ato, dispunham de suas vontades.

E' a lição de FERREIRA ALVES:

“A proibição da lei compreende unicamente o testamento feito por duas ou mais pessoas no mesmo ato, não impede que duas ou mais pessoas convenham, cada uma por sua parte, dispor de seus bens, a favor de um terceiro, ou em favor de um e de outro, ficando cada um legalmente com o direito de revogar seu testamento, quando parecer conveniente” (15).

(14) Em que pesem opiniões divergentes, como, p. ex., a de CLÓVIS BEVILÁQUA, *Sucessões*, § 79, pg. 285 da ed. de 1899, o Código Civil Francês proíbe também pactos sucessórios (arts. 791, 1130, 1389 e 1600), mesmo em contratos antenupciais. Eis a ementa dum acórdão da Câmara Cível da Corte de Cassação de França, de 11 de janeiro de 1933:

“Toute stipulation ayant pour objet d' attribuer un droit privatif sur tout ou partie d' une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s' agit y ait consenti.

“Cett prohibition est formelle et d' ordre public et ne comporte d' autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi.

“Spécialement, la clause d' un contrat de mariage établissant le régime de la séparation de biens qui permet au conjoint survivant de prendre dans la succession du prémourant le fonds de commerce ou les droits sociaux appartenant à celui-ci, à charge d' en payer la valeur à ses héritiers, est nulle de plein droit et dépourvue de toute existence légale comme constituant un pacte sur succession future”. (HENRI CAPITANTE, *Les grands arrêts de la Jurisprudence Civile*, n.º 184, pg. 530.

Em idênticas considerações abunda CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO:

“As deixas feitas simultâneamente com cláusulas de reciprocidade ou correspectividade não incorrem em proibição desde que os testadores as façam em cédulas diversas.

“O que o art. 1630 do Código Civil proíbe é unicamente a disposição conjuntiva nesse aspecto especial *uno contexto*” (16).

CARVALHO SANTOS comenta o dispositivo do art. 1630 do nosso Código Civil no mesmo sentido:

“De acôrdo com a melhor doutrina, nada obsta a que diversas pessoas, em atos separados, disponham em favor de um terceiro, ou, mesmo, em proveito recíproco.

“Pouco importa mesmo que tais disposições tenham sido feitas ao mesmo tempo, a dizer — na mesma data, e nos mesmos termos, desde que estejam consagradas em atos distintos e independentes (Cfr. AUBRY ET RAU, obr. cit. § 667 e nota 3; LAURENT, obr. cit. vol. 13, n.º 146)” (17).

ITABAIANA ensina:

“O Código Civil, no art. 1630, proibiu o testamento conjuntivo ou de mão comum, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo; sem obstar, entretanto, que, em atos separados, os cônjuges façam liberalidades recíprocas ou mútuas ou em favor de terceiros” (18).

Não menos clara, mas, ao contrário, dando a razão de ser da norma proibitiva, é a lição de CARLOS MAXIMILIANO:

“Tal proibição não impede que duas pessoas combinem o modo de dispor dos seus bens, desde que o façam em atos separados; é lícito estabelecerem tanto a reciprocidade do benefício como a simultâneidade, isto é, uma deixar a fortuna para a outra, ou as duas para um

(15) FERREIRA ALVES, *Sucessões* (vol. XIX do “Manual do Código Civil Brasileiro” de PAULO DE LACERDA), n.º 32, pgs. 99-100.

(16) CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Prática Civil*, vol. XI (Direito das Sucessões), pg. 159.

(17) CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXII, pg. 420.

(18) ITABAIANA, *Sucessões*, vol. II, § 339, pg. 18.

terceiro. Em tal hipótese, há de conservar cada testador a sua plena liberdade de ação; quando um só revoga a sua liberalidade, a do outro prevalece” (19).

Discrepa dessa exegese do texto legal PONTES DE MIRANDA que, ao invés de interpretar a norma do art. 1630 de modo estrito, como disposição de caráter excepcional, proibitiva, que é, pretende que a proibição abranja não só o conjunto espacial e temporal, mas até o intencional, o que, no seu entender, anularia testamentos em que os cônjuges tivessem combinado suas disposições de última vontade, deixando para as mesmas pessoas em testamentos separados, feitos no mesmo dia, em termos similares, deslembado de que, em tema de nulidades, não é lícito ir além das enumeradas na lei.

“Onde há reciprocidade e correspectividade, — afirma PONTES DE MIRANDA — há intenção de testar em conjunto. Não é preciso que se dê *simultâneamente a identidade ou continuidade especial*. Dois testamentos podem ser em atos diferentes, de datas diferentes, mas *recíprocos* ou *correspectivos*. Tudo está na maneira de testar, no intuito das declarações.

“Érrô é interpretar-se a proibição como só vedativa de testamentos materialmente de mão comum, — testamentos em que A. e B., no mesmo papel e ao mesmo tempo, testam” (20).

O eminente juriconsulto contenta-se, em tema de tal magnitude e colocando-se em flagrante dissídio com a unanimidade dos intérpretes, tanto nacionais, como estrangeiros, e ao arrepio das regras de hermenêutica, com afirmar dogmáticamente, o que, aliás, é tão de seu feito (21), e, mais adiante, quando formula as hipóteses que, a seu entender, o Código não proíbe, enumera, como primeira,

(19) CARLOS MAXIMILIANO, *Sucessões*, vol. I, n.º 366, pg. 367 da 1.ª ed. “Nada importa que o testamento de mão comum, em vez de recíproco, seja em benefício de terceiro; pois o que o invalida, é o tolher a possibilidade da revogação unilateral, característica essencial do ato de última vontade; demais, falta, a este, outro requisito — ser *livre*, isento de influência ou pressão alheia” (CARLOS MAXIMILIANO, *Direito intertemporal*, n.º 100, pg. 125).

(20) PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos Testamentos*, vol. I, n.º 130, pg. 303.

(21) Distinguindo onde a lei não distingue, PONTES DE MIRANDA chega, v. g., a nos dar este comentário ao art. 203 da Constituição Federal vigente, que isenta de qualquer imposto direto os direitos autorais, bem como a remuneração dos professores e jornalistas: “Isso não quer dizer que tais pessoas não pagam imposto de renda, — pagam o imposto de renda *global*, não pagam o *cedular*. Porque não pagam o *cedular* não podem alegar as diminuições que entendem com a cédula” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, pg. 191).

O imposto de renda é direto — não o nega o eminente juriconsulto. Como justificará a distinção que a Constituição não fez? *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

o fato de, “sem combinação dos cônjuges, ainda em atos da mesma data”, instituírem beneficiários as mesmas pessoas (22).

O que é humano, o que é normal, o que mais se coaduna com a harmonia doméstica, com a instituição familiar, isto é, que os cônjuges *combinem* suas disposições de última vontade, evitando incongruências geradoras de inconvenientes sérios — e, assim procedendo, não tolhem de forma alguma a liberdade um do outro, não prejudiquem a espontaneidade de suas liberalidades, não sofram suas vontades — para PONTES DE MIRANDA é eiva irreparável para a qual a sanção única é a nulidade dos testamentos que êle considera intencionalmente conjuntivos.

O absurdo é tão palpável que dispensaria longas digressões.

E’ de acentuar que não são só os autores nacionais que interpretam em dissonância de PONTES DE MIRANDA, mas também os estrangeiros que estudaram o assunto à luz das legislações de seus países, similares da nossa.

São êles unânimes na exigência da unidade do ato para que incidam as disposições de última vontade na balda de testamento conjuntivo, proibido sob pena de nulidade insanável.

O Código Civil Francês, no seu art. 968, dispõe:

“Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d’un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle (23).

PLANIOL interpreta tal preceito como exigindo ato distinto para cada testamento, de tal forma que duas pessoas estão impossibilitadas de o fazerem ao mesmo tempo e pelo mesmo ato, quer em proveito recíproco, quer de terceiro, sendo, pois, nulos os testamentos recíprocos ou conjuntos contidos no mesmo ato (24).

Portanto, para o grande mestre francês, é a unidade do ato que torna nulo o testamento conjuntivo.

Não menos clara é a lição de RENÉ SAVATIER, professor da Faculdade de Direito de Poitiers, que assevera constituir o art. 968

(22) PONTES DE MIRANDA, *Tratado dos Testamentos*, vol. I, n.º 131, pg. 305.

(23) Semelhante é o teor do art. 781 do Código Civil Uruguiaio: “No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea reciprocamente en provecho suyo o de un tercero”.

(24) “Chaque testament doit être contenu dans un acte distinct. Deux personnes ne peuvent pas faire leur testament en même temps et par le même acte, soit qu’elles testent toutes deux au profit d’un tiers, soit qu’elles testent mutuellement en faveur l’une de l’autre; les deux testaments contenus dans le même acte (testaments mutuels ou conjoints) sont nuls (art. 968)” (PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n.º 2682, pg. 659).

do Cód. Civ. Francês norma excepcional, a ser interpretada de modo restrito, não anulando, na ausência de prova de pacto sucessório, os testamentos feitos dum e doutro lado da mesma fôlha, nem os lavrados em atos separados, mas “em contemplação um do outro”, com disposições correlativas, nem tampouco os idênticos de duas pessoas que nêles disponham do mesmo modo dos bens de cada uma (25).

O Código Civil Português diz no art. 1753:

“Não podem testar no mesmo ato duas ou mais pessoas, quer em proveito próprio, quer em proveito comum, quer em proveito de terceiro”.

CUNHA GONÇALVES, o mais autorizado de seus intérpretes, ensina:

“A proibição do art. 1753, porém, só respeita ao testamento de duas pessoas *no mesmo documento*. Nada impede, porém, que duas pessoas, p. ex., *marido e mulher*, façam testamento em separado, mas *no mesmo dia*, em ato contínuo, quer em proveito comum, quer em proveito de terceiro. Haverá, então, dois testamentos, se bem que produzindo os efeitos práticos do testamento simultâneo ou conjunto, sem os inconvenientes dêste. Estes testamentos serão absolutamente válidos, porque são atos *unipessoais*; cada testador pode livremente modificar ou revogar o seu testamento, assim como se presume que livremente ditaram ou escreveram a sua vontade, ainda que na realidade assim não fôsse” (26).

O Código Civil italiano de 1865, no art. 761, assim rezava:

“Non si può fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, nè a vantaggio di un terzo, ne per disposizione reciproca”.

(25) “Cependant, l’article 968 rest une disposition exceptionnelle, à interpréter strictement. Par suite, en l’absence de preuve d’un pacte sur succession future, il n’annule pas:

“1.º Les testaments faits, l’un au verso, l’autre au recto d’une même feuille; “2.º Les testaments réalisés par actes séparés, mais “en contemplation l’un de l’autre”, c’est-à-dire, contenant des dispositions correlatives;

3.º Les testaments identiques de deux personnes, y disposant chacune, et de la même manière, des biens de l’une et de l’autre (Civ. 25 févr. 1925, D. 1925-1-185, note Savatier)” (SAVATIER, *Cours de Droit Civil*, vol. III, n.º 1011, pg. 525).

(26) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. IX, n.º 1366, pg. 519.

Quase idêntica é a redação do art. 589 do atual Código Civil Italiano, de 1942:

“Non si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, nè a vantaggio di un terzo, nè con disposizione reciproca”.

ROBERTO DE RUGGIERO, professor da Universidade de Roma, na vigência do Código de 1865, escreveu:

“... por outro lado não é consentido a duas pessoas (nem mesmo sendo cônjuges) que disponham reciprocamente uma a favor da outra (*testamento recíproco*) ou que façam testamento juntamente no mesmo ato ainda que a favor de um terceiro ou de duas pessoas diversas (*testamento conjunto*)” (27).

Na vigência do atual Código de 1942, não menos categórica é a lição de LODOVICO BARASSI, professor emérito de Direito Civil na Universidade Católica de Milão, quando afirma haver testamento conjuntivo, para os efeitos do art. 589 do Código Civil Italiano, não só quando se tratar dum só ato, dum único testamento, como também quando as declarações de ambos constarem, embora separadamente, duma mesma fôlha, desde que interdependentes (28), mas que se deve distinguir o testamento correspectivo (que pressupõe a vantagem recíproca dos dois testadores) de dois testamentos separados, com disposições a favor do mesmo terceiro (herdeiro ou legatário), testamentos êsses, apesar de verbas idênticas, nitidamente autônomos e, como tais, indubitavelmente válidos, mesmo quando resultantes da prévia combinação de ambos os disponentes (29).

De modo semelhante ao dos Códigos apontados é o que dispõe o art. 3618 do Código Civil Argentino:

(27) ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, § 145, pg. 551 da trad. port.

(28) “*Unicità dell' atto*. — Vero “testamento congiuntivo”, anche agli effetti dell' art. 589, vi è quando le ultime volontà di due persone sono espresse in un “unico atto” considerato come negozio giuridico. Cioè un unico testamento. Anche se materialmente le dichiarazioni dei due testatori sono espresse separatamente (però sempre nel medesimo foglio): basta che nel loro contenuto essi siano interdependenti” (BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, n.º 106, pg. 300).

(29) “Dobbiamo distinguere a questo proposito il “testamento correspectivo” — che presuppone la reciprocità, cioè il reciproco vantaggio dei due testatori — da due testamenti in cui si ritrovi la disposizione di ultima volontà “a favore della medesima terza persona”, cioè del medesimo erede o legatario. Sulla validità di questi testamenti completamente separati — perfettamente autonomi malgrado quella comune designazione — nessun dubbio; anche se vi è stata di fatto (giuridicamente sarebbe irrilevante) un intesa tra i due testatori. L' art. 589 non vi si riferisce” (BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, n.º 107, pg. 304).

“Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca e mútua”.

Comentando-o, diz o Professor JOSÉ ARIAS, catedrático nas Universidades de Buenos Aires e La Plata:

“Observe el límite de la prohibición: *en el mismo acto*” (30).

O eminente Professor HECTOR LAFAILLE, catedrático jubilado da Universidade de Buenos Aires e autor de um magnífico tratado de Direito Civil, entende não haver nenhum impedimento a que duas pessoas, *de comum acôrdo*, façam dois testamentos separados, que cada uma poderia revogar quando bem entendesse (31).

Opinando sôbre um caso de testamento conjuntivo, FRANCISCO MORATO, professor emérito da Universidade de S. Paulo, emitiu brilhante parecer, em que, entre outras considerações, disse:

“Não colhe obtemperar que a revogação do testamento recíproco importa decepção ou deslealdade ao defunto, o qual não testaria na forma em que o fêz, se previsse que o cônjuge supérstite derrogaria ou revogaria o testamento comum. Conforme escreve VALASCO, “*nec obstat quod ex hujusmodi revocatione resultat deceptio defunctis, quem non credimus institutum superstitem conjugem, si putaret eum revocaturum institutionem factam; imputet enim sibi, qui naturam ultimarum voluntatem revocabilem esse, scire debuerat*” (*Consult. VII — n. 7*)” (32).

Seria o caso de invocar a favor da liberdade da vontade de cada testador os velhos brocardos do Direito Romano, fazendo prevalecer apenas a vontade que fôr de conformidade com a permissão legal e nunca o que fôr oposto à lei:

(30) JOSÉ ARIAS, *Sucesiones*, pg. 97.

(31) “... lo que no impide que esas dos personas puedan de común acuerdo hacer dos testamentos separados, pero cada uno de ellos estaría habilitado para dejar sin efecto el suyo, cuando le pareciera oportuno” (LAFAILLE, *Curso de Derecho Civil — Sucesiones*, tomo II, n.º 256, pg. 192).

(32) FRANCISCO MORATO, *Miscelânea Jurídica*, vol. II, pgs. 548-549. Consultado, em 1906, sôbre testamento de mão comum, LAFAYETTE deu um parecer, cuja conclusão é a seguinte:

“Portanto, D. Umbelina pode fazer outro testamento e instituir seu herdeiro outra qualquer pessoa. Não pode haver dúvida a respeito, porque o testamento de que se trata, é de mão comum, *recíproco* e não *correspectivo*, testamento êste em que as disposições de um dos testadores são expressa ou presumidamente em retribuição das disposições de outro (Veja-se C. da Rocha, § 727 e nota ao § 728)” (LAFAYETTE, *Pareceres*, vol. I, pg. 430).

“In omnibus etenim testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus” (33).

“Semper hanc unam habemus intentionem dispositiones morientium esse firmas, nisi resultent legi et aperte contrariae sint his quae illi placent” (34).

Julgando, em 1928, um caso de testamento de mão comum feito na vigência do direito precodificado, o então Tribunal de Relação, hoje Tribunal de Justiça, do Estado do Rio de Janeiro, assim se manifestou a respeito de tal forma de testamento:

“Ora, o testamento conjuntivo nada mais é do que uma forma externa de disposição *causa mortis*, facultada na anterior legislação e que a nova aboliu, sem entretanto obstar que os cônjuges em instrumentos separados, ou por qualquer dos outros meios comuns de testamento, possam exprimir a mesma vontade que lhe era dado denunciar por aquêle meio. Nenhuma alteração, pois, ocorreu na substância do direito quanto à disposição, e sim apenas a eliminação de um *modus faciendi*, o repúdio de uma forma que o legislador reconheceu ser defeituosa, ou apresentar inconvenientes. Aliás, o próprio capítulo do Código Civil em que se acha compreendido o art. 1630, tendo por epígrafe a frase — das formas ordinárias do testamento —, bem indica o aspecto externo do caso, a sua feição formulária” (35).

De todo o exposto, estas são, sem possibilidade de dúvida, as

CONCLUSÕES:

1 — O testamento conjuntivo, proibido pelo art. 1630 do Código Civil, Brasileiro, é tão-somente o constante dum ato único.

2 — São válidos os testamentos separados, de várias pessoas, mesmo feitos no mesmo dia, dispondo reciprocamente ou a favor de terceiros.

3 — Nada impede que diversas pessoas disponham de seus bens de acôrdo entre si, desde que o façam guardando sua liberdade, em atos separados.

Pôrto Alegre, 13 de junho de 1950.

(33) L. 23, § 2 a, C. de legatis, 6, 37.

(34) Nov. XLVIII, praef.

(35) Revista de Crítica Judiciária, vol. XI, pgs. 338-339.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: LEÔNIDAS PAIM CAMINHA

1 — Propõe-se o autor do trabalho que ora relatamos a demonstrar, com apoio em doutrina fartamente citada, que a proibição do artigo 1.630 do Código Civil refere-se, unicamente, ao testamento conjuntivo, isto é, ao testamento feito por duas ou mais pessoas em um único ato.

Inicia a sua exposição dizendo que o testamento conjuntivo penetrou no direito pátrio autorizado pelos praxistas, sendo, mais tarde, consagrado por Teixeira de Freitas, em nota à 3.ª edição da “Consolidação das Leis Cíveis” e por Carlos de Carvalho, em sua “Nova Consolidação das Leis Cíveis”. Ficou, assim, espécie aceita pelo nosso direito anterior ao Código Civil. Proibindo-o expressamente, bem andou o Código Civil, pois esta forma não se ajustava aos requisitos primordiais do testamento: ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável.

Em seguida, refere a legislação de outros países onde o testamento conjuntivo é aceito, tais como a inglesa, a alemã, a austríaca e a venezuelana.

Após conceituar as três formas de testamento conjuntivo proibidas pelo artigo 1.630 citado, passa o autor a interpretar o texto legal referido, dizendo que “sempre se entendeu da essência do testamento conjuntivo sua feitura no mesmo ato. Portanto, continua o autor, a proibição do artigo 1.630 do Código Civil só se pode referir a testamento em que os cônjuges, no mesmo ato, disponham de suas vontades”.

Em abôno dessa exegese do texto legal, nvoca o autor os ensinamentos de grandes autoridades na matéria, citando trechos das obras de Ferreira Alves, Cândido de Oliveira Filho, Carvalho Santos, Itabaiana e Carlos Maximiliano.

Como opinião divergente dêsse modo de interpretar a proibição legal, aponta o autor a de Pontes de Miranda, exposta em sua notável obra “Tratado dos Testamentos”. Para Pontes de Miranda, “onde há reciprocidade e correspectividade, há intenção de testar em conjunto. Não é preciso que se dê simultaneamente a identidade ou continuidade espacial. Dois testamentos podem ser em atos diferentes, de datas diferentes, mas recíprocos ou correspectivos. Tudo está na maneira de testar, no intuito das declarações”.

“Erro é interpretar-se a proibição como só vedativa de testamentos materialmente de mão comum, — testamentos em que A e B, no mesmo papel e ao mesmo tempo, testam”.

Rebatendo a interpretação de Pontes de Miranda ao artigo 1.630 citado, o autor adverte que não há restrição à liberdade dos cônjuges quando êstes, para “evitar incongruências geradoras de inconvenientes sérios”, combinam suas disposições de última vontade, fato êste que não prejudica a espontaneidade de suas liberalidades.

Estas afirmações do autor estão concordes com as de Planiol, Savatier, Cunha Gonçalves, Barassi e Lafaille, que a seguir transcreve.

Finalmente, em defesa de seu ponto de vista, transcreve uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, então Tribunal de Relação, segundo a qual, a proibição do artigo 1.630 tem endereço exclusivo à forma de testar, por que “o próprio capítulo do Código Civil em que se acha compreendido o artigo 1.630, tendo por epígrafe a frase — das formas ordinárias do testamento —, bem indica o aspecto externo do caso, a sua feição formulária”.

Finaliza o autor admitindo as seguintes conclusões:

a) O testamento conjuntivo, proibido pelo artigo 1.630 do Código Civil Brasileiro, é tão-somente o constante dum ato único.

b) São válidos os testamentos separados, de várias pessoas, mesmo feitos no mesmo dia, dispondo reciprocamente ou a favor de terceiros.

c) Nada impede que diversas pessoas disponham de seus bens, de acôrdo entre si, desde que o façam guardando sua liberdade, em atos separados.

2 — O eminente autor da tese ora relatada, professor catedrático de Direito Civil das Universidades do Rio Grande do Sul e Católico, sustenta brilhantemente opinião a respeito da interpretação do artigo 1.630 do Código Civil, da qual não se pode divergir: a proibição legal refere-se somente ao testamento feito por duas ou mais pessoas em um único ato, sendo a unicidade do ato característica exclusiva do testamento conjuntivo.

Razão nenhuma se encontra nas afirmações de Pontes de Miranda, segundo o qual basta haver simultaneidade, correspectividade ou reciprocidade para se achar o testamento fulminado pela sanção legal em referência, por que a proibição é endereçada unicamente ao testamento conjuntivo, quer seja êle simultâneo, recíproco ou correspectivo. Para, pois, bem apreender-se a proibição legal torna-se necessário ter a noção de testamento conjuntivo. Por testamento conjuntivo se entende o que é feito, por duas ou mais pessoas, em um único ato. Esta noção de testamento conjuntivo encontra-se perfeitamente enquadrada nas origens que teve nas Ordenações Filipinas,

segundo a qual marido e mulher sejam considerados como um corpo ou como uma pessoa. Restringe-se, unicamente, ao aspecto formal do testamento.

Com muita exatidão, pois, afirma o autor que, na ausência de prova de pacto sucessório, não se deve anular os testamentos feitos em atos separados, por duas pessoas, em contemplação uma da outra, ou de terceiros.

Por estas considerações, submetendo o presente trabalho à apreciação da douta Comissão, opinamos pela sua aprovação.

DEBATES EM PLENARIO:

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins —

Vamos passar à discussão da tese “Unidade de Ato no Testamento Conjuntivo”, de autoria do professor Armando Dias de Azevedo. E’ relator o dr. Leônidas Paim Caminha, a quem concedo a palavra.

O SR. LEÔNIDAS PAIM CAMINHA — Relatório da tese “Unidade no Testamento Conjuntivo”, de autoria do professor Armando Dias de Azevedo.

(LÊ O RELATÓRIO E PARECER)

Estas conclusões foram aprovadas por unanimidade pela Comissão de Direito Civil, no seio da qual foi vitoriosa a sugestão de que a tese deve ser aprovada com destaque pelo plenário.

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a tese em aprêço.

Se ninguém quiser fazer uso da palavra, vou submetê-la a votos, antes, porém, relendo as suas conclusões, que são as seguintes:

“1 — O testamento conjuntivo, proibido pelo art. 1630 do Código Civil, Brasileiro, é tão-somente o constante dum ato único.

2 — São válidos os testamentos separados, de várias pessoas, mesmo feitos no mesmo dia, dispondo reciprocamente ou a favor de terceiros.

3 — Nada impede que diversas pessoas disponham de seus bens, de acôrdo entre si, desde que o façam guardando sua liberdade, em atos separados”.

Em votação. Os senhores Congressistas que aprovam as conclusões que acabam de ser lidas, queiram ficar sentados. (Pausa). Aprovadas. (Palmas).

OS CONTRATOS DE ADESÃO E A LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE

REVOGAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL
EM VIRTUDE DE LEI POSTERIOR

Carlos Roca Vianna

Advogado em Pôrto Alegre

1 — O Decreto-lei 5384, de 8 de Abril de 1943, determinando o pagamento da importância do seguro de vida, na ausência de indicação de beneficiário, *metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado*, sobre ter derogado o artigo 1473 do Código Civil, fez surgir um problema de hermenêutica jurídica, face às cláusulas impressas dos contratos de seguro, já em vigor, de uso corrente, que determinam, com fundamento na disposição derogada da lei civil, o pagamento do seguro “aos herdeiros legais do segurado”.

2 — Para a precisa solução do assunto, examinemos, preliminarmente, a natureza do dispositivo legal derogado.

Dispõe o artigo 1473 do Código Civil: “se o seguro não tiver por causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícito ao segurado, em qualquer tempo, substituir o seu beneficiário e, sendo a apólice emitida à ordem, instituir beneficiário até por ato de última vontade. Em falta de declaração, neste caso, *o seguro será pago aos herdeiros do segurado*, sem embargo de quaisquer disposições em contrário dos estatutos da companhia ou sociedade.”

Norma evidentemente supletiva, destinada a prover a ausência de designação de beneficiário, tal como ensina Del Vecchio: “Otras veces, en cambio, las normas dispositivas presuponen de un modo directo y expreso la falta o carencia de alguna declaración de voluntad para la relación de que se trate; y entonces se llaman más propriamente normas supletivas (Filosofia del Derecho pg. 438).

Mas, esse caráter supletivo, por outro lado, não tira à norma legal a coercibilidade, que a reveste. Pelo contrário, ela contém uma disposição de ordem pública, com prevalência sobre qualquer enunciação em contrário.

Nesse sentido, assinala ainda Del Vecchio: “No solo pues las llamadas normas taxativas, sino también las dispositivas, constituyen rigurosamente hablando um “ius congruus” (op. cit. pág. 439).

Trata-se, pois, de disposição de caráter supletivo e de conteúdo de ordem pública. Daí que, a não haver o segurado usado da faculdade que lhe confere a norma, de designar beneficiário, tem aplicação o dispositivo legal, sem embargo de qualquer determinação em contrário, dos estatutos da sociedade.

3 — Vejamos, agora, a natureza do contrato de seguro.

Classifica-se êle entre aquêles que Saleilles designou por “contratos de adesão”.

Cunha Gonçalves, com sua costumada clareza, refere os seus principais característicos: “Existe um contrato-tipo permanente ou de indefinida duração quanto às suas cláusulas essenciais que, por isso, até são impressas, e às vezes aprovadas pela autoridade pública, quando a esta compete a respectiva fiscalização...” (Tratado de Direito Civil, vol. IV, pg. 277).

E, acrescenta Saleilles: “C'est le cas... de tous ces contrats qui revêtent comme une caractèrre de loi collective et que les Romains le disaient déjà se rapprocheraient beaucoup plus de la “lex” que de l'accord des volontés” (Declaration de la volonté, 1901, nr. 88).

Tal é o que acontece com o contrato sob exame. Suas cláusulas principais, além de impressas, foram aprovadas pela autoridade pública, não podendo êle ser modificado, no que tange a tais cláusulas, senão mediante prévia autorização.

De outra parte, a aprovação da autoridade pública introduz nos elementos contratuais algo novo — um princípio de ordem pública que dá às normas impressas, além de generalidade e da permanência inerentes aos contratos de adesão, mais o característico da imodificabilidade, todos peculiares às normas jurídicas, significando-se, com esta última expressão, que a norma contratual é insuscetível de ser abrogada por disposição que lhe não equivalha em eficácia e poder.

De tal sorte, parece-nos fora de dúvida que o contrato sob exame, contrato-tipo, dado seu processo de elaboração, passa a ser uma dependência ou acessório de direito objetivo, sob cuja vigência se formou, face à aproximação, pela intervenção da autoridade pública, da “lex contractus” à “lex rei publicae”, fundidos os característicos de ambas no contrato-tipo.

4 — Quid quanto à cláusula contratual?

Determina a cláusula impressa da apólice que, na falta de designação de beneficiário, o seguro será pago aos herdeiros legais do segurado.

Ora, basta que se atente para a matéria regulada pela disposição contratual, e se examine a solução preconizada, para concluir-se que ela dispõe,

supletivamente, enquanto pretende suprir a omissão da vontade contratual:

remissivamente, porque se limita a reproduzir o que, para tal hipótese, a própria lei dispõe.

Os contratos estão sempre subordinados aos preceitos imperativos ou proibitivos da lei.

Já deixamos fixada, de outra parte, a natureza congente do dispositivo legal.

De tal sorte, tanto que se destinasse a suprir a omissão da vontade do segurado, e dado o processo de elaboração do contrato-tipo, forçosamente deveria limitar-se a cláusula a repetir a solução da lei, pois, como ensina Cunha Gonçalves, "As disposições supletivas constituem cláusulas tácitas ou elementos naturais dos contratos, vistos serem destinadas a suprir as omissões das partes" (op. cit., vol. IV, nr. 542).

De feito, se a cláusula impressa contrariasse a norma legal, preliminarmente não obteria a aprovação da autoridade pública e, mesmo que tal ocorresse, por um lapso da autoridade, de nada valeria, ante a disposição cogente da lei.

Do exposto, vê-se que a solução contratual nada mais é do que uma simples remissão à lei, incorporando-se a cláusula ao direito objetivo, donde se origina.

5 — O Decreto-lei 5384, de 8 de Abril de 1943, referindo-se expressamente à matéria regulada pelo artigo 1473 do Código Civil, derogou-o, determinando que, na mesma hipótese — falta de declaração de beneficiários — "o seguro será pago, metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado."

A esta derrogação do artigo 1473 do Código Civil imprimiu o legislador, de resto, o mesmo carácter coativo que caracterizava a disposição derogada, dispositivo da mesma natureza jurídica que é.

Assim, em seu artigo 2.º e último, o Decreto-lei 5384 prescreve: "Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, e se aplicará a todos os seguros ainda não pagos até essa data".

Que dizer, pois, da disposição contratual, remissiva meramente da lei, e sem qualquer conteúdo de manifestação de vontade, pois que regula precisamente a hipótese de ausência daquela manifestação?

Que dizer, mais ainda, da disposição contratual que é uma simples dependência da norma derogada, à qual estava vinculada imperativamente, de nada valendo se a contrariasse?

Pelo princípio da superioridade da lei, "a revogação não extingue só a lei diretamente visada; atinge tôdas as disposições de-

pendentes e acessórios" (Cunha Gonçalves, op., cit. pg. 156) e, acrescente-se até as disposições contratuais permanentes, dependentes da lei revogada.

Ao Decreto-Lei 5384 não se lhe pode opor, conseqüentemente pelo exposto, a cláusula contratual em exame, pelo carácter coativo de que se reveste a lei nova, derogatória da lei anterior e de tôdas as disposições que lhe são dependentes e acessórias, nominadamente a disposição do contrato, meramente remissiva, sem conteúdo de vontade e ineficaz, tanto que contrariasse a norma legal revogada.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ARNO SCHILLING

Exposição

1 — Houve por bem o dr. CARLOS ROCA VIANNA apresentar a êste Congresso Jurídico Nacional uma tese jurídica intitulada — "OS CONTRATOS DE ADESÃO E A LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE — REVOGAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL EM VIRTUDE DE LEI POSTERIOR".

Segundo os têrmos do próprio autor, "o decreto-lei 5384, de 8 de abril de 1943, determinando o pagamento da importância do seguro de vida, na ausência da indicação de beneficiário, *metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado*, sôbre ter derogado o art. 1473 do Código Civil, fêz surgir um problema de hermenêutica jurídica, face às cláusulas impressas dos contratos de seguro, já em vigor, de uso corrente, que determinam, com fundamento na disposição derogada da lei civil, o pagamento do seguro "aos herdeiros do segurado".

Reza o art. 1473 do Cód. Civil: "Se o seguro não tiver por causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícito ao segurado, em qualquer tempo, substituir o seu beneficiário, e, sendo a apólice emitida à ordem, instituir o beneficiário até por ato de última vontade. Em falta de declaração, neste caso, o seguro será pago aos herdeiros do segurado, sem embargo de quaisquer disposições em contrário, dos estatutos da companhia ou associação."

Capitula o autor essa norma de evidentemente supletiva, porque destinada a prover a ausência de declaração de vontade indicativa de beneficiário, e de conteúdo de ordem pública, norma imperativa portanto, porque tem aplicação sem embargo de qualquer determinação em contrário dos estatutos da sociedade ou associação.

Prossegue o autor, caracterizando o seguro como contrato de adesão e assevera que na formação do mesmo intervém em larga es-

cala o poder público, imprimindo às cláusulas contratuais os traços de generalidade, permanência e imodificabilidade, todos peculiares às normas jurídicas. Para o autor da tese, o contrato de seguro, dado seu processo de elaboração, passa a ser dependência ou acessório do direito objetivo, sob cuja vigência se formou.

Determina a cláusula impressa da apólice que, na falta de designação de beneficiário, o seguro será pago aos herdeiros do segurado, reproduzindo, destarte, a norma contida no art. 1473 do Cód. Civil. Essa cláusula dispõe supletivamente, enquanto pretende suprir a omissão da vontade das partes, e remissivamente, porque se limita a reproduzir o que, para tal hipótese, a própria lei prescreve.

Qual o efeito do decreto-lei 5384 sobre o contrato de seguro já em vigor, ao tempo da sua publicação?

Primeiro que tudo, êle derogou o art. 1473 do Cód. Civil, determinando que, na falta de declaração de beneficiário, o seguro será pago, metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado.

Sendo a norma jurídica derogada supletiva e imperativa, dos mesmos caracteres se reverte a nova disposição legal e, por isso, em seu art. 2.º e último, o decreto-lei 5384 prescreve: “Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação e se aplicará a todos os seguros ainda não pagos até essa data”.

Conclui o autor, “pelo princípio da superioridade da lei”, a revogação não só extingue a lei diretamente visada; atinge tôdas as disposições dependentes e acessórias” (Cunha Gonçalves “Tratado de Direito Civil” — vol. 1.º — pg. 156) e, acrescente-se, até as disposições permanentes, dependentes da lei revogada. Ao decreto-lei 5384 não se lhe pode opor, consequentemente pelo exposto, a cláusula contratual em exame, pelo caracter coativo de que se reveste a lei nova, derogatória da lei anterior e de tôdas as disposições que lhe são dependentes e acessórias, nominadamente a disposição do contrato, meramente remissiva, sem conteúdo de vontade e ineficaz, tanto que contrariasse a norma legal revogada.”

CRÍTICA

2 — Sustenta o autor que, no caso focado na tese, surge um problema de hermenêutica jurídica.

Data xênia, não é um problema de hermenêutica jurídica que surge, senão um conflito de leis no tempo, ou, em outros termos, o problema da retroatividade ou irretroatividade do decreto-lei 5384, de 8 de abril de 1943.

Com efeito, o autor da tese figura a hipótese de um contrato de seguro, já perfeito, e em cujas cláusulas se reproduz o disposto

na parte final do art. 1473 do Cód. Civil, quando sobrevém o decreto-lei 5384.

Tratando-se de uma situação jurídica contratual definitivamente constituída, na qual, segundo o autor, não se indica beneficiário, a questão de saber quem recolherá o benefício do seguro diz com os *efeitos do contrato*. Tanto o art. 1473, do Código Civil, em sua parte final, como o disposto no decreto-lei 5384, visam a disciplina dêsses efeitos do contrato, quando o segurado não indicou beneficiário.

O problema que se põe, portanto, é o de saber se os efeitos do contrato de seguro, concluído na vigência do art. 1473, parte final, do Código Civil, e reproduzindo, em uma de suas cláusulas, a norma que êle consagra, se regulam por essa disposição do Código Civil ou pelo decreto-lei 5384, que veio revogá-la em parte.

Como se vê, o de que se trata, não é de uma questão de hermenêutica, senão de um conflito de leis no tempo; a controvérsia, que se arma, envolve o retroatividade ou irretroatividade do decreto-lei 5384, de 8 de abril de 1943.

3 — Ponto básico da tese é o atinente à classificação da norma jurídica, quer a consagrada na parte final do art. 1473 do Cód. Civil, quer a contida no decreto-lei 5384.

São normas jurídicas imperativas as que não podem ser modificadas pela vontade das partes e a elas se impõem, sem embargo de qualquer convenção em contrário; a regulamentação, que elas consagram, inspira-se no interesse público (Andreas von Tuhr — “Derecho Civil” — vol. 1.º — pág. 42; Cunha Gonçalves — “Tratado de Direito Civil” — vol. 1.º — pág. 65).

De outra parte, chamam-se normas jurídicas dispositivas as que não coagem a vontade das partes, mas cooperam com ela. No direito dispositivo, há uma categoria de normas, as supletivas, que só são eficazes quando as partes nada declaram ou não dispuseram de outro modo; elas representam, em regra, a vontade média das partes, a sua intenção provável e típica e intervêm, ou para preencher determinadas lacunas deixadas pelas partes, por exemplo, a evicção na compra e venda, ou para organizar todo um instituto, quando os interessados de nenhum modo válido declaram a sua vontade, tal é a sucessão legítima na falta de testamento (Andreas von Tuhr — op. cit. — vol. cit — pág. 41; Cunha Gonçalves — op. cit. vol cit. — pág. 65).

A disposição contida no decreto-lei 5384, bem como a parte final do art. 1473 do Cód. Civil, contêm norma jurídica supletiva, justamente porque, no tocante ao beneficiário do seguro, preenchem uma lacuna do contrato e, neste ponto, o autor da tese está juridicamente certo.

No entanto, não nos parece acertada a orientação da tese, quando aponta, nas citadas normas jurídicas, a dupla qualidade de supletivas e imperativas.

Norma imperativa e norma supletiva são conceitos antagônicos, que brigam entre si, e não é dado ao legislador comunicar a uma disposição legal o duplo característico de supletiva e imperativa. A norma imperativa protege interesses públicos e sujeita o indivíduo, ainda contra a sua vontade; a norma supletiva incide na órbita da autonomia da vontade e tem os interesses individuais por conteúdo.

4 — Outro pressuposto discutível da tese é a assertiva do autor de que o contrato de seguro, dado seu processo de elaboração, passa a ser dependência ou acessório do direito objetivo, sob cuja vigência se formou.

Na verdade, de acordo com a legislação vigente, a companhia de seguros deve, antes de começar as suas operações, apresentar ao Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização modelos de propostas e de apólices ou contratos, para receberem desse órgão oficial a respectiva nota de aprovação. A sociedade, sob pena de suspensão da carta patente e, em seguida, de cassação da autorização para funcionar, é obrigada a conformar-se com os modelos de propostas e apólices aprovados. Ao demais, qualquer novo modelo ou alteração introduzida em modelos aprovados deverão ser submetidos à aprovação do mesmo órgão (decreto-lei 2063, de 7 de março de 1940 — arts. 49 e 133).

Não nos parece que ao contrato de seguro, cujo modelo foi aprovado pelo Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização, se possa dar o qualificativo de dependência ou acessório do direito objetivo, sob cuja vigência se formou.

O eminente professor LUCIFREDI, em artigo intitulado “Natureza jurídica da aprovação administrativa das condições gerais das apólices de seguro”, publicado na revista italiana “ASSICURAZIONI”, no ano de 1937, teve a oportunidade de abordar magistralmente a questão. Fundado na natureza jurídica da aprovação das condições gerais da apólice, o renomado administrativista sustenta que essas condições não são normas legais, mas conservam a sua natureza contratual. A aprovação não é exercício do poder regulamentar da administração, senão característica resolução particular, porque se dita em atenção a um caso especial de determinada empresa, com base em juízo de oportunidade, que a administração pronuncia discricionariamente e de maneira autônoma.

A aprovação não transforma a natureza jurídica dessas condições gerais, nem tem a virtude de fazer do ato aprovado um ato do poder, que aprova: a aprovação não é elemento integrante do ato, mas algo que a este se agrega, mantendo a sua independência.

Trata-se de medida de polícia, cujo conteúdo consiste em autorizar o ato, condicionando-o a certas prescrições; essa aprovação é função tipicamente administrativa e nada tem de legislativa: a autoridade administrativa não comunica ao ato aprovado o selo da obrigatoriedade, mas tão-somente desenvolve uma ação de controle e verificação, que constitui o pressuposto da obrigatoriedade querida por lei (apud ISAAC HALPERIN — “Contrato de Seguro” B. Aires, 1946 — n. 16).

5 — Antes de penetrar mais fundo no problema equacionado pela tese, importa introduzir um elemento de precisão na sua discussão.

Concluído um contrato de seguro de vida, omisso quanto ao beneficiário e emitida apólice à ordem, ocorrendo a morte do segurado na vigência do art. 1473, parte final, aplica-se o que essa disposição legal prescreve e os herdeiros do segurado serão os beneficiários; entra em jogo uma norma legal supletiva, por não ter havido manifestação de vontade de parte do segurado.

Se, vigente o art. citado da lei comum, se convencionou um contrato de seguro, nas mesmas condições anteriores, sendo contudo reproduzida a norma legal nas cláusulas impressas da apólice, já a situação não é a mesma; a cláusula impressa na apólice, pela adesão da vontade do segurado, evidentemente se apresenta como cláusula contratual e os herdeiros do segurado passam a figurar no contrato como beneficiários nomeados expressamente pelo segurado.

Devendo o beneficiário do seguro ser designado de forma a torná-lo sujeito *determinado* de uma relação jurídica, advirta-se, de passagem, que a locução — “herdeiros do segurado” — contém elementos que respondem a essa necessidade de determinação do titular ativo do direito. Com efeito, a determinação do beneficiário é *direta* ou *nominativa* quando ele é designado pelo nome ou, mais exatamente, por sinais ou indicações das quais se deduzirão com certeza a sua personalidade e identidade (nome, prenome, profissão, domicílio). Mas não é necessário que em todos os casos o beneficiário se designe nominativamente. A determinação será, então, *indireta*, mediante a indicação de qualidades (familiares, profissionais, sociais), que permitem descobrir com certeza a pessoa a quem aproveita a estipulação feita pelo segurado. O essencial é que o beneficiário seja determinável de maneira indubitosa, que ele seja suscetível de individualização inequívoca. É justamente mediante o processo indireto que o segurado determina o beneficiário do seguro quando destina a estipulação aos seus herdeiros (Maurice Picard et André Besson — “Traité Général des Assurances Terrestres” — tomo IV, ed. 1945, ns. 178 e 181; Carvalho Santos — “Có-

digo Civil Interpretado” — vol. XIX — comentário ao art. 1473; argumento favorável: Código Civil italiano de 1942 — art 1920, § 2.º).

Expostas as duas situações, acima delineadas, conclui-se que o decreto-lei 5348 só se aplica quando o contrato é totalmente omisso no designar o beneficiário do seguro, porque no contrato em que se reproduziu a fórmula da parte final do art. 1473 são beneficiários nomeados os herdeiros do segurado.

Em suma, devidamente filtrada a tese em tela, o conflito de leis no tempo, ao qual já aludimos, se põe nos seguintes termos: concluído antes da publicação do decreto lei 5384 um contrato de seguro de vida, omisso na designação do beneficiário, os seus efeitos regem-se pela norma contida na parte final do art. 1473 do Cód. Civil ou pelas disposições daquele diploma legal? é retroativo e válido o art. 2.º do mesmo decreto-lei, que determina que êle entrará em vigor na data da sua publicação, aplicando-se a todos os seguros ainda não pagos até essa data?

6 — Segundo a magistral teoria exposta por PAUL ROUBIER, em sua obra — “Les conflits des lois dans le temps” (ed. Sirey, 1933), distingue-se o efeito retroativo do efeito imediato da lei. Consiste o efeito imediato da lei em que ela passa a disciplinar, desde que entra em vigor, os efeitos futuros de uma situação jurídica, deixando incólumes os efeitos produzidos sob o regime da lei antiga (op. cit. — vol. 1.º — n. 47).

Contudo, no tocante aos contratos patrimoniais em curso, mesmo o efeito imediato não se admite, quando se trata de contratos, que se concluíram na esfera em que domina o princípio da autonomia da vontade; isto quer dizer que tanto os efeitos passados do contrato, como os seus efeitos futuros, se regem pela lei em vigor na data do contrato e esta assertiva abarca quer os efeitos calcados em disposições contratuais expressas, quer os efeitos derivados de normas legais supletivas. Ao demais, em matéria de contratos, o efeito imediato equipara-se ao efeito retroativo (op. cit., vol. 1.º, n. 71 e vol. 2.º, n. 84).

Para os que concebem a retroatividade da lei como ofensa ao direito adquirido, todos os efeitos do contrato regem-se pela lei da data do contrato e, porque a noção de direito adquirido abrange os efeitos do contrato, a não ser a lei nova que edita normas de ordem pública, são retroativas as demais, que pretendem disciplinar os efeitos contratuais (Espinola — “Tratado” — vol. 2.º,) n. 83.

O princípio da irretroatividade da lei impõe que os postulados imperantes, quando se concretiza o contrato, lhe regulem as conseqüências ou efeitos, diretos ou indiretos, imediatos e remotos, previsíveis e imprevisíveis; distinção nenhuma é legítima a êsse respeito, bastando que os efeitos sejam próprios do contrato, para se

regerem pelos preceitos reinantes quando êste se constituiu (Carlos Maximiliano — “Direito Intertemporal” — ed. 1946 — ns. 167 e 168).

Atenta a lição haurida nas obras dêsses autorizados mestres, não há duvidar que é retroativa a disposição contida no art. 2.º do decreto-lei 5384, que manda aplicar aos contratos, sem designação de beneficiário e cujo seguro não tenha sido pago até a data da sua publicação, o disposto no art. 1.º do mesmo diploma legal.

Um dos efeitos dêsses contratos, derivado da norma supletiva contida na parte final do art. 1473 do Código Civil, consistia em proporcionar, nas apólices com cláusula à ordem e na falta de declaração de beneficiário, aos herdeiros do segurado o pagamento do seguro. Pelo decreto-lei 5384, êsse efeito foi afastado para mandar pagar o seguro metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado.

Enfim, o decreto-lei 5384, de 8-4-43, é uma lei retroativa e o seu art. 2.º e último prejudica direito adquirido.

Atingido êste ponto, impende considerar se constitucional a retroatividade dessa lei, em face dos preceitos constitucionais daquela época.

A Carta constitucional de 1937, então vigente, não consignava cláusula vedativa da retroatividade das leis. A Lei de Introdução do Código preceituava, em seu art. 3.º, que, salvo disposição expressa em contrário, a lei não atingiria as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito, embora tivesse efeito imediato e geral. Portanto, não existia proibição constitucional da retroatividade da lei. O mandamento da Introdução ao Código Civil não se dirigia ao poder legislativo, senão apenas ao intérprete das leis, de sorte que o preceito retroativo, contido no decreto-lei número 5384, era válido em face da ordem constitucional então em vigor.

CONCLUSÕES

- a) — As disposições contidas na parte final do artigo 1473 do Código Civil e no decreto-lei 5384, de 8 de abril de 1943, são normas jurídicas puramente supletivas.
- b) — O contrato de seguro não é dependência ou acessório do direito objetivo, sob cuja vigência se formou; as condições gerais da apólice, por serem aprovadas pelo poder público, não se transformam em normas legais, mas conservam a sua natureza contratual.

- c) — O decreto-lei 5384, de 8-4-943, não se aplica aos contratos de seguro de vida anteriores à sua vigência, nos quais se reproduziu em cláusula impressa o disposto no art. 1473, parte final, do Código Civil, porque, neste caso, o segurado designou beneficiário determinado — esta conclusão contraria frontalmente a conclusão da tese em debate.
- d) — As normas do decreto-lei 5384, de 8-4-943, regem os contratos de seguro de vida, anteriores à sua vigência e totalmente omissos quanto ao beneficiário do seguro; a questão que se põe sob êste aspecto não é de hermenêutica, senão de conflito de leis no tempo.
- e) — Pelo preceito consagrado em seu artigo 2.º e último, o decreto-lei 5384, de 8-4-943, é uma lei retroativa, válida em face da ordem constitucional então vigente.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola — 1.º Vice-Presidente em exercício — Vamos tratar, agora, da tese “Contratos de adesão e a legislação superveniente. Revogação da cláusula contratual em virtude de lei posterior”; de autoria do dr. Carlos Roca Vianna. Relator, dr. Arno Schilling.

O SR. ARNO SCHILLING — Exmo. Sr. Presidente, senhores professôres e nobres congressistas.

(Lê o parecer)

O SR. ARNO SCHILLING — Êste parecer foi submetido à apreciação da douta Comissão e as suas duas primeiras conclusões foram devidamente aprovadas.

Divergência surgiu, entretanto, quanto à terceira conclusão e quanto a esta o parecer ficou em minoria no seio da Comissão. De sorte que a Comissão de Direito Civil aprovou as conclusões da tese em debate segundo as quais o Decreto-Lei n.º 5384 não se pode opor à cláusula contratual em exame.

É o que me cabia dizer com referência à tese ora apresentada à apreciação dêste douto plenário. (Palmas)

O SR. PRESIDENTE — O sr. Secretário vai proceder à leitura das conclusões da tese a serem submetidas à votação dos srs. congressistas.

O SR. SECRETÁRIO — (lendo):

“ CONCLUSÕES

- a) — As disposições contidas na parte final do artigo 1473 do Código Civil e no decreto-lei 5384, de 8 de abril de 1943, são normas jurídicas puramente supletivas.
- b) — O contrato de seguro não é dependência ou acessório do direito objetivo, sob cuja vigência se formou; as condições gerais da apólice, por serem aprovadas pelo poder público, não se transformam em normas legais, mas conservam a sua natureza contratual.
- c) — O decreto-lei 5384, de 8-4-943, não se aplica aos contratos de seguro de vida anteriores à sua vigência, nos quais se reproduziu em cláusula impressa o disposto no art. 1473, parte final, do Código Civil, porque, neste caso, o segurado designou beneficiário determinado — esta conclusão contraria frontalmente a conclusão da tese em debate.
- d) — As normas do decreto-lei 5384, de 8-4-943, regem os contratos de seguro de vida, anteriores à sua vigência e totalmente omissos quanto ao beneficiário do seguro; a questão que se põe sob êste aspecto não é de hermenêutica, senão de conflito de leis no tempo.
- e) — Pelo preceito consagrado em seu artigo 2.º e último, o decreto-lei 5384, de 8-4-943, é uma lei retroativa, válida em face da ordem constitucional então vigente.”

O SR. PRESIDENTE — Está o parecer submetido à consideração do honorável Congresso.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o sr. Ernesto Vieira.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Sr. Presidente, srs. congressistas. Tive oportunidade, na reunião da Comissão de Código Civil, de refutar o parecer e defender a tese.

Procurai, srs. congressistas, situar bem o caso jurídico. Trata-se da hipótese de um contrato de seguro feito na constância do Código Civil, pelo qual, se o segurado não determinasse beneficiários, os beneficiários seriam, por força de lei, por força do Código

Civil, os seus herdeiros. Se esta cláusula de lei foi transcrita no contrato de seguro e existe este dispositivo do Código Civil e mais um dispositivo do Código Civil chamando atenção para o fato de que se o segurado não indicar seu beneficiário, seus herdeiros serão os beneficiários.

Pois bem, a questão que se levanta é a seguinte: se este contrato persiste ainda, até data posterior à vigência do decreto que veio modificar o Código Civil, para o fim de designar como beneficiários, no caso de omissão do segurado, de indicar um beneficiário, não simplesmente herdeiro do segurado, mas o sobrevivente e os herdeiros também.

Pergunta-se: havendo acôrdo, o valor do seguro sendo devido posteriormente à vigência desta lei, se se deve atentar para o dispositivo desta lei? Quer dizer, o benefício do seguro será distribuído pelos seus herdeiros, ou se se deve atentar exclusivamente ao dispositivo do Código Civil, em cuja constância foi feito o contrato, pelo qual somente os herdeiros foram indicados?

O parecer declara o seguinte: que esta cláusula está transcrita no contrato de seguro, mas é transcrita impressa, embora se declare o seguro à ordem. Isso gera uma condição expressa, a vontade manifestada. A vontade do pactuante está estampada no próprio contrato.

Funciona como sendo uma sua manifestação; deixando de indicar um outro beneficiário, seus herdeiros é que são beneficiários. Transforma um dispositivo de lei, que seria simplesmente supletivo, para entrar em função sempre que fôsse omissa de sua vontade. Transforma esta função supletiva da lei numa expressa declaração de sua vontade. Diz, então, o parecer ser uma questão de retroatividade da lei. Absolutamente. No ponto de vista humilde de minha parte, no ponto de vista da maioria da Comissão, não se tratava, absolutamente, de retroatividade da lei. Tratava-se, simplesmente, pensamos nós, de hermenêutica, de examinar, de interpretar o contrato e verificar qual foi a vontade que o pactuante manifestou ao assinar o contrato, se ele realmente quis e determinou que seus herdeiros fôsem os beneficiários, se ele não tivesse determinado beneficiários certos, se aquela simples transcrição de um dispositivo do Código Civil era u'a manifestação de vontade sua expressamente definida. Então, concluiu a maioria, que isto absolutamente não se fez. Esta transcrição de dispositivo do Código aparece nos contrato de seguro, justamente com esta fórmula: se o segurado não indicar o seu beneficiário aplicar-se-ia o artigo do Código Civil, que manda ser beneficiários seus herdeiros. Portanto, sua vontade não está manifestada; que sejam beneficiários seus herdeiros. Ele apenas está determinando que se submetê a lei. Mesmo que não fizesse esta declaração, mesmo que não con-

tivesse esta cláusula no contrato, ele estaria se submetendo ao dispositivo legal, porque o dispositivo legal entra, justamente, nos contratos obrigacionais, entra, justamente, como supletivo da vontade do indivíduo, permitindo-se que a vontade particular, que a vontade do pactuante, dentro de um infinito de inventivas, pode estabelecer as cláusulas que entender, e somente a lei entra em função, somente a lei se aplica quando esta vontade deixar de isto manifestar. Ora, se isto fôr considerado como uma vontade expressa sua, como declaração que contenha uma vontade expressa, como uma cópia deste artigo do Código Civil, é uma surpresa, senhores, que se faria à boa fé de qualquer pactuante, e deve ser o alicerce, a base sobre a qual se volvam tôdas as transações da operação jurídica, seria trair, por completo, esta boa fé.

De maneira que a Comissão entendeu que se trata, simplesmente, de um modo de interpretar o contrato, e resolveu que a inclusão daquela cláusula nada mais significa de que uma indicação de que a parte se submeteria à disposição legal, se não indicasse um beneficiário. Tanto é assim, nestas condições, que a apólice de seguro é emitida à ordem, submetendo, justamente, a possibilidade do segurado indicar seu beneficiário. Ora, portanto, ele, no incluir esse artigo do Código Civil, ele não quis manifestar sua vontade de que fôsem herdeiros seus beneficiários. Quis apenas...

O SR. SALOMÃO WEIMBERG — V. Excia. permite?

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Pois não?

O SR. SALOMÃO WEIMBERG — Se um segurado firmar um contrato, em que se diz que seus herdeiros receberão o seguro, caso ele não indique beneficiário, não se entende que ele está de acôrdo com a lei que agora regula o contrato que seus herdeiros venham a receber?

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Se ele fizesse declaração neste sentido, perfeitamente, mas não houve declaração expressa neste sentido. O que houve foi apenas uma indicação no contrato. Se ele não indicar beneficiários, os seus herdeiros serão os beneficiários, de acôrdo com o artigo 1473 do Código Civil. Ainda determina, nesta cláusula, o artigo do Código Civil que funcionará a lei. No momento em que se fez o contrato funcionava o Código Civil, com isto determinando que só os herdeiros receberiam. O contrato foi feito nestas condições, mas não se pode falar em direito adquirido, porque aí houve apenas retroatividade do direito.

O SR. SALOMÃO WEIMBERG — Pela minha tese a nova lei se aplicaria aos seguros não pagos, mesmo que o óbito tivesse ocorrido. Foi esta, justamente, a restrição feita pela Segunda Comissão.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Se houve o óbito e

a sucessão se abriu antes da vigência da nova lei, não há dúvida nenhuma que o direito está adquirido. O seguro passa ao patrimônio dos herdeiros. Não há mais porque discutir sobre a retroatividade da lei. É aplicar simplesmente o contrato. A dúvida que pode haver é simplesmente se a sucessão vem se abrir na vigência da lei nova, da lei que revogou o Código Civil. Nessa situação então é que o parecer conclui que deve-se atender ao contrato, deve-se atender ao Código Civil, porque na vigência do Código Civil é que o contrato foi feito e a lei posterior não pode, absolutamente, revogar a lei anterior. Trata-se de uma questão simplesmente de retroatividade de lei, ao passo que a maioria da Comissão não viu a retroatividade, viu apenas o contrato em si e reconheceu que o contratante ao assinar o contrato, embora determinasse que, na falta de indicação dos beneficiados, seriam os seus herdeiros os beneficiados, de acordo com o artigo 1473 do Código Civil, quis apenas determinar, que se submetia ao que a lei dispusesse. Nestas condições, a lei nova declara que os herdeiros são os filhos, se a abertura da sucessão se deu antes da vigência da nova lei. (Palmas)

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao ilustre congressista.

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — Sr. Presidente, Srs. Congressistas.

Como membro deste Congresso desejo também esclarecer o meu ponto de vista. Tenho a impressão, que se trata de uma questão muito simples, de um caso simples. O pressuposto do debate é rigorosamente o silêncio do segurado, com relação à indicação dos beneficiados, silêncio que é um contrato de adesão, isto é, contrato não paritário, em que uma das partes adere a um regime, a um estatuto estabelecido pela outra. De modo que é muito natural que o segurador preveja a situação de silêncio do segurado em relação ao assunto. Então, há uma cláusula que declara que, se o segurado não indicar até o dia de sua morte as pessoas beneficiadas, funcionará o Código Civil, lei supletiva, para o caso do silêncio. O pressuposto continua sendo o silêncio. Trata-se, portanto, de uma faculdade do segurado. Ele poderá indicar o beneficiário e, então, terá adquirido o direito de fazer o seguro ser pago a ele. Mas também poderá não fazê-lo. Estará, pois, usando de uma faculdade, que não dá direito adquirido a quem quer que seja.

Neste meio tempo, antes de ser feita a indicação do beneficiário, sobrevém a nova lei supletiva, pressupondo também o silêncio, que foi o regime legal do beneficiário — no caso do segurado não se manifestar, o seguro será pago a fulano e a bel-

trano, etc... É, pois, uma lei supletiva, tendo por pressuposto o silêncio do segurado.

Por isso, parece que a Comissão resolveu com acerto, declarando que a lei nova se aplica desde que o segurado não tenha indicado beneficiário e a morte não tenha ocorrido antes da nova lei.

É o que tinha a explicar.

O SR. PRESIDENTE — A palavra continua à disposição do plenário.

O SR. ARNO SCHILLING — Sr. Presidente, usando da faculdade que me confere o regimento aprovado para disciplinar os trabalhos deste Congresso, peço vênua a V. Excia, aos eméritos professores e aos distintos congressistas, para, em duas palavras, discutir a posição tomada pelo relator da tese, cujo parecer está ora em debate.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre relator.

O SR. ARNO SCHILLING — Sr. Presidente. Pela brilhante explanação dos srs. professores que me antecederam, o plenário já poderá depreender que a divergência entre a maioria da Comissão e a minoria que acompanhou o relator, reside, justamente, na valorização a dar a uma cláusula impressa no contrato de seguro, cláusula que reproduz os termos do artigo 1.473 do Código Civil.

De acordo com o parecer e a minoria que o acompanhou, o fato da reprodução desse dispositivo legal em cláusula impressa na apólice, teve a virtude de transformar uma disposição legal supletiva em norma contratual e, justamente neste ponto, o autor da tese está de acordo com o relator, porque, no seu final, ele refere que a cláusula contratual que reproduz o artigo 1.473 do Código Civil, segundo o qual, na ausência de beneficiários, o seguro será pago aos herdeiros do segurado, é prejudicada pelo advento do decreto n.º 5.384, que dispõe que, naquela hipótese, isto é, na ausência de beneficiários designados, o seguro será pago, em metades, à mulher e aos herdeiros do segurado.

Assim sendo, a divergência que surgiu na Comissão, reside, justamente, no valor a atribuir a essa cláusula impressa no contrato, reproduzindo o disposto no artigo 1.473 do Código Civil.

De acordo com a legislação vigente no Brasil, a companhia seguradora é obrigada a apresentar ao futuro segurado um modelo ou uma proposta de seguro. No caso em tela, já esta proposta de seguro, forçosamente tinha que trazer reproduzida, em cláusula impressa, a disposição legal do artigo 1.473 do Código Civil, por isso que a legislação vigente não permite que o segurador passe para o segurado uma apólice definitiva em divergência com a proposta de seguro que lhe fez.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Portanto, me pa-

rece que a transcrição do dispositivo do Código Civil é apenas em atenção a essa exigência legal, mas não de u'a manifestação da vontade do pactuante. Era a observação!

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Parece-me que, em aceitando o conteúdo dêste artigo, e não indicando um beneficiário, isto é, não indicando o nome de um outro beneficiário...

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Se submeteu à lei!

O SR. SALOMÃO WEINBERG — ... o segurado está concordando com que os seus herdeiros sejam seus beneficiários no caso da sua morte.

O SR. ARNO SCHILLING — De sorte, que na proposta do seguro, já estava transcrita, em cláusula impressa, a disposição legal do artigo n.º 1.473 do Código Civil. É uma norma legal supletiva. Não é imperativa, não é imposta pelo poder público às partes.

Ao futuro segurado cabia a faculdade de riscar essa cláusula impressa, se êle assim entendesse. No entanto, o futuro segurado assim não agiu e devolveu a proposta do seguro deixando intacta essa cláusula impressa.

Depois, êle assina a apólice de seguro na qual vem novamente reproduzida, em cláusula impressa, a disposição legal do artigo 1.473, e esta assinatura tem o dom de significar a adesão da vontade do segurado.

De maneira que, para o relator, acompanhado pela minoria da Comissão, esta norma legal, que era supletiva, veio a se transformar em norma contratual, porque ela aparece, na apólice de seguro, como uma cláusula impressa.

Quer nos parecer, data venia, que a cláusula impressa da apólice de seguro não pode ser desmerecida, não pode ser infirmado o seu valor contratual, só porque se trata de um contrato de adesão.

Com devida vênua dos nobres congressistas, trarei à colação a opinião dos eminentes professôres Maurice Piccard, que é titular da cadeira de Direito de Seguro na Faculdade de Direito de Paris e de André Besson. Dizem êles, em sua magistral obra recentemente publicada, intitulada "Tratado Geral de Seguro Terrestre": "É o conjunto das cláusulas impressas e manuscritas que constituem a apólice e destarte o contrato que vincula as partes."

As apólices de seguro obedecem à regras ordinárias de interpretação dos contratos. Mas esta aplicação se apresenta sob aspectos peculiares ao ponto de se ter pretendido, sob o pretexto de proteger o segurado, desviar os princípios gerais.

O caracter obrigatório da apólice de seguro não pode ser contestado, tendo-se, há tempos, em nome da teoria dos contratos de adesão, invocado a falta de consentimento do segurado para contestar a validade das cláusulas impressas da apólice.

Contudo, neste terreno, tôdas as tentativas dos juizes de mérito falharam completamente; repetidas vêzes a côrte de cassação proclamou a força obrigatória das apólices, assim para o segurado como para o segurador. A assinatura das partes no instrumento escrito implica em conhecimento e aprovação de tôdas as estipulações que êle contém, quer sejam nas cláusulas impressas, quer sejam nas manuscritas. A êste respeito não se pode, portanto, distinguir entre as cláusulas impressas e as cláusulas manuscritas, condições gerais e particulares. Elas completam-se mutuamente e formam um todo que se impõe aos contratantes. Esta aprovação pelo segurado, de tôdas as cláusulas das apólices, subordina-se, evidentemente, à condição essencial da existência da sua assinatura.

Quanto a êste ponto nenhuma dificuldade se apresenta. O caracter obrigatório da apólice impõe-se de uma maneira integral, salvo se é negada a autenticidade da assinatura das partes.

— Assim sendo posta a questão nos seus devidos têrmos, o parecer do Relator quanto a êste aspecto particular da tese é no sentido de que a reprodução do artigo 1.473 do Código Civil, como cláusula impressa da apólice, e o fato de ter tido o segurado conhecimento prévio da existência desta cláusula impressa e ter aposto sua assinatura, transformou a norma legal supletiva, ou seja a disposição do Código Civil, em norma contratual. No presente caso, figurando a hipótese de um contrato de seguro em que se reproduz a cláusula impressa da disposição legal, o beneficiário do seguro está determinado e, portanto, não se poderá aplicar o decreto lei 5.384, que diz: só na ausência de beneficiário designado é que o seguro será pago metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado.

Esta é a questão fundamental e na verdade traduz uma questão fundamental de hermenêutica de um ato jurídico ou hermenêutica do contrato. Em tôrno dela é que se cindiu a Comissão em duas partes: a maioria no sentido que já foi exposto pelos brilhantes professôres que me antecederam e a minoria acompanhou o humilde parecer do relator que ora expõe o seu ponto de vista. (Palmas)

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Peço a palavra, senhor Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Entendo que a classificação não infirma o que já acentuaram muito bem os illustres professôres Martins Vieira e Martins Costa, porque uma norma legal não pode ser transformada em norma contratual, e muito menos uma norma legal que veio a ser revogada, pode ser considerada norma contratual.

O SR. PRESIDENTE — Se os senhores congressistas me permittem, foi um tema que se tratou na Comissão na qual eu tive a

sorte de acompanhar os eminentes colegas, fazendo parte integrante da mesma. Eu havia perguntado no seio da Comissão, se o decreto lei 5.384 entendiam os colegas que modificava o regime sucessório, ou modificava o regime contratual. Se modificava o regime sucessório eu recordava a recente obra de Tchico, na Itália, que é um dos que atentam contra o Código Civil, é dos que dizem que o regime sucessório é um regime de ordem pública, que deve escapar do Código Civil. Por isso, recordei aos colegas também, que o regime da capacidade das pessoas aspira ser absorvido pelo Código Sanitário.

Não teremos nada que fazer, os advogados, no Código Civil.

O regime de restrições, de limite do domínio, que atualmente forma parte do Código Civil Argentino, também forma parte do Direito Administrativo. Outra disciplina que entra no Código Argentino é a que diz respeito à locação de serviços, onde Velez Sarsfield tomou a inspiração de Freitas. Nosso Código Civil contém oito artigos sobre locação de serviços. Atualmente temos o Código de Trabalho. No que diz respeito à locação de obras, todas aquelas disposições sobre a teoria de imprevisão, *rebus sic stantibus* — tudo isto está modificado. O risco do empresário tende a desaparecer. Em vez de ser o risco do empresário se converte no risco do locatário, quer dizer, se afasta do Código Civil. Eu formulava esta pergunta com o fim de situar um problema dentro do Direito Civil Brasileiro, com o qual realmente, não estou em manejo constante. Se não forma parte da modificação do regime sucessório e tende a ser uma modificação de regime contratual, como diz o eminente colega Martins Vieira, devia ser um regime de interpretação de boa fé dos contratantes. Quisera fazer uma reflexão. Conta-se que Lincoln foi na vida, entre outras coisas, um eminente advogado, mas não o fôra porque tinha sido um ilustrado jurista, mas sim porque conhecia tão extraordinariamente os pleitos sobre a indústria madeireira, pois êle, na época aziaga da pré-sucessão, quando viajava nas embarcações levando madeiras, na dor da escravidão e na vida desgraçada que levavam os homens, aprendeu tão bem os episódios da realidade da dor humana, que quando tinha os pleitos nas amplas estradas da Justiça, geralmente os ganhava, porque conhecia muito bem os fatos e interpretava muito bem a vontade das partes.

Entre as muitas coisas que improvisou minha vida, uma foi a de me fazer conselheiro de companhia de seguro, advogado de companhia de seguro, conselheiro de superintendência de companhia de seguro e assegurado. Sei o que é a dura corretagem do seguro. Eu aprendi um fato, e é o que me move um pouco a fazer esta reflexão. O segurado geralmente é o homem que carece de potencial econômico para fazer o seu próprio futuro. Geralmente se

assegura quem não tem muita fortuna, geralmente se assegura economizando sobre a sede e sobre a fome, num esforço para cobrir risco pior. E estou pensando nestes humildes homens, que, nas largas vigílias de inverno ou nas reflexões das tardes estivais, quando os meninos que vão à escola — porque os pais não conhecem a escola, não sabem ler, e pedem aos filhos que leiam êste documento — quando a êstes meninos que vão à escola os pais pedem que leiam êste documento, no qual cifram toda sua vontade, onde está escrita ali esta suposta cláusula de que os beneficiários são os herdeiros.

Êles ignoram, ainda, que ignorar, em direito, não seja escusável, êles ignoram o fato de que uma lei posterior pode modificar o sentido do documento que têm em suas mãos. Êles crêem no documento que têm nas mãos, como crêem na Bíblia e nas coisas profundas do espírito.

E, se interpretarmos a boa fé do contrato, como diz o professor Martins Vieira, eu me inclino a crer que a boa fé dêstes homens está no documento que êles têm na mão e não no artigo do decreto-lei, que, neste caso, leva o número 5.384 e que veio modificar sua vontade, para os fins de instituir outros beneficiários, que não os indicados nas cláusulas do impresso que, êles, por sua vez, têm como garantia. Êles crêem que, com êste seguro, darão aos seus herdeiros as garantias que não lhes podem dar com suas magras economias.

De modo, que eu me inclino a crer que o sentido da realidade, mais que o sentido da realidade acadêmica — e não é esta uma reflexão de velhice, de que ao jurisconsulto é conveniente que assome à vida e se afaste um pouco da dura realidade ou do duro ensino dos livros porque, às vezes, a vida ensina tanto como os livros, parece ensinar que a boa fé dêste pobre assegurado está no documento que êle lê no seu lar, nas vigílias de inverno ou nas tardes de verão.

Antes de que o Estado, a Superintendência de Seguros façam uma lei de esclarecimento, modifiquem a sua vontade, êle acreditará que esta é sua vontade, que os seus beneficiários são os seus herdeiros. A boa fé é algo que se tem interiormente. Neste sentido, eu me inclino a crer que êste é um problema de boa fé contratual. A boa fé está no documento escrito e não na interpretação da lei, que não a conhece o humilde segurado.

Por outra parte, quero fazer outra reflexão que fiz esta noite, lendo o título, porque quando cheguei à Comissão no outro dia, cheguei um pouco tardiamente. O título me impressionou um pouco. “Os contratos de adesão e a legislação posterior”, parece-me um título demasiado genérico. Teremos que nos referir aos contratos de adesão dos seguros, porque a multiplicidade de títulos

é tão vasta que até esta parte, nós que ensinamos nas Faculdades de Direito, parece que breve não teremos mais o que ensinar, porque até isto está saindo do Direito Privado.

Com o conceito da função social da propriedade, a locação, por exemplo, já banida do Direito Privado, as partes não podem nem estabelecer o preço, nem o prazo; êstes são estabelecidos pelo Estado. É isto um contrato privado? Parece-me que não! Assim sendo, melhor seria limitar o alcance e, em vez de "Contrato de adesão e as leis posteriores", dizer "o contrato de adesão de seguro", quer dizer, limitar o tema porque a tese não abrange tôda a matéria: Se refere exclusivamente ao seguro. Se não, acontece como ocorre nos filmes norte-americanos intitulam a fita "Uma viagem à lua" e, por fim, se trata de um filme de gangstrs. Por isso pediria modificação. (Risos.)

Era o que tinha a dizer a respeito do assunto e peço desculpas por vos ter distraído. (Palmas.)

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — De pleno acôrdo com a segunda parte que V. Excia. acaba de focar. Acho que é o caso da limitação.

Quanto à primeira parte, peço licença para divergir: acho que a situação que V. Excia. apresentou, de uma pessoa humilde e com pouco conhecimento, que se deixa impressionar pelo contrato escrito, impresso, acho que não deve levar àquela conclusão, deve levar à conclusão contrária, porisso que o contrato, pelo que depreendi não só do relatório feito pelo dr. Arno Schilling, o contrato se refere expressamente ao artigo do Código Civil. Não reproduz o dispositivo como, pròpriamente, uma cláusula contratual, não se limita a reproduzir o dispositivo legal, mas reproduz o dispositivo legal e faz referência que é um dispositivo legal.

O SR. MARTINS VIEIRA — Que entrará em função, se não houver beneficiado indicado.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Portanto, é u'a mera advertência, u'a mera remissão ao dispositivo legal. Entendo que num caso dêstes não se pode admitir que a vontade individual deva ficar tolhida, pois ela tem ainda oportunidade de se manifestar até a morte, estabelecendo na "cláusula à ordem" os beneficiários. Além disso o dispositivo foi modificado. Quanto à pessoa que aderiu, se era uma pessoa ignorante, como V. Excia. focou, provàvelmente ela iria interpretar "herdar" no sentido que agora a nossa lei estabelece.

A lei visou reparar essa injustiça ao cônjuge, principalmente na hipótese do cônjuge casado com separação de bens, que é o que mais necessitaria ser protegido pela apólice de seguro, por uma apólice à ordem, de modo que chego a uma conclusão contrária. Entendo que a lei visou reparar aquela injustiça geral, em que

houve pura técnica jurídica. Ela procurou, justamente, a realidade, que é o marido querendo proteger a mulher numa situação dessas.

O SR. VICENTE RUSSOMANO — E se a lei posterior desamparasse a família, como se procederia? Aí está o perigo.

O SR. ARMANDO DIAS DE OLIVEIRA — Aí era uma solução legal.

O SR. VICENTE RUSSOMANO — O aspecto que V. Excia. está defendendo é brilhante, é magnífico, mas V. Excia. quis aproveitar o exemplo do nosso ilustre presidente e mostrar como êsse argumento leva a uma conclusão contrária. Eu vivo sob o temor, colega, dos decretos leis.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Também receio essa legislação apressada, mas o fato é o seguinte, é que uma lei realmente poderia fazer isso. Mas para isso existe sempre um remédio. Até a morte a vontade do segurador é respeitada.

O SR. PRESIDENTE — O eminente professor Armando Dias de Azevedo entende que a lei tende a proteger o cônjuge. Entende que, neste caso, modifica o regime sucessório e, nessas condições, suscita problemas de ordem pública e, por tal razão, deve aceitar-se que o decreto-lei 5.384 modifica o sentido da lei civil. As espôsas têm que sempre ser respeitadas, ainda quando estejam longe. (risos)

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — V. Excia. me permite?

O SR. PRESIDENTE — Com muito prazer.

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — É mais para prestar um esclarecimento que refirirei uma passagem da minha vida profissional quase inconfessável, para tranquilizar V. Excia, nos seus naturais sentimentos de respeito à boa fé. Logo após ter entrado em vigor êsse decreto, fui consultado por uma senhora que declarava que havia um filho ilegítimo de seu marido que pretendia receber o seu seguro e me consultou imediatamente, como se diz em linguagem popular, à-queima-roupa, se o filho tinha direito. Fui logo declarando que sim.

— "Mas não é possível doutor. Já ouvi dizer que tenho parte nisso.

— Não, senhora. A senhora não tem nada. Fui consultar o Código e disse não. A senhora não tem direito. Não é herdeira do seu marido."

Agora vem a confissão e o inconfessável. O agente da Companhia de Seguro disse a ela que tinha entrado em vigor êsse decreto que eu ignorava. E vim a saber que a senhora estava amparada pelo decreto. Veja o senhor. A lei teve em vista proteger exatamente, como disse o meu eminente colega, a situação da espôsa que, na linguagem comum, é tida por herdeira. Nós sabemos que há pessoas incultas que têm a espôsa como herdeira. De modo

que veio aperfeiçoar a norma supletiva, porque afinal de contas aludia a herdeiros. Isso não estava certo, precisava ser mais consentânea com a realidade, e deu então à espôsa a participação.

Era apenas o que desejava declarar, para tranqüilizar a V. Excia. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — Mas, srs. congressistas, a fim de evitar que se prolongue mais êsse problema, teremos que circunscrevê-lo ao que realmente estamos tratando, que é o contrato de seguro. Poderemos tratar da decisão separadamente.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Acho preferível esta orientação de V. Excia., restringindo as conclusões a fim de facilitar a votação.

O SR. PRESIDENTE — Poderíamos votar o título, digamos assim, da obra, restringindo ao contrato de seguro, em lugar da denominação mais genérica. Contrato de seguro e legislação posterior.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, senhor Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Sr. Presidente, o Congresso vota as conclusões, não o título. Êsse corre sob a responsabilidade do autor e parece que não temos competência para retirar o título ou de julgar se fêz bem em não dar êsse título. Nós aprovaremos apenas as conclusões a que se refere expressamente.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Sim, restringindo na conclusão, não no título. E a conclusão da tese é, afinal, o que interessa ao debate. Porisso pediria ao sr. Secretário que mais uma vez procedesse à leitura das conclusões.

O SR. SECRETÁRIO — (lendo):

“ C O N C L U S Õ E S

- a) — As disposições contidas na parte final do artigo 1473 do Código Civil e no decreto-lei 5384, de 8 de abril de 1943, são normas jurídicas puramente supletivas.
- b) — O contrato de seguro não é dependência ou acessório do direito objetivo, sob cuja vigência se formou; as condições gerais da apólice, por serem aprovadas pelo poder público, não se transformam em normas legais, mas conservam a sua natureza.
- c) — O decreto-lei 5384, de 8-4-943, não se aplica aos contratos de seguro de vida anteriores à sua vi-

gência, nos quais se reproduziu em cláusula impressa o disposto no art. 1473, parte final, do Código Civil, porque, neste caso, o segurado designou beneficiário determinado — esta conclusão contraria frontalmente a conclusão da tese em debate.

- d) — As normas do decreto-lei 5384, de 8-4-943, regem os contratos de seguro de vida, anteriores à sua vigência e totalmente omissos quanto ao beneficiário do seguro; a questão que se põe sob êste aspecto não é de hermenêutica, senão de conflito de leis no tempo.
- e) — Pelo preceito consagrado em seu artigo 2.º e último, o decreto-lei 5384, de 8-4-943, é uma lei retroativa, válida em face da ordem constitucional então vigente.”

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Já está restringido, não há necessidade de alteração.

O SR. PRESIDENTE — Os que estão de acôrdo com a decisão queiram manter-se sentados (pausa).

O SR. GIRÃO BARROSO — Senhor Presidente, peço licença para me abster de votar neste assunto. Considero-o de natureza muito particular, muito restrita, em tôrno da qual figuram interesses de ordem concreta de alguns, múltiplos interesses. Não é assunto de doutrina geral que possa ser objeto de decisão de um Congresso.

O SR. HOMERO BATISTA — Senhor Presidente, ao que eu presumo, do debate aqui travado, as conclusões da tese em debate serão objeto de questões sujeitas ao Tribunal de Justiça e não convém antecipar, de público, o meu voto. Porisso, também abstenho-me de votar.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Senhor Presidente, pelas mesmas razões do senhor Girão Barroso, abstenho-me de votar na questão.

O SR. PRESIDENTE — Vai se votar em geral a decisão do parecer. O senhor Secretário vai ler as decisões do parecer.

O SR. SECRETÁRIO — As conclusões do parecer são em número de cinco.

(LÊ AS CONCLUSÕES)

O SR. PRESIDENTE — Vão ser votadas as conclusões gerais da tese.

Os senhores congressistas que as aprovam, queiram ficar sentados. (Pausa.)

Aprovadas.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Peço a palavra, senhor Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Parece-me que as primeiras conclusões estão implicitamente votadas. A divergência é, justamente, da terceira em diante. Seria o caso de considerá-las prejudicadas e votarmos só da terceira em diante.

O SR. PRESIDENTE — Vou, então, dá-las por aprovadas. Serão agora votadas as três últimas.

O SR. ARMANDO DIAS AZEVEDO — V. Excia. permite?

O SR. PRESIDENTE — Pois não.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Esta terceira proposição é constante do parecer. Porém, é voto vencido no seio da Comissão. Parece-me, pois, que deve ser submetido à votação o ponto de vista da maioria da Comissão. Este é o parecer, e não o voto vencido.

O SR. PRESIDENTE — Pois bem, a aceitação de um implica na rejeição de outro.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, senhor Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Senhor Presidente, era exatamente isso que eu queria dizer, a rejeição de um implica na aceitação de outro.

Estou, pois, plenamente de acôrdo.

Sera, então, desnecessária outra votação.

(Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — É, pois, desnecessária a votação.

PROPOSIÇÃO CONCERNENTE À CRIAÇÃO DA CADEIRA DE DIREITO CIVIL COMPARADO, E DE UM INSTITUTO QUE TENHA POR FINALIDADE O ESTUDO COMPARATIVO DO DIREITO EM TODOS OS SEUS RAMOS.

Magdalena Londero

Consultor jurídico do D.P.M. do Rio Grande do Sul.
Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Paris

Assim como em qualquer ramo do conhecimento o indivíduo não se contenta hoje em saber o que foi escrito e realizado concernente à sua especialidade, dentro das fronteiras de seu País, com maior razão o jurista deve empenhar-se em conhecer o direito dos outros Povos.

Ao jurista não se permite atualmente ignorar o estado e a evolução da ciência jurídica fora do seu País. Como bem observou o ilustre professor da Universidade de Cambridge, M. Harold C. GUTTERIDGE, “Nous avons beaucoup à apprendre les uns des autres en matière de droit comme dans les autres matières, et c’est une honte pour les juristes qu’ils se soient révélés incapables jusqu’ici de parvenir à un libre échange de connaissances et d’idées, comme on y est parvenu dans les autres branches des études humaines.” (1)

E conforme um outro grande professor da matéria, na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, M. René David, para quem o Direito *comparado* é um *método comparativo* aplicado à ciência jurídica — todo jurista deve ser um comparatista. Assim diz êle: “Le pénaliste, cherchant à juger ou à réformer notre régime pénitentiaire, doit connaître les expériences qui ont pu être tentées à l’étranger et qui peuvent lui offrir un modèle ou au contraire l’amener à réfléchir sur le danger de certaines innovations. Le civiliste, qui se demande ce qu’il faut entendre pas cas de force majeure ou qui cherche à préciser les contours de la théorie de l’abus des droits, doit tirer parti des réflexions et des études qui ont pu être faites sur se même sujet par un grand juriste étranger. Le commercialiste, qui étudie les techniques bancaires, ne joue pas le rôle qui lui est dévolu s’il se limite

(1) Citado por M. René DAVID — *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé* — Paris — 1950 — pag. 214.

à étudier ce point sur le terrain du seul droit français. Dans tous les domaines la méthode comparative peut, en de nombreuses hypothèses, être employée avec fruit. Le juriste qui n'est pas apte à l'employer est privé d'un moyen, souvent essentiel, à l'aide duquel il peut être appelé à accomplir sa tâche; il ne connaît qu'imparfaitement son métier, et ce n'est pas une excuse, pour lui, de dire qu'il n'est pas un comparatiste: tout juriste qui veut être à la hauteur de sa tâche doit être un comparatiste." (1)

Assim, e, considerando que :

— As circunstâncias político-sociais-econômicas pelas quais atravessa o mundo presentemente, estão a exigir um grande esforço de compreensão por parte de todos e principalmente daqueles que desejam constituir uma elite.

— Os verdadeiros juristas devem fazer um esforço para melhor conhecer o direito dos outros Povos e dêste modo poder julgar suas instituições e sua política.

— O estudo do direito comparado nos leva a aumentar as relações culturais, e a trabalhar assim para uma maior aproximação entre os Povos.

— Por falta de um plano de conjunto, o estudo de certos problemas, permanecendo entregues à iniciativa e ao trabalho individual, permanecem muitas vezes negligenciados, quando não esquecidos.

Propomos :

— A criação, nas Faculdades de Direito, da Cadeira de Direito Civil Comparado.

— A criação de um Instituto que tenha por finalidade o estudo do direito comparado em todos os seus ramos.

PARECER E DEBATES EM PLENÁRIO

Relator :
Dorival Schmitt

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — (na ausência eventual do Sr. J. C. Bonazzola). Temos sobre a Mesa uma proposição concernente à criação da Cadeira de Direito Civil Com-

(1) M. R. David — Cours de Droit Civil Comparé — 1948-1949, pag. 15.

parado e de um Instituto que tenha por finalidade o estudo comparativo do Direito, em todos os seus ramos.

O relator é o dr. Dorival Schmitt, a quem concedo a palavra.

O DR. DORIVAL SCHMITT — Sr. Presidente, srs Congressistas.

Na comissão de Direito Civil, a dra. Madalena Londero apresentou uma proposição no sentido de que se criasse no Rio Grande do Sul um Instituto de Direito Comparado e nos cursos da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul uma cadeira de Direito Civil Comparado.

De acôrdo com o processo adotado em nossa comissão, a Comissão de Direito Civil, fui nomeado relator, imediatamente, para, oralmente, emitir meu parecer, o qual foi manifestado no seguinte teor:

A Comissão de Direito Civil não caberia o encaminhamento dessa proposição, muito menos ao Congresso, nos termos em que ela estava vasada, ou seja, de que ao Congresso Nacional se encaminhasse um assunto de interêsse local, do Rio Grande do Sul, afeto à entidade e dos órgãos existentes dentro da nossa própria Universidade, quais sejam a Congregação da Faculdade de Direito e o Conselho Universitário. Porém, no caráter de recomendação, e sendo extensiva a proposta às Universidades e Faculdades de Direito do País, era de ser adotada, uma vez que pelos fundamentos da proposição da dra. Madalena Londero, aliás feita com muito acêrto, o Brasil está necessitando no seu âmbito de ensino jurídico, da instituição desse órgão, ou seja, do Instituto de Direito Comparado, em tôdas as suas Universidades oficiais.

Aliás, o trabalho da professora Madalena Londero está baseado em observações por ela feitas na viagem que realizou à Europa, onde teve ensêjo de entrar em contato com diversos Institutos de Direito Comparado. Quanto à cadeira de Direito Civil Comparado, o caso seria de transferi-la do curso de doutorado para o curso de bacharelato, uma vez que naquele ela já existe, segundo nosso sistema de ensino superior, embora sua existência não atenda as nossas necessidades, visto que não se encontra em funcionamento êsse curso no Brasil.

De sorte que a Comissão, examinando o caso, chegou à seguinte conclusão: em primeiro lugar, concorda com a necessidade, e portanto propõe ao Congresso, que recomende a criação de um Instituto de Direito Comparado, nas diversas Universidades do Brasil, bem como a transferência da cadeira de Direito Civil Comparado, do curso de doutorado para o de bacharelato.

É apenas isso o que tinha a dizer. (Palmas)

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a proposição.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, sr. Presidente

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao sr. Bruno de Mendonça Lima.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Sr. Presidente, srs. Congressistas.

O trabalho em discussão parece-me de grande relevância, não só para o estudo das ciências jurídicas, como para a nossa produção legislativa.

Tenho para mim que um dos serviços mais importantes do atual Congresso Jurídico, é justamente procurar aperfeiçoar o nosso Direito Positivo.

Em matéria de legislação, temos ficado muitas vezes entre dois extremos: ou copiamos de língua estrangeira, e copiamos mal, ou inventamos uma lei que não tem raízes nem na doutrina nem nos nossos costumes.

O grande remédio para isso é o Direito Comparado. Houve tempo em que essa cadeira foi ensinada nas Faculdades de Direito. Entretanto, eram todos os ramos de direito estudados, comparativamente, numa cadeira só, num ano apenas, o que era completamente ineficiente. Aliás, uma cadeira de Direito Comparado não terá eficiência alguma se não houver um Instituto de Direito Comparado, que tenha intercâmbio de material entre juristas do nosso e dos diferentes países.

Muitas vezes, nos debatemos com problemas que já afligiram outros povos que os resolveram satisfatoriamente, por meio de leis que foram várias vezes reformadas até atingir forma mais perfeita. E nós desconhecemos tudo isso, porque não havendo um Instituto de Direito Comparado, por maior que seja a nossa boa vontade, não temos meios de conhecer o que vai pelo mundo em matéria de legislação.

Quer me parecer, porisso, que esta proposição merece o aplauso do Congresso. A criação de um Instituto de Direito Comparado e a instituição de uma cadeira de Direito Civil Comparado, em cada uma de nossas Universidades contribuiria, imensamente, para elevar o nível cultural brasileiro, e, principalmente, para o aperfeiçoamento da nossa legislação. (Palmas)

A SRA. MADALENA LONDERO — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra a doutora Madalena Londero.

A SRA. MADALENA LONDERO — Preliminarmente, sr. Presidente, srs. Congressistas, eu desejaria fazer uma ressalva na oração do dr. Dorival Schmitt. É que a proposição que eu tive a ousadia

de apresentar a êste Congresso, eu a apresentei como simples Congressista e como estudiosa do Direito, e não como professôra porque não tenho a honra de o ser.

Tomei a liberdade de propor a êste Congresso não somente a criação da cadeira de Direito Civil Comparado, como também a instituição de um Instituto de Direito Comparado, que tivesse por finalidade o estudo dos diferentes ramos do Direito, nos diferentes países, porque julguei a ocasião propícia para o mais amplo debate da questão, pois que justamente neste Congresso estão reunidos professôres das várias Faculdades, magistrados e estudiosos do Direito.

Por conseguinte, esta a ocasião mais oportuna para um debate sobre êste tema, pois, como frisei na Comissão que me deu a honra de aceitar-me como membro, fiz esta proposição com a exclusiva finalidade de permitir o debate em tôrno do assunto que ela contém.

Por outro lado, o entusiasmo que me levou a apresentar essa proposição se deve à minha estadia na França, onde entrei em contato com diferentes órgãos de ensino e que me levou a constatar o grande entusiasmo de todos os estudiosos do Direito, por todos os ramos da ciência jurídica.

No ano de 1948, pela primeira vez, na Faculdade de Direito de Paris foi ministrado ensino do Direito Brasileiro, com grande assistência, despertando o maior interêsse. Ainda em Paris, no Colégio de França, em 1839, foi criada a primeira cadeira de Direito Comparado. Em 1869, foi instalada a primeira Sociedade de Direito Comparado; em Lyon, em 1920, o primeiro Instituto de Direito Comparado.

Hoje, vários institutos existem em diferentes países, e tive oportunidade de visitar o Instituto de Direito Comparado, que funciona em Roma. Podemos dizer mesmo que aqui na América, foi fundada, em 1945, a Academia Inter-Americana de Direito Comparado e de Direito Internacional, que funciona em Havana, cujos cursos são publicados em língua espanhola, inglêsa e portuguêssa.

Existe a UNESCO, da Organização das Nações Unidas, para a educação e cultura, uma secção especializada em ciências sociais, que visa o intercâmbio de professôres e alunos de diferentes Faculdades, e principalmente o ensino do Direito Comparado.

Entre os seus objetivos, que são o de favorecer o conhecimento e compreensão mútua das nações entre si, se inclui o de dar um vigoroso impulso ao ensino do Direito, em todos os seus diferentes ramos.

Eu tenho a convicção de que somente no dia em que procurarmos nos conhecer mutuamente, haverá maior compreensão entre os diferentes povos, e o Direito, como ciência viva que é, nos le-

vará a melhor estudar a geografia, a história, as condições sociais e políticas de cada povo.

Creio, também, que a fundação de um Instituto de Direito comparado, que será anexo às Universidades, permitirá o desenvolvimento, em trabalhos coletivos — porque os trabalhos individuais, podemos usar a expressão, muitas vêzes permanecem engavetados — permitirão não somente o debate dêste problema, como também a realização de melhores obras no campo do Direito.

Êstes os motivos que me levaram à proposição, que ora se discute. (Palmas)

O SR. PRESIDENTE — Se nenhum Congressista quiser mais se pronunciar a respeito desta indicação, passaremos à votação. Os srs. Congressistas que aprovam a proposição da professôra Madalena Londero, queiram ter a bondade de permanecer sentados. Aprovada. (Palmas)

3.^a SECÇÃO

DIREITO MERCANTIL E
DIREITO MERCANTIL COMPARADO

COMISSÃO

Prof. Dr. Ney Wiedemann

Prof. Dr. Ernani Estrella

Prof. Dr. Paulo Barbosa Lessa

Prof. Dr. Edgar Luiz Schneider

Prof. Dr. Antônio Martins Filho

Prof. Dr. Júlio César Bonazzola
Dr. José Baptista Neto

Prof. Dr. Ernesto Martins Vieira

SESSÃO PLENÁRIA DE 12 DE AGOSTO
DE 1950

Waldemar Ferreira

O SR. PRESIDENTE — Está aberta a sessão.

Na forma regimental, nomeio nossos presados colegas Plauto d'Azevedo e Dario de Bittencourt para secretariarem-na. Solicito-lhes a gentileza de tomarem assento à Mesa.

A nossa ordem do dia — na verdade, ordem da noite (risos) — consiste na discussão e votação, em sessão plenária, das teses e conclusões relacionadas com a matéria de direito comercial.

Entre as várias, que na sessão da respectiva Comissão, hoje de manhã realizada, se discutiram, uma era de minha autoria, se bem que não fôsse tese, pròpriamente dita, mas simples relato histórico do evolver do projeto do Código Comercial desde a comissão, que o elaborou, seguindo seus trâmites pela Câmara dos Deputados e pelo Senado do Império.

Propus-me, perante aquela Comissão, a desenvolver os pontos, que naquele trabalho histórico havia enunciado, entrando a examinar as modificações padecidas por alguns dos institutos e contratos que o Código Comercial havia disciplinado.

E' o que pretendo fazer; e, para isso, vou conceder-me a palavra, se a Assembléia o permite (palmas).

(Assume a presidência o sr. Júlio César Bonazzola).

O SR. WALDEMAR FERREIRA — Sr. Presidente, meus eminentes e prezados colegas, minhas senhoras e meus senhores!

Há uma regra, que se impõe aos professores, porque para eles principalmente traçada, de que nenhum professor deve ler as suas preleções. Igualmente, não deve decorá-las. Mas também não deve falar de improviso.

Eis a dificuldade, diante dessa norma de singular advertência, em que agora me encontro: a de não improvisar; a de não recitar o decorado, pois nunca fui decorador; e a de não ler. Como, porém, vou tratar de assunto histórico, de tão assinalada importância — qual a de contribuir para a comemoração do centenário do Código Comercial do Império do Brasil, o que constitui um dos objetivos do Con-

gresso Jurídico Nacional — não pude eximir-me da contingência de escrever as minhas considerações, não somente a fim de fixar certos fatos, como para desenvolver princípios, que dêles decorrem e também os orientam.

Por isso, lendo, vou fingir que não leio, entremeando a leitura de comentários não escritos; mas aos que acompanharem a leitura eu solicitarei um pouco de paciência, porque não excederá de trinta ou quarenta minutos.

1 — A lei, e principalmente o código, não pode ser abstrata, mero produto da inteligência criadora, não poucas vezes arbitraria. Num, como no outro, e a formar-lhe o conteúdo, há de existir o direito, ou seja o conjunto ou sistema de normas disciplinadoras das condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, garantidas, ou que devem sê-lo, pela força coercitiva do Estado, em certo lugar e em determinado tempo.

O código é, realmente, criação do intelecto; mas é, acima de tudo, fato social.

Enganar-se-ia redondamente, e bem o observou JEAN RAY, quem o imaginasse escrito pelas penas de racionalistas puros e o concebesse como indeiologia abstrata. A verdade é precisamente o contrário. Falhariam a sua missão os que, incumbidos de legislar, não nutrissem o mais vivo sentimento de respeito necessário ao caráter, algumas vezes arbitrário, da doutrina ⁽¹⁾.

Não se pode legislar senão à luz desta, pois que alguma há de iluminar o trabalho legislativo. Não é de esquecer, porém, que êsse trabalho se realiza na sociedade a fim de reger agrupamento humano localizado num ponto do planêta, dominado por usos próprios, costumes cõngruos e inclinações ditadas pelas contingências do tempo e do espaço.

2 — Quem, dessarte, se proponha examinar monumento legislativo centenário não se pode eximir, para que sôbre êle formule juízo seguro, de dar mirada retrospectiva e reconstrutora. Diante do Coliseu de Roma ou da Acrópole de Atenas, tudo leva o viajor a, naturalmente, transportar-se para o tempo em que êsses monumentos arquitetônicos se edificaram, por exigências da civilização dos povos que os ergueram. Igualmente, ninguém abre as páginas do *CORPUS JURIS CIVILIS ROMANORUM* sem íntima e imaginariamente recompor a vida e sentir o frêmito do povo para que se elaborou.

Diverso critério não se pode adotar para o estudo, pôsto que rápido, do centenário Código Comercial do Império do Brasil. Quando se promulgou, pela lei n. 556, de 25 de junho de 1850, ainda não

(1) JEAN RAY, *Essai sur la structure logique du Code Civil Français*, ed. Felix Alicant (Paris, 1926), págs. 2 e 6.

estavam decorridos cinqüenta anos da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que abriera os portos brasileiros ao comércio das potências que se achavam em paz e harmonia com a Real Coroa.

Vigoravam, até então, as instruções reservadas, ministradas em 5 de janeiro de 1785 pelo Ministro MARTINHO DE MELO aos governadores das Capitanias, em que se continham, entre outras, estas determinações:

“O Brasil é o país mais fértil e abundante do mundo em frutos e produções da terra. Os seus habitantes têm, por meio da cultura, não só tudo quanto lhes é necessário para o sustento da vida, mais ainda artigos importantíssimos para fazerem como fazem um extenso comércio e navegação. Ora, se a estas incontáveis vantagens reunirem as da indústria e das artes, para o vestuário, luxo e outras comodidades, ficarão os mesmos habitantes totalmente independentes da metrópole. É, por consequência, de absoluta necessidade acabar com tôdas as fábricas e manufaturas no Brasil”.

E essas instruções exatamente se cumpriram. O comércio da colônia portuguesa da América realizava-se exclusivamente com a metrópole. Dela importava, para ela exportava; e a indústria, que nela se fazia, era simplesmente a caseira, tímida e imperfeita.

3 — Quando, pois, por força de decreto imperial de 14 de março de 1832, se instituiu a comissão que deveria preparar o projeto de código, que o comércio brasileiro pleiteava, mal se achava êle liberto das peias do regime colonial; e a indústria não passava de expectativa. Regia-se, não obstante, pelas velhas Ordenações do Reino de Portugal e pelos *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, impressos em sete tomos pela Régia Oficina Tipográfica de Lisboa, de 1798 a 1804, o primeiro escrito naquela cidade e os demais na da Bahia. Considerou-os seu autor, JOSÉ DA SILVA LISBOA, nome que sempre pronuncio com profunda homenagem de admiração e respeito, e que foi, no tempo e na autoridade, o primeiro comercialista de Portugal e Brasil, “prole criada sem mãe: não teve protótipo, nem modelo e auxílio pátrio”.

Houve TULIO ASCARELLI, aquêle livro notabilíssimo, que assinala época na literatura jurídica brasileira, como o mais atual de quantos tratados de direito mercantil até então se escreveram, o que constitui apologia de valia imensa e indisfarçável.

Promulgado, em 1807, o código de comércio de França e, em 1827, o de Espanha, as circunstâncias do país, no dizer daquele comercialista, instavam “com urgência, senão por um Código formal, ao menos por um regulamento comercial”, que servisse “de diretório às pessoas da carreira mercantil, para a regularidade dos traços da praça”. O código francês pareceu-lhe “excelente pela clareza e condensação”, mas trazia “consigo o cunho de precipitação, cerceamento e espírito

revolucionário”. Caracterizava-se, como, de resto, em França se reconhecia, por ser “antes uma redação mais metódica das Ordenanças de Marinha de LUIZ XIV do que substancial melhoramento da legislação do comércio”. Antolhou-se-lhe o de Espanha “mais amplo e explícito, ainda que mui imitativo do Código da França”, de modo que só podia “considerar-se como complemento regulamentário”. Por isso, “tendo sido organizado em mais tranqüila época”, houve-o como “mais ponderado, ainda que não completo, e sem a liberalidade conveniente ao nosso sistema constitucional”.

Tentou o comercialista inequivocamente traçar as diretrizes a serem seguidas pelos que preparavam o projeto do código comercial brasileiro, os quais logo tiveram outro modelo insigne no código comercial de Portugal, de 1833.

4 — Nessa conjuntura estavam traçadas as linhas que os artífices do novo código haviam de seguir. Não podiam jactar-se de dotados de talento de originalidade pela dificuldade invencível, primeiro do meio em que operavam, depois pela ainda mais irremovível de se não poder criar nada de novo em matéria jurídica que se vinha plasmando sob a pressão dos usos e costumes do comércio vigente na Europa, de caráter cosmopolita e universal.

Homogeneizou-se a comissão heterogênea que estava a articular o projeto. Composta de comerciantes e juristas, entre êles se colocou um estrangeiro, que era cônsul da Suécia e encarregado de seus negócios no Rio de Janeiro, o qual, com experiência adquirida em seu país de origem, muito contribuiu para o sucesso do encargo, que lhes foi cometido, mercê de seu dinamismo, verdadeiramente entusiástico, na parte do comércio marítimo.

Esse estrangeiro foi LOURENÇO WESTIN, que se emparelhou com ANTONIO PAULINO LIMPO DE ABREU, o futuro Visconde de Abaeté, depois substituído por JOSÉ CLEMENTE PEREIRA, e com JOSÉ ANTONIO LISBOA, INACIO RATON e GUILHERME MIDOSI. Êle se identificou com o país, que o acolheu. Encerrada sua missão consular, transplantou-se para São Paulo e, como tôda a gente daquele tempo, veio a ser fazendeiro de café. Ali se instalou e tornou-se o tronco de família paulista que lhe guarda o nome.

Seria excessivo exigir dêsses homens bons que o seu projeto se salientasse por filosofia outra que não fôsse a de aprontar sistema de normas condizentes com o regime constitucional do Brasil e pudesse conciliar, com a liberdade do comércio, o interêsse do país, para que êle pudesse desenvolver-se e imprimir maior impulso aos negócios e à indústria que estava a prosperar, ainda que lentamente.

Que mais poderiam aspirar do que realizar o objetivo de homens ilustres, como os que haviam elaborado o código civil de França? Pois não disse J. DOMAT que o desígnio, que nêle se propôs, foi “o

de pôr as leis civis em sua ordem natural, de distinguir as matérias do direito e reuni-las segundo a ordem que apresentavam no corpo que naturalmente compunham; dividir cada matéria de acôrdo com as suas partes; e colocar em cada parte suas definições, seus princípios e suas regras, nada assentando que não fôsse claro por si mesmo, ou precedido de tudo que pudesse ser necessário para o fazer entender” (2). Que outro desiderato podiam nutrir senão o de preparar para o grande país, que não havia muito se erigira em nação mas que se vira contido dentro da armadura colonial, que lhe entorpecera, por três séculos, o seu desenvolvimento, simples conjunto de preceitos legais condizentes com a sua situação populacional rarefeita em território imenso e inexplorado, cujo comércio ainda era incipiente?

5 — A doutrina, que ao tempo prevalecia, era a inspiradora dos que aglutinaram em sistema os dispositivos do código de comércio de França, ou seja a de que o direito comercial era ramo do direito civil e compunha-se do conjunto de leis destinadas a regular as relações e os contratos particulares oriundos do comércio. Tanto assim se entendia que, em França, primeiro se codificou o direito civil e, depois, o direito comercial. Tinha que vir o geral antes do particular, a regra antes e a exceção em seguida.

Ora, declarada a independência do Brasil do Reino de Portugal em 1822; ditada a sua Constituição Política em 1824, havia, necessariamente de iniciar-se o movimento codificador do direito nacional brasileiro, de que resultou o código criminal de 1830. Êste código, que foi o nosso código criminal, e assim se chamou, foi dos mais notáveis da época, assinalando-se sobretudo por sua política criminal. Tanto repercutiu êle que, no testemunho de JIMENEZ DE ASÚA, de que me valho, veio, de torna viagem, através do código penal de Espanha de 1848, a influir na legislação penal das repúblicas de origem espanhola da América do Sul.

Dever-se-ia, pela própria natureza das coisas, levantar o código civil, a fim de enfrentar-se, logo mais, o código comercial. Seria o mais lógico, mas os acontecimentos tiveram outro leito histórico e antecipou-se a codificação das leis do comércio. A despeito de ereto em nação independente, o Brasil continuou a reger-se pelas Ordenações do Reino de Portugal no concernente aos direitos e obrigações de ordem privada atinentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

Nessa emergência, improvável não seria que se cuidasse, no novo texto em preparo, de precisar alguns pontos de direito civil como resguardo dos de direito comercial, tanto mais quanto ainda se não lograra fixar as linhas terminais da matéria de um e outro dos dois ramos do direito privado. Abstraindo do pessoal do comércio e de

(2) J. DOMAT, *Oeuvres Complètes*, ed. Remy (Paris, 1928), vol. I, pág. VI.

seus livros, a TEIXEIRA DE FREITAS pareceu que a matéria comercial se adstringia às sociedades comerciais, às letras de câmbio, ao comércio marítimo, às falências e à jurisdição comercial, ao censurar as exorbitâncias da legislação mercantil.

E' conhecido o fenômeno físico da osmose ou da endomose, que se realiza quando dois líquidos separados por membrana mais ou menos porosa, entram paulatinamente a misturar-se. Tal acontece quando se legisla em matéria de direito privado. Se é o código civil que se prepara, muito do código comercial nêle se infiltra: êle se mercantiliza; se é o comercial que se elabora, êste se civiliza, pela interferência dos preceitos do código civil. Inexistindo êste quando o código comercial se aprontou, muito da matéria civil nêle se incluiu.

Dá a objurgatória.

"Quem", proclamou o grande jurista, "quem nos deu tal modelo foi o código comercial dos franceses, a primeira codificação desta especialidade em 1808; e porque exorbitasse o código comercial espanhol em 1829 com a respeitada aprovação de PARDESSUS, e mais ainda exorbitasse o código comercial português de 1833 — os preparadores do Código Comercial do Brasil, a laborar desde 1834, naturalmente imitaram seus irmãos: *exorbitaram também, exorbitaram em demasia, mercantilizaram quase tudo!*" (3)

Percebe-se, diante dessa censura, que não foi mesquinho o labor dos construtores do código e que êste se apresentou como obra relevante e de inconfundível configuração, mercê de seu conteúdo.

6 — Em estrutura, guardou o código brasileiro, mais ou menos, a técnica dos que o precederam. Em quatro livros dividiu-se o francês: primeiro, o do comércio em geral; segundo, o do comércio marítimo; terceiro, o das falências e bancarrôtas; e quarto, o da jurisdição comercial. Em cinco desdobrou-se o espanhol, epigrafados o primeiro, dos comerciantes e agentes do comércio; o segundo, dos contratos de comércio em geral, suas formas e efeitos; o terceiro, do comércio marítimo; o quarto, das quebras; e o quinto, da administração da justiça nos negócios do comércio. Desmanchou-se o português em duas partes — a do comércio terrestre e a do comércio marítimo, compondo-se a primeira de três livros — o das pessoas do comércio; o das obrigações comerciais; e o das ações comerciais, organização do fôro mercantil e das quebras. Consolidou-se na segunda parte toda a matéria do direito marítimo.

7 — Muito não havia que variar quanto a isso no articular-se o código brasileiro. A massa, que tinham seus elaboradores à mão, não era mais rude do que a que outros haviam trabalhado. Como, de outro lado, não se buscava tanto a originalidade quanto se buscava,

(3) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Aditamentos ao Código do Comércio*, vol. I. (Rio de Janeiro, 1878), pág. XIII.

à moda do tempo, codificar as leis do comércio coordenando-as em sistema e dando-lhes unidade, desarrazoado não seria que se seguisse o método por que outros se haviam orientado com real sucesso. Seduziu o exemplo francês, cujo código adquirira universal prestígio, transplantado-se até para algumas repúblicas sul-americanas, apenas vertido para o castelhano.

Não seria da mesma natureza o labor dos incumbidos de redigir o projeto do código brasileiro.

Tripartiu-se êste neste esquema: parte primeira — do comércio em geral; parte segunda — do comércio marítimo; parte terceira — das quebras. Aditou-se-lhe título único — o da administração de justiça nos negócios e causas comerciais, em dois capítulos — o dos tribunais e juízos do comércio; e da ordem do juízo nas causas comerciais.

8 — Quanto ao conteúdo, recheiou-se o código de matéria comercial e não pouco também da matéria civil. Na ausência de código disciplinador dêsse ramo do direito privado alargou-se a linha periférica do comercial, a fim de torná-lo mais compreensivo e eficiente. Foi o que mereceu e provocou a censura de TEIXEIRA DE FREITAS, em 1878, ao prefaciá-lo os seus Aditamentos ao Código do Comércio. Já então havia o grande jurisconsulto se manifestado pela unificação do direito privado e pela supressão do código de comércio, havendo como arbitrária a separação das leis a que se dão os nomes de direito ou código comercial. Madrugou, assim, no Brasil, a doutrina unificadora do Direito privado. Lançou-a o grande civilista brasileiro antes que a Constituição Federal Suíça e antes que o seu código das obrigações a adotasse. Foi TEIXEIRA DE FREITAS o pioneiro da teoria que, mais tarde, CESARE VIVANTE defendeu, com tanta galhardia, na Itália, mas declinou, no ocaso de sua vida. Dá sua proposta de retirar do comercial os capítulos do mandato, comissão, compra e venda, escambo ou troca, locação, mútuo, juros, cartas de crédito, fiança, penhor, hipoteca, depósito, pagamento, novação, compensação e prescrição. Êsses capítulos não cabiam naquele código. O direito profissional do comércio era de exceção; e a matéria contratual, nêle disciplinada, de direito civil.

O direito comercial, ainda há pouco doutrinou GEORGES RIPERT, faz parte do direito privado; mas não é certo, como muitas vêzes se tem sustentado, que o direito privado se divida em dois ramos — direito civil e direito comercial. A divisão bipartida suporia igualdade que não existe. O direito civil constitui o direito comum; o direito comercial compreende as regras excepcionais estabelecidas no interesse do comércio (4).

(4) GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. (Paris, 1948), pág. 2, n.º 3.

Por igual também pensaram os que cuidaram do projeto do código brasileiro e os que, no Parlamento, sobre ele se manifestaram. Outra não era ao tempo a doutrina corrente e dominante. Seguindo, não obstante, o exemplo do código francês; premidos pelas necessidades do momento, valeram-se da oportunidade para disciplinar os contratos mercantis. A tanto os levou o senso prático ou utilitarista, muito mais que propósito doutrinário.

Pressentiram, sem embargo, a unidade do direito obrigacional. Este, sim, é o direito comum, qual se entendeu e na Suíça se realizou. Revelou-se o pressentimento no art. 121 do título dos contratos e obrigações mercantis. As regras, nele se dispôs, e as disposições do direito civil para os contratos em geral, aplicar-se-iam aos contratos comerciais, com as modificações ou restrições no próprio código estabelecidas.

Postou-se, dessarte, entre os dois compartimentos estancos zona comum de que um e outro se nutriam; e tem assim sucedido.

Doze dos dezoito títulos da parte primeira do código compuseram-se da matéria civilística que se lhe pretendeu extirpar teoricamente. Nos outros seis se estabeleceram, de entrada, as qualidades necessárias para ser comerciante, suas obrigações e prerrogativas, tanto quanto as de seus agentes auxiliares — corretores, leiloeiros, feitores, guarda-livros, caixeiros, trapicheiros, administradores de armazéns de depósito, condutores de gêneros e comissários de transportes. Três artigos deram conta — das praças do comércio; e um — dos banqueiros. Alongou-se, como era natural, o — das companhias e sociedades comerciais, a despeito de apenas cinco artigos concentrarem sucintamente a natureza e a estrutura das companhias de comércio ou sociedades anônimas. Ajunte-se a êsses o título — das letras, notas promissórias e créditos mercantis e tem-se delineada tôda a primeira parte — a do comércio em geral.

A segunda parte — a do comércio marítimo, conteve-se em treze títulos: das embarcações; dos proprietários, compartes e caixas de navios; dos capitães ou mestres de navio; do piloto e do contra-mestre; do ajuste e soldado dos oficiais e gente da tripulação, seus direitos e obrigações, dos fretamentos; do contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo; dos seguros marítimos; do naufrágio e salvados; das arribadas forçadas; do dano causado por abalroação; do abandono; e das avarias.

A terceira parte — a das quebras, circunscreveu-se em oito títulos: da natureza e declaração das quebras e seus efeitos; da reunião de credores e da concordata; do contrato de união; dos administradores, da liquidação e dividendos; das diversas espécies de créditos e suas graduações; da reabilitação dos falidos; das moratórias; e das disposições gerais.

Ao todo, 913 artigos; e mais 30 artigos dos dois capítulos do título único — o da administração de justiça nos negócios e causas comerciais.

9 — Podia parecer, à primeira olhada, e muitos assim o entenderam, que o código se revestiu de rija armadura profissional, embebido do espírito corporativista de que se aviventou o direito comercial medievo. E' que ele, num de seus primeiros artigos, salienta que ninguém se reputaria comerciante a fim de gozar da proteção por ele liberalizada em favor do comércio, se, além de fazer da mercancia profissão habitual, não se houvesse matriculado em algum dos Tribunais do Comércio. Tinha-se, nesse enunciado, a denúncia da existência de tribunais especiais e específicos para o comércio, ou, melhor, para os comerciantes e, naturalmente, também para os que com êles se intromettessem. Ademais, exigia-se a matrícula, em algum desses tribunais, dos que se dedicassem habitualmente ao comércio para fazerem jus às prerrogativas da classe. Era o resíduo corporativista, desfeito com o correr dos dias, pois que a matrícula se tornou raridade, exigida apenas para a construção do eleitorado dos deputados que haviam de compor as juntas comerciais, vantagem que também quase de todo se esvaiu.

Seria o código, por êsse prisma, o código dos comerciantes, tanto mais que lhes impôs obrigações e disciplinou o exercício de sua profissão, embora em termos largos. Com êsse objetivo teria perdido logo a eficácia, que lhe adveio sobretudo de ter sido, ao mesmo tempo, e em maior escala, o código dos atos de comércio, disciplinador das relações desses atos, na sua imensa variedade, assim entre as pessoas, como entre as pessoas e as coisas, tanto no terrestre, quanto no marítimo.

10 — Se em alguns países da América do Sul os códigos de França e Espanha se adotaram como códigos nacionais, traduzidos ou implantados, o código brasileiro tem a fortuna de ter sido o primeiro código original da América. Não copiou servilmente a nenhum dos códigos europeus que o antecederam. Nem, mesmo, ao português. Algo aproveitou de uns e de outros, mas no seu contexto introduziu contingente considerável da prática mercantil brasileira, não obstante a primitividade de comércio não de há muito emancipado do monopólio metropolitano e de indústria que começava o seu surto. Sobrelevava, todavia, o influxo da doutrina sistematizada na obra fundamental de JOSÉ DA SILVA LISBOA, Visconde de Cairu, que contribuíra para formar-se tradição jurídica, não de muita antigüidade, mas de pureza científica.

Absteve-se o código, não obstante, de editar princípios gerais e formular definições. E' que, como orou o deputado JOAQUIM ANTÃO FERNANDES LEÃO, da Província de Minas Gerais, na

Câmara de que fazia parte, o seu projeto desprezou “a parte doutrinária, que existe no código português. FERREIRA BORGES declara que não existindo um código civil que definisse os direitos e as obrigações e o modo por que se extinguem, não podendo formar um código comercial senão como exceção das regras gerais da legislação civil, êle se via obrigado a estabelecer a doutrina geral para depois fazer as exceções dos direitos comerciais. As comissões encarregadas de organizar o código comercial tiveram então atenção a isto; examinaram só aquelas disposições que diziam respeito às obrigações e contratos comerciais e o modo por que se extinguem e dissolvem, e separaram do código tôda a outra parte do código de FERREIRA BORGES, que tinha apenas disposições genéricas; e também quando trataram da organização dos tribunais de comércio ou da ordem do juízo não copilaram o código português, por isso que êle estabelecera uma organização tão extensa, que seria difícil aplicar ao Brasil” (5).

Nem por isso enveredou o código brasileiro pelo casuísmo, que tanto influi sobre o ânimo de quantos legislam com os olhos voltados para os textos dos códigos de outros povos mais do que para as tradições, os costumes e as condições de vida e desenvolvimento do país em que exercitam a função quase divina de ditar leis.

11 — Recebido pelo comércio e pelo fôro com intenso júbilo, entrou o código a executar-se e a explicar-se nas cátedras através do ensinamento dos tratadistas e dos julgados dos países de mais adiantada cultura jurídica, como a França e a Itália. Não ensejou no Brasil o aparecimento de tratados sistemáticos, senão de comentários rápidos a seus artigos. E isso por dois motivos principais. E’ o primeiro que os Cursos Jurídicos de São Paulo e de Olinda, depois transferido para Recife, ainda não tinham logrado formar, desde que começaram a funcionar em 1828, o ambiente propício para os estudos de investigação e os trabalhos de doutrina, que só mais tarde se realizaram. E’ o segundo que as questões mercantis de grande tom raramente apareciam no debate forense. Surgiram desde logo as primeiras monografias sobre alguns de seus capítulos e os manuais práticos que serviram de guia para os primeiros passos de comerciantes e de leguleios.

Projetou-se o código, não obstante, prestigiosamente, na América do Sul; e muito influiu nos trabalhos de DALMÁCIO VELEZ SANSFIELD e EDUARDO ACEVEDO, quando elaboraram o código de comércio de 1857 para o Estado de Buenos Aires, adotado por lei de 10 de setembro de 1862 como código nacional da República Argentina.

(5) Anais da Câmara dos Deputados, vol. 2.º (Rio de Janeiro, 1845), pág. 22.

Valho-me, sr. Presidente, da presença de V. Excia. neste Congresso, para exprimir a grande e profunda admiração que consagro, de há muito, pelo seu eminentíssimo compatriota VELEZ SANSFIELD, cujo espírito de codificador não se sentiu diminuído, antes assaz elevado, em buscar em terras do Brasil as luzes do não menor espírito de TEIXEIRA DE FREITAS, cuja colaboração não se arreceou de invocar nos labores do código civil da República Argentina, preferindo-a à dos grandes civilistas franceses. Quando censurado por isso, asseverou que mais não fizera do que acolher-se à sombra do gênio do juriconsulto brasileiro, que lhe parecia o émulo de SAVIGNY (palmas.)

Bem se compreende, pois, que o código comercial brasileiro pudesse igualmente influir na construção do código comercial argentino, para o que invoco o testemunho insuspeito de LISANDRO SEGOVIA, cujas palavras peço licença a V. Excia., Sr. Presidente, para ler mal na harmoniosa língua em que V. Excia. se exprime:

“El Código de Com. Brasileiro fué sancionado en 1850, teniendo por fuentes principales los Códigos de Portugal, de Holanda y de España, y consta de 913 articulos, no contando 30 mas sobre administración de justicia mercantil. DESJARDENS dice que no carecía de mérito para su tiempo, pero que hoy aparece mui incompleto y no se encuentra ya a la altura de la ciencia contemporánea.

“Este Código ha suministrado la tercera parte del material del nuestro; puesto que se han inspirado en sus disposiciones mas de 300 de las que constituyen los dos primeros libros del Código argentino, igual número de prescripciones sobre el comercio marítimo y una cincuenta de artículos del libro sobre quiebras” (6).

Transpôs fronteiras, por sua vez o código argentino. Implantou-se na República Oriental do Uruguai e na Paraguai. Outras leis sul-americanas se inspiraram em seus preceitos, muitos dos quais oriundos do código brasileiro.

12 — Criação humana, padecem os códigos as agressões do tempo; e o brasileiro não se eximiu dêsse fadário.

Ainda não tinha um lustro de vigência quando a lei n. 1327, de 24 de setembro de 1864, a que deu regulamento o decr. n. 3432, de 26 de abril de 1865, lhe derogou o título XIII, da primeira parte, declarando civil a hipoteca e regida pela lei civil ainda que mercantil a dívida e comerciantes as partes. Foi o primeiro golpe que o molestou.

Mais leve entremostrou-se o segundo. Vibrou-o a lei n. 3 150, de 14 de setembro de 1866, que declarou voluntário o juízo arbitral, por

(6) LISANDRO SEGOVIA, *Explicacion y Critica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, ed. Lajouane, vol. I (Buenos Aires, 1892), pág. XVIII.

êle reputado necessário, nos termos do art. 20 de seu título único; mas êste mesmo título veio a golpear-se pelo decr. n. 2 662, de 9 de outubro de 1875, regulamentado pelo decr. n. 6385, de 30 de novembro de 1876, que suprimiram os tribunais de comércio, pondo termo à justiça de classe. Não podia ela subsistir diante do organismo judiciário instituído pela Constituição, a despeito da qual até então perdurava. Transferiram-se as atribuições administrativas daqueles tribunais extintos para as juntas e inspetorias comerciais; e a judicante para os juizes de direito. Desapareceu, assim, a utilidade prática da diferença entre a jurisdição civil e a comercial a fim de determinar-se a competência dos juizes, que se unificou.

Acabou-se, com isso, grande série de chicanas forenses, por via de exceções de incompetência de juízo, procrastinadoras dos feitos.

Derrogou-se em 1882 o capítulo segundo do título XV da primeira parte, em que se compendiarão os cinco artigos disciplinadores das companhias de comércio ou sociedades anônimas. O comércio, a êsse tempo mais desenvolvido, reclamava maior amplitude para a organização de sociedades, que facilitassem a entrada de capitais estrangeiros no país, carecedor de novas indústrias, sobretudo a do transporte ferroviário. Foi o de que se incumbiu a lei n. 3 150, de 4 de novembro de 1882, dando novo regime às sociedades anônimas e em comandita por ações, agora reguladas pelo decreto-lei n. 2627, de 26 de setembro de 1940.

13 — O propósito reformador da velha legislação imperial, que se impôs o governo republicano instituído em 1889, não foi de grande profundidade. Ainda estava por fazer o código civil, pois que, a despeito de decorridos sessenta e sete anos da data da independência política do Brasil, anacrônicamente nêle vigoravam as antiquíssimas Ordenações do Reino de Portugal. Não quis aquêlê governo, mercê de sua transitoriedade, tomar sôbre si a responsabilidade de obra de tanto vulto qual a da feitura de novo código civil. Também não cuidou de reformar o código do comércio, que estava a atingir seu cinquentenário. Pleiteou, no campo do direito civil, como no direito comercial, leis de maior premência, como a do casamento civil e a reformadora do instituto da falência.

Esta, vinda com o decr. n. 917, de 24 de outubro de 1890, antecedido pelo de n. 916, do mesmo dia, que instituiu o registro de firmas ou razões sociais, deu novo sentido, quanto ao seu característico, à falência. Com êsse diploma, que derogou a parte terceira do código, reduziu-se êste às duas primeiras — a do comércio em geral e a do comércio marítimo. Sofreu êle, portanto, golpe muito profundo.

Na exposição de motivos do ministro da Justiça de então, referiu CAMPOS SALES que, “na parte relativa às falências, de há muito a prática demonstrara defeitos e inconvenientes que, embara-

çando a marcha do processo desde a abertura da falência até final liquidação, o tornava sobremodo vexatório para o falido e ruinoso para os credores. As dúvidas sôbre o característico legal da cessação de pagamentos e insolvência, natureza comercial das dívidas, classificação dos créditos, separação do patrimônio individual e social, acresciam as queixas de fraudes nas concordatas, de óbices opostos pelo moroso processo criminal ao contrato de união, da insuficiência de fiscalização, falta de garantia na administração das massas e no julgamento dos falidos”.

A lei, atendendo ao apêlo governamental, encontrou na impon-tualidade de pagamento de dívida líquida e certa no dia do vencimento, comprovada pelo protesto do título, o elemento denunciador do estado de insolvência e, pois, da quebra. Abandonou, assim, o paradigma do código francês. A inovação, que causou moessa a jurisconsultos europeus, foi de imensa felicidade e tornou-se clássica no direito falimentar brasileiro, agora regido pelo decreto-lei n. 7 661, de 21 de junho de 1945.

Teve o decr. n. 917, de 24 de outubro de 1890, ao parecer de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, senões e defeitos imperdoáveis, “mas é certo que assentou alguns pontos de vacillante jurisprudência e trouxe um raio de luz à nossa legislação, abrindo novos horizontes ao estudo do direito comercial pátrio” (7).

Tanta foi a relevância de lei de falências de 1890, assim salientada pelo insigne comercialista, que ela permite dividir o direito comercial brasileiro em dois períodos: um até ao momento em que ela se promulgou e outro que se lhe seguiu e ainda se acha em marcha.

14 — Não menor foi o golpe desferido ao velho código pelo decr. n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, com definir a letra de câmbio e a nota promissória, regulando as operações cambiais, e derogar-lhe o título XVI, da primeira parte, sôbre as letras, notas promissórias e créditos mercantis. Abandonou-se, com o advento daquele diploma, a teoria cambial do código francês. Caminhou-se para a doutrina alemã, agora consagrada na lei uniforme de Genebra de 7 de junho de 1930.

Apresentou-se à Câmara dos Deputados, nos últimos dias de novembro de 1906, projeto mui sucinto de alterarem-se alguns artigos do código comercial, sôbre as letras. Enviado à Comissão de Constituição e Justiça, no ano seguinte, ali se elaborou interessantíssimo relatório, que concluiu com largo e sistemático substitutivo, redigido por JOÃO LUIZ ALVES, remodelando, por completo, o direito cambiário brasileiro. O substitutivo, a bem dizer, era revolucionário.

(7) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Das Falências e dos Meios Preventivos de sua Declaração*, ed. Tipografia Brasil, vol. I (São Paulo, 1899), pág. 11, n.º 8.

Confessou seu relator que, em questão de tal magnitude, não podia deixar de ouvir os competentes, entre os quais o magistrado e professor da Faculdade de Direito de Minas Gerais, J. A. SARAIVA, autor do mais profundo tratado — *Direito Cambial Brasileiro*, editado na *Revista Forense* (1906 e 1907), até então escrito no Brasil. Aceitando o irrecusável conceito, de que a letra de câmbio é instrumento de câmbio e, sobretudo, instrumento de crédito, tanto quanto de pagamento, o substitutivo caminhou da teoria da letra — contrato, para a cambial — obrigação derivada da declaração unilateral da vontade do subscritor, da doutrina alemã. O substitutivo baixou ao plenário e tornou-se vitorioso, em sua integridade, vindo a converter-se na lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, até agora em vigor, cujo contexto em muito pouco difere da lei uniforme internacional de Genebra.

Antecipou-se o Brasil na reforma do direito cambiário. Eis porque, signatário da Convenção de Genebra, não cuidou de elaborar nova lei regulando a letra de câmbio e a nota promissória. A sua lei cambial mais que quarentenária, condiz com o direito universal. Está em dia.

15 — A fim de executar-se o código do comércio baixaram-se dois regulamentos, de ns. 737 e 738, aos 25 de novembro de 1850. Determinou-se no primeiro a ordem do juízo no processo comercial. Deu-se ao país autêntico código de processo, dos mais perfeitos de quantos já se editaram, redigido com precisão, simplicidade e primor de linguagem. Se a algum diploma dessa natureza cabe qualificar-se de monumento legislativo, ajustou-se o epíteto ao regulamento n. 737, que foi o código processual brasileiro até 1930. Estabeleceu-se no segundo, o regulamento n. 738, regulamento para os Tribunais do Comércio e para o processo das quebras, que se exequiu até 1890.

Cederam os dois regulamentos lugar às leis que disciplinaram primeiro a falência e depois o processo, em 1929 pelos diversos códigos processuais daquela data ou mesmo anteriores; e, em 1939, pelo código de processo civil. Merecem, no entanto, elogio os homens admiráveis que os redigiram. Se o regul. n. 737, modelar no fundo e na forma, em que se imprimiu muito do que hoje se tem como modernidade em teoria geral do processo, teve a demão do BARÃO DE PENEDO, o regul. n. 738 ostentou o estilo de JOSÉ CLEMENTE PEREIRA.

Mercê das circunstâncias da época em que se preparou, não foi o código de comércio nítida e exclusivamente substantivo. Não pequena foi a matéria adjetiva que nêle se plasmou, principalmente na parte segunda — a do comércio marítimo. Igualmente, pôsto que em menor escala, aconteceu na parte terceira — a das quebras, completada pelo regul. n. 738, de 25 de novembro de 1850. Na parte pri-

meira também algo de processual se introduziu como a da secção VIII do capítulo terceiro do título XV, estatuinto a forma de liquidação das sociedades mercantis.

Amorteceram-se tais dispositivos com a entrada em vigor do código de processo civil e comercial, promulgado pelo decreto-lei n. 1608, de 18 de setembro de 1939. Apresentou-se êste em momento crucial da humanidade, em pleno esplendor dos regimens de força. Aumentar a autoridade do juiz, imprimir ao processo a concepção publicística, concentrar os atos processuais no que se chamou de oralidade do processo, andou em moda, e esta se introduziu no Brasil pelo código processual vigente, que dispôs sôbre a dissolução e liquidação das sociedades.

Se com isso se amofinou o título referente às sociedades mercantis, em compensação havia êle se acrescido por força do decr. n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que criou as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, a poderem constituir-se, além das sociedades referidas nos arts. 295, 311, 315 e 317 do código comercial. A *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, que os alemães haviam instituído em 1892, ingressou no direito sul-americano; e agora é tipo societário quase generalizado.

16 — Esvaíram-se quase todos os artigos do título III da primeira parte, no tocante aos agentes auxiliares do comércio. Corretores, leiloeiros, bem como feitores, guarda-livros e caixeiros houveram de submeter-se a novos preceitos incompatíveis com os ditados naquele título. Se a Bôlsa exigiu, com o seu intenso desenvolvimento, novo organismo; se aprouve à lei ministrar nova disciplina aos corretores, bem como aos leiloeiros, o capítulo dos feitores, guarda-livros e caixeiros encheu-se de significado social e extravasou-se.

O direito do trabalho não podia permanecer contido em dispositivos rápidos do código do comércio. Prmulgaram-se inúmeros decreto-leis a sistematizá-lo. A Constituição Federal confinou-o em termos amplos, ao prescrever que a legislação do trabalho e a de previdência social devem obedecer aos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: a) salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; b) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; c) salário do trabalho noturno superior ao diurno; d) participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; e) duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; f) repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acôrdo com

a tradição local; g) férias anuais remuneradas; h) higiene e segurança do trabalho; i) proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de dezoito anos; e de trabalho a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas pelo juiz competente; j) direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprêgo nem do salário; k) fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e indústria; l) estabilidade, na empresa ou na exploração rural e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; m) reconhecimento das convenções coletivas do trabalho; n) assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante; o) assistência aos desempregados; p) previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado em favor da doença, da velhice, da invalidez e da morte; q) obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. E' reconhecido o direito de greve, nos termos estabelecidos em lei.

Criou-se, ademais, a Justiça do Trabalho com competência para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregadores e empregados, e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por legislação especial.

17 — Está o código de 1850 centenário. Envelheceu. Não assim o direito comercial brasileiro. Este desenvolveu-se extraordinariamente. Condiz com o momento que passa. Leis extravagantes disciplinaram os institutos e as instituições de que o código não cogitou, nem podia prever. Cresceu o comércio. O país, que era eminentemente agrícola, tornou-se a maior potência industrial da América do Sul. As novas necessidades mercantis e industriais exigiram prescrições legislativas cóngruas; e estas vieram modificar e ampliar o velho código do comércio.

A despeito de tudo, êle ainda existe. Eis o seu maior e melhor elogio. Tem vida longa e respeitável mercê de sua vitalidade congênita. Isso é evidente. Ainda se discutem os seus dispositivos e se aplicam aos casos ocorrentes. Não raro se controverte a propósito de um ou de outro diante de tais ou quais preceitos de leis recentes. A lei posterior revoga, em verdade, a anterior, mas quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Ninguém nutre dúvida quanto a isso; mas também é certo que a lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não modifica a lei anterior. Nem a revoga.

18 — Momento houve em que se pensou que o código encontraria substituto. Contratado, de conformidade com o decr. n. 2 379,

de 4 de janeiro de 1911, apresentou HERCULANO MARCOS INGLEZ DE SOUZA ao govêrno, em 30 de abril de 1912, precedido de vivacíssima exposição de motivos, alentado projeto de código comercial. Dividia-se em seis livros, antecedidos de lei preliminar: primeiro, o das pessoas; segundo, o das coisas; terceiro, o das obrigações e contratos; quarto, o da indústria da navegação; quinto, o das falências; e sexto, o dos registros. Como a história costuma repetir-se, deu-se com INGLEZ DE SOUZA o que sucedeu com TEIXEIRA DE FREITAS. Este, incumbido de projetar o código civil, em meio do trabalho, chegou a convencer-se de que seria melhor desistir daquele código e unificar o direito privado, e seus empreendimento frustrou-se. Aquêlê, encarregado de projetar o código comercial, levou a obra a têrmo, mas entumescida da matéria civil, de modo a que se pudesse converter em código do direito privado. Para êsse efeito, autorizado pelo govêrno, ofereceu-lhe novo projeto — o de emendas destinadas a transmudar o código comercial em código do direito privado.

Estava, então a discutir-se, no Senado, o projeto do código civil. Diante da encruzilhada, o relator dêste, e era RUI BARBOSA, quis dar por encerrada sua tarefa. No receio de que se ficasse sem código civil e sem código comercial, a opinião pública propendeu pelo primeiro, que se promulgou pela lei n 3 071, de 1 de janeiro de 1916, e entrou em vigor no primeiro dia de 1917.

Êsse acontecimento tornou inviável a audaciosa tentativa de INGLEZ DE SOUZA. Pertence-lhe inequívocamente a glória de ter redigido o primeiro e integral projeto de código unificador do direito privado, que até então se formulou, sem similar em qualquer país do mundo, até que igual projeto, embora com diverso conteúdo, explicável pelo tempo entre um e outro decorrido, foi levado a efeito na Itália com o seu código civil de 1942.

19 — Está lançada a campanha por novo código para o comércio brasileiro. Esbôço de anteprojeto de código comercial, elaborado por incumbência do Ministério da Justiça e Negócios Interiores publicou-se em março de 1949, mas não teve a virtude de empolgar a opinião do mundo dos comerciantes e dos juristas. Não poucas circunstâncias para isso contribuíram. Em primeiro lugar, o esbôço não passa de consolidação de leis atuais e de dispositivos de projetos anteriores. Falta-lhe o sôpro renovador e construtivo. E' retardatário. Em segundo lugar o exemplo da Itália, fundindo no seu código civil de 1942, matéria civil e a matéria comercial, está a deslumbrar muitos espíritos. Sustenta-se, ademais, que passou a época das codificações. Assim como o século XIX geralmente se chama de "século das codificações", parece a jurista suiço que a época atual é a das leis particulares. Surgem, em todos os países, novas obras legislativas, regu-

lando cada qual domínio restrito das atividades humanas, mas modificando lentamente os regimes instaurados pelos códigos. Essa pleitora de textos legislativos exige do jurista especialização mais pronunciada, com o risco de fazê-lo perder de vista o edifício jurídico em seu conjunto. O teórico do direito não tem mais tempo de entrar na particularidade de disposições ditadas por considerações práticas e não doutrinárias; e o prático, por seu turno, não o encara senão pelo ângulo de sua aplicabilidade à vida cotidiana. Vive o direito, pois, conclui amargamente o jurista suíço, à margem do pensamento jurídico, de modo que *“le désordre est en passe de devenir habituel”*, e *“la législation extraordinaire — tend à devenir ordinaire”*, sobretudo porque a legislação nova está a construir-se sob princípios assaz diversos dos que estão na base dos nossos códigos: as vias do direito privado não são as suas, nem as do direito público (8).

Em verdade, ramo autônomo do direito privado, o direito comercial está a alargar suas linhas lindeiras, na interpenetração dos fatos jurídicos, ultrapassando os quadros do direito privado. Oportuna, nesse particular, é a observação de JEAN ESCARRA, segundo a qual depois que as atividades da produção e da distribuição se tornaram funções públicas, o direito comercial deixou-se penetrar pelo direito público e pelo direito administrativo. Não são apenas os regulamentos de polícia, que sempre existiram em matéria de comércio ou das instituições jurisdicionais e representativas (tribunais de comércio, câmaras de comércio). Essa penetração se observa especialmente no estatuto das pessoas jurídicas de direito público que exercem as atividades comerciais. Há, quanto a isto, peculiaridades a ter em conta. Mesmo, porém, que o legislador afirme que as empresas nacionalizadas continuam a obedecer ao direito comercial, o exame dos fatos mostra que essa afirmativa é um tanto ousada e que, na realidade, essas pretensas empresas comerciais são instituições de tipo novo, não tendo senão poucas relações com as sociedades correspondentes do setor livre. De resto, a influência da economia dirigida sobre a organização do comércio multiplica as situações nas quais se vê o direito comercial suplantado pelo direito administrativo, regulamentando o comércio exterior, tabelando preços, exigindo licenças prévias para exportações e importações (9).

Em situação de tanta magnitude, parece que é mais aconselhável, antes de entreterem-se os juristas à obra codificadora, que o país reclama, que se fixem seguramente os rumos de empreendimento, e que se não esqueçam dos conceitos de GEORGES RIPERT, ao fazer-

(8) PIERRE PASCHOUD, *La législation agraire suisse et les principes fondamentaux du Droit*, ed. Held (Lousana, 1948), pág. 9.

(9) JEAN ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, ed. Sirey, vol. I (Paris, 1947), pág. 29, n.º 53.

lhes o processo. Foram os juristas que, depois de meio-século, enfraqueceram a noção do direito individual, sem terem consciência de que despojavam de seus direitos em prol do Estado político e todo poderoso. Uns porque desejassem classificar-se entre os homens de progresso. Outros imaginavam reencontrar doutrina tradicional asfixiada pelo liberalismo individual do século XIX. E não se esqueçam, sobretudo, como o jurista francês advertiu, que os homens de ciência têm, muitas vezes, tal candura, que esta não lhes consente aperceberem-se das conseqüências práticas que outros tirarão de suas doutrinas desinteressadas (10). (Palmas prolongadas).

(10) GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit*, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris, 1949), pág. 192, n.º 62.

O CENTENÁRIO DO CÓDIGO COMERCIAL DO BRASIL

Waldemar Ferreira

Professor Catedrático de Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo.

I

O projeto no seu percurso legislativo

1. — *A vocação codificadora do século XIX.* — 2. — *O Brasil e as Ordenações de Portugal.* — 3. — *A independência do Brasil e a sobrevivência das leis portuguesas.* — 4. — *A Constituição de 1824 e os códigos por ela prometidos.* — 5. — *A comissão nomeada pelo Governo para redigir o projeto de código comercial.* — 6. — *A exposição com que a comissão apresentou o projeto ao Governo.* — 7. — *A influência de José da Silva Lisboa e o convite para participar dos trabalhos da comissão.* — 8. — *O parecer das comissões reunidas da Câmara dos Deputados sobre o projeto.* — 9. — *A aceitação do projeto e os debates que a propósito se travaram confluindo pela constituição de comissão mista de senadores e deputados para o estudo do projeto.* — 10. — *A votação do projeto pela Câmara dos Deputados.* — 11. — *Os trâmites do projeto no Senado.* — 12. — *A aprovação das emendas do Senado pela Câmara dos Deputados.* — 13. — *A sanção e a promulgação.* — 14. — *O sentido nacional do código comercial.* — 15. — *O código como um dos mais notáveis da sua época e sua vigência centenária.*

1. Caracterizou-se o século passado pelo espírito jurídico que o animou. Afirmou êle, no judicioso reparo de GEORGES RIPERT,

a soberania da lei para governar os homens; e, em todos os países, códigos promulgaram-se a fim de ministrar a todos a regra a seguir⁽¹⁾. Não se enganou, por isso mesmo, o grande SAVIGNY, quando, ao opor-se ao apêlo de THIBAUT, deslumbrado pelo sucesso do código civil napoleônico, por que também na Alemanha se elaborasse obra idêntica, salientou a vocação do século para a legislação e a jurisprudência. Enérgica entremostrou-se a apóstrofe do romancista contra os códigos, que lhe pareceram falsos e arbitrários porque feitos com idéias sistemáticas e ignorância do desenvolvimento histórico do direito. Os códigos, de resto, êle o disse, impediriam que a ciência marchasse com o século, imobilizariam o espírito dos jurisconsultos, prendendo-os a suas fórmulas, e privariam o direito de aperfeiçoamento, vedando a livre interpretação de seus textos. Receou o jurista que o código civil francês, que, “a modo de gangrena”, se propagava em seu país, viesse a conspirar contra a unidade germânica, a despeito de seu caráter geral de superficialidade e de incerteza⁽²⁾.

Motivo foi êsse, de entre outros, por que a Alemanha se mostrou retardatária no codificar o seu direito privado, a despeito de que, antes mesmo de sua unificação política, se houvesse batalhado no sentido de codificá-lo, o que, a bem dizer, só veio a acontecer no fim do século. O código civil alemão de 18 de agosto de 1896 só se tornou vigente a partir de 1 de janeiro de 1900, há pouco mais de cinquenta anos.

É que, como prelecionou nesta Faculdade de Direito o Conselheiro RIBAS, não se compreende que o povo, que tenha leis completas, embora esparsas em grande número de atos, as refunda e codifique simplesmente “pelo amor da simetria formal”.

Os códigos não são, não podem ser obras artificiais, simples labores técnicos, que se preparem porque sejam de moda e nos países mais adiantados se encontrem. Desdenhou dêles a Inglaterra, onde em verdade inexistem, com os caracteres solenes de que se revestem, no pressuposto de sua imperecibilidade. Os códigos franceses dos primórdios do século passado serviram de paradigma para os que se viram os outros países na contingência de adotar ou elaborar, servindo-se da prata de casa. Orientaram-se todos mais ou menos pelo mesmo sistema arquitetônico; mas foram ditados pelas circunstâncias nacionais.

Nem todos os povos lograram isentar-se da fatalidade histórica que os impôs aquém e além-mar, para a mais viva eficiência das normas jurídicas. “Quando”, doutrinou o exímio professor pau-

(1) GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit*, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris, 1949, pág. 1, n.º 1).

(2) F. DE SAVIGNY, *De la vocation de nuestro siglo para legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de Adolfo G. Posada, ed. Atalaya (Buenos Aires, 1946, pág. 89).

lista já referido, “quando consta a legislação de numerosos atos, publicados em épocas remotas umas das outras, inspirados, por espíritos diversos e redigidos com diferentes estilos, atos que se revogam e se substituem uns aos outros por trechos; quando além de ser em si mesma deficiente, acha-se em contradição com o estado moral, político e econômico da sociedade atual; quando sob o impulso da lei do progresso o povo se tem completamente transformado, torna-se indispensável que a sua legislação também se transforme paralelamente, de modo que se ponha em harmonia com o estado do país; neste caso a codificação é não só vantajosa, como até indispensável” (3).

2 — Viveu o Brasil, desde seu descobrimento, sob a égide das velhas Ordenações de Portugal, como sua colônia e seu prolongamento territorial na América. Vigoravam em 1500 as Ordenações Afonsinas, pois que havia madrugado em Portugal a sua vocação codificadora. Constituíram elas, no seu tempo, obra monumental, autêntico código, o primeiro publicado na Europa a assinalar época importante. Disse-o CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA. Nesse código se disciplinaram quase tôdas as matérias da administração do Estado, ao mesmo passo que se regeram as relações de ordem privada, pondo termo às antiqüíssimas leis feudais e consuetudinárias. Revogando a lei chamada — da avoenga, sublimou a do *Corpus Juris Civilis Romanorum*, equiparada à canônica, prevalecente nas matérias em que houvesse pecado (4).

Esse nobre código, encontrado por D. MANUEL, o Venturoso, ensejou ao grande monarca faina legislativa, que o depurou e aumentou, desejoso de ligar seu nome a novo monumento legislativo, que foram as Ordenações Manuelinas, de 1521, e em que procurou fortalecer o poder real.

Como as anteriores não foram duradouras as Ordenações Manuelinas. Extinta, em 1578, a Dinastia de Aviz, iniciou-se o reinado de D. FILIPE I, da Espanha, que se preocupou de promulgar novo código, de molde a mostrar sua amizade pelos portugueses. Mandou elaborá-lo o alvará de 5 de junho de 1595. O empreendimento, porém, somente se ultimou sob o reinado de D. FILIPE II, ao qual coube a fortuna de promulgar, em 1603, as Ordenações Filipinas, pelas quais se regeu, por mais de dois séculos, a nação portuguesa.

Eis os três códigos pelos quais também se regeu o Brasil, desde o descobrimento até a sua independência, em 1822.

3. Erigido em nação, não podia o Brasil, de um dia para

(3) ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4.ª ed., Jacinto Ribeiro dos Santos (Rio de Janeiro, 1915, pág. 195).

(4) CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino*, 14.ª ed. da Tipografia do Instituto Filomático (Rio de Janeiro, 1870, pág. XX).

outro, mudar de leis, que se não improvisam, e que fôsem consentâneas com as contingências de seu novo papel histórico e político. Eis porque a lei de 20 de outubro de 1823 mandou vigorar no Império as Ordenações, Leis e Decretos, promulgados pelos Reis de Portugal e pelos quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821, em que S. M. Fidelíssima, então Rei de Portugal e Algarves, se ausentou do país, e tôdas as que fôsem promulgadas daquela data em diante pelo Sr. D. PEDRO DE ALCANTARA como Regente do Brasil enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficando em inteiro vigor na parte em que não tivessem sido revogadas, para “por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”.

Acenava-se, mui precisamente, para um novo código. Qual seria? Dois, a êsse tempo, faziam a glória da França: o civil, de 1803; e o comercial, de 1807.

4. Aquela lei de 20 de outubro de 1823 fôra uma das decretadas pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, que se achava em funcionamento. No projeto de Constituição, que se lhe apresentou, redigido por ANTÔNIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA MACHADO E SILVA, JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA, ANTÔNIO LUÍS PEREIRA DA CUNHA, MANUEL FERREIRA DA CÂMARA DE BETENCOURT E SÁ, PEDRO DE ARAUJO LIMA, JOSÉ RICARDO DA COSTA AGUIAR DE ANDRADA e FRANCISCO MONIZ TAVARES, mais não se prescreveu, e foi no art. 199, depois de aludir ao processo civil e ao criminal, que “o código seria uniforme e o mesmo para todo o Império”.

Dissolvida a Assembléia Constituinte e ditada, aos 25 de março de 1824, a Constituição elaborada por JOÃO SEVERIANO MACIEL DA COSTA, LUÍS JOSÉ DE CARVALHO E MELO, CLEMENTE FERREIRA FRANÇA, MARIANO JOSÉ PEREIRA DA FONSECA, JOÃO GOMES DA SILVEIRA MENDONÇA, FRANCISCO VILELA BARBOSA, BARÃO DE SANTO AMARO, ANTÔNIO LUIZ PEREIRA DA CUNHA, MANUEL JACINTO NOGUEIRA DA GAMA e JOSÉ JOAQUIM CARNEIRO DE CAMPOS, focalizou o assunto. Dispôs ela, no art. 179, n.º XVIII, que se organizaria “quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”.

A menos que o texto constitucional antevisse código civil unificado, compreendendo ao mesmo contexto a matéria civil e a matéria comercial, hipótese que, ao tempo, sobre prematura, seria inadmissível, o preceito constitucional omitiu referência ao código do comércio.

Predominava o pensamento de JOSÉ DA SILVA LISBOA de que havia “grande e óbvio inconveniente de se englobar a legislação comercial no código civil”. Escudado nas reflexões do que considerava o “maior mestre da ciência do comércio”, PARDESSUS, expressas no seu *Cours de Droit Commercial*: “As leis civis”, doutrina o grande comercialista francês, “as leis civis não operam senão sobre o povo a quem são dadas: elas se ressentem necessariamente da influência de seus costumes, de sua organização política e de seu clima; mas as leis do comércio interessam o universo inteiro, no qual os comerciantes formam, por assim dizer, a mesma família. O espírito destas leis não se pode mudar com as demarcações territoriais; na sua providência hospitaleira, elas não devem oferecer maior garantia aos estrangeiros do que aos nacionais; e a experiência nos tem, mais de uma vez, ensinado que a sua injustiça, sendo punida nas mais horrorosas reações, excita o fogo da guerra de uma a outra extremidade da terra. A estabilidade das leis é o maior benefício que um soberano possa conceder a seus povos; o comércio sobretudo não pode prosperar no meio das oscilações perpétuas da legislação” (5).

Tinha o primeiro e o maior dos comercialistas do tempo, ainda não ultrapassado, o preconceito do sentido universal ou cósmico do direito mercantil, que se não poderia conter na rígida armadura de outro código que não fosse o do comércio.

No cumprimento do dispositivo constitucional, quando tais palavras se escreviam no discurso preliminar das — *Regras da Praça*, já se haviam ultimado os trabalhos do código criminal, promulgado aos 16 de dezembro de 1830.

5. A abertura dos portos do Brasil ao comércio direto estrangeiro, pela carta régia de 28 de janeiro de 1808, teve a virtude de desenvolvê-lo, de molde a criar necessidades que se não poderiam atender senão por via de dispositivos legais adequados. Instituída e instalada no Rio de Janeiro, pelo alvará de 23 de agosto de 1808, a Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, a praça do comércio agitou-se no sentido de preparar regulamentos a que todos se subordinassem, para o bem-estar geral. Houve aquêle tribunal por acertado cometer ao mais autorizado de seus membros, JOSÉ DA SILVA LISBOA, a incumbência de organizar projeto de código do comércio. Essa obra, dizia êle, “essa obra hercúlea muito excedia às minhas fôrças; além de requerer superior capacidade, exigia tempo, descanso, auxílio, prática de negócios, e vigor de idade”; e tudo isso, acrescentou, veio a faltar-lhe.

(5) JOSÉ DA SILVA LISBOA. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, 6.ª ed., por Cândido Mendes de Almeida, da Tipografia Acadêmica (Rio de Janeiro, 1874, vol. II, pág. 931).

Amorteceu-se o empreendimento; mas não se esmoreceu a campanha com o mesmo objetivo, no decorrer dos sucessos políticos que se desenrolaram.

Referem os anais parlamentares que, em sessão de 3 de setembro de 1831, teve leitura mensagem do comércio do Rio de Janeiro, representando ao Senado sobre a conveniência de criar-se tribunal especial para as causas mercantis. Enviada à Comissão de Constituição e Diplomacia, nela se emitiu parecer em 19 de maio de 1832, opinando por sua conveniência e constitucionalidade, à vista do disposto no art. 179, n.º XVII, da Constituição; mas sugerindo que, tendo sido nomeada comissão para aquêle fim, se aguardasse o resultado de seu trabalho.

Já havia, realmente, a Regência, em nome do Imperador, em março daquele mesmo ano de 1832, comissionado (6) um magistrado, ANTÔNIO PAULINO LIMPO DE ABREU, e quatro comerciantes, JOSÉ ANTÔNIO LISBOA, INÁCIO RATON, GUILHERME MIDOSI e HONÓRIO JOSÉ TEIXEIRA, a fim de elaborar o projeto do código comercial.

Veiu a comissão, assim constituída, a alterar-se. A recusa de HONÓRIO JOSÉ TEIXEIRA levou para ela LOURENÇO WESTIN, cônsul de Suécia, que a impregnou de dinamismo e eficiência. A investidura de ANTÔNIO PAULINO LIMPO DE ABREU, que viria a ser o Visconde de Abaeté, aos 3 de maio de 1832, na presidência da Câmara dos Deputados, ensejou a nomeação de JOSÉ CLEMENTE PEREIRA para presidí-la e redigir o vencido. A alta competência dêste cidadão eminentíssimo, nascido em Portugal, bacharel formado em cânones e em leis pela Universidade de Coimbra nos últimos dias de 1809, dispensado dos atos pela ordem régia de 11 de outubro daquele ano, que assim beneficiou e laureou os estudantes que formaram o corpo militar acadêmico que se formou sob o comando de general N. Trant para combater a segunda invasão francesa, e que levou à frente três professores universitários, um dos quais foi JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SIL-

(6) A cada qual dos comissionados dirigiu o Ministro da Justiça a seguinte carta: “Sendo desgraçadamente a todos notória a decadência e míngua em que se acha de presente o comércio brasileiro, e a que além de outras causas, tem muito principalmente dado origem a falta de um código próprio, que regulando as transações comerciais, assegure aos cidadãos os seus cabedais, fulminando rigorosamente penas aos falidos e devedores de má fé, e contra muitos dolos e crimes, que no comércio podem cometer-se; a Regência: Querendo vivificar êste tão importante ramo da riqueza do Brasil, e promover por meio dêste saudável recurso o seu bem estar, e felicidade:

Há por bem, em nome do Imperador, que uma comissão de pessoas probas e inteligentes em tal matéria, à vista do que se acha dispostos nos códigos, leis e decretos especiais das nações clássicas neste ponderoso objeto, seja encarregada de organizar o projeto de um Código Mercantil, que possa ser convenientemente observado neste Império; e

Dignando-se a mesma Regência nomear a Vm. para fazer parte da dita comissão, espera do seu patriotismo e honra que se não escuse de contribuir com o contingente de suas luzes para um trabalho de tão reconhecida vantagem e utilidade.

Paço, em 14 de março de 1832. (a) JOSÉ LINO COUTINHO”.

VA, de filosofia; a vivacíssima inteligência de JOSÉ CLEMENTE PEREIRA asseguraria o sucesso do empreendimento.

Trabalhou com afinco a comissão. Ultimou ela o seu trabalho aos 9 de agosto de 1834, data em que apresentou ao govêrno o projeto, que havia elaborado, contendo 1.299 artigos, compreendidos em três partes, atinentes a primeira às pessoas do comércio, aos contratos e às obrigações; a segunda ao comércio marítimo e a terceira às quebras. Acresceu-se-lhe título complementar, desdobrado em 91 artigos sôbre a administração da justiça nas causas comerciais.

6. Na exposição, com que apresentou a comissão o projeto ao govêrno, ela salientou as diretrizes por que se orientou:

“Duas idéias capitais ocorreram à comissão ao encetar os seus trabalhos:

“1.º, que um código de comércio deve ser redigido sôbre os princípios adotados por tôdas as nações comerciantes, em harmonia com os usos ou estilos mercantis, que reúnem debaixo de uma só bandeira os povos do novo e do velho mundo;

“2.º, que um código de comércio deve ser ao mesmo tempo acomodado às circunstâncias especiais do povo para quem é feito.

“Fácil foi à comissão desempenhar a primeira parte dos seus deveres: para isso consultou os códigos mais conhecidos, especialmente o da França, o da Espanha e o de Portugal, assim como os escritores de direito comercial mais notáveis; aproveitou de todos o que julgou mais conveniente, e está inteiramente convencida de que não se desviou do que tem sido geralmente admitido pelos melhores códigos de comércio. Mas, ao entrar no desempenho da segunda parte, desanimou; e houvera dado de-mão à empresa se a necessidade de obedecer não lhe vedara.

“Com generosa, liberal e benfazeja mão abriu o govêrno as portas do comércio do Brasil, que uma política mesquinha conservava fechadas; mas não era bastante impelir a nação ao grande movimento que devia marcar a época do seu engrandecimento futuro: era ao mesmo tempo necessário pôr ao alcance de todos os comerciantes os princípios fundamentais da profissão que se queria fazer florescer e portanto estabelecer leis protetoras da boa fé e coercitivas da fraude e da imoralidade.

“Semelhante falta produziu os funestos resultados de que infelizmente temos sido testemunhas.

“Estas considerações fizeram crer à comissão que, atenta a posição excepcional do país e a falta de conhecimentos teóricos e práticos da ciência comercial, convinha introduzir no código disposições preventivas, que guiassem o comerciante em todos os atos de sua vida comercial.

“Na coordenação das matérias seguiu a comissão, no essencial, a todos os códigos que teve presentes.

“Dividiu o código em três partes:

“1.º, das pessoas do comércio; dos contratos e obrigações mercantis;

“2.º, do comércio marítimo;

“3.º, das quebras.

“Na falta de código do processo comercial, que por escassez de tempo não lhe foi possível organizar, oferece a comissão uma — *Disposição provisória*, sôbre a administração da justiça comercial para servir de base ao regulamento do poder executivo, que tornará exequível a lei comercial, enquanto não fôr adotado o código do processo.

“Na redação da primeira parte, aos artigos que se encontram em quase todos os códigos, não pôde dispensar-se a comissão de acrescentar alguns que aumentam a severidade das exigências relativas à exação da escrituração mercantil. Não era possível ser indulgente nesta parte, sendo certo que da falta de escrituração têm vindo ao comércio, em tôda a parte, e entre nós principalmente, os maiores danos.

“A falta de exação no cumprimento de obrigações verbais tem-se tornado notoriamente prejudicial ao comércio, que não pode ser pontual nos pagamentos quando se lhe dificultam os meios de receber. Este mal foi providenciado com remédios preventivos que cortam os abusos pela raiz.

“A falta de publicidade dos contratos e outros atos mercantis tem sido a fonte de inumeráveis fraudes, que têm ocasionado a ruína dos credores de boa fé: para evitar isso fica criado o registro público do comércio.

“O comércio não pode independer de corretores: nunca os houve no Brasil, porque alguns homens que se têm alcunhado dêsse nome jamais tiveram fé pública, nem responsabilidade, requisitos sem os quais não pode haver corretores. Estes agentes auxiliares do comércio receberam uma regulamentação, na qual, a par da designação de seus deveres, se estabelecem as penas de suas omissões e prevaricações, acompanhadas da garantia de uma fiança.

“Nenhuma legislação existia que regulasse com segurança e certeza os direitos e obrigações dos prepostos, guarda-livros, caixeiros, condutores de gêneros, tropeiros e de administradores de trapiches e armazéns de depósito: esta lacuna foi providenciada com disposições adequadas às circunstâncias especiais do país.

“Na redação dos contratos mercantis observou a comissão que os melhores códigos se limitavam a estabelecer as exceções relativas ao comércio, remetendo-se no mais às disposições gerais dos códigos civis. Nesta parte, firme a comissão no princípio de que convém dar aos nossos comerciantes normas diretoras de todos os atos mercantis; e atendendo a que as leis civis do Império são escassas

em matéria de contratos, ordenou títulos completos das diversas naturezas dos contratos admissíveis em comércio, nos quais pensa ter substanciado as regras que podem ter aplicação nas transações mercantis.

“A matéria de sociedade foi extensamente tratada, de acôrdo com a ciência moderna e com o desenvolvimento do comércio.

“Sobretudo a matéria das letras, êsse meio circulante poderoso, que transporta os fundos comerciais a tôdas as partes do mundo, geralmente mal entendida, mereceu, e nem podia deixar de merecer particular atenção da comissão, a qual, coligindo em sistema tudo quanto achou escrito, aditado do que julgou conveniente, espera que questões desta ordem, quando se apresentarem, serão decididas com a precisão e justiça que o direito cambial prescreve e a boa fé mercantil exige.

“Um título sôbre prescrições, por sua natureza mais curtas em comércio, fecha o trabalho da primeira parte do projeto do código.

“Na segunda parte do projeto achou-se a comissão ligada a deveres mais restritos. As bases do direito marítimo acham-se originariamente na legislação dos primeiros povos navegadores.

“Depois que LUÍS XIV a reduziu a sistema, a famosa Ordenança de 1681 tornou-se o código universal de todos os comerciantes. Nenhum redator dos códigos comerciais, depois dela publicados, ousou até hoje alterá-la: fôra, pois, um crime da comissão se ousasse tomar a iniciativa de fazer inovação em princípios que têm em si a essência da imutabilidade; copiou fielmente artigos que todos os códigos têm copiado daquela fonte tão rara: era êste o seu dever, e ela o cumpriu.

“A matéria de seguros marítimos e avarias fêz recuar mais de uma vez a comissão, que quanto mais aprofundava a discussão, mais desconfiava da sua obra. Aumentava os embaraços da comissão o doloroso exemplo das companhias de seguro desta Côte, desgraçadamente sacrificadas pela inexperiência dos seguradores e pela fraude manifesta dos segurados, e até algumas vêzes por decisões arbitrais ou dos tribunais pouco conformes aos verdadeiros princípios da natureza do contrato. Felizmente achou a comissão no fôro inglês, nas compilações de MARSHALL e ALLAN PARK, a prática dos princípios exatos que procurava; e sôbre esta ilustração levantou os títulos de seguros e avarias, e confia que, se a obra não é perfeita, pelo menos contém regras precisas e claras que, se forem bem entendidas na execução, tornarão certa e incontroversa esta parte, a mais importante do direito marítimo, até hoje confusa e vacilante no Império.

“A parte terceira do projeto, dedicada às quebras, foi redigida segundo os princípios e disposições dos códigos mais acreditados,

com as modificações e alterações que a comissão entendeu exigidas pelas circunstâncias do país.

“O código comercial é inexequível sem o código do processo: a cada passo se refere a êste, e está concebido de forma que exige o juízo por jurados em muitos casos importantes. A comissão tinha já concebido o seu plano, mas por escassez de tempo não pôde ultimar êsse trabalho com a brevidade que dela se exige.

“Para suprir essa falta redigiu as bases sôbre que pretendia organizar o projeto do código do processo; e entende que, sendo estas desenvolvidas em regulamento do poder executivo, poderá o código do comércio ser exequível sem inconveniente, enquanto aquêle não fôr publicado.

“Tais são os princípios gerais sôbre que está baseado o projeto do código comercial.

“Se êle puder merecer a adoção da Assembléia Geral Legislativa, a comissão se dará por bem paga do árduo trabalho e longas vigílias que empregou na redação e organização da obra”.

7. Ressumbra das palavras justificativas do projeto a modéstia de seus autores. Não se ufanaram de inovadores. Esmeraram-se, por isso mesmo, em proclamar, com desusada lealdade, a ausência de originalidade de seu trabalho. Se, por um lado, tiveram diante dos olhos os três códigos comerciais até então promulgados — o da França, o da Espanha e o de Portugal, muito havia que recolher e dar forma tanto na doutrina, imperante no Brasil, quanto na prática do comércio brasileiro.

Na doutrina, duas edições já haviam saído do prelo dos *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, de JOSÉ DA SILVA LISBOA, que seria logo depois o Visconde de Cairú. Aquêles grande tratado, que foi o primeiro escrito em língua portugueza e um dos mais notáveis até então aparecidos no mundo pelo seu conjunto sistemático e, sobretudo, pelo vigor dos ensinamentos, constituía o breviário de quantos se propusessem estudar ou resolver qualquer dificuldade teórica ou prática da ciência e da arte do comércio. Não tomou parte o comercialista inigualável e inigualado na comissão elaboradora do projeto do código comercial, pelas contingências da vida política nacional.

“Depois”, êle o disse com indisfarçável amargura no discurso preliminar das REGRAS DA PRAÇA, “depois da declaração da Independência do Império, fui encarregado por ordem superior de escrever a HISTÓRIA DO BRASIL. Havendo apresentado a parte primeira, pedi permissão de pausa, para continuar no trabalho do Código, apresentando um plano à Secretária de Estado dos Negócios do Império; e pôsto fôsse deferida favoravelmente a minha súplica, recomendou-se-me contudo que não me esquecesse da ordenada principal crônica dos sucessos dignos de memória, ocorridos

de 26 de fevereiro de 1821 em diante, ao que satisfiz quanto pude, relatando o período decorrido desde aquela época até o dia 12 de outubro, da Aclamação do então Príncipe Regente do Brasil. Seja-me agora permitido dizer com o parlamentar de Inglaterra, GRANVILLE, no seu moderno opúsculo sobre — *O Fundo de Amortização*, em que se retratou a sua opinião, que quarenta anos antes havia sustentado com PITT: "*Envelheci sempre muitas coisas aprendendo*". Tendo por fim lido o novo código de comércio da Espanha e outras obras estrangeiras sobre as relações comerciais, resolvi-me a concluir, tal qual pude fazer, um esboço provisório de regimento do comércio, em desempenho da obrigação oficial".

E, como que fazendo o seu testamento científico aberto, desenvolveu, no opúsculo, que então se editou, as suas opiniões, que objetivavam, inequivocamente, os que estavam incumbidos de redigir o projeto do código comercial. O opúsculo foi o — das *Regras da Praça ou Bases de regulamentação comercial conforme aos novos códigos de comércio da França e Espanha e a legislação pátria com oportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas*.

Afastado, por injunções políticas (7) da incumbência, que seria a de seu maior agrado e de sua predileção, não quis, entretanto, silenciar; e eis porque tornou públicas as suas sugestões para o aprimoramento do projeto que se preparava.

Não se cuidou de legislar ao Deus dará, tanto mais que o comércio, embora contido, até 1808, nas malhas asfixiantes do sistema colonial, sobremodo se desenvolvera, adquirindo novos usos e costumes, adotando novas fórmulas contratuais; e tudo isso reclamava providências legislativas salutares. Os preceitos da velha legislação reinícola, que Portugal já havia proscrito com o advento do seu código de comércio de 1833, não mais se compadeciam com as necessidades brasileiras.

Teria o projeto satisfeito aos anseios dos comerciantes ?

(7) Diante dos reparos, que explodiram na imprensa, provocados pelo fato de não ter sido o Visconde de Cairú incluído na comissão do projeto do código do comércio, recebeu êle este officio:

"Ilmo. Sr.

"Há por bem significar a V. Excia. que, tendo sido criada uma comissão de homens probos e inteligentes para organizar um projeto de um Código Mercantil, de que tanto se precisa, deixou V. Excia. de ser convidado para ella, não por quebra da consideração devida à sua grande reputação literária, principalmente em semelhantes matérias, como o mundo sabe; mas, porque oprimido de suas habituais enfermidades, receasse a mesma Regência incomodar ainda V. Excia. com o acréscimo de novos trabalhos, além dos de sua ordinária obrigação.

"Hoje, porém, certa de que V. Excia., gozando de melhor saúde, e tendo mesmo preparado já alguns trabalhos sobre semelhante código, se não esquivará de concorrer com suas luzes para obra de tão geral utilidade, e da qual muito dependerá a prosperidade do Brasil, me ordena que convide a V. Excia. para que, unido à dita Comissão, a coadjuve como bem permitirem suas forças físicas, no referido serviço, de que se acha encarregada.

"Deus guarde a V. Excia.

"Paço, 11 de abril de 1832. (a) JOSÉ LINO COUTINHO".

Fiel aos seus compromissos políticos, não aceitou o Visconde de Cairú o convite, que em tais termos lhe foi endereçado, deixando de coparticipar dos trabalhos do projeto do código comercial.

8. Encaminhado à Câmara dos Deputados, ali recebeu parecer, em 9 de setembro de 1834, das Comissões reunidas de Comércio, Agricultura, Indústria e Artes, e de Justiça Criminal. Redigiu-o o Deputado FRANCISCO DE SOUSA MARTINS, do Piauí.

"Conquanto", disseram ellas, "conquanto não seja possível às Comissões pronunciar o seu juízo sobre o merecimento individual de cada um dos diferentes artigos do projeto, pois para isso fôra mister o trabalho de muitos meses, precedido do estudo de tôdas as matérias comerciais, que são muitas, variadas e importantes: todavia acham-se habilitadas em consequência do exame a que procederam, para poder informar a esta Augusta Câmara o seguinte:

"1.º Que o projeto do código comercial faz-se recomendável pela clareza, método e pureza de sua redação; qualidade esta essencial que se requer a tôda a legislação, e sem a qual ella se tornaria confusa, obscura e ininteligível;

"2.º Acha-se o mesmo projeto enriquecido de importante matéria, não se tendo omitido nêlle tudo quanto se encontra de maior utilidade nos códigos da França, Espanha e Portugal, e nos escriptores ingleses, na parte do direito marítimo; tendo se odicionado muitos artigos, e mesmo alguns títulos, que suposto fôsem dispensáveis e ociosos no código de outras nações adiantadas nos conhecimentos teóricos e práticos das operações comerciais, serão sem dúvida de muito proveito entre nós, já por conterem normas directas de conduta que devem seguir os nossos commerciantes, a maior parte dos quais se acha muito atrasada naqueles conhecimentos, já por falta de legislação civil clara e apropriada, em muitos casos nos mesmos títulos prevenidos.

"3.º Devendo os códigos comerciais de tôdas as nações serem uniformes nas suas disposições legislativas, o mais que fôr possível, pois que sendo o povo commercial um só em todo o mundo civilizado, não viverá em harmonia se não fôr governado pelos mesmos usos e costumes commerciaes, as Comissões confrontando diversas partes do projeto com os lugares paralelos de outros códigos commerciaes, verificaram que esta qualidade indispensável se acha exactamente desempenhada. E se algumas alterações oferece o projeto, ellas assentam sobre o conhecimento prático das circumstancias especiaes do país; e nisto não faz o projeto mais que imitar os outros códigos commerciaes, nos quais se encontram diversas modificações acomodadas às circumstancias das nações respectivas, ou introduzidas por usos inveterados, que convém conservar sempre que tem por si o voto da nação que os adotou e conserva sem inconveniente.

"4.º Cumprindo que o código commercial de qualquer nação esteja em perfeita harmonia com a sua legislação civil e criminal, observaram as Comissões que o projeto guardou escrupulosamente esta harmonia, fazendo applicação do código criminal sempre que

fôr preciso fazer imposição de penas, e corformando-se com a legislação civil em tudo quanto ela era admissível. E estão as Comissões convencidas de que apesar dêste projeto aparecer anteriormente ao código civil que o devera preceder, por ser êste a lei geral, e aquêle uma lei de exceção, está trabalhado por tal forma que o código civil poderá vir a concordar com o comércio em regular harmonia; e até não duvidam avançar as Comissões que aquêle poderá vir aproveitar dêste muitos títulos, com bem pequenas alterações e aditamentos; e tais são por exemplo os títulos sôbre contratos, prescrições, e preferências, e registros de hipotecas; sendo um dever das Comissões confessar que nesses títulos o projeto substanciou tudo quanto há de mais importante na matéria com exatidão e boa ordem, fazendo-se sobretudo notáveis os títulos sôbre prescrição e preferênciã, matérias até hoje mal providenciadas na legislação existente.

“5.º Padecia atualmente o comércio e o fôro grande necessidade de legislação previdente relativamente às sociedades e às transações cambiais. O projeto mostra ter conhecido esta necessidade pela amplitude com que tratou estas duas importantes matérias; e entendem as Comissões que esta lacuna tão prejudicial ao comércio, que a legislação oferecia, ficará perfeitamente suprida.

“6.º Conferiram as Comissões a parte do direito marítimo do projeto com outros códigos marítimos e ficaram satisfeitas de ver que o projeto não só respeitou artigos, que todos os códigos têm copiado uns dos outros com religioso escrúpulo, mas até empregou um cuidado especial em que a redação e o método tornasse mais inteligíveis matérias, que em todos os tempos se apresentaram obscuras e difíceis ainda mesmo aos homens de direito mais aplicados.

“Na parte que trata das quebras, acharam as Comissões um trabalho, na sua opinião, completo, não só pela adoção das regras estabelecidas, assaz previdentes e exatas, mas até pela simplicidade e propriedade do processo ou fórmulas; e ousam as Comissões esperar que se a lei fôr nesta parte religiosamente executada teremos de ver desaparecer com brevidade o escândalo irritante com que comerciantes fraudulentos diariamente se apresentavam falidos, e sempre impunemente, sem que todavia sofressem quebra nem mínima em seu tratamento pessoal, desfrutando em serena paz o dinheiro alheio, como prêmio de suas criminosas prevaricações.

“Fôra na verdade para desejar que um projeto de código do processo comercial, trabalhado com igual desvêlo e sucesso, tivesse acompanhado o projeto do código comercial; a obra, então, fôra completa. Na falta dêle, e como muito convenha que o código do comércio tenha quanto antes execução, as Comissões entendem que será conveniente adotar as bases propostas pela Comissão externa,

no título único da disposição provisória da administração da justiça comercial; porque nessas bases se contém regras suficientes para sôbre elas poder o govêrno organizar um bom regulamento, e com êste será o mesmo código exequível.

“É verdade que as referidas bases oferecem alterações notáveis nas fórmulas do processo atualmente em prática, propondo u'a marcha em tudo sumária, e o julgamento por jurados em muitos casos; mas tais alterações são há muito tempo reclamadas por todos aquêles que conhecem a gravidade dos males que resultam às partes de fórmulas que tornam as demandas eternas, e pelas que anelam ver um ensaio da instituição do júri nas causas comerciais. As causas comerciais são inquestionavelmente as mais próprias por sua natureza para o ensaio de uma reforma no processo civil, tanto em relação à simplificação dos têrmos e das fórmulas, como ao juízo para os jurados; e debaixo desta consideração até será conveniente a adoção da forma do processo comercial, que a Comissão externa propõe, porque se êle provar bem na prática, fácil será fazer-se dêle uma aplicação a tôdas as causas cíveis no todo ou em parte. Nem será grande perigo que resulte do ensaio, visto que o govêrno pode ocorrer imediatamente a qualquer embaraço, emendando o seu regulamento, segundo forem exigindo as ocorrências.

E já temos um exemplo na reforma que a disposição transitória fêz na administração da justiça civil, a qual estabelecendo um sêco esqueleto bem poucas bases, foi exequível por meio do regulamento do govêrno, e muitos melhoramentos têm daí recebido a administração da justiça.

“Uma lacuna importante encontraram as Comissões nas bases propostas para o processo; e vem a ser, que não sendo praticável a instituição de tribunais do comércio senão nas capitais das Províncias, e em algumas até talvez nem mesmo nas suas capitais, o código comercial será inexecutável naqueles lugares do Império que se acharem distantes do assento dos tribunais, na parte em que a sua execução é privativa dêstes. Mas esta falta pode bem ser suprida no regulamento do poder executivo, enquanto a Assembléa Geral não providenciar pela forma que fôr mais conveniente.

“À vista do exposto, sendo reconhecida a urgente necessidade que o comércio padece de um código comercial, entendem as Comissões que a Assembléa Geral prestará uma considerável proteção ao mesmo comércio, se se dignar adotar quanto antes o projeto de que se trata.

“E reconhecendo por uma parte que o mesmo projeto não apresenta inconvenientes, que possam fazer recear que a sua adoção, tal qual se acha, será inexecutável ou prejudicial na execução, sendo pelo contrário necessário confessar que êle é uma obra se não perfeita, pelo menos de muito merecimento; e sendo de tôda a evi-

dência por outra parte, que uma discussão sôbre cada um dos seus artigos é impraticável, não só porque levaria muitos anos, mas também porque daria ocasião talvez a emendas, que poderiam muito bem destruir a unidade de um sistema regular e pensado, o que o mesmo projeto oferece, entendem as Comissões que a discussão é inadmissível.

“Sôbre as considerações expeditas, as Comissões são de parecer que se adote sem discussão o projeto do código comercial, e o título único — da administração de justiça nas causas de comércio, que acompanha o mesmo projeto”.

9. Detiveram-se as comissões reunidas da Câmara dos Deputados diante da magnitude do problema legislativo que se lhes depa-rou. Havia, de um lado, a atender aos reclamos do comércio pela urgência do código, que aspirava; de outro, a superioridade do projeto preparado por comissão de comerciantes astutos e conhecedores de suas necessidades mais prementes, sob as vistas e a direção de juristas e homem de Estado de grande renome, como JOSÉ CLEMENTE PEREIRA, que não tardaria a emprestar a sua sabedoria e o seu senso prático na tarefa, que logo depois lhe caberia, de redigir o regulamento que viria a ser aprovado pelo decreto n.º 738, de 25 de novembro de 1850, e de que já dera testemunho na feitura do código criminal de 1830. Pareceu, nesse transe, às comissões reunidas que o mais acertado seria adotar logo o projeto (8). Não valeria a pena retardar a sanção imperial para que entrasse a executar-se. Devia aprovar-se o projeto sem que fôsse discutido, sobretudo porque, examinado artigo por artigo, isso “levaria muitos anos” e “daria ocasião talvez a emendas, que poderiam muito bem destruir a unidade de um sistema regular e pensado”.

Argumento dêste naipe surge sempre que às câmaras legislativas se apresentam grandes projetos de leis e de códigos. Há sempre o receio de que o debate e, especialmente, a interferência de muitos ainda não bem afeitos ao problema examinado, lhe quebrem

(8) O parecer concluiu propondo a seguinte resolução:

“A Assembléa Geral Legislativa resolve:

“Art. 1.º — Fica adotado o projeto do Código Comercial, e o título único — Da administração de Justiça nas causas do comércio, que acompanha o mesmo projeto.

“Art. 2.º — O Governo fica autorizado para organizar um regulamento adequado à boa e pronta execução do mencionado Código Comercial, e a fazer as despesas que forem necessárias a fim de que o mesmo Código possa ter quanto antes a execução, dando de tudo parte à Assembléa Geral Legislativa.

“Art. 3.º — O expediente de tudo quanto fôr relativo à execução do mesmo Código, e ao expediente dos Tribunais do Comércio, pertence à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça.

“Art. 4.º — Fica extinto o Tribunal da Junta do Comércio, conservando-se aos Deputados e empregados que no mesmo atualmente servem os seus respectivos ordenados, enquanto não obtiverem algum outro equivalente.

“Art. 5.º — Todos os livros, papéis e utensílios da sobredita Junta do Comércio, passarão para o Tribunal do Comércio do Rio de Janeiro.

“Paço da Câmara dos Deputados, 9 de setembro de 1834”.

a unidade, afeiando-lhe o estilo e, de certo modo, enfraquecendo o sistema por que se estruturou. Acontece tal algumas vêzes. Na generalidade dos casos, todavia, a colaboração é sempre bem vinda, pois que supre deficiências, decepta excessos e, não raro, aprimora o fraseado.

Indo ao plenário da Câmara dos Deputados em junho de 1835, provocou o parecer a reação natural de quantos se haviam já preparado para colaborar em projeto de tamanha relevância. Combataram-no inúmeros deputados, entre os quais, BERNARDO JOSÉ DA GAMA, o Visconde de Goiana, do Pará, e HONÓRIO HERMETO CARNEIRO LEÃO, de Minas Gerais, e que viria a ser o Marquês do Paraná. Tomaram êstes a dianteira nos debates. Qual estava concebido e redigido, afirmavam, o projeto não podia passar; antes, requeria emendas. Mais, ainda, reclamava melhor e mais atento exame no seu conjunto e nas suas particularidades. Devia discutir-se, como qualquer lei ordinária, em globo, senão mesmo artigo por artigo. O código deveria ser condigno da cultura jurídica do país. O parecer das comissões reunidas não podia vingar. Ao cabo de debates que se prolongaram por alguns dias, tornou-se vitoriosa proposta mercê da qual a Câmara dos Deputados designaria três de seus membros e convidaria o Senado a eleger outros três a fim de que, em comissão mista, de novo se examinasse o projeto, tomando em consideração as emendas, que se apresentassem, introduzindo-lhe ademais as convinháveis para que de tudo afinal conhecesse a Câmara dos Deputados, deliberando pelo melhor.

Cumprindo a proposta do Deputado FRANCISCO DE PAULA ARAUJO E ALMEIDA, da Bahia, a Câmara elegeu o VISCONDE DE GOIANA, do Pará; JOÃO JOSÉ MOURA MAGALHÃES, da Bahia; e o Padre MANUEL JOAQUIM DO AMARAL GURGEL, lente catedrático do Curso Jurídico de São Paulo.

Tão grande era o prestígio que haviam granjeado os membros da comissão elaboradora do projeto do código comercial, que, em sessão de 23 de junho de 1835, a Câmara aprovou proposta do Deputado Padre ANTÔNIO JOÃO DE LESSA, da Província do Rio de Janeiro, redigida em termos incisivos:

“Que os nomes dos redatores do projeto do código do comércio sejam levados à ata em testemunho de gratidão”.

Aos três Deputados juntaram-se os eleitos pelo Senado; MARIANO JOSÉ PEREIRA DA FONSECA, Marquês de Maricá, Senador pela Província do Rio de Janeiro; JOÃO ANTÔNIO RODRIGUES DE CARVALHO, pela do Ceará; e FRANCISCO DE PAULA SOUSA E MELO, pela de São Paulo.

Foi rápido o trabalho conjunto, qual se infere do sucinto parecer ministrado em 11 de outubro de 1835.

“As comissões”, e melhor é reproduzi-lo, “as comissões especiais nomeadas pelo Senado e pela Câmara dos Deputados para examinarem reunidas o código do comércio, julgam de seu dever dar conta dos seus trabalhos antes de encerrar-se a presente sessão legislativa. As comissões, reconhecendo a importância da tarefa que lhes foi confiada, e ambicionando acompanhar o conceito que nêles depositaram suas respectivas câmaras, não se poupara em empregar quanto estêve de sua parte para apresentarem quanto antes êste código, que as necessidades do comércio altamente reclamam. As comissões mistas de justiça civil, justiça criminal, de comércio, indústria e artes, encarregadas o ano passado pela Câmara dos Deputados de reverem o mencionado código, já haviam dito em seu parecer de 9 de setembro de 1834, que pensavam que, o código devia ser adotado por o acharem conforme com as doutrinas dos melhores códigos da Europa; as comissões especiais repetem o mesmo parecer, acrescentando que o código do comércio do Brasil nada tem a invejar à legislação da França, Inglaterra, de Portugal e da Espanha: êle apresenta em um todo sistemático o que há de melhor nesses códigos, segundo as opiniões dos escritores mais entendidos nestas matérias, e adaptadas às circunstâncias do Brasil.

“Emitindo êste seu juízo, não pretendem as comissões especiais inculcar que o código do comércio é uma obra perfeita. Muitas faltas, muitas imperfeições sem dúvida deviam escapar, que vistas mais perspicazes, e mais conhecedoras da matéria, seguramente teriam evitado: às comissões, porém, fica a satisfação de terem-se esmerado em cumprir seu dever, cooperando quanto estava em suas forças para oferecer-se ao Brasil um código do comércio, que firmando os direitos e obrigações dos comerciantes, lançando peias à fraude e ao dolo, desenvolvesse êste manancial de prosperidade pública.

“As comissões, pôsto que tenham terminado o seu trabalho, não podem ainda submetê-lo à discussão e aprovação do corpo legislativo, por não caber no curto espaço de tempo, que resta das sessões dêste ano, e apresentarem-se as cópias necessárias, o que farão logo que prontas estejam, reservando-se para emitir então o seu parecer acêrca do método que julgam preferível para a discussão do código, oferecendo o projeto de lei para sua aprovação.

“Entretanto pensam as comissões, que faltariam à justiça, se fazendo esta exposição não confessassem que os Srs. JOSÉ CLEMENTE PEREIRA e LOURENÇO WESTIN, membros da comissão nomeada pelo govêrno para a organização do código do comércio, os quais foram convidados para assistirem às conferências das comissões, prestaram-se de muito bom grado, muito concorreram com as suas luzes para o melhoramento desta obra, em que tinham não pequena parte”.

Não se incorporou ao parecer o trabalho da comissão de Senadores e Deputados. Dêle resultou substitutivo, com as inúmeras emendas apresentadas, muitas por LOURENÇO WESTIN, apondo erros, omissões ou inutilidades do projeto, de que fôra colaborador exímio.

10. Estagnado o projeto na Câmara dos Deputados; recomposta, em 1836 e em 1837, a comissão especial para seu estudo constituída, o problema entrou a debater-se nos círculos comerciais. De tôda a parte afluíram emendas, sugestões, substitutivos, que se encaminharam à Câmara dos Deputados. Chegou mesmo LOURENÇO WESTIN a formular novo projeto, refundindo o primitivo.

Aproveitando o abundante material que se foi aglutinando, a comissão de Senadores e Deputados, recomposta pelas contingências do tempo decorrido, prosseguiu no trabalho; e, não querendo “fiar só da sua inteligência o juízo que lhe competia emitir sôbre matérias tão transcendentés” julgou conveniente confiá-lo ao exame de três juristas — Drs. DIÓGO SOARES DA SILVA DE BIVAR, ANTÔNIO JOSÉ COELHO LOUZADA e CAETANO ALBERTO SOARES, os quais contribuíram com observações judiciosas, redigindo-se, de acôrdo com elas, novo projeto.

O parecer, oferecido à Câmara dos Deputados em 28 de agosto de 1843, assim concluiu :

“E como no entender das comissões reunidas o novo projeto, suposto não possa dizer-se obra perfeita, pode ser adotado sem grave inconveniente na prática, deixando-se à experiência do tempo as emendas de que possa carecer; atendendo-se à urgente necessidade que existe de estabelecer certas regras que regulem a decisão das questões comerciais, sujeitas até hoje ao livre arbítrio que a lei de 18 de agosto de 1769 deixou aos julgadores de recorrerem às leis econômicas, mercantis e marítimas das nações cristãs, iluminadas e polidas; considerando também que petições de comerciantes de diversas praças do Império têm sido apresentadas a ambas as Câmaras, pedindo medidas legislativas que ponham termo aos males que o comércio padece por falta de um código comercial; e observando finalmente que uma discussão por artigos fôra absolutamente impraticável:

“É a comissão de parecer, de acôrdo com a comissão da Câmara dos Srs. Senadores, que o novo projeto redigido pelas suas comissões se discuta em globo, aprovando-se ou rejeitando-se como parecer à sabedoria desta augusta Câmara”.

Não continha novidade a proposta, pois que assim se fizera quanto a outros projetos, entre os quais o do código criminal; e a mesa da Câmara no mesmo sentido se pronunciou, considerando :

“1.º, que o debate de cada um dos 947 artigos, de que êle

consta, teria de retardar por muito tempo a promulgação de uma lei, cuja falta se torna dia-a-dia mais sensível;

“2.º, que o projeto em questão, depois de revisto por várias comissões, não só das câmaras legislativas, como externas, acha-se já impresso e distribuído a cada um dos Srs. Deputados, que examinando-o, poderá ainda lembrar alguma correção que seja necessária;

“3.º, que em casos idênticos, e por diversas razões de utilidade pública, tem a Câmara resolvido dispensar algumas das disposições do regimento que regulam o andamento dos seus trabalhos” — e opinando por que o projeto tivesse uma só discussão, correspondente à terceira.

Largo debate suscitou o parecer da Mesa, manifestando-se uns em seu prol e contra outros, vindo a tornar-se vencedora proposta de que se sustasse a discussão, formulada pelo Deputado ANGELO MONIZ DA SILVA FERRAZ, da Bahia, e que veio a ser o Barão de Uruguaiana. Não se contentou êle com isso. Sugeriu mais que se remetesse o projeto à Praça do Comércio do Rio de Janeiro para que, no intervalo a decorrer até 1 de maio de 1844, a comissão fizesse subir a plenário suas observações e emendas, de molde “à Câmara mais ilustrada discutir a matéria”.

Instalada nova legislatura em 1845, reconstituída, por isso mesmo, a comissão especial do projeto do código comercial e dado por ela parecer para que se prosseguisse na discussão suspensa em 1843, reabriu-se ela, larga e brilhante vindo a encerrar-se em 17 de julho, quando se aprovou a redação da matéria vencida.

11. Enviado o projeto ao Senado, deu-lhe a câmara vitalícia singular relêvo pela quantidade e qualidade das emendas que, no decurso dos debates, se apresentaram, em número de 482, supressivas, aditivas ou substitutivas, abrangendo todo o contexto. Não deixou capítulo algum de exame meticoloso, o que denota o empenho, que os Senadores puseram no aprimoramento da obra, em que foram chamados a colaborar.

Entrando em plenário o projeto com o parecer elaborado pela comissão mista de Senadores e Deputados, que já havia sido apresentado à Câmara dos Deputados em sessão de 29 de agosto de 1843, o Senado, em sessão de 9 de setembro de 1845, deliberou que a discussão viesse a fazer-se no ano seguinte.

Assim aconteceu.

Travou-se a primeira discussão nos primeiros dias de maio de 1846. Nos três meses subseqüentes deu-se a segunda discussão, por títulos, aprovando-se, com as respectivas emendas, os dezoito títulos da parte primeira — a do Comércio em geral. Também por títulos se discutiu a segunda parte — a Do Comércio marítimo, aprovando-se as emendas que lhe condiziam, até ao título decimo-

terceiro. Suspensa a discussão, prosseguiu em 1848, ultimando-se a da segunda parte, e continuando a da terceira — a Das Quebras, seguida do título único — a Da Administração de Justiça nos Negócios e Causas Comerciais.

Nos embates políticos de 1848, três gabinetes se sucederam — o de 8 de março, presidido por JOSÉ CARLOS PEREIRA DE ALMEIDA TORRES, Visconde de Macaé; o de 31 de maio, presidido por FRANCISCO DE PAULA SOUSA E MELO; e o de 29 de setembro, presidido por PEDRO DE ARAUJO LIMA, Visconde de Olinda.

Ocupava a pasta da Justiça do gabinete de 31 de maio o Deputado ANTÔNIO MANUEL DE CAMPOS MELO, de São Paulo; e quando o projeto ia entrar em terceira discussão, solicitou êle ao Senado que a adiasse por quinze dias, de modo a coparticipar dela. Desfechou-se, por partes, nas sessões de agosto, vindo a aprovar-se na de 28 de setembro a redação final. No dia seguinte, com o novo gabinete assumiu o Deputado EUSÉBIO DE QUEIROZ COUTINHO MATOSO DA CÂMARA, da Província do Rio de Janeiro, o Ministério da Justiça.

E o projeto do código comercial, com as emendas do Senado, retornou à Câmara dos Deputados.

12. Dissolvida, a Câmara dos Deputados não funcionou em 1849.

Instalada a oitava legislatura de 1850, nela se entrou a examinar as emendas oriundas do Senado. Foram tantas que o Deputado do Pará, BERNARDO DE SOUSA FRANCO, que viria a ser o Barão de Sousa Franco, asseverou, da tribuna, que elas constituíam “todo o código”. Assinalou-se, nessa frase, a importância das emendas senatoriais, mercê das quais o projeto como que se havia transfigurado. Desejou aquêle deputado, por isso mesmo, que a discussão se fizesse por partes, correspondendo cada uma a uma das quatro partes do projeto: mas essa proposta não mereceu o apoio do plenário.

Aceitou êste, em sessão de 6 de março, as emendas do Senado; e, na de 22, aprovou a redação final do projeto, que chegou ao termo da elaboração parlamentar.

13. Aos 2 de maio subiu o projeto à sanção, levado à presença imperial, de conformidade com os dispositivos constitucionais, por deputação de sete membros da câmara eletiva, portadora da mensagem de estilo:

“A Assembléa Geral dirige ao Imperador o decreto incluso, que julga vantajoso e útil ao Império, e pede a Sua Majestade Imperial se digne dar a sua sanção”.

Consentiu o Imperador, dando-lhe sua sanção. Promulgou-se, pela lei n.º 556, de 25 de junho de 1850, o Código Comercial do

Império do Brasil, referendado por EUSÉBIO DE QUEIROZ COUTINHO MATOSO CÂMARA, Ministro da Justiça. Publicado em 1 de julho, entrou em vigor a 1 de janeiro de 1851.

14. Examinado no seu conjunto e pôsto em confronto com as demais leis brasileiras de seu tempo, o código comercial bem merece os entusiásticos adjetivos com que foi qualificado. Se a Câmara dos Deputados recebeu o projeto, em que se converteu, com certa perplexidade, perfeitamente compreensível no tempo em que sobre êle se manifestou; o Senado não se deixou dominar pelo mesmo sentimento, dedicando-lhe estudo percuciente e profundo.

Eis porque, no conceito de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, foi a lei “das mais debatidas e esmerilhadas do nosso corpo de legislação. Se tôdas passassem por igual prova seriam menos defeituosas. O nosso código, cumpre dizê-lo, pôsto em confronto com legislação similares, não tem de que enrubecer; e quaisquer que sejam os senões que o mareiem como obra humana, não são tais que facilmente se não possam remediar; por certo não afetarão os princípios essenciais da jurisprudência marítimo-comercial. Para nós tem êle ainda um grande mérito. Conquanto a jurisprudência comercial e marítima se possa chamar cosmopolita, e a tal ponto que o que se legislasse para um país poder-se-ia aplicar integralmente em qualquer outro, o código que elaboramos tem o característico de, acatando e admitindo os princípios gerais e uniformes dessa legislação peculiar, consagrar com êles as práticas e usos de há muito em voga em nossas praças, e que uma boa razão sancionava e reclamava a continuação. Há pois uma legislação firmada com o cunho brasileiro, revelando entre outros dotes, no espírito e na redação, o labor e colorido pátrios” (9).

Qualidade de monta é, dessarte, a que lhe atribuiu o consagrado jurista, e nunca denegada, antes acentuada poderosamente. O código comercial revestiu-se de sentido nitidamente brasileiro. Destinou-se a servir o comércio do Brasil e nas suas práticas e nos seus usos encontrou as fórmulas e delas deduziu os princípios gerais a que se submeteu para formar o contexto homogêneo que lhe asseguraria vigência secular.

15. Por tôdas as circunstâncias e efeitos da tradição histórica, muito haveria o código brasileiro de abeberar no português de 1833, redigido pelo grande jurisconsulto lusitano JOSÉ FERREIRA BORGES. Vivíamos sob a regência das velhas ordenações portuguesas e o comércio do Brasil, até 1807, sòmente se fazia por intermédio do de Portugal, mercê do monopólio de que se investiu a metrópole, dominando e dirigindo o da sua colônia da América.

(9) JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, 6.ª ed. da Tipografia Acadêmica (Rio de Janeiro, 1874, vol. I, Introdução de Cândido Mendes de Almeida, pág. DCXLVIII).

Não se fêz, todavia, a cópia vulgar. Bem o salientou o comerciante espanhol LORENZO BENITO, quando, referindo-se ao Brasil, escreveu que “esta República tiene desde 25 junio de 1850 un notable Código de Comercio, que aún que inspirado en el portugués, introdujo una porción de innovaciones, que le hacen muy apreciable por muchos conceptos” (10). No sentir de outro tratadista espanhol, FRANCISCO BLANCO CONSTANS, êle foi “muy notable por cierto para su época” (11).

Igualmente se manifestou DIDIMO DA VEIGA, quando observou que, “encarado em face dos códigos alemão, húngaro e italiano que constituem a expressão da atualidade da ciência do direito comercial, êle deve ser considerado atrasado; como representando um produto da ciência e prática comercial da época de sua promulgação, não pode deixar de ser reputado um excelente espécime de codificação” (12).

Não é possível, de feito, dizer do valimento de lei, de código especialmente, senão no tempo e no espaço. Não se legisla no vácuo, mas para determinar povos que vivem, labutam, sofrem e morrem em certos lugares do globo, em que a neve durante meses cobre os montes e as várzeas e as noites são mais longas do que os dias; em que o sol, glorioso e fecundo, os anima de vegetação permanente em primavera que dura o ano inteiro. A cada qual sua lei; pois que os costumes de uns assaz diferem dos de outros.

Com a sua sabedoria imensa o velho MONTESQUIEU observou que “les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c’est un très grands hasard si celles d’une nation peuvent convenir à une autre”. Êsse foi o princípio que não perderam de mente os que se encarregaram de escrever o código comercial do Brasil. Tiveram diante dos olhos, e nobremente o confessaram, os códigos até então promulgados, que não eram muitos. Entre êles, o de Portugal. Tendo o Brasil vivido, até então, e continuado a reger-se pelas velhas leis portuguesas, que de muito tinham cessado sua vigência na terra lusitana, demasia não seria, por certo, a influência que o código português pudesse exercer sobre o brasileiro. Mas isso não aconteceu senão no que o texto português possuía de universal, mercê do cosmopolitismo do comércio e do seu incontrastável particularismo. Nesse ponto, todos os códigos se parecem.

No mais, o código brasileiro sofreu as contingências locais e muitíssimo bem as traduziu e compendiou. É que, como bem obser-

(10) LORENZO BENITO, *Manual de Derecho Mercantil*, 3.ª ed. Victoriano Suárez (Madrid, 1924, vol. I, pág. 201, n.º 159).

(11) FRANCISCO BLANCO CONSTANS, *Estudios Elementales de Derecho Mercantil*, 3.ª ed. Reus (Madrid, 1910, vol. I, pág. 260).

(12) DIDIMO AGAPITO DA VEIGA, *Código Comercial Comentado*, ed. Laemmert & C. (Rio de Janeiro, 1898, pág. XVI, n.º XI).

vou PORTALIS, "on ne fait pas un code; il se fait avec le temps". Jamais conceito de tanta procedência se applicou com mais justeza do que no caso do código comercial brasileiro. Tanto que terminado pela comissão incumbida pelo govêrno de escrevê-lo, encaminhou-se à Câmara dos Deputados, que o aceitou qual se concebera. Transmitido ao Senado, depois de decorridos quase quinze anos, tais e tantas emendas lá se aprovaram, que o código ganhou outro aspecto. Precisamente, êle se fêz com o tempo.

Por isso mesmo, mercê de tremendo paradoxo, o tempo ainda não o consumiu. Está o velho código a atingir o seu centenário, que hoje se começa a comemorar nesta Faculdade de Direito de São Paulo. Nessa ancianidade está o seu melhor e maior elogio. Padeceu, como era natural, as agruras do tempo. Desdobrou-se em inúmeras leis que não o descarnaram, antes contribuíram por que sua vigência se prolongasse, atestando a rijeza do seu cerne, afundando-se as suas raízes no subsolo da consciência jurídica da nação, de que extraiu a linfa que o animou, conservando ainda verde a galharada que os anos não lograram secar.

O CÓDIGO COMERCIAL NO SÉCULO

Hernani Estrella

Professor Catedrático de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

I

CÓDIGOS CENTENARIOS

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 obviamente menores, outro tanto, certamente, se verificará. É 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 aqueles 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 respetos, *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 facínio 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 de sua 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

1) Livre du Centenaire.

deparava, para introduzirem na lei suas idéias particulares e fazem 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 somente para uso de uma geração, ou para satisfação intelectual duma escola.”

Em tôrno dêsse Código, desenvolveu-se a civilística francesa, que durante quase todo o século XIX, fêz a glória da 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 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.

Essa nação, ao se constituir em Estado politicamente soberano, sob a Casa de Savóia, unifica o direito provincial, tomando o Código francês por modelo. E, se não apenas a Europa, senão até o asiático Japão, quando, na sua nova fase civilizatória, preparando-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, nitidamente oriental.

4 — Essa generalizada e constante transplantação das leis gaulesas 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 adaptáveis, com ligeiras modificações, às peculiaridades dos vários países. A doutrina elaborada sob a inspiração dessas leis vinha a ser, afinal, a doutrina comum de quase tôda Europa.

De outra parte, a vida social e política dêsses mesmos países decorreu, a partir da primeira década do século anterior, até à irrupção da Guerra Mundial de 1914, sem alteração de monta. Foi aquele longo período de tranqüilidade, que STEFAN ZWEIG, com muita razão e gôsto literário, denominou “o mundo da segurança”.

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

5 — Como se vê, muitos foram os fatores 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 derogado, parece ter uma outra e bem diversa explicação. É que, a nosso respeito, nada há semelhante. Muito diversas foram as condições brasileiras, assim no tempo e 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 mo-fino comércio de então, que, tímidamente, começava a sair da fase colonial. Mas, não 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 modelo, o Código brasileiro revela-se algo melhor. Talvez por isso. Contrariamente 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 das mudanças 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 admiravelmente, 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 — É, realmente, de espantar que a vetusta lei mercantil haja vivido tanto, maximé nos últimos tempos, em que, a par dos contínuos prúridos reformistas, se vem votando soberano desprezo 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 lon-

2) Desta ordem é o reparo de HUGO SIMAS (Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro, n.º 26), quando observa ter o Código desconhecido a navegação a vapor, pôsto que já existente desde 1788.

geva 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.

II

O CÓDIGO E AS TENTATIVAS DE REFORMA

7 — Não estava, certamente, no pensamento dos elaboradores do Código que êste pudesse resistir tanto à ação corrosiva do tempo e às tentativas de reforma. E, se aquêlê lhe não causou maior dano, estas, ao revés, já por várias vêzes, quase o eclipsaram. E' interessante observar que as duas mais antigas e prestigiosas investidas não lograram êxito por u'a mesma razão. Ambos os reformadores não queriam apenas a reforma do Código. O escopo que tinham em vista era bem mais avantajado.

8 — TEIXEIRA DE FREITAS e INGLÊS DE SOUZA eram, como se sabe, partidários convictos da unificação do direito privado. A fidelidade a esta convicção, levou um a renunciar a glória de de ser o autor do Código Civil, de cujo projeto o incumbira o Govêrno Imperial, e outro a não ver convertido em lei o plano de Código Comercial, que chegou a redigir. Entretanto, essa identidade de opinião atuou de maneira diversa. TEIXEIRA DE FREITAS, ao meio da obra que lhe encomendou o Govêrno Monárquico, abandonou-a, por divergir do dono acêrca da execução que lhe queria dar e que que reputava superior ao plano inicial. Num gesto altamente revelador de sua probidade intelectual, o grande artífice assim expunha os motivos de sua divergência: "O Govêrno quer um projeto de Código civil para reger como subsídio ao complemento de um código do comércio; intenta conservar o código comercial existente com a revisão que lhe destina; e hoje as minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um código do comércio. O Govêrno só pretende de mim a redação de um projeto de código civil, e eu não posso dar êsse código, ainda mesmo compreendendo o que se chama direito comercial, sem começar por um código que domine a legislação inteira" (3).

INGLÊS DE SOUZA, ao revés, chegou a elaborar o projeto de Código Comercial e, talvez no correr dêste trabalho, é que se lhe afigurou oportuno realizar a aspirada unificação do direito privado.

3) WALDEMAR FERREIRA — Inst. de Direito Comercial, vol. I, 1.ª ed. pg. 70.

Neste sentido, obteve autorização, pelo decreto n. 2.379, de 9 de janeiro de 1911, para transformar aquêlê projeto em projeto de código de direito privado. Mas, desde janeiro de 1899, estava confiada a CLÓVIS BEVILÁQUA, pelo ministro da justiça de então, EPITÁCIO PESSÔA, a tarefa de organizar o projeto de Código Civil, que haveria de ser, como foi, convertido em lei. Já tramitava no Congresso o projeto CLÓVIS, para ali enviado pelo Executivo em novembro de 1900, quando, cêrca de quase doze anos após, INGLÊS DE SOUZA apresentava o projeto de Código Comercial, acompanhado do plano preliminar, que o converteria em Código de direito privado. Esta idéia, ainda que fortalecida pelo precedente de TEIXEIRA DE FREITAS parecer da secção de justiça do Conselho de Estado do Império, pelo pronunciamento favorável de juristas eminentes e contasse, ademais disso, com as simpatias do ministro RIVADÁVIA CORRÊA, trazia em si o germe que haveria de miná-la.

A par da ousadia do empreendimento, outro problema veio êsse plano a suscitar. E' que, estando o Parlamento a examinar o projeto de Código Civil da autoria de BEVILÁQUA, a apreciação do de INGLÊS DE SOUZA punha uma questão de ordem, consistente em decidir-se, preliminarmente, se convinha prosseguir na discussão paralela dos dois projetos ou fundi-los num só, que compreenderia todo o direito privado, como preconizava INGLÊS DE SOUZA. A questão havia assumido grande relevância porque RUI BARBOSA, que estava a ultimar a revisão do projeto CLÓVIS, renunciou, em outubro de 1911, essa incumbência, por julgá-la incompatível com a atitude do Govêrno, que mantinha o convite feito a INGLÊS DE SOUZA para elaborar um Código de direito privado. Na carta endereçada ao Senado, RUI farpeava irônicamente o ministro RIVADÁVIA CORRÊA, ao dizer que o Govêrno tinha como decidida e assentada a tese da unificação, quando, a respeito dela, os competentes ainda não tinham chegado a entendimento.

Em face dessa crítica, o Senado limitou-se a estudar o projeto de Código Comercial, sem considerar as emendas tendentes a convertê-lo em Código de direito privado. Foi, porém, a questão posta a exame preliminar da Câmara dos Deputados, ensejando o erudito e notável parecer, que, a propósito, redigiu JOÃO MANGABEIRA, então relator geral da comissão especial, e que, subordinado ao título "Unidade ou Pluraridade do Direito Privado" (4), é a mais bela lição que já se deu sôbre tal assunto.

Se, no regime monárquico, a divergência entre TEIXEIRA DE FREITAS e o Govêrno impediu a absorção do Código de 1850, por um outro que dominasse "a legislação inteira", na República, os acon-

4) Arquivo Judiciário, vol. 49, supl. pg. 13.

tecimentos políticos, que culminaram na revolução de 1930 e conseqüente dissolução do Congresso, salvaram o velho Código da derrogação que já o ameaçava.

9 — Instituído o segundo governo provisório da República, com a vitória do movimento revolucionário de 1930, atribuiu-se êle a plenitude dos poderes de Estado. Entrou logo a legislar torrencialmente, na ânsia de afeiçoar as leis “obsoletas” ao espírito novo da revolução... E, assim, ao mesmo passo que editava, continuamente, leis e decretos sobre as mais diversas matérias, não raro sem medida nem técnica, criou comissões legislativas, que haveriam de estudar as leis em vigor e propor as reformas condizentes com o espírito revolucionário. Entre essas comissões, uma havia, integrada por WALDEMAR FERREIRA, TARGINO RIBEIRO e RAUL FERNANDES, que teria a seu cargo o Código Comercial.

Essa comissão não chegou a iniciar, sequer, seus trabalhos, por desfalcada logo de dois de seus membros, WALDEMAR FERREIRA e RAUL FERNANDES, dela exonerados. O primeiro foi a isso levado pela invencível incompatibilidade que se criou para o seu espírito de paulista de escol, ante o comportamento enxovalhador para o grande Estado bandeirante, que vinha tendo o ditador (5); o segundo, talvez, se tivesse apercebido da inutilidade de um esforço sério no campo jurídico para um Governo que tanto menosprezava o direito.

Refez-se, posteriormente, a comissão, mas, por defeito do próprio ato que a criou, seus novos membros viram nêle a delimitação da matéria sujeita ao seu exame, que ficava reduzida à classificação dos materiais que comporiam o anteprojeto e conseqüente distribuição (6).

Sucedidos de pausas mais ou menos prolongadas, para ao depois reencetarem-se, os trabalhos dessa comissão culminaram com a apresentação do simples esquema do anteprojeto.

Mais uma vez, o Código monárquico sobrevivia à tentativa de sua derrogação.

10 — A nova fase de legalidade, que se inaugurou com a segunda Constituição republicana de 1934, foi assaz curta para que se retomassem os estudos legislativos com êsse propósito. Mas, volvendo-se ao regime de poder unipessoal, mercê do golpe de Estado de 1937, reabriu-se o ensêjo para a outorga de novos códigos e de leis de variado estilo. Fácil era, então, por só dependente da vontade do governante, não apenas derogar a vetusta lei do comércio, senão fundir grande parte de seus institutos num único

5) WALDEMAR FERREIRA — *Trat. de Direito Mercantil Brasileiro*, 1.^a ed. vol. I, pg. 218.

6) WALDEMAR FERREIRA — *Obr. cit.* pg. 222.

diploma. Neste sentido, chegou-se a produzir anteprojeto, digno de encômios, no qual se condensaria tôda a matéria obrigacional, a partir de então tornada comum, tanto para o civil, como para o comercial. Seguir-se-ia, destarte, o precedente suiço de um Código único para as obrigações.

Um dos eminentes juristas, que teve atuação de relêvo na feitura dêsse anteprojeto, tão convicto estava da excelência e oportunidade da unificação do direito obrigacional, que, em notável conferência, realizada no Instituto dos Advogados de São Paulo, fêz veemente crítica ao anacronismo do Código Comercial, profetizando seu imediato e irremissível desaparecimento.

Quero aludir ao ministro PHILADELPHO AZEVEDO (7), cujo talento e cultura tanto admiro, do qual, porém, humildemente divirjo, porque, no meu modesto sentir, aquilo que se lhe apresentava no Código do Comércio como desvio dos princípios, talvez seja a diversa razão, que informa a norma, em vista das peculiares conveniências da vida mercantil.

Pôsto que o anteprojeto, de início e pela maior urgência reclamada pelo problema obrigacional, sômente dêste se ocupasse, todavia, em trabalhos posteriores e já previstos, a reforma alcançaria núcleo maior, até à quase completa absorção do direito comercial, que ficaria reduzido a uns poucos preceitos, reguladores da atividade profissional do comerciante (8).

Embora decorridos os quatro meses, que foram concedidos após sua publicação para receber sugestões, dito anteprojeto não chegou a converter-se em lei. Sobreveio, por fim, a nova ordem constitucional, com a promulgação da nova Carta política e o venerando Código de 1850, inobstante emendado, ou melhor, amputado em mais de um de seus membros, continua a subsistir. E, agora, ainda recentemente, escapa ileso à agressão premeditada, pelo então ministro ADROALDO COSTA, que tinha a intenção preconcebida de o abater, promulgando o novo Código, no dia preciso em que festejaria o seu Centenário (9).

Os fados políticos salvaram-no, mais uma vez, da faina reformista, que há tanto tempo o persegue...

É deveras surpreendente a vitalidade dessa lei, já agora centenária, num país onde a ordem jurídica tem sofrido tão rudes golpes!

7) *Revista de Direito*, vol. 146, pg. 423.

8) *Revista Forense*, vol. 85, pg. 567.

9) Como se sabe, desde 1948, vinha o ministro vivamente empenhado em que a comissão elaboradora do anteprojeto do novo Código Comercial concluísse seu trabalho, para o qual foram pedidas sugestões aos especialistas, às Escolas de Direito, Tribunais, Institutos de Advogados, Associações Comerciais e de classes. Com infatigável labor, o antigo professor desta Faculdade, desembargador FLORENCIO DE ABREU, redigiu o “Esbôço”, que foi publicado em março de 1949. Já então não seria possível, como é óbvio, ter o novo Código em 25 de junho de 1950.

III

O SEGRÊDO DA VITALIDADE DO CÓDIGO

11 — Em páginas anteriores, foram referidas as diversas tentativas de substituição do vetusto Código de 1850, ora pela sua absorção por um Código único de direito privado, ora por um novo Código do Comércio. Quando já parecem contados seus dias, o velho monumento, como que recobrando ânimo novo, exsurge hirto e sobranceiro. Qual será o segredo dessa longevidade? O temor de profanar coisa sagrada, não pode ser, eis que é ele obra do homem, que ao homem cabe alterar e até suprimir. O respeito à tradição? Parece, também, pouco plausível, porque é sentimento, já hoje encarado com aleive e tachado, não raro, como índice de mediocridade, quando não chega a constituir delito contra a nova ordem de idéias, que se quer ver implantada. Depois, ainda que os juristas sejam, as mais das vezes, afeitos à tradição, esta lhes não oblitera o senso das realidades. Prova disso está na consciência, por todos sentida, de que é conveniente reformar-se o Código. Será, então, puro efeito do acaso? É para duvidar, pois a frequência com que se pôs mão à empreza e as diversas circunstâncias que a deixaram inacabada, parece estejam a excluir a hipótese de mera casualidade. Não será, talvez, por simples inércia? Não, esta versão é desmentida pelos fatos, que estão a revelar os esforços até aqui feitos para a renovação do velho estatuto dos comerciantes.

A razão principal por que ainda não se levou a cabo essa obra parece residir no alto senso de responsabilidade de que são dotados os nossos jurisperitos. É esta uma grande virtude, que os têm distinguido, desde os albores da nacionalidade. Já em 1827, o Imperador empenhava-se na elaboração dos Códigos, prometidos pela Carta de 1824 (10).

Na fala do trono, clamava o Monarca (11): “Não há Código, não há forma apropriada às luzes do tempo nos processos, as leis são contrárias umas às outras, os juizes vêm-se embaraçados nos julgamentos, as partes padecem.”

12 — Repetidas vezes insistiu o Príncipe em que o Parlamento lhe desse as ambicionadas leis. Este, porém, se não deixava tocar pela fala real, entretendo-se, então, e por sessões seguidas das Câmaras Legislativas, o debate entre a Coroa e os delegados do povo.

10) Como se sabe, a Constituição monárquica não cogitava de Código do Comércio, mas apenas de Código Civil, o que não impediu fôsse aquêle promulgado, enquanto este não chegou a editar-se.

11) INGLÊS DE SOUZA — Revista Brasileira, vol. 17, pg. 257.

A esquivança dêstes não se inspirava no propósito de hostilidade ao Monarca, como até certo ponto poderia parecer, naqueles agitados tempos. A razão era bem outra, assim referida por INGLÊS DE SOUZA, no relato que faz do episódio e de como teria reagido o Parlamento (12): “O voto de graças, redigido por Gonçalves Ledo, reconhecia que a formação do sistema judiciário estava estreitamente unida à estabilidade do sistema jurado; mas ponderava a comissão com lucidez e senso prático; a assuntos de tamanha importância devia dar a Câmara *mais sisuda meditação* e porventura uma *sábia lentidão*, para evitar a versatilidade, sempre funesta em tais casos, a que é devido êsse labirinto em que está hoje o edifício de nossas leis. E, enquanto não se concluía *tão grave tarefa*, a Câmara estava persuadida de que uma depurada escolha de funcionários públicos e escrupulosa obediência das leis atuais podia remediar em grande parte os abusos apontados pelo Imperante.”

Essa “*sisuda meditação* e porventura *sábia lentidão*” traduzia bem o alto senso de prudência e circunspeção, que julgavam necessários à obra fecunda do legislador esclarecido.

Êsse foi sempre, com raríssimas exceções, o critério que presidiu à elaboração de nossos Códigos. Assim, por ocasião do Comercial, cuja elaboração começou, oficialmente, em 1832 (13), para só promulgar-se em 1850. Outro tanto sucedeu com o Civil, cujo ensaio remonta ao esbôço de TEIXEIRA DE FREITAS, publicado em 1860, repete-se nos vários anteprojetos subseqüentes, até o derradeiro de CLÓVIS BEVILÁQUA, (14), que, após demorado estudo, vem a constituir, afinal, o Código sancionado em 1916.

13 — Na exposição de motivos com que o Presidente da República enviava ao Parlamento o projeto CLÓVIS, já revisto pela comissão de juriconsultos, EPITÁCIO PESSÔA, que a redigira, acentuava que a codificação das leis civis nos tinha consumido sessenta anos de trabalho (15).

Está aqui a demonstração eloqüente do salutar critério, que se traduzia na frase: “*sábia lentidão*”.

JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, advertindo sobre as cautelas que deveriam ferrar a revisão ou reforma do Código Comercial, cujos méritos exaltava, assim orou, na homenagem que lhe era prestada no Instituto dos Advogados de São Paulo, em regozijo pela feliz conclusão de seu Tratado de Direito Comercial Brasileiro (16): “As nossas leis sobre matéria comercial

12) Revista cit. pg. 257.

13) DJALMA FORJAZ — Origem do Código Comercial (Estado de São Paulo).

14) Código Civil Comentado, 2.ª ed. vol. I, pg. 13.

15) CLÓVIS — Obr. cit. pg. 32.

16) Revista dos Tribunais, vol. 72, pg. 320.

têm em seu favor a tradição e o ajustamento ao nosso meio. É um patrimônio de inestimável valor. O prof. Arcangeli, de Bolonha, aconselhando a prudência na revisão das leis de sua pátria, ponderava que um código medíocre melhora-se depois de alguns decênios, do mesmo modo que um modesto capital cresce com os anos pela acumulação dos juros. Se medíocres essas nossas leis, o que se não pode afirmar em absoluto, caberia o conceito do professor afamado. Deplorável seria desbaratar esse patrimônio numa revisão inconsciente, colocando-nos em situação inferior à atual.”

Dêsse espírito de prudência estava *embuído* o autor do recente Esboço de Anteprojeto de Código Comercial, quando lembra que, “em matéria de codificação, mais se consolida, propriamente, do que se inova”. (17).

IV

O CÓDIGO

PRECOCE E PERSISTENTE ASPIRAÇÃO DA CLASSE

14 — Entre as muitas e potentes objeções que alinhou contra a dualidade dos Códigos de direito privado, CÉSAR VIVANTE (18) irrogou ao Comercial a pecha de ser a lei particular de uma classe, aliás numericamente minoritária, mas que, a despeito disso, sempre fizera valer seus interesses, em detrimento da maioria dos cidadãos. Na feitura dessa lei — acentuava — o legislador dera audiência aos comerciantes, acolhendo-lhes as sugestões interesseiras, para, ao fim, dizer aos consumidores: “Eis o Código que deve valer também para vós”.

Via nisso o notável professor de Roma a quebra do princípio igualitário e impessoal, que a lei deve traduzir, como uma conquista democrática e consecutório lógico da homogeneidade da constituição social.

A essa objeção respondeu ALFREDO ROCCO (19): “Nada prova, por exemplo, contra a autonomia do direito comercial, a observação de que o Código comercial, embora hoje regule a atividade dos comerciantes e não comerciantes, é um código de classe, porque elaborado pelos comerciantes e cheio de disposições favo-

ráveis aos interesses dos comerciantes, em desfavor dos não comerciantes. Pelo contrário, se, até agora, na elaboração do código de comércio, têm exercido uma influência preponderante as representações dos interesses dos comerciantes, isso não significa, de maneira nenhuma, que esta excessiva preponderância seja devida à existência dum direito comercial autônomo; e, muito menos ainda, que ela não se teria feito sentir, se não existisse um código de comércio. Qualquer classe social que tenha interesses comuns a fazer valer, e meios suficientes para isso, exerce na formação das leis aquela influência que é determinada pela importância dos interesses em jogo e que é permitida pela força de pressão que ela pode exercer, quer sobre a opinião pública, quer sobre os poderes do Estado. Nada mais normal, ou melhor dizendo, nada mais inevitável do que isto, que é uma pura e simples consequência do jogo das forças sociais. Ora, se até hoje, a classe dos comerciantes tem exercido, em benefício próprio, uma influência preponderante na formação do nosso direito comercial, isso foi devido ao fato de aquela classe ser a melhor organizada, a mais forte, aquela que tinha interesse de maior relevo a fazer valer.”

Essas palavras dos dois renomados comercialistas foram para aqui transcritas intencionalmente; não pelo motivo que as ditou, mas sim pela idêntica constatação que ambos fazem do mesmo fato, no qual talvez se encontre a explicação de como foi tolerada, adquiriu força e teve, afinal, consagração legislativa a aspiração de um Código Comercial para o Brasil.

15 — Em verdade, não deixa de causar certa estranheza a precocidade com que surgiu, entre nós, a idéia de um Código Comercial e como, crescendo em energia, essa idéia se sobrepõe à promessa feita pela Carta Constitucional de 1824. É que, como se sabe, através da autorizada informação de JOSÉ DA SILVA LISBÔA (20), a Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação do Brasil e Domínios Ultramarinos, criada por D. JOÃO VI, em 23 de agosto de 1808 (21), logo que se instalou, em 1809, em decisão plenária, cometeu àquele juriconsulto, seu deputado e presidente, o encargo de elaborar um Código do Comércio. Essa resolução, pôsto que acertada, quanto à pessoa escolhida para executá-la, parece algum tanto singular por várias razões. A primeira delas é que, sendo então o Brasil simples domínio de Portugal, fôra estranho viesse a ter lei mercantil própria. Era, é certo, sede da Côrte portuguesa, para aqui imigrada, pela pressão dos exércitos napoleônicos, já a ocuparem a Metrópole. Mas, mesmo quando o am-

17) Arquivos do Ministério da Justiça, vol. 29, pg. 14.

18) Trattato di Diritto Commerciale, vo. I, § 1.º

19) Princípios de Direito Comercial, ed. bras. § 5.º

20) Princípios de Direito Mercantil, 6.ª ed. vol. II, pg. 932.

21) MAX FLEIUSS — História Administrativa do Brasil, 2.ª ed. pg. 98.

bicionado Código não tivesse colorido nativista e se tornasse estatuto comum do Império lusitano, ainda assim era pouco provável que, suposto o sancionassem o Príncipe e seus ministros, todos fidalgos portugueses, não provocasse, ao depois, na sede do Reino, a reação dos melindres nacionais. Para isso não era indiferente o conceito desprimoroso em que, sob muitos aspectos e, nomeadamente sob o ponto de vista cultural, era tido o Brasil.

Como poderia, pois, vir o Brasil semi-selvagem de então, com um comércio mofo e, em tudo e por tudo dependente de Portugal, oferecer a este o Código de seu Comércio?

A segunda razão por que se deve excluir a hipótese de que se cogitasse de Código geral do Reino está na própria delimitação territorial que teve a Real Junta — Brasil e Domínios Ultramarinos. E assim é, porque o conceito luso de “Domínios Ultramarinos” sempre compreendeu, assim no plano administrativo, como no jurisdicional, todos os territórios da Coroa, com exclusão do em que era a sede originária da Monarquia. Dessarte, a lei mercantil que viesse a ser editada no vice-Reino, somente teria vigência neste, ou quando muito, nos “Domínios” de igual categoria.

De qualquer maneira, porém, já era isso a afirmação da consciência do sentimento nacional que, pouco tempo depois, se tornava esplêndida realidade.

Avulta a significação daquele gesto da Real Junta porque, entrando na sua competência, por atribuição de sua lei institucional, “as matérias que compreendem o que é respectivo ao comércio, agricultura, fábrica e navegação”, expressava logo, no primeiro instante em que começou a funcionar, a aspiração do comércio brasileiro, ou melhor dizendo, a aspiração da classe dos comerciantes.

16 — Daqui se vê que a classe fortemente organizada (22), já na primeira oportunidade que se lhe antolhava, estando a participar do novo órgão administrativo e tendo ali como seu presidente o primeiro comercialistas brasileiro e um dos maiores no seu tempo, fazia sentir sua poderosa influência.

Se o cometimento dado a JOSÉ DA SILVA LISBOA não logrou concretizar-se inteiramente, pelos motivos que êle próprio refere (23), plano de Código chegou a apresentar, embora fôsse inaproveitado ou quiçá perdido e “um esbôço do provisório Regimento do Comércio, em desempenho da obrigação oficial”.

Releva notar, recordando a exata observação de ALFREDO ROCCO, como no equilíbrio das forças sociais, “qualquer classe que

22) A expressão deve ser entendida como querendo significar que, no confronto com os demais súditos, só os clérigos maiores e os fidalgos se sobrepunham em regalias e dignidades aos comerciantes.

23) Obr. cit. vol. II, pg. 932.

tenha interesses comuns a fazer valer, e meios suficientes para isso, exerce na formação das leis aquela influência que é determinada pela importância dos interesses em jôgo e que é permitida pela força de pressão que ela pode exercer, quer sobre a opinião pública, quer sobre os *poderes do Estado*”.

Exemplo prestadio disso nos oferece a aspiração de um Código Comercial, bem cedo acariciada e entretida pelo comércio brasileiro. De fato, tolerar o Príncipe português no Brasil, que aqui, sob as suas vistas e vigilância de seus ministros lusitanos, repartição de seu Governo cogitasse de criar um Código autônomo é coisa que se não pode levar à conta exclusiva de sua magnanimidade. A condescendência realenga com semelhante sugestão que, afinal, tinha já um tanto ou quanto de separatismo, seria dificilmente justificável, senão para o Monarca, ou mesmo para o lusitanismo exaltado de seus fidalgos e estadistas, se não preponderasse a influência da classe dos mercadores, de “cuja prosperidade muito dependia o bem comum”.

Foi certamente essa consideração que lhes amorteceu o zelo unionista e os rendeu aos conselhos sábios de CAYRÚ, a cuja proficiência ficava dar corpo à idéia.

17 — A constante reafirmação dessa influência pode-se ver em muitas outras ocasiões, já aí, talvez, de maneira mais direta e assaz expressiva. De feito, como se sabe, a Constituição imperial de 1824, no título VIII em que se inscreveram as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, exarou o art. 179, n. XVIII, onde preceituou: “Organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”.

Do processual e comercial não falou. A teor da Magna Carta, o quadro das instituições jurídicas do país se completaria com aquêles dois Códigos, apenas. O criminal, por que tanto porfiara o Imperador, veio a ser promulgado em 1830. Do civil, porém, não se cogitou, pelas razões então aduzidas pelo Parlamento, a que já se fez menção.

Em face do silêncio da Constituição, relativamente ao Código do Comércio, poder-se-ia dizer, como foi mais tarde sustentado por CARVALHO DE MENDONÇA (24) e CLÓVIS BEVILAQUA (25), porém inexatamente (26), que a unidade do direito privado era problema constitucionalmente precluso. A ser assim, mais do que ausência de promessa, se deveria falar antes em impedimento legal.

Como quer que seja, porém, o certo é que, sem embargo do silêncio da Constituição acerca do Código Comercial, era este desejo

24) Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2.ª ed., vol. I, pg. 13.

25) Obr. cit. 3.ª ed. n.º 73.

26) JOÃO MANGABEIRA — Obr. cit. pg. 14.

vivo e instante. Reclamavam-no os comerciantes, em reiteradas representações ao Governo e às Câmaras Legislativas, E, tantas e tais foram as petições, que alcançaram por fim deferimento.

18 — Corria o ano de 1832, quando, a 14 de março, sendo ministro do Império LINO COUTINHO, iniciaram-se os trabalhos do Código Comercial. Uma comissão composta de um magistrado e quatro comerciantes, “homens probos e inteligentes na matéria”, como os qualificava o relatório ministerial, apresentado às Câmaras em maio daquele ano (27), iria elaborar o projeto. Encaminhado êste ao Parlamento em 1834, ali teve seu estudo várias vêzes interrompido, por motivo dos sucessos políticos e dissoluções da Câmara dos Deputados, vindo, por fim, a ser convertido em lei em 1850.

A pressão dos interesses de uma classe que eram, de resto, os do próprio país, forçou as comportas da Carta constitucional, arrancando dela um Código que não entrara na sua previsão.

Foi, sem dúvida alguma, uma grande conquista para a nação, que pode hoje, decorridos cem anos, orgulhar-se de tão grande feito, devido à devotação comum de homens práticos, de juristas e de estadistas.

V

AS LINHAS MESTRAS DO CÓDIGO

19 — No documentado estudo sobre “*Origem do Código Comercial*”, que publicou no jornal “Estado de São Paulo”, de 15 de abril de 1927, DJALMA FORJAZ dizia: “Não existindo no arquivo do Senado Brasileiro quase nada dos papéis de suas sessões durante o Império, presumo que hoje já não é mais possível fazer-se um estudo completo da discussão dêsse Código na nossa Câmara vitalícia, onde foi luminosíssima, e tanto se distinguíram alguns dos nossos mais eminentes estadistas daquele tempo”.

20 — Essa lacuna é tanto mais sensível quanto é certo que foi no velho Senado que o projeto de Código sofreu acurado exame e recebeu inúmeras emendas, tôdas aprovadas pela Câmara dos Deputados. Se fôsse possível conhecer o teor de tôdas as observações que o projeto sugeriu, quando de sua discussão naquela Casa, muitos pontos, ainda hoje obscuros, teriam luz. Poderiam os competentes dar-nos hoje a média do pensamento dominante, as razões de convencimento com que foram propostas tais ou quais emendas, o

27) DJALMA FORJAZ — Obr. cit.

juízo de valor sôbre tal ou qual preceito, o alcance dêsse ou daquele dispositivo, o conceito que os nossos legisladores de então, e até mesmo os homens de negócio, faziam de muitos institutos mercantis. Seria isso obra de grande préstimo, que transcenderia à pura descrição cronológica, para vir a ser verdadeira interpretação científica do processo evolutivo do nosso direito comercial. Ainda bem que, a custa de penosas e beneditinas pesquisas e de incessante e operoso labor, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, CARVALHO DE MENDONÇA, BRÁSILIO MACHADO, SEBASTIAO DE CARVALHO, WALDEMAR FERREIRA, VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, DJALMA FORJAZ e alguns outros piedosamente recolheram notas, as interpretaram e comentaram.

Devem-lhe por isso os estudiosos do direito mercantil pátrio serviço imenso, que os recomenda à pública gratidão. E’ com o material por êles pacientemente carreado, com ajuda de suas luzes, que se poderá tentar surpreender as diretrizes do Código centenário. Dêsse jeito talvez seja possível fixar o pensamento que inspirou seus elaboradores e se plasmou, por fim, na obra.

21 — Nessa ordem de indagação, descobrem-se logo duas idéias gerais diretoras, condizentes, de resto, com a concepção tradicional. A primeira é a universalidade do direito comercial, o que aconselha redigir o Código “sôbre os princípios adotados por tôdas as nações comerciantes, em harmonia com os usos ou estilos mercantis, que reúnem debaixo de uma só bandeira os povos do novo e do velho mundo” (28). A segunda decorre do caráter excepcional do direito comercial em face do civil, fazendo dêste a regra geral de que aquêle é mera exceção, consideração esta que deveria levar a comissão, a exemplo dos “melhores códigos, a estabelecer as exceções relativas ao comércio, remetendo-se no mais às disposições gerais dos códigos civis” (29).

Essas duas idéias gerais, tinham, porém, de coadunar-se com as peculiares condições do país. Quanto ao sentido internacionalista do direito mercantil, cumpria observar “que um código de comércio deve ser ao mesmo tempo acomodado às circunstâncias especiais do povo para quem é feito” (30). No concernente ao caráter excepcional do direito comercial em face do civil, instava atender “a que as leis civis do império eram escassas em matéria de contratos”, a respeito dos quais se afigurou conveniente exarar “as regras que podem ter aplicação nas transações mercantis” (31).

28) BRÁSILIO MACHADO — Rev. da Faculdade de S. Paulo, vol. 17, pg. 16.

29) BRÁSILIO MACHADO — Obr. cit. pg. 19.

30) BRÁSILIO MACHADO — Obr. cit. pg. 16.

31) BRÁSILIO MACHADO — Obr. cit. pg. 17.

Já por êste enunciado, se vê quão árdua era a tarefa da comissão e como estava ela capacitada das dificuldades a vencer.

22 — Havia, porém, um outro e sério problema a resolver. E' que era então corrente a noção, derivada aliás do caráter excepcional atribuído ao direito mercantil, em razão mesmo de sua origem consuetudinária, de deverem as causas comerciais, assim como tôdas as dúvidas oriundas de negociações mercantis, ficar sujeitas ao juízo de homens práticos do comércio.

A insistência com que se defendia essa instituição, se, em parte poderia explicar-se como revivescência da idéia corporativa medieva, poderia, hoje, justificar-se ante a consideração de que o direito comercial “regula fatos e relações de natureza especial, tão pouco conhecidas da maioria da gente, de um tecnicismo tão complexo, que ultrapassa a experiência comum e exige um estudo próprio e aprofundado” (32).

Do calor como se pugnava por subtrair aos juizes ordinários o conhecimento dessas contendas, dizem bem êstes conceitos de JOSÉ FERREIRA BORGES, endossados por CAYRÚ (33), em defesa da subsistência da sua “Real Junta”, cujos méritos exaltava: “É de absoluta necessidade que o comércio tenha um Tribunal *especial* para as causas de comércio, porque, sendo a Legislação Mercantil uma legislação de exceção, se lhe derem por juizes juriconsultos, puramente civis, o comércio será infalivelmente arruinado.”

Esta consideração não foi estranha ao Código que, sôbre ter instituído essa justiça especial, por via de tribunais colegiados, que criou e o subsequente Regulamento desenvolveu, deferiu, preferentemente, ao juízo dos *práticos do comércio* o deslinde de inúmeras questões a êle referentes, signanter: arts. 139, 194, 209, 217, 245 e 294.

23 — Todavia, não bastava a afirmação de que tôdas as contendas entre mercadores deveriam ser decididas no juízo arbitral. Era mister preparar os eventuais e futuros árbitros, que seriam necessariamente comerciantes, para o desempenho de tão importante encargo. Era isso providência que se impôs à comissão elaborada do Código e foi assim circunspectamente encarada: (34): “Com generosa, liberal e benfazeja mão abriu o govêrno as portas do comércio do Brasil, que uma política mesquinha conservara fechadas; mas não era bastante impelir a nação ao grande movimento que devia marcar a época do seu engrandecimento futuro, — era ao mesmo tempo necessário pôr ao alcance de todos os comerciantes os princípios funda-

mentais da profissão que se queria fazer florescer, e portanto estabelecer leis protetoras da boa fé e coercitivas da fraude e da imoralidade. E' isto o que se fez”.

“Estas considerações fizeram crer à comissão que, atenta a posição excepcional do país e a falta de conhecimentos teóricos e práticos da ciência comercial, convinha introduzir no código disposições preventivas, que guiassem o comerciante em todos os atos de sua vida comercial”. E, a justificar o critério seguido, ajunta à guisa de escusa: “Nesta parte, por isso, se desviou do sistema legislativo de outros códigos comerciais, esperando achar nos motivos que atuaram no seu espírito a razão justificativa da sua conduta”.

24 — As considerações precedentes são de molde a explicar inúmeras regras consagradas no Código, acêrca de negócios jurídicos por êle regulados que, a bem dizer, não constituem princípios disciplinares de tais negócios, ou elementos essenciais dêles. São, antes, ou normas interpretativas da presuntiva vontade das partes, ou regras por assim dizer diretoras de seu comportamento na vida comercial. Com êste ou com aquêle sentido, teriam por escopo subministrar critério objetivo seguro de apreciação, no pressuposto de dissídio a ser resolvido pelo juízo arbitral.

Dessa natureza parece serem, entre outros, os arts. 130 e 131 do Código.

O Código de 1850, assim entrevisto, não seria apenas a lei do comércio, senão também o conselheiro dos profissionais dêste, que os guiaria “em todos os atos de sua vida mercantil”.

VI

O CÓDIGO E O DIREITO CIVIL.

25 — A Lei de 20 de outubro de 1823 mandou continuar no Império as leis portuguezas vigentes em 25 de abril de 1821 e os diplomas promulgados daí em diante por D. Pedro, como Regente do Brasil e como seu Imperador Constitucional, a partir da Independência.

Como legislação do novo Estado, passaram a vigorar as Ordenações do Reino e a mole imensa de leis avulsas, ou extravagantes. O que fôsem elas, no concernente ao direito mercantil, nos informa VIEIRA FERREIRA, na cuidadosa sinopse que acompanhou seu substitutivo ao Projeto de Código Comercial, oferecido à conside-

32) ROCCO — Obr. cit. pg. 80; CARVALHO DE MENDONÇA — Obr. cit. pg. 201.

33) Obr. cit. vol. II, pg. 933.

34) BRASÍLIO MACHADO — Obr. cit. pgs. 16 e 17.

ração da Câmara dos Deputados ⁽³⁵⁾. Relativamente ao direito civil, pode-se ver em CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA ⁽³⁶⁾ qual o estado dessa legislação.

Bem que diversas as exigências da vida civil, e tanto isto é certo que as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, estiveram em vigor no Brasil, com parciais derrogações até 1.º de janeiro de 1917, todavia, já há muito a consciência nacional e o progresso do país reclamavam novo direito civil escrito. Promessa havia, já implícita na lei de 20 de outubro de 1823 e, formal, na Carta política de 1824. E como tal haveria de continuar ainda por muito tempo, até que o Código Comercial lhe viesse provocar a gestação. E, realmente, assim foi.

26 — Quando em 1855, repelida a sugestão de EUZÉBIO DE QUEIROZ de adotar-se a obra de Corrêa Telles (Digesto português), como Código Civil do país se cometeu a TEIXEIRA DE FREITAS o encargo de consolidar o direito privado comum em vigor ⁽³⁷⁾, êsse notável jurista iniciava, praticamente, a obra da codificação do direito civil. Para a ainda hoje primorosa “*Consolidação das leis civis*”, concluída em 1858, pôde êle contar, a par de seus vastíssimos conhecimentos jurídicos e raro saber, com os valiosos subsídios trazidos pelo Código Comercial.

As extensas e freqüentes incursões que êste foi obrigado a fazer sôbre o direito civil deixaram o conspícuo jurisperito à vontade para, à vista de norma já congente, inovar a anacrônica legislação comum e suprir-lhe as inúmeras lacunas.

27 — A explicação de como e por que isso aconteceu, é nestes termos dada por CARVALHO DE MENDONÇA ⁽³⁸⁾: “O Código trouxera no seu bôjo bastas normas de *puro direito civil*. Nem a hipoteca esquecera, criando a par da inscrita no Registro do Comércio a outra, a que denomina tácita. Era natural que, no meio da exparsa, difusa e deficiente legislação civil, êle exercesse extraordinário predomínio. Com efeito, *passou a reger quase tôdas as relações da vida civil* quanto a obrigações e contratos. O exímio autor da imortal “*Consolidação das leis civis assentou diversos textos no Código Comercial* e, em luminosas notas, explicou o motivo”.

De feito, a leitura das luminosíssimas e conclusivas notas, com que TEIXEIRA DE FREITAS enriqueceu sobremaneira aquela grande obra, constituem, sob muitos aspectos, a mais segura e arguta interpretação de vários dispositivos do Código Comercial. E,

35) Ver obr. cit. pg. 104 e segts.

36) Código Philippino, ed. 1870.

37) CLÓVIS — Obr. cit. pgs. 12 e 13.

38) Revista dos Tribunais, vol. 72, pg. 309.

durante muito tempo, essas suas notas representaram o que de melhor tivemos em doutrina, como exposição sistemática de nosso direito mercantil.

Se, no plano técnico de suas concepções, o direito comercial, para o laureado jurista, mais não era do que “um grande depósito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser leis de exceção e que de leis passaram a ser códigos”, por “falsificada instrução jurídica e aturdimento dos espíritos”, no terreno objetivo, porém, êsse “grande depósito, formado pela inércia das legislações” ⁽³⁹⁾ lhe ofereceu tema para duas obras imortais: “*Consolidação das leis civis*” e “*Aditamentos ao Código Comercial*”.

28 — Os salutareos efeitos que o Código Comercial produziu sôbre o retrógrado direito civil, então vigente, não se limitaram aos contratos e às obrigações. A ação benêficamente renovadora por êle exercida estendeu-se a muitas instituições, penetrando até no quadro do direito de família, para onde foi levar a aragem liberal de suas conquistas. Sem descer à indicações pormenorizadas, conhecidas de muitos, mas geralmente ignoradas pela mocidade das escolas, que, em regra, se limita à leitura de compêndios ligeiros do direito positivo atual, valeria a pena apontar alguns breves exemplos confirmativos do asserto.

Ao propósito, lembraria que a cessação da menoridade aos dezoito anos, na hipótese do art. 9.º, § único, n. V, do Código Civil, teve no Comercial (arts. 1.º e 26) o seu precedente. A emancipação da mulher, que no plano espiritual foi obra da doutrina cristã ⁽⁴⁰⁾, no terreno jurídico teve consagração primeira no direito comercial. As regras insertas nos arts. 27, 28 e 29 do Código Mercantil encontraram eco nos atuais arts. 245, 246 e 247 do civil. Mesmo a hipótese de suprimimento da autorização marital para a mulher exercer o comércio, de que cuida o art. 245 da lei civil, parece deduzir-se já do art. 28 do Código do Comércio, quando alude à necessidade de *sentença* para a revogação da outorga marital ⁽⁴¹⁾.

O repúdio pelo Código Civil dos institutos da restituição, do benefício valeiano e da lesão foram conquistas advindas do Comercial (arts. 26, 27, 220 e 441).

Aqui estão alguns exemplos.

39) WALDEMAR FERREIRA — Inst. de Direito Com., vol. I, pgs. 72 e 73.

40) AQUILES JORIO — Tratado de la Capacidad Juridica de la Mujer, pg. 57.

41) Em sentido contrário BENTO DE FARIA — Cód. Com. Bras. Anotado, 3.ª ed., vol. I, pg. 62, nota 42; CLÓVIS — Obr. cit. vol. 2, pg. 133; HONÓRIO MONTEIRO — A mulher casada comerciante, ns. 2ª e segts.

VII

O CÓDIGO E O DIREITO DO TRABALHO

29 — E' verdade que, somente após a Revolução de 1930, se foi constituindo no Brasil um sistema orgânico de proteção do trabalhador em geral, conquista maior dêsse movimento, que se não pode obscurecer, a despeito de alguns exageros, de resto explicáveis em ocasiões tais, do que provieram alguns abalos na disciplina do trabalho, em forte repercussão na anêmica economia produtora do país, sobretudo em anos posteriores, quando as leis, regulamentos e decisões sobre tal matéria eram recebidos não como mera consagração de direitos legítimos, mas sim como mercês dos governantes.

Seja como fôr, as conquistas aí estão e tendem a aperfeiçoar-se, realizando, senão tudo, ao menos aquêlê mínimo de justiça social, sem o que a criatura perde o sentido humano!

30 — Quando se registra com satisfação o progresso já atingido neste particular, não se deve esquecer a valiosa contribuição trazida pelo direito comercial à hodierna disciplina, que hoje se denomina "direito trabalhista" ou "direito social" (42).

É, talvez, no direito marítimo que se vão encontrar as mais antigas disposições sobre os deveres do empregador para com o empregado. Neste sentido, aponta-se o Código de Hamurabi, de mais de dois mil anos da nossa era, no qual e pelo art. 239, se fixava a soldada que deveria ser paga aos tripulantes (43). A evolução dêsse direito foi acompanhada de muitas outras conquistas em prol das pessoas a serviço da navegação. Sob êste aspecto, e a observação é de DANIEL DANJON (44) "cria instituições de previsão, humanitárias, de mutualidade, cujo germe pode, sem dúvida, ser encontrado no direito comum, mas que as legislações terrestres foram, por muito tempo, impotentes para organizar, e das quais, umas só recentemente tiveram consagração no direito terrestre, e outras talvez ainda aguardam por muito tempo; e tais são: a participação dos empregados nos lucros da exploração, o privilégio creditório e a impenhorabilidade dos salários, os asilos dos inválidos do trabalho, o seguro obrigatório dos trabalhadores, a responsabilidade dos patrões em caso de acidente ocorrido aos empregados (risco profissional...)"

Se, hoje, a participação nos lucros da empresa é promessa constitucional e a reparação de todos os acidentes do trabalho é já reali-

42) A. F. CESARINO JÚNIOR — Direito Social Brasileiro, n.º 11.

43) Rivista Diritto Commerciale, 1903, I, pg. 140.

44) Tratado de Derecho Maritimo, ed. esp. vol. I, n.º 12.

dade, incorporada à legislação terrestre, entre nós, desde 1919 (45), o precedente histórico se deve, porém, ao direito marítimo.

A soldada sob a forma de quinhão no frete, ainda hoje prevista nos regulamentos administrativos da marinha mercante (46), é já o primeiro passo no caminho da participação do empregado nos resultados da exploração. Do mesmo modo — e são palavras de JOSÉ CÂNDIDO DE SAMPAIO LACERDA (47) a obrigação imposta ao armador de cuidar do marinheiro doente ou ferido, em consequência de serviço do navio, deu a idéia do risco profissional que, introduzido na legislação comum, assegura hoje a reparação de todos os acidentes do trabalho.

Muitos outros exemplos poderiam ser apontados de instituições dessa natureza, cujo ascendente se vai lobrigar no milenário direito da navegação. A índole, porém, dêste ligeiro escrito e a míngua de conhecimentos não consentiriam investigação dêsse porte.

31 — Talvez valha a pena registrar que a crescente importância de tais problemas, encarados hoje com maior visão e sob um prisma obviamente diverso, está já a sugerir a fragmentação do direito marítimo. Consoante essa tendência, dêle se apartaria o extenso núcleo de disposições relativas ao trabalho prestado a bordo de embarcações mercantes, que passaria a constituir objeto de um sub-ramo, e quiçá, futuramente, direito autônomo.

Nesse sentido se orientam as obras de ANDREA TORRENTE (48) e ATÍLIO MALVAGNI (49), o primeiro na Itália e o último na Argentina. Ambos êsses livros, inspirados nas peculiaridades que oferecem as relações empregatícias no âmbito da navegação mercante, traem o veio de sua origem.

Está isso a revelar, por um lado, o espírito progressista, do direito comercial e, pelo outro, a íntima conexão existente entre os vários ramos da árvore jurídica.

As considerações que precedem constituem, por assim dizer, preâmbulo do estudo que se intenta fazer neste capítulo. Aqui se cuida assinalar, ainda que perfuntoriamente, como é, de resto, do teor desta modesta memória, a contribuição trazida pelo Código de 1850 ao direito atual do trabalho. Sob êste aspecto restrito, importa considerar, apenas, aquelas disposições ditadas para o comércio terrestre e que tenham ou possam ter êsse significado.

32 — Ninguém ignora que, ao tempo da elaboração do Código Comercial (1832), eram assaz escassas as normas legais relativas ao

45) Lei n.º 3.724, 15-1-1919.

46) Decreto n.º 5.798, 11-6-1940, art. 428.

47) Natureza e Efeitos do Contrato de Ajuste, introd.

48) I Contratti di lavoro della Navegazione (Milano 1948).

49) Derecho Laboral de la Navegación (Buenos Aires, 1949).

contrato de emprêgo e problemas correlatos. As Ordenações Filipinas, Liv. IV, títulos XXI e XXXV, continham algumas regras sôbre salários dos serviçais, deveres e obrigações dêstes. Posteriormente, porém, a Lei de 20 de agôsto de 1770 ocupou-se dos empregados no comércio. Com a finalidade precípua de fazer da matrícula meio de seleção dos verdadeiros comerciantes, evitando “o absurdo de se atrever qualquer indivíduo ignorante e abjeto a denominar-se a si homem de negócio, irrogando assim ignomínia a tão proveitosa, necessária e nobre profissão”, reafirmou a obrigatoriedade da matrícula, não só dos comerciantes, senão ainda, e desde então, de seus auxiliares. E, quanto a êstes, definiu os empregos para os quais era “precisa a aprovação da Aula do Comércio”.

Conforme o sistema por que então se legislava, aquêle diploma, a par da matéria enunciada em seu preâmbulo, continha muitas outras disposições interessantes, que merecem ser lembradas. Tornava privativo dos habilitados pela “Aula do Comércio” o acesso a tôdas ocupações no comércio terrestre, o desempenho das funções de escrevente, caixa, sobrecarga, conferente, e arqueador no comércio marítimo. Dava-lhes, ademais, preferência para o preenchimento das funções de escrivães das náus da Real Armada e dos Ofícios nas Contadorias da Real Fazenda. Determinava, ainda, que, em não satisfazendo os sobreditos requisitos de habilitação e inscrição na Junta do Comércio, as escriturações, contas ou laudos que fizessem seriam de nenhum valor, tanto em juízo, como fora dêle.

No ponto em que interessa a êste estudo, rematava a Lei (50): “Porque seria contrário à razão por uma parte, que depois de se ver tão favorecida a louvável aplicação dos que freqüentam a Aula do Comércio, houvessem êstes de fazer monopólio do seu préstimo, pretendendo excessivos preços pelos seus ordenados com prejuízo e gravame das Casas de Comércio; e pela outra parte que se envilecesse a sua remuneração pela concorrência do grande número dos mesmos Aulistas, que pretendessem ao mesmo tempo as suas acomodações: — Mando que lhes fiquem estabelecidos, como preços invariáveis, pelo primeiro ano de Caixeiros, setenta e dois mil réis; pelo segundo ano, noventa e seis mil réis; e pelo terceiro ano, cento e vinte mil réis, sendo além disso providos de casa, cama e mesa pelos Negociantes, que servirem, como entre êles é costume geral. Mando que, no meio ou fim de cada um dos referidos treis anos, saindo os sobreditos Aulistas das casas que servirem, e passando a outras, sejam, nestas, contados conforme a antigüidade do tempo que houveram servido antecedentemente”.

50) CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA — Princípios de Direito Mercantil de José da Silva Lisboa, 6.^a ed. vol. II, pg. 530.

Era natural que a execução dêsse diploma, pela extensão das matérias nêle compreendidas, provocasse “algumas dúvidas pela ocorrência dos muitos casos, a que estão sujeitos os novos estabelecimentos (51)”. Para prover a isso, ficava a Junta do Comércio autorizada a conhecer de todos os casos e os decidir sumariamente, pela verdade sabida, salvo aquêles que achasse dignos da consideração do Rei.

Em três outros alvarás, um dêles de 16 de março de 1775, prescrevia-se a impenhorabilidade absoluta dos salários dos soldados, operários, marinheiros e caixeiros do comércio em geral. Deu-se ademais, aos marinheiros e prepostos comerciais, privilégio para seu pagamento, em caso de concurso de credores.

33 — Erigido em Império, o Brasil, pela já nomeada Lei de 1823, abrangeu, por via de adoção, tôdas essas leis, provindas de Portugal. Nessa nova fase e até 11 de outubro de 1837, o Império editou duas leis; uma em 13 de setembro de 1830, “sôbre prestação de serviços, feitos por brasileiros e estrangeiros, dentro e fora do país” e outra, naquela data dispondo sôbre a locação de serviços de colonos.

O último dêstes diplomas teria sido, no entendimento de MÁRIO GUIMARÃES DE SOUZA, referido por DARIO DE BITTEN-COURT (52) “o primeiro marco da nossa evolução no Direito do Trabalho”.

Feita a resenha daquilo que, hoje, se denominaria direito trabalhista, talvez fôsse interessante correlacionar certos preceitos dessas vetustas leis com algumas instituições de nossos dias. Tomando-se, por exemplo, como ponto de partida o estatuto de 1770, seria dado ver que os favores dispensados aos então “Aulistas”, sômente vieram a ser progressivamente restabelecidos, a partir do decreto n. 17329, de 28 de maio de 1926; a prerrogativa àqueles outorgada de sômente êles poderem fazer “escrituração, contas e láudo”, com validade em juízo ou fora dêle, só dêste decreto em diante foi sendo revigorada, em relação aos guarda-livros e peritos-contadores, graduados pelas Escolas de Comércio (53). Também a preferência para o provimento de cargos fazendários, os atuais “aulistas” só há bem pouco, de novo tiveram.

Os confrontos podem ir, porém, mais longe ainda. Não seria, talvez, infundado encarar o preceito daquela lei, que fixava o ordenado dos caixeiros, como antecedente, embora remoto, da concepção atual de “salário mínimo”, assim, também, a contagem do tempo de

51) A expressão é ali tomada no sentido que, hoje, teria de dizer-se: “nova situação jurídica”, “novo estado de coisas”. Previa, portanto, as dificuldades que adviriam do novo regime que se instituiu.

52) Das ordenações Filipinas à Criação do Ministério do Trabalho, pg. 5.

53) Decs. 20.158, 30-6-931 e 21.033, 8-2-932.

serviço prestado a outro empregador, ali considerado para o efeito de fazer jus ao aumento progressivo de ordenado, poderia ter certa analogia com o moderno conceito de estabilidade no emprego. Do mesmo modo, o direito reconhecido aos "Aulistas" de recorrer à jurisdição da Junta do Comércio, aliás reputada em princípio originária, e onde as dúvidas seriam decididas", sumariamente, de plano e pela verdade sabida, essas três concorrentes circunstâncias fazem lembrar, até certo ponto, as Juntas de Conciliação e Julgamento, tal como foram criadas e começaram a funcionar, após a Revolução de 1930.

As analogias são, com efeito, bem acentuadas. Vê-se lá, como aqui, a concorrência de três elementos: 1.º) direito do empregado à reclamação; 2.º) jurisdição especial; e 3.º) processo sumário, de plano e pela verdade sabida.

Não importa fôsse a Junta do Comércio justa comum também aos empregadores; e não importa porque o direito do trabalho, afinal, pode existir e atuar independentemente da existência de órgãos jurisdicionais especializados e distintos.

E' visto, assim, que a história da legislação social do Brasil, mercê de sua ascendência lusitana, não só é bem antiga, senão que deriva de muitos outros diplomas, além daqueles que, geralmente, são indicados pelos especialistas na matéria ⁽⁵⁴⁾.

34 — Já se fêz, em páginas anteriores, ligeiro e incompleto inventário do acervo legislativo do país até 1837, relativo ao tema em estudo. Que se saiba, depois dessa data e até 1850, nada mais houve. Cabe agora, indagar em que medida o Código Comercial teria contribuído para o direito trabalhista brasileiro.

São acordes todos os versados em afirmar que, no Código hoje centenário, se encontram os precedentes imediatos de muitas disposições da nova legislação social. E o asserto encontra confirmação ao mais ligeiro exame. Convém porém, acentuar, para que se faça a devida justiça, que a comissão, inserindo no projeto os dispositivos, posteriormente em lei convertidos, assim procedia ciente e consciente da urgência e prestatça deles. Eis suas próprias palavras ⁽⁵⁵⁾: "Nenhuma legislação existia que regulasse com segurança e certeza os direitos e obrigações dos prepostos, guarda-livros, caixeiros...; esta lacuna foi providenciada com disposições adequadas às circunstâncias especiais do país".

Realmente, assim foi.

Os arts. 74, 78 a 84 do velho Código do Comércio contêm já a inteira disciplina jurídica de várias figuras e instituições, que,

54) Ver CESARIO JÚNIOR — Obr. cit. n.º 78; DARIO DE BITTENCOURT — *ib.*; MARIO DE GUIMARAES — Objeto e limites da Justiça do Trabalho.
55) BRASÍLIO MACHADO — Obr. cit. pg. 19.

hoje, a muitos se afiguram novidades. Já por isto, talvez sejam oportunas algumas considerações. É o que se vai fazer.

No art. 74, dispôs o Código que a admissão ao emprego seria feita mediante nomeação escrita e inserção desta no Registro do Comércio, sob pena de ficar o preposto privado dos favores pelo Código concedidos aos de sua classe. Estes favores seriam os de que cogitaram os subseqüentes arts. 79 a 82 e outros.

Essa preceituação foi diversamente apreciada e aplicada, Será isto objeto de ulterior exame. Por ora convém assinalar, apenas, o alcance de semelhante preceito do ponto de vista do sistema do Código, das idéias nêle plasmadas e, por fim, da repercussão quanto aos direitos do preposto.

Nesta ordem de indagação, descobre-se logo que a exigência da nomeação por escrito e sua inscrição no Registro do Comércio se filiava, por um lado, ao precedente luso, já constante da precitada Lei de 1.770, de resto conforme ao sentimento corporativista da classe (e por extensão dos a ela assemelhados), e, pelo outro visava, já a sujeição das questões oriundas do contrato de emprego à Justiça especial, já prevenir, por parte dos prepostos, a prática de atos excedentes de suas funções normais, definidas nos respectivos títulos da nomeação (arg. arts. 75 e 78). Nestes têrmos concebida, dita exigência não representava nada de singular. Era, talvez, excessiva a penalidade editada na última parte do nomeado art. 74, mas, em linha de princípio, e segundo as concepções do tempo, perfeitamente explicável.

Impondo, reciprocamente, ao empregado e empregador a forma escrita para a admissão daquele ao serviço dêste, o texto em estudo tinha em vista, ademais, reforçar o sistema de publicidade legal, instituído pelo Código, cujas vantagens eram óbvias e foram argutamente salientadas pela comissão ⁽⁵⁶⁾.

Neste particular, a lei mercantil brasileira não teria, contrariamente à assertiva de ADAMASTOR LIMA ⁽⁵⁷⁾, feito obra de pura imitação dos Códigos espanhol e português, até porque não há rigorosa identidade entre os dispositivos dêstes e os do Código do Brasil.

A censura feita pelo autor precitado de que, com fazer a nomeada exigência, o Código "estava em desacôrdo com os fatos da vida", pois "a situação daquele que carece de emprego não lhe permite impor ao empregador condições ainda que seja a do simples

56) BRASÍLIO MACHADO — Obr. cit. pg. 18.
57) Despedida Injusta, pg. 27.

respeito à lei (58), esta censura, conquanto procedente, não atinge apenas o Código.

O defeito apontado foi logo corrigido, como reconheceu o próprio censor, pela interpretação liberal dos Tribunais do Comércio, adotada depois, quase invariavelmente, pela justiça comum.

Não admira que, no recuado ano de 1832, quando se iniciou a feitura do Código, fôsse cometido êsse pecado. E não admira, porque muito outras eram as idéias reinantes.

Causa maravilha, isto sim, é que, nos dias de hoje, com todo o progresso alcançado pela legislação trabalhista, se exija do empregado carteira profissional e inscrição obrigatória no correspondente sindicato, exigência esta cujo implemento lhe traz despesas, além do impôsto sindical ânuo, e de cuja omissão lhe advêm penalidades. E mais estranho é isso, porque, no plano do formalismo e do corporativismo classista, nada fica a dever à Lei de El-Rei D. José II...

Mudados apenas os nomes das coisas, seria possível ver, já no art. 74 do vetusto Código Comercial, a imagem da organização trabalhista de hoje.

35 — Onde está, porém, sua palpável e direta contribuição ao moderno direito do trabalho, é nos arts. 78 a 84. Nestes textos, com efeito, o Código Comercial deitou as raízes de várias figuras, hoje incorporadas ao chamado direito social.

Para não alongar a exemplificação, que fugiria aos propósitos desta breve memória, algumas indicações bastam.

No art. 79, está já plasmado o conceito hodierno do “salário-doença”, e no subsequente art. 80, consagra-se o princípio do risco profissional, que impõe ao empregador a obrigação de indenizar o dano derivado dos *acidentes do trabalho* (59).

Pelo disposto no art. 81, foi criado o direito ao *aviso prévio* e à remuneração de um mês de ordenado. Dêste preceito, conjugado com os posteriores arts. 82 a 84, pode-se admitir, já em adiantada evolução, a idéia de *estabilidade* no emprêgo, que haveria de dar lugar, em 1935, à Lei n.º 62. Os contornos do *contrato de trabalho* ficaram já delineados nos textos relativos aos direitos e obrigações dos prepostos. Também, os pressupostos da *justa causa*, para despedida, ficaram desde então definidos, pelo que dispuseram os arts. 28, 83 e 84.

Como se vê, a velha Lei mercantil, já há cem anos, se antecipava na vereda ascendente das conquistas sociais. Por isso e com

58) Obr. cit. pg. 25.

59) Esta conquista do Código somente foi estendida aos demais trabalhadores, a partir da Lei de 1919, quando, entre nós, pela vez primeira, se legislou a respeito.

inteira razão, pôde dizer DARIO DE BITTENCOURT (60) que: “Os arts. 83 e 84, ainda um dia, serão carinhosamente examinados, ou seja, quando tentar-se com serenidade, fazer o histórico, indicando os recuados antecedentes da Lei n.º 62.”

Não são apenas êsses os passos em que o Código se revela impregnado de espírito progressista e humanitário. Em muitos outros êle assim se patenteia.

Pelo disposto nos arts. 287 e 317, deu ao *trabalho* insigne valia. Alçou-o à categoria jurídica de capital, em que no plano econômico já era tido. Fê-lo, porém, adiantando-se muito às teorias urdidas ulteriormente, e que, por vêzes, não tinham nenhum sentido construtor.

A idéia lhe veio, é certo, do modelo português, mas nem por isto a iniciativa desmerece. Vale, como consagração de uma conquista, de que advieram benéficos resultados.

36 — A sociedade de capital e indústria, disciplinada nos arts. 317 a 324 do Código Comercial brasileiro, realizou a harmônica junção dos dois importantes fatores da produção, capital e trabalho.

Por via dela, foi possível o aproveitamento de excelentes aptidões, que a míngua de recursos monetários condenaria à inutilidade, ou reduziria à permanente e subalterna condição de salariado. Tão prestimosa instituição deve ser mantida no direito brasileiro, sendo a êste respeito dignas de meditação as judiciosas considerações feitas, relativamente ao Código argentino, por MÁRIO A. RIVAROLA (61).

Em que pese a autoridade incontestada de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, apoiada também na de JOSÉ FERREIRA BORGES e outros (62), essa figura societária, pelos seus extremos substanciais, por sua estrutura e por outras razões, constituiu um tipo perfeitamente definido, como resultado da natural evolução de formas mais gerais. Não é aqui o momento para tratar disso, que talvez venha a ser, algum dia, objeto de particular estudo.

Volvendo, pois, ao assunto direto dêste escrito, seria interessante observar que a esquisita redação do art. 318 do Código Comercial, que constituiu, no passado, verdadeiro quebra-cabeça dos exegetas, ensejando as mais diversas soluções, poderia ainda, se harmonizada com a do art. 324, levar à outra conclusão. Poderia, por exemplo, estar entrevista nesses dois dispositivos, embora não de modo bastante claro, a idéia de *preposto-interessado* na participação dos lucros, à semelhança da parceria por quinhão no frete, do direito marítimo.

60) Obr. cit. pg. 6.

61) Tratado de Derecho Comercial Argentino, vol. 2, n.º 452.

62) Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 1.ª ed. vol II, n.º 763.

Sob o prisma do direito social vigente, aquelas duas normas se apresentariam, então, como antecedentes históricos do ideal de hoje consagrado na Constituição da República. E, na sua aplicação prática, no decurso desses cem anos, aquelas disposições serviram de instrumento hábil para o progressivo acesso do empregado à categoria de sócio e, portanto, empregador.

Com as economias amealhadas, através da participação nos lucros, os que a princípio foram simples prepostos acabaram sendo, em tudo e portudo, patrões. Frequentes foram os casos de se comanditarem os antigos sócios titulares e fundadores da entidade, sucedendo-os seus ex-auxiliares, agora a continuarem no empreendimento societário, já então como membros ostensivos.

Por tudo isso se vê que o novíssimo direito trabalhista muito deve ao venerando Código de 1850. Seu espírito progressista e liberal permitiu-lhe fazer àquele novo ramo da ciência jurídica essa preciosa dádiva.

VIII

O CÓDIGO E O DIREITO PROCESSUAL

38 — Foi assaz apreciável a contribuição prestada pelo Código do Comércio à renovação do direito processual brasileiro. Compenertrados de quão íntima é a conexão que existe sempre entre direito substantivo e adjetivo, os legisladores do Código, enquanto neste laboravam, tinham já as vistas voltadas para os meios instrumentais, por que alcançariam efetiva realização, através da autoridade do Estado, os direitos que o Código definia e tutelava. Este procedimento era ditado por várias razões. A primeira delas derivava da concepção tradicional de ser o processo mero expediente prático para a defesa de direito substantivo preexistente, quando ameaçado, ou violado (63). A segunda razão vinha de que, instituindo o Código uma justiça especial, esta deveria ser dotada de sua lei orgânica e de sistema processual adequado. Para isto ficou o Executivo expressamente autorizado, pelo art. 27 do Título Único, a baixar os correspondentes regulamentos.

Era geralmente sentida a deficiência do regime processual então vigente, quase de todo moldada nas Ordenações Filipinas, Liv. III, na legislação extravagante, nos Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, tudo ordenado e explicado pelos praxistas reinóis.

63) Sobre a evolução das diversas teorias, ver: BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA — Da Natureza Jurídica da ação (São Paulo, 1940).

As corruptelas que se tinham introduzido no fôro, as dúvidas que os praxistas entre si levantavam e, ademais, o flagelo das nulidades a que ficavam expostos os atos e termos processuais, davam largo pasto à chicana.

Tudo isso concorria para que as demandas se eternizassem. Nesse labirinto de fórmulas complicadas, quase sortilégio, o direito comercial que se estava codificando não poderia medrar.

Assentado que se devia atribuir a juízo especial a decisão de tôdas as causas derivadas de relações jurídicas reguladas pelo Código e que o conhecimento de algumas pertenceria a tribunais mistos, compostos de negociantes e juizes letrados, implícito já estava que se lhes haveria de dar sistema processual adequado. Teria de ser, como foi, muito diferente do civil comum. Já estava isso, como se disse, na previsão dos elaboradores do Código.

Por tôdas essas razões, impôs-se a providência governamental, assim relatada por WALDEMAR FERREIRA (64): “Adiantados já se achavam os trabalhos do Código, quando o govêrno resolveu constituir comissão especial relatora dos regulamentos destinados a dar-lhe execução. Compuseram-na José Clemente Pereira, Nabuco de Araújo, Carvalho Moreira, Caetano Alberto Soares, grandes nomes da jurisprudência, e um comerciante, Irineu Evangelista de Souza, Visconde de Mauá, sob a presidência de Euzébio de Queiroz, ministro da Justiça. Dois regulamentos prepararam-se: o que baixou com o decr. n.º 737, de 25 de novembro de 1850, redigido por Carvalho Moreira, Barão de Penedo, porventura, o mais notável código de processo até hoje publicado na América, e que vigorou até nossos dias, verdadeiro monumento legislativo e de cultura jurídica; e o que expediu o decr. n.º 738, de 25 de novembro de 1850, para execução do título único do Código e em duas partes dividido: a *Dos Tribunais do Comércio* e a *Do Processo das Quebras*”.

39 — Êsses dois regulamentos e, mais tarde, o expedido pelo decreto n.º 1597, de 12 de maio de 1855, que, em virtude da competência dada aos Tribunais do Comércio para julgamento, em segunda instância, das causas comerciais até o valor de Rs. 5:000\$000, veio lhes traçar o processo, revolucionam o direito judiciário anterior.

A simplicidade, clareza, segurança de conceitos e perfeição técnica, que eram predicados do Regulamento n.º 737, logo fizeram dêle o estatuto por que, a partir de então, se disciplinaria o processo civil.

O confuso, absoleto e emperrado sistema anterior foi completamente superado por êsse “verdadeiro monumento legislativo e

64) Obr. cit. vol. I, n.º 26.

de cultura jurídica”, como o qualificou, com inteira propriedade e justiça, WALDEMAR FERREIRA, neste conceito que é, de resto, a *communis opinio doctorum*.

O estudo do processo era feito, até então, exclusivamente nas obras dos portugueses: Pereira e Souza, Lobão, Correia Telles, Gouvêa Pinto e outros poucos. Brasileiro não havia, sequer, um único compêndio. Os dois primeiros, aqui vindos a lume, foram ambos no ano de 1850. Um, de autoria de LOURENÇO FRIGO DE LOUREIRO, lente do Curso Jurídico de Olinda; outro da lavra do português, para aqui imigrado, ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO, advogado na Côrte.

Saliente-se, porém, que essas duas obras eram nacionais apenas pelo lugar de sua edição. Na essência, na doutrina e no próprio substrato legislativo, eram, nitidamente, portuguesas. Salvo alguns avisos e regulamentos, aliás de sòmenos importância e baixados não raro para prover a ocorrências, tóda a legislação sòbre que assentava a doutrinação dèsses dois praxistas era aquela já referida.

Graças, porém, à decisiva e benéfica influência que veio a exercer sòbre os nossos juristas o Regulamento n.º 737, de 1850, essa situação transforma-se, dentro em pouco, completamente.

Bem que se conservasse processo especial das causas reguladas pelo Código do Comércio, na prática, vêzes sem conta, vinha suprir as deficiências e obscuridades do processo civil; e, nas obras de doutrina, que começaram então a surgir, com freqüência, constituía o pressuposto necessário das melhores construções.

Pòde, assim, a literatura processual brasileira contar com obras de subido valor, como as de PAULA BATISTA RAMALHO e tantos outros.

Essa tendência, já acentuada na doutrina e na prática judiciária, de fazer do notável Regulamento o Código de Processo Civil do país, só não tinha ainda logrado consagração legal, porque o preconceito da singularidade do direito comercial, para que fôra instituído, parecia impedir.

40 — Cada vez mais e de forma impressionante, se vai patentear o contraste entre processo comercial e civil. Aquêlo é claro, preciso, simples e bem ordenado; êste, ao revés, é obscuro, incerto, eivado de formalismo e fragmentário. A excelência de um e a deficiência de outro acentuam-se à medida que as exigências práticas de realização da justiça os põem em constante confronto.

Generaliza-se a convicção de que urgia colocar o civil comum, senão no mesmo plano do comercial, pelo menos inprimir-lhe alguma ordem, qualquer coisa de unidade. Esta convicção, que a todos se comunica, repercute no Parlamento. Êste, na Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, de reforma judiciária e pelo art. 19, § 14,

autorizou o govêrno a “consolidar tódas as disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal.”

No uso dessa prerrogativa, cometeu êle a incumbência ao Conselheiro ANTONIO JOAQUIM RIBAS, jurisconsulto de grande renome e advogado no fôro da Côrte. De como se houve e de qual fôsse o fim colimado pelo govêrno e pelo autor, êste assim fala: “A Consolidação das leis do processo Civil, que escrevi por incumbência do Govêrno Imperial e em execução da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, é uma codificação sistemática de teses legislativas, deduzidas do nosso Direito nacional, bem como do subsidiário romano e o consuetudinário-científico. Tendo-se tornado obrigatória esta Consolidação, em virtude da aprovação do Poder Executivo, que lhe foi dada pela Resolução de Consulta de 28 de Dezembro de 1876, deve-se esperar que preencherá o fim que teve em vista o legislador — regularizar e uniformizar a nossa praxe judiciária, e banir do fôro numerosas corruptelas que nêle se tem introduzido”.

Esta obra, da qual se tiraram três edições, vigorou como código de processo civil até os últimos dias do Império e ainda depois e, por muito tempo, era constantemente consultada e aplicada pelos Tribunais.

Dela advieram grandes benefícios para o processo civil brasileiro; já era algum progresso, comparado com a situação caótica anterior. Mas, ainda assim, o processo do Regulamento comercial era bem superior e, por isto, sua influência se fazia sentir cada vez mais.

Já anteriormente à Consolidação de Ribas, *Paula Batista*, professor da Faculdade de Recife, editou o seu “Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil *Comparado Com o Comercial*”. Seguindo-lhe as pegadas, ANTONIO CAETANO SEVE NAVARRO publica, em 1868, a “Prática do Processo Civil *comparado com o Processo Comercial*”.

Êstes dois livros vêm realizar, no plano da teoria, a fusão dos dois processos, que a prática e as necessidades do fôro vinham tímidamente operando. Da sólida e inteiriça estrutura do comercial, os teóricos do processo civil deduziram os princípios orientadores dêste. No livro de PAULA BATISTA, se vê a perfeita e coordenada exposição dos dois processos, como se fundidos já estivessem.

Outras razões mais haveriam de preparar o caminho para a desejada unificação, com a vitória do Regulamento processual do comércio. Aquela “homogeneidade da nossa constituição social”, de que falaria, posteriormente, CESARE VIVANTE, já não consentia na dualidade de jurisdições; uma para as causas comerciais; e outra para as civis. Extinguem-se, então, os Tribunais do Comércio, avocando-

se à justiça ordinária comum o conhecimento de tôdas as demandas mercantes. Dessa reforma seguem-se importantíssimos efeitos. A magistratura de carreira, se nem sempre é a melhor capacitada para surpreender o peculiarismo de certas instituições comerciais, algum tanto técnicas, ou por vêzes de índole predominantemente costumeira, contudo oferece a indiscutível vantagem da ilustração jurídica, cultura geral e tirocínio da arte de julgar. Daqui haver ela contribuído também para progressiva aproximação dos dois sistemas de processo.

41 — Foi, porém, com o advento do regime republicano, implantado no país a 15 de novembro de 1889, que a forçada dualidade desapareceria definitivamente. Por sugestão de seu ministro da Justiça, MANOEL FERRAZ de CAMPOS SALLES, a quem, como Presidente da República mais tarde, esta ficaria a dever inestimáveis serviços, o chefe do Govêrno Provisório, marechal Manoel Deodoro da Fonseca, expediu o decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, que mandava “observar no processo das causas cíveis em geral o regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850...”

Para que os jovens de hoje possam ter uma idéia de conjunto de quão anacrônico, erizado de dificuldades e entorpecente era o processo civil de então, por êsse decreto republicano derogado e substituído pelo comercial, transcrevem-se aqui as palavras do legislador, que lhe serviram de motivo. Ei-las: “... as normas prescritas para os processos das ações cíveis dificultam e muitas vêzes embaraçam a liquidação dos direitos e interêsses em litígio, não só pela excessiva morosidade, como pelos pesados gravames que acarretam às partes; a conservação de tais normas não se justifica por qualquer motivo superior, ou se trate de garantir pela amplitude da discussão a indispensável exposição e fundamento do direito dos litigantes ou se trate de assegurar a ação da justiça por um completo esclarecimento do juízo; ao contrário, as fórmulas complicadas e dilatórias do regime vigente, como tem demonstrado a experiência, não servem senão para favorecer as pretensões desprotegidas do direito e da justiça...”

A partir dêsse diploma, o processo civil passou a ser disciplinado pelo Regulamento comercial. Tôdas as ações, salvo aquelas das quais, por motivo óbvio, não cogitava o decreto n. 737, por êste seriam processadas.

O estatuto que surgira para complementar o Código Comercial, tornava-se, dessarte, a lei de processo civil comum, a que ficaram sujeitas tôdas as ações, exceto as referentes ao estado das pessoas, as derivadas do direito sucessório, do direito de propriedade imobiliária, de locação de imóveis, etc., compreendidas, tôdas estas, na ressalva feita pelo decreto 1890, e a respeito das quais valeriam os ensinamen-

tos de RIBAS e CORRÊA TELLES, vertidos, respectivamente, na já citada “Consolidação das leis civis” e na “Doutrina e Prática das Ações”.

A projeção do vetusto Regulamento do Código do Comércio não ficou só nisso. Outorgada, pela Constituição republicana de 1891, às então Províncias, agora Estados, a faculdade de legislar sobre direito adjetivo, êstes, ciosos de tal prerrogativa, e a pretexto de atenderem peculiaridades locais, começaram a decretar seus respectivos Códigos de Processo Civil.

Para isto, serviu de modelo insigne e fulcro essencial o notável Regulamento de 1850.

Códigos estaduais houve em que fôra êle reproduzido literalmente. Não era por falta de capacidade de seus organizadores, quase todos juriconsultos de raro saber; era, sim, porque a sobreexcelência da lei monárquica a isso os aconselhava.

Neste Estado do Rio Grande do Sul, a sua veneranda e já agora cinqüentenária Faculdade de Direito, chamada então, “Faculdade Livre de Direito”, ligou seu nome a essa faina legislativa. Deve-se ao labor fecundo e desinteressado de uma comissão de seus lentes e dos mais notáveis o projeto do Código do Processo Civil e Comercial do Estado, decretado e promulgado pela Lei n. 65, de 15 de janeiro de 1908.

Também neste Código, que foi sem dúvida um dos mais perfeitos, muitíssimos são os textos trasladados do Regulamento comercial de 1850. Tinha de ser assim, porque sobre a matéria fôra impossível fazer mais ou melhor.

Que bela e magnífica lição deu ao país inteiro e aos próprios Mestres do direito êsse “verdadeiro monumento legislativo e de cultura jurídica”, que foi o Regulamento do processo comercial!

Foi êle, no espírito e na essência, o Código do Processo Civil e Comercial do Brasil, desde 1890, até o advento do Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, que decretou o novo estatuto processual, agora em vigor.

Não quiseram, porém, os máus fados que, juntamente, com o Código Comercial, para cuja execução foi criado, assistisse ao seu centenário, ainda em plena vitalidade, através das leis estaduais que o adotaram!

Não importa, sua grande obra aí fica e nada há que a obscureça.

Constitui ela, por sem dúvida, mais um título de benemerência do venerando Código Comercial de 1850.

IX

A DOCTRINA E O CÓDIGO

42 — O caráter desta breve memória, escrita às pressas e sob a ação opressiva do termo certo em que há de ser concluída, não consente que se faça longa explanação do tema, objeto do capítulo. Será mais um índice sumário e ainda assim incompleto sob todos aspectos, da já agora farta doutrina comercial brasileira, aquilo que aqui se pretende oferecer, do que exposição crítica desta mesma doutrina. Para ser mais exato, talvez seja preferível dizer que se vão fazer simples notas bibliográficas. E, mesmo quanto a estas, somente as que entendem com matérias que tiveram sede originária no Código, quer já tenham sido derogadas nesta parte, quer estejam ainda em vigor.

A razão de semelhante critério é óbvia. Inexplicável seria, com efeito, se viesse tratar de monografias e obras outras, versando sobre instituições que ou não tiveram no Código sua matriz, por lhe serem subseqüentes e complementares, ou dêle foram desintegradas, passando a constituir objeto de legislação à-parte.

O propósito que inspira êste modesto ensaio é dar, sobretudo aos jovens de hoje, no dia do Centenário do Código Comercial, uma visão panorâmica ligeira de como teve êle receptividade entre os escritores do direito mercantil pátrio.

Sacrificar-se-á assim, é certo, a opulenta e brilhante produção científica colocada à margem desta narrativa. Mas, é questão de método que muito importa seguir.

43 — Foi justamente observado que, no Brasil, despertou tarde o gosto pela literatura jurídica comercial. Exceção feita de JOSÉ DA SILVA LISBÔA, a quem INGLÊS DE SOUSA, no Congresso Jurídico Brasileiro de 1908, conceituava, sob aplausos unânimes da douta assistência, “o nosso primeiro e até hoje não excedido comerciantista”, nenhum outro teve o Brasil, senão muitíssimos anos após.

A obra com que êsse preclaro juriconsulto e benemérito cidadão enriqueceu as letras jurídicas pátrias, ainda hoje é exaltada.

Muito deve tocar ao orgulho dêste país, que lhe serviu de berço, lhe recolhe as cinzas sagradas e para o qual êle tanto fêz, quando, a respeito de sua opulenta produção jurídica comercial, fala, insuspeitamente, Mestre estrangeiro de nomeada. Quer-se referir aqui ao conceito emitido pelo professor TULLIO ASCARELLI, comerciantista insigne e juriconsulto de raro saber, sobre os “Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha”, escritos da autoria de JOSÉ DA SILVA LISBÔA, impressos em Portugal, em 1798.

Ao sentir de ASCARELLI (65) êste livro é “o mais agudo e moderno tratado de direito mercantil dos fins do século XVIII e princípios do século XIX”.

Não teve, porém, imediatos continuadores. A produção brasileira, neste setor estêve, depois de CAYRÚ, estagnada por muito tempo.

44 — Todo efeito tem a sua causa, diz conhecido e já popularizado axioma científico. A ausência de obras de literatura jurídica comercial no Brasil durante um largo período de sua vida independente, deve também ter alguma explicação plausível. E, porque assim pensem os escritores, cada qual a seu modo, procura dar a razão que se lhe afigura mais persuasiva.

EDGARD RIBAS CARNEIRO (66) aduz as seguintes considerações: “A considerável influência do direito romano em nossa cultura jurídica fêz com que, por longo tempo, as preferências de nossos juristas se voltassem para o direito civil, deixando de parte o comercial, por ser êste rebelde a dogmatismos, reclamando prescrições legais de ordem prática, e se traduzir imprevisivelmente através dos usos e costumes. A rudeza do direito comercial de certo modo escandalizou os nossos velhos mestres. O Visconde de Cayrú — impressionante figura de comerciantista que tanto se destacou no começo do século XIX — não teve imediatos sucessores. Imbuídos de uma forte prevenção romanista, nossos mestres deram de mão ao direito comercial, pelo que o direito civil, por muito tempo, teve as regalias de filho diletto na cultura brasileira durante o império e mesmo na república”.

JOSÉ F. RIBEIRO (67) escreveu: “Os juristas brasileiros não foram, por muito tempo, afeiçoados ao direito comercial. Depois do tratado do Visconde de Cayrú, só mui tardiamente começaram a aparecer obras sobre a especialidade. Isso se deve não à falta de cultura jurídica, que sempre existiu no país e foi até certo tempo motivo da preferência da mocidade estudantil, mas à pouca propensão da nossa gente para as lides comerciais, pois que o comércio, entre nós, estêve por muito tempo entregue quase que exclusivamente aos estrangeiros”.

Sem afrontar diretamente a questão e, por isto mesmo, tomar posição nela, SPENCER VAMPRÉ (68) faz êste registro: “Não é rica, nem excessivamente pobre, a literatura do direito comercial brasileiro. Podemos citar, como primeiro tratadista, JOSÉ DA SILVA LIS-

65) Revista de Direito Comercial de Adamastor Lima (Rio), vol. 11, pg. 34, nota 43.

66) Curso de Direito Comercial Brasileiro, vol. I, pg. 16.

67) Lições de Direito Comercial, pg. 12.

68) Tratado Elementar de Direito Comercial, vol. 1, § 7.

BÔA (Visconde de Cayrú), que escreveu os Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha, aos quais Cândido Mendes antepôs uma notável introdução, sôbre os progressos do comércio e da legislação comercial de todos os povos. A SILVA LISBÔA se pode, com justiça, chamar o pai do direito comercial brasileiro, por haver, já como estadista, já como jurisconsulto, concorrido precípua para a formação do Código Comercial” (69).

45 — Tôdas essas explicações contêm verdades parciais, mas nenhuma delas é inteiramente satisfatória. Não parece exato afirmar, ou que tenha sido a influência do direito romano, ou a minguada da vocação para a vida comercial, a causa do desinterêsse de nossos juristas escritores pelo direito mercantil. A primeira razão pode ter contribuído de algum modo para isso, mas não, talvez, pela consideração sobremodo superficial de rusticidade dêste direito e da sua in-submissão ao dogmatismo.

Ainda que êstes pensamentos sejam supostamente atribuídos aos civilistas, como mera hipótese para explicar seu generalizado descaso pelo direito comercial, mesmo assim a explicação é inaceitável.

Sem dúvida, o conceito em que era tido o direito mercantil, em face do civil, fazia dêste o objeto da preferência de nossos juristas. Mas, pelo fato de estarem impregnados de espírito civilista, nem por isso estariam menos a gôsto para cogitar do direito comercial. O direito civil seria até, como sempre foi, o pressuposto necessário para o ulterior desenvolvimento do comercial. Prova eloqüente disso nos oferece a notável escola dos comercialistas italianos da Idade Média, os quais, recolhendo o material vivo, que lhes oferecia a exuberante atividade mercantil das comunas, porfiavam em situar as instituições nascentes nos esquemas clássicos do direito romano rejuvenescido. Por conseguinte, à inteligência dos nossos versados, o direito comercial ofereceria, também, motivos de atração.

A outra versão é de todo em todo inaceitável. Chega a ser até leviana, se não tivesse a lhe servir de escusa a circunstância de ter sido consignada em livro modesto, destinado a ministrar noções elementaríssimas, num curso de preparação inicial. Para se ver o ilogismo do asserto, basta considerar que, afinal, o progresso dos conhecimentos do direito mercantil não está condicionado à nacionalidade das pessoas que se votem profissionalmente à mercância. E’ até da índole dêle ser internacionalista.

O nascimento do direito comercial da França, não foi devido serem os naturais dêste país os comerciantes, senão porque para lá os mercadores italianos levaram os seus usos e costumes, as suas insti-

69) A transcrição desta referência a CAYRÚ justifica-se pelo cunho de memória histórica, que se quer dar a êste escrito.

tuições tradicionais, paciente e progressivamente elaborados. Tempo houve mesmo, em que nada se editou naquele país, relativamente ao direito mercantil, que não proviesse da Itália.

A omissão, a que se vem fazendo referência, pode bem ser direta consequência, tanto do ascendente cultural de nossos juristas, como também da índole da economia brasileira, durante alguns dêcênios predominantemente rural. Destas circunstâncias e ainda do insignificante papel que desempenhava o crédito na vida dos negócios, pode provir o retardado surgimento da literatura jurídica mercantil.

Talvez se deva acrescer a isso a falta, até 1850, de um sistema orgânico de leis comerciais. São, todavia, meras hipóteses para estudo ulterior, ainda por se fazer.

46 — Se é verdade que o volume de obras da especialidade, embora já apreciável, talvez não corresponda exatamente ao grau de adiantamento da cultura jurídica do país, também é verdade que a produção já existente nos coloca em posição altamente qualificada, não apenas na América, senão mesmo no confronto com países de mais antiga civilização.

E’ dêsse patrimônio intelectual que se vai tratar aqui, com a ressalva já feita ao comêço dêste capítulo, e nos têrmos que a seguir se dirá.

Por parecer conveniente respeitar a histórica divisão do direito comercial em terrestre e marítimo, que foi aliás adotada pelo Código de 1850, aqui se tratará sucessivamente de uma e outra dessas partes. Sôbre ser critério justificável em face da própria Lei centenária, tem, ademais disso, a vantagem de permitir uma preliminar bi-partição do copioso material a estudar. E’ certo que, em razão do caráter de certas obras, nem sempre será isto possível, já porque não conviria à apreciação de conjunto, já porque pela própria índole delas quadriariam melhor noutro grupo. Tôda essa literatura jurídica será, por mera comodidade de exposição, classificada em cinco grupos: 1.º) comentários e notas; 2.º) tratados parciais; 3.º) cursos expositivos; 4.º) tratados gerais; 5.º) monografias.

47 — Guardada a ordem cronológica de aparecimento, pertenceriam ao primeiro grupo quatro livros. Dêstes, a prioridade caberia ao “Código Comercial”, de SALUSTIANO ORLANDO, publicado em 1863, e do qual se tiraram muitíssimas edições. Continua, a princípio, ligeiras indicações da legislação estrangeira. Nas sucessivas reedições, porém, foram aquelas aumentadas, acrescentando algumas notas de doutrina e citações de jurisprudência nacional. A par disso, trazia, em apêndice, a legislação complementar e derogatória do Código, o que tornava ainda maior sua prestanta e fazia dêle livro

de consulta diuturna. Parece que por sua condição de magistrado (70), ORLANDO se limitava a citar os julgados pró e contra sem emitir a própria opinião, reservada, quiçá, para o caso concreto que lhe viesse a ser submetido. Os "Aditamentos ao Código do Comércio" de TEIXEIRA DE FRÉITAS, vieram a lume em 1868. Da mesma feição material do precedente, dêste diferia, porém, por conter ligeiras observações do autor sôbre arestos dos tribunais. Mesmo assim, comparativamente inferiores às que em edições sucessivas ilustraram a sua notável "Consolidação das Leis Civis", porventura o melhor trabalho de análise crítica do Código, ao tempo e, como obra pessoal, talvez até nossos dias. O "Amigo e Conselheiro dos Negociantes", publicado por DIDIMO AGAPITO DA VEIGA (pai), foi reeditado por seu filho DIDIMO DA VEIGA, em 1898, já com o título "Código Comercial Comentado". Conforme nesta segunda edição se anunciava, a obra originária estava apreciavelmente ampliada. Inseriram-se muitas transcrições de doutrina, nomeadamente estrangeira, fizeram-se constantes remissões ao direito comparado. Pôsto que já em dois volumes e com reduzido apêndice de leis, êste "Código Comercial Comentado" não foi além das sociedades. A respeito destas, abre o segundo tomo um estudo introdutório muito bem lançado, no qual o autor discorre com segurança sôbre a doutrina alienígena e revela, por vêzes, arguto senso crítico.

Fecha a lista dessa classe a obra, ainda de nossos dias, "Código Comercial Brasileiro", de ANTONIO BENTO DE FARIA, há pouco aposentado como ministro do Supremo Tribunal Federal. É, no gênero, o mais extenso e completo trabalho que já se publicou entre nós. Constitui-se de dois grossos volumes; no primeiro é feita cuidadosa e proficiente anotação aos artigos do Código. Estas notas, que bem revelam a grande erudição do comentarista, encerram copiosos e bem selecionados tópicos da doutrina estrangeira e nacional e fartos precedentes jurisprudenciais, sôbre a inteligência dos textos. A terceira edição, de 1920, em plena vigência do Código Civil, tem, sôbre as precedentes, a vantagem de completar, pela remissão adequada a êste, as deficiências daquele. No segundo volume estão, em apêndice, as leis complementares e derogatórias do Código Comercial, salientando-se, no que toca a êste tomo, as anotações ao Reg. n. 737, de que já se falou, que são bastante extensas e seguras. É, no seu todo, um livro

70) O Conselheiro SALUSTIANO ORLANDO foi o primeiro Juiz de Direito da vara comercial da comarca de Pôrto Alegre. Deixou rasto luminoso de sua passagem, assinalada, ademais, pelo seu retrato a óleo, envergando as vestes talares de uso na época e tendo à mão um exemplar de seu "Código Comercial". Essa rica tela, que ornava a sala em que outrora dava audiência, foi salva do incêndio ocorrido em novembro de 1949, que destruiu completamente o velho e tradicional edifício do Fôro, inclusive a preciosa biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado, uma das maiores do país, não apenas pelo número considerável de obras jurídicas, senão ainda pelo alto valor e raridade de muitas delas.

de grande valia, no qual os comentários aos diversos artigos da lei tiveram considerável extensão e profundidade. Já quando de seu aparcimento, mereceu os maiores e mais justos louvores de expoentes das letras jurídicas, como: LAFAIETTE RODRIGUES PEREIRA, RUI BARBOSA, CLÓVIS BEVILAQUA, CARLOS DE CARVALHO e tantos outros.

48 — São bem mais numerosas as obras que se podem anotar no segundo grupo, e consideradas, apenas, para efeito de classificação, como tratados parciais. Em função de tempo, estaria o livro de SOUZA PINTO (José Maria), "Curso de Direito Cambial Brasileiro", editado em 1851. Surgido precisamente no mesmo ano em que o Código entrara em vigor, foi, para o tempo e até que aparecesse o de que a seguir se falará, um bom trabalho. A parte relativa à letra de câmbio teve razoável desenvolvimient, sendo a matéria, em conjunto, tratada com segurança e consoante os princípios do direito comparado e da legislação anterior, escrupulosamente indicados nas respectivas fontes. Em 1868 e 1871 respectivamente, LIBERATO BARROSO publicou dois estudos: "Letra de câmbio segundo o direito pátrio" e "Contratos e Obrigações Mercantis". Foram meros ensaios, embora reveladores das aptidões do autor para trabalhos futuros mais completos e meditados. De PAULO MARIA de LACERDA são os notáveis tratados "Do Contrato de Conta Corrente" e "Abertura de Crédito", publicados, respectivamente, em 1901 e 1904. O primeiro superou a monografia, então única e já clássica de SILVA COSTA, vinda à luz em 1886, o que levou êste jurisconsulto, num gesto muito próprio de seu caráter fidalgo, a declarar em artigo no "Jornal do Comércio", de apreciação à obra de LACERDA, que renunciava o propósito de tirar segunda edição da sua, já esgotada, porque aquela "era tão boa que, bem podia ficar no lugar da sua". Êsses dois tratados de PAULO MARIA DE LACERDA, vêm por assim dizer completar-se, dada a íntima conexão da matéria de cada um. Têm ambos o grande mérito de representarem obra de verdadeira integração do Código, pela lógica aplicação de princípios e arguta interpretação da prática contratual mercantil.

Como remate desta incompleta relação, aponta-se o tratado "Direito Cambial Brasileiro", de JOSÉ ANTONIO SARAIVA, publicado em 1905. Foi, sob todos os aspectos, o mais profundo estudo de exposição e crítica da parte correspondente do Código Comercial. SARAIVA, convicto da superioridade do sistema legal germânico, que estudara nas fontes, onde se embebera, punha-o em constante confronto com o nacional, exaltando a excelência daquele e as deficiências dêste. Tal foi o prestígio de sua doutrinação, tão persuasivos foram os seus argumentos que, pouco mais de um ano após a publicação de sua obra, era apresentado ao Congresso, por JUS-

TIANO DE SERPA, projeto de lei, introduzindo reforma no título XVI do Código, visando melhorar-lhe alguns dispositivos. Em virtude, porém, de substitutivo de JOÃO LUIS ALVES, em parecer da Comissão de Legislação e Justiça e sob a inspiração intelectual de SARAIVA (71), veio a prevalecer a tese dêste, e de quem teria sido a redação e motivação do mesmo substitutivo, do qual resultou a vigente lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908.

Por aí se vê a imensa repercussão que teve essa obra do saudoso magistrado e grande professor da Faculdade de Direito de Minas Gerais.

49 — Sob a rubrica geral “cursos expositivos” inscrevem-se muitas obras que, em verdade, não seriam tais. Mas, já se advertiu, e agora se volta a repetir, que semelhante classificação não exprime nenhum juízo de valor.

Muitos dos livros aqui apontados, pôsto tragam declarado endereço à finalidade escolástica, são, no entanto, de consulta obrigatória dos versados. Pela ordem de data, aponta-se o “Direito Comercial”, de INGLÊS DE SOUZA, que, na realidade, parece ser antes de seu ex-discípulo, ALBERTO BIOLCHIONI, a quem se deve o carinho, cuidado e critério com que apanhou e sistematizou as preleções ouvidas daquele grande mestre. Se do professor era a doutrina, sintetizada nas breves notas de aula, do aluno muito capaz foram as ampliações, que lhe permitiram a extensão, necessária ao corpo de um livro. Dêste já foram tiradas várias edições. Na quinta, que é de 1935, BIOLCHIONI, uma vez mais, trouxe-lhe seu contingente pessoal, fazendo-lhe acréscimos e indicações, a fim de atualizá-lo. Neste pequeno compêndio vem exposta, com segurança e clareza, a matéria que, durante muito tempo, correspondeu ao programa das 3.^a e 4.^a séries do curso de bacharelado nas Faculdades de Direito. Por estas razões e também porque foi o primeiro nestas condições, desfrutou, por muitos anos, a preferência dos estudantes dos cursos jurídicos e comerciais.

Alguns tanto semelhante a êste é o livro que, em 1907, editou JÚLIO PIRES, sob o título “Direito Comercial”. Embora de formato menor, nem por isto é menos extenso no desenvolvimento dado à exposição da matéria nêle contida, que compreende também toda a disciplina constitutiva das duas séries do curso. Acêrca de alguns temas, a exposição é, por vêzes, bastante desenvolvida, tendo-se em vista a feição da obra, registrando-se, outrossim, interessantes comentários pessoais do autor, que se revela conhecedor do assunto e dotado de senso crítico.

71) Sobre o histórico da tramitação legislativa dessa reforma. ANTONIO BENTO DE FÁRIA — “Introdução histórica” à “Nota Promissória de Margarinos Tôrres, 2.^a edição e JUSTIANO DE SERPA — Questões de Direito e Legislação.

Abre o volume extenso e erudito prefácio do dr. Antonio de Souza Pinto. Sobre êste curso de direito comercial manifestaram-se, elogiosamente, o Visconde de *Ouro Preto*, *Lafayette*, *Clóvis* e *Carvalho de Mendonça*, sendo dêste último o conceito de ser o livro: “O resumo consciencioso das partes substanciais dêste direito, apresentando o quadro completo de toda a matéria, era obra indispensável aos estudantes do curso jurídico e a nós outros que lidamos no fôro”.

DESCARTES DRUMOND DE MAGALHÃES, catedrático da Faculdade da Bahia, escreveu o “Curso de Direito Comercial”, agora constituído de dois grossos volumes. Esta obra compreende todas as instituições de direito comercial terrestre, inclusive os contratos de seguro e transporte, não abrangendo, porém, as instituições cambiárias, de que não se ocupa o autor, possivelmente pela consideração de serem elas objeto de legislação à parte a reclamar, talvez, um tomo especial.

E’ um verdadeiro curso expositivo, mas de largas proporções, onde a matéria é tratada com apreciável desenvolvimento, muita erudição e constantes indicações do direito comparado e ciências auxiliares do direito mercantil. Pureza de linguagem, segurança de conceitos, domínio completo da matéria, farta erudição e interpretação precisa dos textos legais fazem dêste Curso um livro de consulta obrigatória, para quantos queiram bem conhecer o direito mercantil pátrio.

A SPENCER VAMPRE se deve o “Tratado Elementar de Direito Comercial”, composto de três volumes. O qualificativo “elementar”, que por modéstia lhe deu o autor, está em manifesto desacôrdo com as proporções com que a matéria foi desenvolvida. A única coisa que se pode lamentar é não ter o douto professor paulistano nos brindado com alguns volumes mais, onde, com a mesma maestria como versou a anteriores instituições e, com sua autoridade de civilista de renome, abordasse os contratos na esfera do direito comercial.

No que tange à matéria sediada no Código do Comércio e de que se ocupam os dois primeiros volumes, o Tratado exterioriza a exposição sistemática, feita por quem a conhece a fundo. Descobre-se, logo, à leitura das primeiras páginas, a vocação do docente ilustre, que sabe pensar e dizer. Cada capítulo é logicamente pôsto, partindo do conceito preciso para a exposição medida e convincente, tudo conforme a lei positiva, a boa doutrina e a correspondente aplicação jurisprudencial.

Da autoria do magistrado e professor ALFREDO RUSSEL é o “Curso de Direito Comercial Brasileiro”, editado em 1923. E’ hoje, na segunda edição, um Tratado de cinco volumes, onde está feita a exposição sistemática das duas partes componentes do direito comer-

cial terrestre e marítimo. A primeira foi desenvolvida, clara e concisamente, nos dois primeiros tomos. Da segunda ocupam-se os volumes restantes. Esta obra, na edição atual, é já um Tratado geral do direito mercantil brasileiro, onde, a par da exposição sistemática deste direito, feita com apoio na lei e na doutrina dos escritores pátrios, se dá copiosa indicação do direito comparado, colhido nas mais autorizadas fontes.

Em 1927, editou o professor WALDEMAR MARTINS FERREIRA o seu "Curso de Direito Comercial", em dois volumes. Já há muito esgotado este precioso livro, iniciou êle, em 1944, a publicação do novo curso geral do direito mercantil, a que modestamente denominou "Instituições de Direito Comercial". Esta obra, em quatro grossos volumes, abarca todo o direito comercial, compreendendo ainda o aeronáutico. Já em segunda edição, se encontra esgotada. É o mais moderno, completo e autorizado Curso que possuímos. Pôsto que destinado às classes é, no entanto, livro de consulta para os docentes. Seu autor é, hoje, o mais fecundo e abalizado tratadista da especialidade. Nesta obra, como em tantas outras, com que tem enriquecido as letras jurídicas pátrias, nota-se aquêlê excelente predicado, que o escritor belga BARON disse ser virtude peculiar aos livros franceses, — a devida proporção, o equilíbrio, nem demasia nem omissões.

Realmente, tôda a vasta e complexa matéria constitutiva do programa de direito comercial, correspondente às 3.^a e 4.^a séries do curso jurídico, está clara, precisa e concludentemente exposta nos quatro tomos das "Instituições". E tudo perfeitamente coordenado numa progressão crescente, que vai das noções gerais às minúcias.

Características inconfundíveis dêste e de tantos livros do notável professor paulista são: pureza incomum do vernáculo, o alto sentido de brasilidade de seu ensinamento e o vigor de sua crítica construtiva, na qual se exteriorizam a firmeza de caráter e a solidez de convicções, estas reveladas sempre de modo claro, sem tergiversações nem ambages.

São qualidades da maior valia, porque, sôbre nobilitarem quem as possui, muito concorrem para a formação da personalidade intelectual e moral dos estudantes, que hão de ser os estadistas e juristas de amanhã.

As obras jurídicas do acatado mestre têm êste duplo valor: cultivam o espírito e aprimoram o caráter, o que é ensinar no mais amplo e perfeito significado.

No ano de 1930, veio à luz, sob o título "Direito Comercial Terrestre", o curso do professor OTAVIO MENDES, que foi lente catedrático da especialidade na conspícua Faculdade de São Paulo. É também uma obra perfeita, na qual tôdas as instituições mercantis,

compreendidas na 3.^a série do curso de bacharelado, são expostas com segurança e clareza. As teses são logicamente deduzidas dos textos legais, a doutrina é pura e fartamente documentada. Sente-se, desde a primeira à última página, o tom *decisivo* do docente que preleciona, atraindo a atenção dos discípulos, que lhe acompanham a lição de princípio ao fim, absortos no poder de expressão verbal do mestre. As preciosas aulas que êste compêndio encerra revelam, ademais, do saber e das excelentes qualidades didáticas do expositor, seu espírito crítico e perspicaz. A combatividade, que tanto o caracterizou como advogado provento, parece ter contribuído algum tanto para dar maior calor à obra do professor.

EDGARD RIBAS CARNEIRO, magistrado na Capital Federal, e professor na Faculdade de Direito de Niterói, editou, em 1938, o "Curso de Direito Comercial Brasileiro", de que, até agora, apenas saiu a primeira parte.

É um pequeno compêndio contendo noções resumidas das instituições que integram o chamado direito comercial terrestre. Livro endereçado precipuamente aos estudantes, satisfaz plenamente esta finalidade, eis que, embora de forma resumida, nêle se encontram as noções gerais básicas, que muito facilitarão o desenvolvimento ulterior.

Agora, já em sexta edição, bem mais cuidada e ampliada, apareceu a obra "Noções Práticas de Direito Comercial", escrita por DE PLÁCIDO E SILVA, advogado e professor paranaense. Nas suas origens era assaz resumido, tendo, ademais, algumas incorreções, devidas, talvez, a erros de impressão. Na última tiragem (6.^a) que se tem presente, está bem mais desenvolvida e cuidada a exposição que segue plano metódico. Contém, sôbre muitos casos, formulário de requerimento, o que facilita, sobretudo, aos principiantes e, nomeadamente, aos que têm de postular nas repartições administrativas, redigir contratos e outros escritos mercantis. De feição eminentemente objetiva, o livro ministra, simultaneamente, razoáveis noções teóricas e práticas da matéria que forma o conteúdo do direito comercial terrestre.

50 — Entre os tratados gerais, inscreve-se, em primeiro plano, a obra monumental de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA — "Tratado de Direito Comercial Brasileiro" composto de onze tomos, dos quais o primeiro foi publicado em 1910 e o último em 1928. Os méritos excepcionais dêste opulento Tratado foram já objeto de pública sagração, recebida ainda em vida pelo autor. Ao concluir o último volume dessa grande obra, CARVALHO DE MENDONÇA foi alvo das mais generalizadas, eloqüentes e autorizadas manifestações do mundo jurídico brasileiro, de diversas associações de classe e organizações comerciais.

Tributaram-se-lhe justas, expressivas e consagradoras homenagens, porque era ansiosamente esperada a conclusão desse momento de labor perseverante e fecundo, que se prolongou por mais de trinta anos de estudo, meditação acurada, observação diuturna e pensamento refletido.

A obra que o renomado comercialista produziu constituiu o mais soberbo patrimônio que hoje possuem as letras jurídicas pátrias na especialidade. Foi a nítida consciência disto que gerou o espontâneo movimento de opinião com que o país inteiro lhe agradeceu o grande feito.

Qualquer coisa que, de próprio, aqui se quisesse dizer, sobre essa notável produção intelectual, ficaria muito aquém de seu merecimento.

Fale, pois, outro mestre, que é, hoje, seu digno sucessor, com as expressões que, de viva voz, então lhe dirigiu, na empolgante e justíssima homenagem, que lhe prestavam os advogados de São Paulo e diversas associações de classe, em sessão solene do Instituto de Advogados daquela Capital (72): “A obra, que concluístes no instante em que destes ao público o seu último volume, passou do vosso para o patrimônio nacional, porque a embebestes de um grande sentimento brasileiro, apanhado nas decisões dos juizes brasileiros, nos pareceres e na doutrina dos juristas brasileiros, nos costumes do comércio e da indústria brasileiros, nas manifestações da vida brasileira, redigida por leis brasileiras. Não desprezastes, é certo, o ensinamento e a observação vindos de fora, mas quebrastes, definitivamente, o figurino estrangeiro, diante do qual os brasileiros se narcisavam, vestindo o corpo e o espírito, puro e extravagante exibicionismo. Não perdestes o fio da tradição. Trouxestes, para os nossos dias, o saber e a experiência de nossos maiores, aperfeiçoando-os, adaptando-os”.

A par de todos êstes predicados, CARVALHO DE MENDONÇA tinha ainda aquêles que é próprio do verdadeiro sábio: amor à verdade. Jamais hesitou em retificar opinião anteriormente expandida, quando persuadido de que estava em erro. Neste sentido, várias foram as suas declaradas e nobilitantes manifestações.

Livro de imensa valia é o “Tratado de Direito Mercantil Brasileiro” de WALDEMAR MARTINS FERREIRA, laureado comercialista e professor insigne da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Aparecidos em 1934 e 1939, respectivamente, os dois primeiros volumes, logo se esgotaram, levando a tirar-se segunda edição, já agora em três volumes. Trata-se de uma obra

72) Revista dos Tribunais, vol. 72, pg. 302.

de grande vulto, cuja conclusão exigirá muitos volumes, tal é o desenvolvimento dado a vasta e complexa matéria, que lhe servirá de conteúdo.

O já editado, agora constituídos de três volumes, compreende tôda a parte geral e a especial, relativa ao indivíduo comerciante. Doutrina segura, exposição claríssima e persuasiva, rigor de conceitos, farta e assimilada erudição fazem desta obra um grande e modelar Tratado. Tem, ademais destas excelências, a qualidade proeminente de ser um livro brasileiríssimo, no qual o direito mercantil brasileiro é estudado, exposto, ensinado, na sua feição genuinamente nacional segundo o espírito de nossas leis, a nossa tradição, os usos e costumes do país, a doutrina e jurisprudência brasileiras. A experiência e o saber de outros povos e sistemas jurídicos são trazidos à coleção para confronto e melhor entendimento do que é nosso, ou com a sugestão para possível aperfeiçoamento. Tudo é disposto de forma metódica e lógica. Cada capítulo está coordenado com os antecedentes e subseqüentes, segundo um plano de conjunto, que permite conhecer as diversas instituições mercantis, cada qual de per si, assim no seu nascimento e progressiva evolução, como no papel que desempenha no todo orgânico do sistema. Singulariza-se notavelmente essa obra, no confronto com as de sua classe pela linguagem primorosa em que está vazada.

51 — A histórica divisão do direito comercial em direito terrestre e marítimo aconselha que, na indicação bibliográfica que se vem fazendo, seja mantida, tanto quanto possível, essa mesma divisão. Daqui vem por que somente agora se vai aludir às obras jurídicas acêrca de matéria contida na segunda parte do Código Comercial. Convém salientar desde logo que, no concernente a êste assunto, o Código brasileiro seguiu, em linhas gerais, o direito marítimo universal. Para isso concorreram várias razões, entre as quais o apregoado particularismo dêste ramo e a quase uniformidade, no âmbito internacional, da maioria de suas instituições. Esta consideração levou o legislador pátrio a não se afastar sensivelmente das disposições consagradas pelas leis dos outros povos. Por isto mesmo, salvo numa ou noutra particularidade, o Código brasileiro não difere minimamente dos demais. Decorre daí que, diversamente do que se verifica em relação ao direito comercial terrestre, no qual e sob muitos aspectos, o Código brasileiro se apartou de seus modelos, para consultar as peculiaridades locais e, assim, deu cunho nacional a diversas de suas disposições, no comercial marítimo, ao revés, isto só raramente acontece (73).

73) Basta ver como se portou, relativamente à navegação fluvial e lacustre que, por se não apartar do critério seguido pelos outros Códigos, o brasileiro remeteu para a disciplina do comércio terrestre, quando, pelas condições peculiares do país, especialmente favorecido por inúmeros rios e lagoas navegáveis, outra devesse ter sido a orientação.

É natural, pois, que as obras jurídicas nacionais sôbre a especialidade, pôsto que laboradas sob a inspiração do direito pátrio, não apresentem, com a mesma nitidez, essa característica.

52 — Na classe de cursos expositivos de direito comercial marítimo não é muito rica a literatura nacional. Guardada a ordem em que vieram a lume, apontam-se, como livros especializados, e nos quais são expostas tôdas as instituições que formam o conteúdo dessa parte do Código, os seguintes: 1.º “Direito Comercial Marítimo” de JOÃO CÂNDIDO MARTINS (1913); 2.º “Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro” de HUGO SIMAS (1938); 3.º “Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico” de JOSÉ CÂNDIDO SAMPAIO DE LACERDA (1949). Dêstes três livros, o primeiro pertenceria àquela classe, que os livreiros franceses chamam *Petit Précis*; nêle se dão ligeiras noções dos diversos institutos que integram esta secção do direito mercantil. O segundo é um curso bem elaborado e desenvolvido, no qual o direito pátrio é exposto com segurança, sendo as proposições e conceitos logicamente deduzidos dos textos de lei, dos precedentes jurisprudenciais e dos ensinamentos da melhor doutrina, tanto nacional como estrangeira. No gênero, é um bom livro, que muito facilita o conhecimento dessa matéria.

O curso, recentemente escrito por JOSÉ CÂNDIDO DE LACERDA, tem, igualmente, caráter didático. Visa propiciar, principalmente, aos estudantes, as noções indispensáveis à satisfação das exigências escolares. A exposição é clara, metódica e bem fundamentada. Há, mesmo, copiosa indicação do direito comparado. De cada uma das instituições e figuras jurídicas do direito marítimo (74) o autor dá a origem histórica, traça-lhe sumariamente a evolução, diz como está, presentemente regulamentada, tanto no direito brasileiro, como no alienígena e ministra, ademais, a correspondente noção.

Jovem docente da Faculdade Nacional de Direito, revela-se já com apreciável cultura e ótimas qualidades de expositor. Sua obra tem merecimento, tanto para os discentes, como para os próprios versados. E, êstes, ainda que possam fazer restrições a tal ou qual conceito, hão de reconhecer que se trata de um livro no qual as noções fundamentais estão expostas com a maior atualidade e isenção, sem embargo de, por vêzes, registrar, também, lúcidas observações pessoais do escritor.

53 — Na categoria nos Tratados Gerais ocupa, ainda hoje, o primeiro lugar, a obra por todos os títulos notável de JOSÉ DA

74) Omite-se qualquer referência ao direito aeronáutico pela consideração já expandida no começo deste capítulo.

SILVA COSTA — “Direito Comercial Marítimo”, da qual já foram tiradas três edições: duas em vida do autor e uma póstuma. A primeira data, respectivamente, de 1899 e 1902, quando saíram do prelo os dois volumes; a segunda, impressa em Paris, é de 1912, já revista e aumentada.

SILVA COSTA foi e ainda é o mais autorizado tratadista do direito marítimo, entre nós. Naquilo em que a disciplina não sofreu alterações no trato legislativo, seu ensinamento é hodierníssimo e preceptivo. Nas linhas mestras, sua doutrina ainda é de nossos dias e constitui a lição por todos seguida.

Foi para o tempo, exceção feita de JOSÉ DA SILVA LISBOA, o único comercialista brasileiro, cuja obra mereceu a sagração da crítica internacional, sendo por esta apontada como “merecedora de tomar lugar entre os trabalhos que se recomendam por sua excelência”. Dentre muitas das elogiosas referências com que foi recebido, o Tratado do saudoso e conspícuo mestre brasileiro, aqui estão êstes conceitos de FERNAND DAGUIN, no *Bulletin mensuel de la Societé de Legislation Comparé* (75): “O Tratado de Direito Comercial Marítimo do sr. da Silva Costa merece tomar lugar entre os trabalhos que a Sociedade de Legislação Comparada deve acolher com distinção e recomendar. Com efeito, o autor não se limita a expor e comentar o direito brasileiro; ao contrário, sôbre cada tema, desenvolveu os princípios da legislação estrangeira, atendo-se, especialmente, ao direito francês, inglês, alemão, italiano, espanhol e português. Seu livro é, portanto, verdadeiramente falando, um trabalho de direito comparado.”

Na especialidade ainda não temos nada que se iguale.

Os três volumes que, no Curso Geral de ALFREDO RUSSEL, são dedicados ao comércio marítimo, podem constituir também, pela extensão com que a matéria é exposta, um Tratado. Professor dotado de sólidos conhecimentos jurídicos e magistrado do Tribunal Superior do Distrito Federal, soube conjugar teoria e prática, embebendo sua obra de sentido eminentemente objetivo. Tôda a doutrina brasileira e copiosa parte da estrangeira, de então, foram trazidas para as inúmeras páginas dêsse livro, de leitura sempre proveitosa, mais para os já versados, do que, propriamente, para os principiantes.

54 — O sistema pelo qual se têm orientado os programas do curso jurídico, em nossas Faculdades, desde os famosos Estatutos, organizados pelo Visconde de Cachoeira, ao criarem-se entre nós as duas já centenárias Academias de Olinda e São Paulo, parece pouco propício aos trabalhos monográficos. É que nossos regula-

75) Janeiro de 1905, n.º 1, pg. 109.

mentos de ensino, neste particular, têm a declarada finalidade (embora mais teórica do que prática) de conferir aos egressos das Escolas de Direito um título de aptidão profissional imediata. Neste pressuposto de que o licenciado se endereça imediatamente à vida prática, e na impossibilidade de selecionar vocações especializadas sobre tais e quais ramos da ciência jurídica, esta é prelecionada de modo geral, mas algum tanto perfuntoriamente, pela exigüidade de tempo, em face da enciclopédica extensão dos programas. Daqui vem que, salvo raríssimas e louváveis exceções, nenhum professor, por maior que sejam seu empenho e capacidade, logra esgotar o programa ao fim do seu período letivo. Os ex-alunos saem das Academias assim com uma visão panorâmica, quase se poderia dizer cinematográfica, da grande, da imensa e complexíssima ciência jurídica.

Por seu turno, os professores têm de sacrificar o fundo, em obediência às impostergáveis exigências da extensão horizontal e periférica da matéria. Disso resulta que, para estarem sempre em dia e poderem sintetizar, sem prejuízo da desejada visão de conjunto, os nossos mestres universitários, ou escrevem *Tratados Gerais*, ao cabo de muitos anos de labor, ou simples *Cursos*, de caráter predominantemente didáticos. Os trabalhos monográficos, raramente, lhes despertam a preferência, por que as condições em que o estudo e o ensino do direito se fazem entre nós não são favoráveis a esta espécie de produção intelectual.

Na Itália, ao revés, onde o professor tem completa autonomia, dentro dum esquema genérico, para prelecionar o tema que se lhe afigure mais atraente, é possível selecionar tais ou quais institutos e os examinar, comentar, criticar, exaustivamente, em forma de curso intensivo e não, como entre nós, meramente extensivo. Talvez seja esta uma das razões por que é tão opulenta e brilhante a literatura jurídica daquele país nesse setor ⁽⁷⁶⁾.

55 — É sensível a desproporção que vai entre a capacidade de nossos juristas e o número assaz reduzido de monografias editadas no país. Isto se observa até mesmo em relação ao direito Civil, que tem sido o ramo preferencial de nossos escritores. É natural, portanto, que, nesse gênero, não seja muito rica a produção brasileira referente ao direito comercial. Mesmo assim, podem-se apontar vários trabalhos da maior valia, já em escritos esparsos pelas *Revistas*, já sob a forma de livros.

Atento o caráter desta breve memória, não seria possível, além do mais, pela falta absoluta de tempo, enumerar tôdas as obras

76) A circunstância de ser também apreciável a produção francesa, a despeito do sistema escolar ser ali similar ao nosso, pode-se explicar, provavelmente, pelo fato de ser naquele país muito freqüente a elaboração de tese para o doutoramento em direito.

desta natureza. Por esta razão, e tal como se vem procedendo relativamente a muitos outros pontos, far-se-á ligeira indicação de alguns desses trabalhos, produzidos nesses cem anos de vida do Código.

Pela ordem de data, lembram-se os escritos de SILVA RAMOS "Apontamentos Jurídicos sobre Contratos", publicado em 1861, e LIBERATO BARROSO "Contratos e Obrigações Mercantis", editado em 1871. Em 1883 e 1886, SILVA COSTA escreveu os magníficos trabalhos: "Seguros Marítimos e Terrestres" e "Contrato de Conta Corrente", que são, até hoje, livros de grande merecimento. ALCANTARA MACHADO, professor ilustre da veneranda "Faculdade de Direito de São Paulo, produziu em 1893, a monografia "O Momento de formação dos contratos por correspondência", assunto de que se ocuparam, posteriormente, CAETANO DA FONSECA COSTA, em 1918, e BRENO FISCHER, em 1937, êste de maneira mais desenvolvida do que os precedentes. Em edição póstuma, apareceu em 1896, a obra de ALMEIDA OLIVEIRA — "A Prescrição em Direito Civil e Comercial", assunto sobre o qual NUMA DO VALLE também escreveu, em 1918. Êsse autor, advogado de renome em São Paulo, escreveu ainda sobre "Seguro Marítimo", "Contrato de Risco" e "Avarias Marítimas". PAULO SALGADO editou, em 1911, a tese "Sociedade em Participação", com que concorreu a livre docência da Faculdade de Recife. Em 1919, WALDEMAR FERREIRA publicou a dissertação de concurso "O menor Comerciante", porventura o melhor trabalho que possuímos, até hoje, sobre êste tema. A êsse consagrado mestre de direito comercial, devem as letras jurídicas pátrias, além de muitos outros livros de subido valor, os seguintes: "A Hipoteca Naval", tese de concurso, publicada em 1919; "Sociedades Comerciais Irregulares", 1927; "O Comércio Marítimo e o Navio", 1931; "Compêndio de Sociedades Mercantis", em três grossos volumes, e já em terceira edição, 1940. E, ainda, as "Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro", livro êste que enfeixa as magistras conferências, que realizou na sala dos "Atos Grandes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, durante o ano de 1933, quando em Portugal estava exilado por motivo da Revolução Constitucionalista de São Paulo, de 1932, movimento no qual fôra figura proeminente e a cujos ideais guarda nobre fidelidade. Dentre tantos e magníficos livros, que têm saído da pena desse fecundo e doutíssimo professor, êste último tem um lugar à parte. É, sem dúvida alguma, o mais arguto e bem lançado estudo sobre a gênese e evolução do direito mercantil brasileiro. Desde 1933, ninguém poderá versar semelhante assunto sem ter presente "As Diretrizes" que o mestre fixou. STOLL GONÇALVES escreveu a monografia "Do Seguro Marítimo de Merca-

doria”; GOMES DE OLIVEIRA — “Sociedades Irregulares”; Honório Fernandes Monteiro, a dissertação para concurso à livre docência da Faculdade de São Paulo, sob o título “Da Mulher casada Comerciante”. JOSÉ CANDIDO DE LACERDA editou a monografia já citada “Natureza e Efeitos do Contrato de Ajuste”.

56 — Aqui estão algumas, das muitas obras com que se enriquece a literatura jurídica mercantil. Esta magnífica produção intelectual se, por um lado, revela a esplêndida cultura de nossos escritores, nos variados gêneros de comentários, cursos expositivos, tratados, monografias e escritos diversos, pelo outro, evidencia também o excelente material que lhe forneceu o vetusto Código do Comércio. Na exuberância e plasticidade de suas disposições puderam êsses autores encontrar sugestões prestadias para tantos e tão variados trabalhos. Vem isso comprovar o justo e autorizado conceito de CARVALHO DE MENDONÇA (77) de que: “O Código de 1850 nunca embarçou o progresso do nosso direito comercial”.

Para glória de seus elaboradores e para honra nossa, tivemos a suprema ventura de assistir ao Centenário de sua brilhante e benfazeja existência!

Bendigamos os bons fados por nos terem livrado, sabe Deus de que nova Lei mercantil, imposta, talvez, à consciência jurídica da nação, à revelia completa de suas tradições, de seu sentir, somente para satisfação de um credo, ou orgulho de uma escola!...

X

O CÓDIGO NA JURISPRUDÊNCIA

57 — Fugiria dos moldes desta breve memória descrever como foi o Código interpretado e aplicado pelos tribunais, nesses cem anos de sua vigência. É estudo êste que certamente ainda se fará e do qual advirão grandes benefícios para a exata definição das tendências do direito mercantil pátrio, no curso de sua fecunda e laboriosa evolução.

A projetada reforma do vetusto Código, para que seja obra assente na realidade brasileira, terá de levar muito em conta êsse direito vivo, tal como o têm revelado as decisões judiciais.

Neste sentido, não se pode tomar à letra o conceito do insigne LAFAIETTE RODRIGUES PEREIRA, quando chamou aos julgados dos tribunais, no seu tempo, “acervo informe de contradições

77) Revista dos Tribunais, vol. 72, pg. 320.

e incoerências, que não exprimem tendência alguma, nem o predomínio de rigor científico, nem o afrouxamento da equidade prática”.

Preciso é que se compreenda quais os motivos que teriam corrido para o menor relêvo dessa jurisprudência, assim tão rudemente julgada pelo sábio jurisconsulto. Já que se disqueteia de coisas do passado, talvez venham ao propósito algumas observações, para que os jovens de hoje melhor interpretem os fatos de outrora.

58 — Seria injusto supor que o conceito desprimoroso, atribuído às decisões da magistratura de antanho, correspondesse, na sua generalidade, a um juízo de valor sôbre a cultura e integridade de seus componentes. É isto porque muitos foram os magistrados que se notabilizaram pelo saber, como inúmeros foram, também, os julgados que consagraram teses jurídicas da maior relevância.

A causa principal por que a jurisprudência, no passado, não assumira a importância que veio a ter posteriormente, decorre da diversa noção em que era tida a função judicante. Esta, nas suas origens, foi, como se sabe, prerrogativa realenga. Quando, após longa evolução, a missão de julgar foi cometida a órgão especializado e, já nos sistemas democráticos, a um dos poderes do Estado, êste poder, ainda que com a garantia constitucional de sua independência, se considerou, por força da tradição, como delegatário de prerrogativa pertencente ao soberano.

Pode-se ver na Carta Magna do Império brasileiro que o Poder Judiciário fôra alçado à categoria de “poder independente”, sendo assegurada aos juizes de direito vitalidade; e, posteriormente, pela Lei de 3 de dezembro de 1841, inamovibilidade, salvo a promoção por acesso ou remoção por manifesta conveniência do interesse público.

Do ponto de vista legal, pois, nada lhe faltava para que, na interpretação e aplicação da lei, atuasse de modo soberano. Sem embargo disso, os tribunais preferiam, nos casos concretos, consultar o Governo, através do Ministério da Justiça, para dêle receber, por meio de aviso ou portaria, a interpretação dos textos legais.

Semelhante praxe talvez não fôsse motivada por preguiça mental ou falta de exação funcional, mas recebida, aceita, e até mesmo, por vêzes, diretamente provocada pelos próprios julgadores, como coisa normalíssima. É que o pensamento do ministro da Justiça ou do Conselho do Estado era havido, então, e em certo sentido, como do próprio Imperador, de quem, afinal, e conforme a origem histórica da instituição, provinha a faculdade de julgar.

A força da tradição, fortemente radicada na consciência dos juizes, os levava a abdicar, ainda que não intencionalmente (78), da autoridade de que estavam investidos.

78) Em sentido contrário. CARVALHO DE MENDONÇA (Tratado, 2.ª ed. vol. 2, pg. 22).

Se o progresso das teorias do direito público já tinha superado a crença do poder absoluto dos reis, a concepção de sua inviolabilidade, porém, parece que era de molde a alimentar ainda aquela crença.

Aliás, dita prática administrativa, tão justamente censurada tempo depois, estava em perfeita consonância com semelhante ordem de idéias.

Neste nosso século, pudemos ver exemplos prestados de como nos regimes políticos, em que os chefes de Estados se vestem de atributos excepcionais, o direito passa a ser pura expressão de sua vontade onipotente. Então, simples despachos, avisos, decretos ou, até mesmo declarações, revogam leis, fazem coisa julgada ou cassam decisões dos tribunais!... (79)

De resto, só ao fim do século passado, é que tomou corpo a corrente doutrinária que atribui à jurisprudência função inovadora, até de certo modo, criadora. Mercê desta concepção, e também do constante fortalecimento da autonomia e independência dos juizes, os julgados começaram a ter mais cuidadosa e jurídica motivação. Estancados, em 1891, os avisos e portarias ministeriais de que já se falou, a ação dos tribunais entrou a ser exercida de maneira mais profícua para o direito em geral.

59 — No que concerne ao direito mercantil, é mister não olvidar que, dado o seu tecnicismo e a índole consuetudinária de muitas de suas instituições, nem sempre os magistrados de carreira puderam resolver, com a desejada acuidade, os casos que lhes foram submetidos. Muitas vezes lhes faltou a exata percepção do fato e daí as decisões incongruentes, de que os repertórios estão cheios. Faltava-lhes, as mais das vezes, além desse conhecimento da prática mercantil, a obra esclarecedora da doutrina, que, no plano teórico, viria suprir aquela deficiência. É que, como já se viu, a doutrina comercialista brasileira tardou muito a aparecer.

Talvez por isso mesmo, os primeiros e mais significativos julgados, em face do Código hoje centenário, devem-se aos Tribunais do Comércio, que eram de composição mista, nêles tendo assento juizes letrados e comerciantes.

Não sendo possível, como já foi esclarecido, estudar toda a jurisprudência brasileira sobre matéria comercial, tomar-se-ão, ao acaso, alguns exemplos sobre um número limitadíssimo de instituições. E, mesmo assim, far-se-á ligeiro transunto, para dar uma idéia assaz geral do objeto deste capítulo.

79) Entre nós, muitos são os exemplos que se podem apontar, durante o chamado "Estado Novo", inclusive de ato baixado pelo ditador, cessando acórdão do Supremo Tribunal Federal!... Na Monarquia, nunca se viu coisa igual!...

60 — O primeiro golpe assentado contra a letra do Código foi, ao que parece, o assento n.º VII, de 6 de julho de 1857, apenas seis anos, portanto, após ter êle entrado em vigor, pelo qual o Tribunal do Comércio da Côrte, ouvidos os demais congêneres, assentava, em caráter geral, que a exigência de nomeação por escrito dos prepostos e o arquivamento dela no Registro do Comércio tinham caído em desuso.

Bem que traduzindo a realidade objetiva, semelhante assento não podia, como é óbvio, derogar a lei. A partir de então, e sobretudo depois que a justiça ordinária passou a conhecer de tôdas as questões mercantis, a jurisprudência andou ao léu. Ora se julgava na conformidade do assento e contra a literal disposição do Código; ora se decidia nos termos dêste, repelindo-se, conseqüentemente, a tese daquele. Assim oscilava a jurisprudência, embora a doutrina do Tribunal do Comércio, muitíssimos anos depois, tivesse sido prestigiada, em parte e limitadamente à falência, pelo decr. n.º 859 de 1902.

Sem embargo disso, fora da hipótese de concurso falencial, o problema continuou a ser diversamente encarado pelos tribunais. Somente em 1928, pela Lei n.º 5.571, é que a doutrina do antigo Tribunal do Comércio teve inteira consagração legal. Vê-se, pois, quão demorada foi a providência legislativa, instantemente reclamada, para coadunar a lei mercantil com a realidade da vida.

Do mesmo Tribunal do Comércio foi o parecer emitido em 1851, que motivou o Aviso n.º 16, de janeiro do ano subsequente, pelo qual o ministro da Justiça EUZÉBIO DE QUEIROZ, que referendara o Código, esclarecia, ao presidente da Província do Maranhão, que a jurisdição comercial não constituía prerrogativa dos comerciantes matriculados, mas privilégio "das causas comerciais". Dessarte, a ela ficavam sujeitos todos os comerciantes matriculados ou não.

Esse pronunciamento daquele Tribunal do Comércio da Côrte veio contribuir para a ulterior construção da teoria dos atos de comércio objetivos, aperfeiçoando as idéias, algum tanto imprecisas, exaradas no Título Único do Código e no seu Regulamento n.º 737.

Outro problema da maior relevância foi resolvido pelo assento de 1857, por via do qual o Colégio Judiciário da Côrte, de acôrdo com os da Bahia, Pernambuco e Maranhão, decidia que as disposições do capítulo II do Código eram extensivas a todos os comerciantes, quer matriculados, quer não. Firmava-se, assim, o princípio de que referidas disposições eram ditadas por motivo de tutela do comércio e não pròpriamente, como favor concedido a uma categoria particular de comerciantes. O alcance desse assento bem se pode avaliar, além do mais, pelas sanções a que ficavam sujeitos,

no caso de litígio ou de quebra, quaisquer comerciantes (arts. 20 e 801).

Graças à exata inteligência, dada pelos mesmos Tribunais, aos arts. 4, 21, 797, 805 do Código, 343, do Reg. n.º 737 e 184 do Reg. n.º 738, foi possível à doutrina elaborar a classificação dos comerciantes em comerciantes regulares e irregulares, traçando, outrossim, a característica diferencial de uns e outros.

Para a configuração jurídica de comerciante, também muito préstimo teve a jurisprudência dos tribunais. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 1874, decidia que a prática isolada de ato de comércio não dá a qualidade de comerciante. Este qualificativo adquire aquêlê que, nos têrmos do art. 4.º do Código, pratica, reiterada e habitualmente, atos dessa natureza.

61 — Acêrca da função predominante declaratória do registro, em relação ao contrato de sociedade, deve-se, igualmente, aos tribunais, a concepção de gozar a sociedade irregular de personalidade jurídica (80).

Como bem disse TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (81), essa conquista doutrinária e jurisprudencial se funda na óbvia consideração de que “as formalidades do registro ou arquivamento e publicidade não são elementos que entram no processo constitutivo da pessoa jurídica, e sim atos complementares destinados, antes de tudo, a provar a existência legal da sociedade, a sua perfeita adaptação à forma de que se reveste”.

A idéia de personalidade jurídica dos entes coletivos mercantis, sò timidamente esboçada pelo Código, de acôrdo, aliás, com o estado de adiantamento das concepções jurídicas do tempo, cedo foi abraçada pela jurisprudência, que lhe deu consagração prática, muito antes de vir a ser plasmada no direito positivo.

A ação esclarecida e fecunda dos tribunais se deve, também, o reconhecimento da prática contratual, inspirada nos arts. 291 e 302 do Código, consoante a qual a morte, incapacidade, ou despedida de sócio não afetava à sociedade, que continuava a subsistir. Como particular aplicação desses textos, se formou o princípio, só em nossos dias convertido em lei (82), segundo o qual se garante a sobrevivência do ente societário, não apenas em face de acontecimento que diga respeito a qualquer de seus membros, como, ainda, se arma a coletividade, de poderes para eliminar da agremiação, aquêlê que a esta se tenha tornado pernicioso.

A exclusão de sócio, em casos precisos, por deliberação maio-

80) De modo contrário pensam escritores de nota e decidem alguns julgados.

81) Revista Forense, vol. 92, pg. 637.

82) Cód. Proc. Civil, art. 668.

ritária, foi outra conquista propiciada pelas excelentes disposições do Código e inteligente aplicação, por parte dos juizes.

62 — Relativamente às operações bancárias, o Código, prudentemente, se limitou a exarar princípios gerais (art. 120). Deu larga margem à prática contratual, que se veio formando pelo influxo de usos comerciais trazidos pelos bancos estrangeiros, que entraram a operar no país. Esses usos, aqui afeiçoados ao nosso meio, foram esclarecidos, pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, já em 1878, decidia-se que, nos têrmos dos arts. 120 e 255 do Código, a negociação de letras nos bancos, se regulava pela convenção das partes e não pela natureza particular dos próprios títulos. Semelhante asserto pode ser encarado como ponto de partida para a construção da teoria autônoma dessa categoria negocial, de índole predominantemente mercantil, como já a conceituava o art. 19 do Reg. n.º 737. Permitiu, também, a fecunda elaboração da prática contratual, sem os inconvenientes a que conduziria a regulamentação legal casuística, nem sempre consultando as verdadeiras e novas exigências do tráfico.

A exemplo dos demais códigos da época, também o nosso não disciplinou o contrato de conta corrente. À prática mercantil, à jurisprudência e à doutrina deve-se a elaboração dêsse importante instrumento de relações creditícias, que só muito posteriormente entrou para o quadro da legislação.

Isso não obstante, já em 1866, o Tribunal do Comércio da Côrte, em notável julgado, assentava: “a conta corrente não é simples quadro de operações, produz efeitos importantes e modifica os direitos primitivos das partes; com efeito, segundo os princípios que regem esta matéria, eminentemente comercial, a inserção de um artigo em conta corrente tem por efeito operar uma espécie de novação, no sentido de ficar confundido com os mais elementos da conta particular, que primitivamente existia, e de não poder mais ser separado; não se tem mais em atenção a sua origem e natureza; todos e quaisquer avanços, que fizerem as partes, vão confundir-se na conta corrente para darem um saldo único, isto é, uma dívida nova essencialmente comercial, qualquer que seja a origem ou natureza dos diversos elementos, que nela entraram e é dêste título que provém a ação do credor e não dos diversos contratos, que produziram cada artigo da conta corrente.”

Como se vê, êste douto aresto, filiado, embora, ao ensinamento dos que sustentavam o efeito novativo da conta corrente, lição que era, de resto, a mais generalizada ao tempo, revela já nítida percepção do contrato em análise. Põe de manifesto, e com muita acuidade, os extremos diferenciais dessa figura contratual, acentuando-lhe as características principais de autonomia, indivizibilidade e absor-

ção, efeito, este último, que se coaduna perfeitamente com a regra posta no art. 445 do Código do Comércio.

Forçoso é reconhecer que as judiciosas considerações expendidas naquela decisão representavam já contribuição de alta valia para os estudos ulteriores, que a doutrina veio a realizar.

63 — Em tema de compra e venda, os legisladores do Código viram-se na contingência de inovar a fundo o direito civil vigente, representado, então, pelas escassas e confusas disposições das Ordenações Filipinas e algumas leis extravagantes. Fiel à tradição do direito reinol, que atribuía efeitos meramente obrigacionais ao contrato e fazia depender a transferência da propriedade da tradição, assim o conceituou a Lei mercantil de 1850. Foi esta colhêr nos Códigos espanhol e português as normas com que regulamentou a compra e venda. E, ainda que lhe consagrasse vários textos, em razão mesmo da relevância que tal contrato assume na vida mercantil, não esgotou a matéria.

Sem falar em figuras afins, como o reporte, o contrato de fornecimento, as operações a têrmo, que só muito depois entraram para a nossa legislação, o Código emitiu algumas modalidades que a prática dos negócios já conhecia e a sua constante expansão ia criando.

Era natural, portanto, que acêrca dêsses pontos se fizesse sentir a obra da jurisprudência.

Neste sentido, registram-se interessantes julgados, dentre outros, os em que se pode ver a nítida distinção entre compra e venda e contrato estimatório; os em que se cuida de venda sob amostras, experimentação e ensaio, os relativos ao significado das cláusulas *Cif* e *Fob*, os referentes à retenção em trânsito e tantos outros, que muito contribuíram para o aperfeiçoamento do instituto.

64 — Sôbre o contrato de transporte terrestre, o Código consagrou as normas constantes dos artigos 99, a 118, onde, de maneira promíscua, tratou, em conjunto do terrestre, do fluvial e lacustre. Tendo presente os veículos então em uso, (carros de tração animal, canoas, lanchas e faluas), só a êstes aludiu, definindo as pessoas que exerciam a exploração lucrativa dêsse transporte, mediante aluguel, frete, ou comissão, como condutores de gêneros e comissários de transporte, inscrevendo-os, por isto, na categoria de agentes auxiliares do comércio.

Bem que confundisse figuras distintas, como são transportador e comissário e não desse, também, contornos precisos a tão importante contrato, mesmo assim, o Código lhe reservou algumas normas que, durante mais de 60 anos, foram as únicas existentes em nosso direito positivo.

Se, ao plantarem-se os primeiros marcos de nosso sistema ferroviário, poucos anos após à promulgação do Código, já algumas regras de caráter regulamentar vieram a ser adotadas, foram precisas muitas décadas para que, pela Lei de 1912, (83), se completassem as deficientes disposições do Código do Comércio.

Compreensível é, pois, que, em tão dilatado período, a jurisprudência tivesse de ampliar as prescrições da Lei mercantil, para acomodá-las às novas exigências que se faziam sentir, em face de um sistema de transporte, sobretudo urbano, que não pudera entrar nas cogitações dos elaboradores do Código, no remoto ano de 1832.

Vêzes sem conta, os tribunais tiveram de aplicar, por analogia, as normas ditadas pelo Código Comercial, para decretar a responsabilidade contratual em matéria de transporte de espécie diversa da prevista naquele diploma. E fizeram-no, até, no transporte de pessoas, para o qual sômente na segunda parte do Código e, como sub-espécie de fretamento, havia algumas disposições.

Dentre êsses julgados, um do antigo Tribunal de Justiça de São Paulo, de 1904, proclamava a culpa contratual da transportadora por acidente sofrido por passageiro, acentuando que, em se tratando de “culpa contratual, especialmente de empresários de transporte, a êstes cumpre provar que o desastre havido foi devido ao caso fortuito, para se exonerar da condenação”.

Fazia-se, dessarte, aplicação das regras editadas nos arts. 99 e segts. do Código, regras estas que, entretanto, eram endereçadas, exclusivamente, ao transporte de coisas.

A constatação dêsse fato não escapou à arguta observação de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, quando na sua erudita conferência “A Evolução do Direito Comercial Brasileiro”, realizada no Instituto dos Advogados de São Paulo (84), salientou: “No que se refere ao contrato de transporte de pessoa ou coisas, por exemplo, a exploração comercial de novos veículos ou meios de locomoção, determinou a extensão analógica das regras sôbre a navegação marítima à navegação aérea”.

65 — Por êste rápido apanhado pode-se ver quão prestimoso foi o Código hoje centenário para a obra de renovação e atualização do direito mercantil pátrio, graças à operosa e inteligente atuação de seus intérpretes e aplicadores.

Se digna de nota foi a contribuição dêstes, àqueles e não pode obscurecer o mérito de haver para isso concorrido eficazmente.

83) Como e sabe, foi pela Lei n.º 2.681, de 7-12-912, que se definiu a responsabilidade das empresas de transporte ferroviário.

84) Revista Forense, vol. 92, pg. 640.

Não fôsse a excelência de suas disposições, e bem mais modesto teria sido o progresso alcançado nesse particular, mesmo reconhecendo, como é de tôda justiça, a ação criadora da jurisprudência. E' que, sem um mínimo de ânimo, na preceituação positiva, os tribunais não estariam no campo da interpretação analógica, mas a enveredar para a órbita do legislador, o que não parece recomendável por motivos óbvios.

A par de outros inconvenientes de intuitiva evidência haveria ainda o perigo, pela falta de adequado ponto de referência, de fazer-se a indevida transplantação de princípios alienígenas que, entre nós, talvez se aclimatassem mal.

Neste sentido, merecem ser meditadas estas lúcidas e profundas observações de EURICO TULLIO LIEBMAN ⁽⁸⁵⁾: "... essa transposição de uma doutrina jurídica para interpretação de direito positivo diverso encerra também perigo que se deve cuidadosamente evitar: o de atribuir aos conceitos doutrinários valor absoluto, valor de princípios jurídicos, que êles não têm, até o ponto de fazê-los prevalecer sôbre as disposições, o espírito ou a tradição histórica do próprio direito positivo. Esse procedimento, além de ilegítimo, pode levar a conseqüências de certa gravidade; com efeito, o conjunto das leis dum país forma um sistema fechado e possui seu equilíbrio interior, possível de ser perturbado pela irrupção violenta de doutrinas que bem podem ter sua justificação, e mesmo seus contrapesos ou compensações, sômente no ambiente em que foram ideadas. Por isso, as doutrinas estrangeiras podem ser utilizadas na interpretação do direito racional, unicamente na medida em que se ajustam às suas várias disposições e ao conjunto delas, ou interpretem uma sua efetiva tendência evolutiva, ou ainda quando refletem novas aspirações da sociedade humana, em uma palavra, quando esclareçam e revelem fenômeno jurídico realmente existente no corpo social ao qual se pretendem aplicar."

Meditem, pois, os jovens sôbre êsses conselhos do sábio professor, quando hajam de utilizar-se de doutrinas estrangeiras. Muitos são os perigos a que pode conduzir a forçada enxertia de conceitos vindos de fora no direito nacional. Procurem seguir sempre a conduta de nossos comercialistas mais qualificados, que embebem seus ensinamentos no genuíno espírito das instituições jurídicas nativas, imprimindo-lhes acentuado cunho de brasilidade, sem desprêzo da valiosa contribuição que nos podem dar a experiência e o saber de outros povos.

85) Eficácia e Autoridade da Sentença, pg. 6.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: BRUNO DE MENDONÇA LIMA

O eminente prof. Hernani Estrela, catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, contribui para os trabalhos do Congresso com um notável estudo de História do Direito Comercial, a que denominou "O Código Comercial no Século". Trata-se de uma excelente monografia, em dez capítulos, que assim se intitulam:

- 1.º — Centenário de Códigos.
- 2.º — O Código e as tentativas de reforma.
- 3.º — O Segrêdo da vitalidade do Código.
- 4.º — O Código — Precoce e persistente aspiração de classe.
- 5.º — As linhas mestras do Código.
- 6.º — O Código e o Direito Civil.
- 7.º — O Código e o Direito do Trabalho.
- 8.º — O Código e o Direito Processual.
- 9.º — A Doutrina e o Código.
- 10.º — O Código na Jurisprudência.

E' impossível fazer um resumo de tão interessante contribuição, sem prejudicar enormemente o brilho de sua exposição. Tentarei, entretanto, fazer um breve relatório da obra, ressaltando o que nela haja de mais relevância, convencido embora de que êsse relatório não poderá dar idéia exata do valor do trabalho em exame.

1 — No capítulo 1.º se faz referência aos dois Códigos franceses que também atingiram o seu centenário. Mostra a excelência do Código de Comércio do Brasil, e a sua resistente vitalidade, que permitiu atravessasse êle as profundas modificações da vida política, econômica e comercial do Brasil e atingisse a metade do século XX.

2 — O capítulo 2.º aborda as tentativas de reforma do Código e as vicissitudes que têm impedido essa reforma, tantas vêzes resolvida e planejada. Relata as tentativas de unificação do Direito Privado, feitas por Teixeira de Freitas, ao elaborar um projeto de Código Civil, e por Inglês de Souza, ao elaborar um projeto de Código Comercial. Mostra a influência do notável e erudito parecer de João Mangabeira, quando a Câmara dos Deputados teve oportunidade de manifestar-se sôbre a preliminar da unificação. Refere-se à Comissão Legislativa, instituída pela Revolução de 30, da qual, na Subcomissão de Direito Comercial, faziam parte Waldemar Ferreira, Tar-

gino Ribeiro e Raúl Fernandes. Essa subcomissão ficou em breve desfalcada de dois de seus membros, um incompatibilizado com a Ditadura, e outro convencido talvez da inutilidade de seu esforço. A renovação da Comissão não trouxe maior resultado, a meu ver, pelo erro inicial que seria o de se elaborarem Códigos, quando não se tinha uma Constituição, de modo que numerosas disposições do Código correriam o risco de se tornarem inconstitucionais.

A nova fase constitucional de 1934 a 1937 foi assaz curta para permitir uma atividade legislativa eficiente. Estabelecida nova ditadura, com o Estado Novo, houve a tentativa de se unificar o Direito das Obrigações, na qual teve atuação de relêvo o professor Filadelfo Azevedo, ministro da Corte Suprema. Mas tal projeto não chegou a se converter em lei, e ficou pôsto de lado na nova ordem constitucional. Recentemente o ministro Adroaldo Mesquita da Costa tentou a reforma, que tencionava fôsse decretada no dia do centenário. O esboço de reforma, confiado ao desembargador Florêncio de Abreu, só foi publicado em março de 1949.

Observa o autor ser deveras surpreendente a vitalidade do Código, num país cuja ordem jurídica tem sofrido tão rudes golpes, e a isso me permito acrescentar que a surpresa é maior ainda ao se verificar que em menos de 60 anos vigoraram no país seis constituições.

3 — O capítulo 3.º aborda a explicação da vitalidade do Código. No capítulo anterior já se mostraram as vicissitudes que, contra a vontade dos homens, impediram a reforma, e isso em parte explica a vitalidade de um Código que teria cessado desde a monarquia, se o intento de Teixeira de Freitas tivesse sido levado adiante. A explicação do autor consiste em atribuir a persistência do Código à *sisuda meditação e sábia lentidão* com que temos legislado em matéria de Códigos (haja vista que esperamos quase 100 anos pelo Código Civil), segundo o conselho de Gonçalves Ledo, relatado por Inglês de Sousa. A mim me parece que a vitalidade do Código se deve explicar também pelas contínuas modificações parciais que o foram adaptando às novas circunstâncias, a ponto de que só uma pequena parte do Código continua intata, mas essa sem dúvida de natureza substancial para a estrutura do nosso Direito Mercantil. Sem tais modificações seria impossível que o Código tivesse resistido à ação do tempo. Fêz-se aliás o que se tem feito com os edifícios e construções que têm atravessado os séculos: obras de reforma, de conservação e de adaptação.

4 — O capítulo 4.º nos apresenta o Código como uma persistente, embora prematura aspiração da classe comercial. Ressalta a atitude da Junta Ultramarina de Comércio e de Navegação que, mesmo antes da Independência, incumbia José da Silva Lisboa de ela-

borar um projeto de Código Comercial. Salienta a circunstância de não haver a Constituição do Império cogitado de Código de Comércio, o que não impediu que fôsse êle decretado antes dos demais Códigos previstas pela Carta Imperial, e que a Monarquia desaparecesse sem nos dar um Código Civil.

5 — O capítulo 5.º traça as linhas mestras do Código, salientando o seu caráter de universalidade, de modo a aceitar de maneira geral os usos e costumes das nações civilizadas. Frisa o caráter de Direito excepcional que tem o Direito Mercantil em relação ao Direito Civil, e a necessidade que os elaboradores do Código sentiram de criar tribunais especiais para o comércio, o que a prática entretanto demonstrou não ser tão necessário quanto parecia, o que afinal motivou a sua abolição.

6 — O capítulo 6.º mostra a notável influência do Código de Comércio no Direito Civil não codificado, inclusive no Direito da Família, notadamente no que se refere à emancipação e aos direitos da mulher. Salienta que muitos preceitos do Código foram mesmo estendidos pela jurisprudência e pela doutrina ao Direito Civil, a tal ponto que a Consolidação das Leis Civas de Carlos de Carvalho tem diversos dispositivos tirados do Código de Comércio.

7 — O capítulo 7.º estuda, muitas vezes com grande originalidade, o elemento ancestral do nosso Direito do Trabalho no Direito Comercial. Mostra que foi na legislação do comércio, principalmente no Direito Marítimo, que se encontram as primeiras leis de proteção aos trabalhadores, desde o famoso Código de Hamurabi, promulgado há cerca de quatro mil anos, até o nosso próprio Código de Comércio. A proteção dos marinheiros, consubstanciada no salário mínimo, na participação nos lucros, no auxílio-doença e nas indenizações por acidentes, já se encontram no nosso Direito Marítimo anterior ao Código. E no Código se encontram em germe e às vezes até em completo desenvolvimento, a carteira profissional (título de nomeação), o auxílio enfermidade, a indenização de acidentes do trabalho, o aviso prévio, o conceito de despedida justa, e até a participação nos lucros, considerando-se o trabalho como um capital nas sociedades de capital e indústria.

8 — O capítulo 8.º estuda a influência do Código sobre o Direito Judiciário. Se os comerciantes, tendo um Código, não tivessem um processo adaptado a êle, para solução de seus litígios, grande parte da eficiência do Código ficaria perdida. Mostra a falta de uma doutrina processual brasileira ao tempo do Código e a dependência em que estávamos dos praxistas lusitanos. Encarece a importância do Reg. 737 de 1850, como o primeiro monumento legislativo processual do Brasil, que, embora a pretexto de regulamentar um título

do Código, instituiu na verdade um direito processual novo, e tão adiantado que persistiu até 1940, e serviu de paradigma para todos os Códigos de Processo dos Estados. Refere-se à Consolidação de Ribas, um supletivo do Código de Processo que foi, às obras de Paula Batista e Seve Navarro, que estabeleceram a doutrina brasileira, e prepararam a adaptação do processo comercial às exigências do fóro civil, tanto mais quanto já haviam desaparecido os tribunais especiais do comércio, adaptação essa concluída e posta em vigor pelo 1.º Govêrno Provisório, sob as inspirações de Campos Sales. Não esquece o notável Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul, elaborado por uma Comissão de Professôres da então Faculdade Livre de Direito de Pôrto Alegre.

9 — O capítulo 9.º trata da doutrina em relação ao Código. Expõe como tardou, no Brasil, o aparecimento de obras de Direito Comercial, em embargo do notável tratado de José Francisco Lisboa, que Ascarelli classifica como uma das obras mais perfeitas de seu tempo. Refuta a explicação de Ribas Carneiro, que vê no gôsto pelo estudo do Direito Romano o desprêzo pelo Direito Comercial, naquela época, pois demonstra que na Idade Média os mercantilistas iam buscar no próprio Direito Romano as classificações e os tipos para os institutos de Direito Comercial, que então se estava formando. E também não aceita a explicação, por outros sugerida, de ser então comércio exercido quase somente por estrangeiros. E aceita como causa do pouco interêsse pelo Direito Comercial o fato de sermos então um povo quase que exclusivamente agrícola, com um comércio insignificante, e sem indústrias.

Faz uma excelente sistematização de nossa bibliografia, pondo em relêvo as obras dos comentaristas, dos quais o mais antigo foi o Conselheiro Orlando, juiz em Pôrto Alegre; refere-se às exposições parciais do Direito Comercial, os cursos expositivos de caráter didático, os tratados gerais, as obras especializadas de Direito Marítimo e as monografias. Salienta, entre outros trabalhos, os de Inglês de Sousa, Silva Costa, Carvalho de Mendonça e os do nosso ilustre presidente Waldemar Ferreira, cujas obras figuram, não só entre os cursos expositivos, como nos tratados e nas monografias. Mas não cita uma notável monografia que êle próprio dr. Estrella escreveu sobre Ação de Locupletamento no Direito Cambial, trabalho êsse que tem influído decisivamente na aplicação do Direito Positivo, pela freqüência com que serve de fundamento às decisões dos tribunais.

10 — O último capítulo se refere à jurisprudência. Recorda o uso dos antigos juizes pedirem ao Govêrno a solução das dúvidas na aplicação da lei, dúvidas essas geralmente resolvidas mediante consulta do Conselho de Estado, o que provocou uma jurisprudência de "avisos", só abolida com a proclamação da República. Mostra a gran-

de influência da jurisprudência na aplicação, prática do Código e até mesmo decisões até certo ponto revocatórias do Código, como as tamadas sôbre nomeação de prepostos e matrícula de comerciantes. Salienta, com Liebman, o perigo da aceitação irrefletida da doutrina e da jurisprudência de outros povos, que às vêzes não se harmonizam com a sistemática de nosso Direito. E adverte dêsse perigo os jovens estudiosos de Direito.

Feito assim um imperfeito resumo do trabalho do professor Estrella, passo a emitir a respeito dêle minha desvaliosa opinião.

Trata-se de uma síntese primorosa da evolução do nosso Direito Comercial desde a promulgação do Código até nossos dias, escrita com o método, a clareza e a segurança que são as características dos grandes professôres. Representa assim uma homenagem à altura daqueles que contribuíram para a elaboração do Código e para o seu aperfeiçoamento em cem anos de existência.

O trabalho não contém conclusões que devam ser votadas, dado o seu caráter predominante de exposição histórica. O ilustre autor confirma o alto conceito em que é tido entre os nossos intelectuais, mostra-se um professor de verdade, que está ao par de tudo quanto se publica na sua especialidade, e leva sua largueza de visão e a sua probidade intelectual até o ponto de aproveitar, não só os ensinamentos de grandes mestres, como também até as opiniões e sugestões de escritores modestos que êle se digna comentar e apoiar, com o que, mestre que é, estimula os jovens estudiosos e os homens de boa vontade.

Penso que o Congresso se deve pronunciar no sentido de reconhecer o valor excepcional do trabalho apresentado pelo professor Hernani Estrella, e solicitar a seu ilustre autor que, tomando como base êsse trabalho, elabore uma obra de maior desenvolvimento, a ser oportunamente publicada, ainda como parte integrante das comemorações do Centenário de nosso Código de Comércio.

E' o meu parecer, que submeto aos meus doutos colegas da 3.ª Comissão aos quais peço supram as deficiências da minha exposição.

DEBATES EM PLENARIO

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola — Vamos entrar na ordem do dia. Na resenha dos trabalhos da sessão plenária de 15 de agosto, consta: "O Código Comercial no Século", de autoria do eminente Professor Hernani Estrella, relator: Professor Dr. Bruno de Mendonça Lima.

Tem a palavra, para relatar a tese, o professor Bruno de Mendonça Lima.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Exmo. Sr. Presidente, Srs. Congressistas, minhas senhoras, meus senhores.

Coube-me a honrosa missão de dar parecer sobre a tese n.º 30, de autoria do eminente professor Hernani Estrella.

A contribuição do Professor Estrella, intitula-se “O Código Comercial no Século”. Vou ler o relatório e, em seguida, meu parecer à respeito.

(LÊ o Relatório)

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Foi o resumo que pude fazer das quase 90 páginas do trabalho apreciado. Agora vou emitir o meu parecer.

(LÊ o Parecer)

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — O parecer foi aprovado com um adendo, proposto pelo nosso ilustre Presidente. Este adendo consiste em que, na sessão de encerramento do Congresso seja lido este voto da Comissão, constando, portanto, dos trabalhos de encerramento, a homenagem que a Comissão propõe se preste ao professor Hernani Estrella. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — O trabalho do professor Hernani Estrella não contém conclusões que possam ser motivo de um debate jurídico. Não obstante, como o tema é sugestivo e realmente atinente à cultura jurídica brasileira e argentina, está em discussão, para qualquer observação ou comentário a respeito.

Se não se formula nenhum comentário a respeito, vamos tratar do segundo ponto da Ordem do Dia.

O CÓDIGO COMERCIAL, O REGULAMENTO DE 737 E MAUÁ

Vicente Russomano

A efeméride, por todos os títulos gloriosa, que este Congresso Jurídico do Rio Grande do Sul evoca, merece, por sem dúvida, uma homenagem condigna, mas, também, pode receber a contribuição modesta e simples de um advogado. Ao lado da crítica cabe a eloquência, no erudito conceito de Oliveira Martins ao perfilar nas pompas farfalhantes de seu estilo incomum o “Poeta da Raça”.

Este augusto conclave de juristas patrícios presta uma homenagem expressiva à magna data rememorada.

Ao lado de estudos proficientes e de teses preñhes de erudição cabe, incontestavelmente, um singelo trabalho de exaltação, escrito, como este o é, com o coração aberto à admiração de um passado ilustrado e magnífico.

A insigne data, que este Congresso de Juristas relembra, está aureolada pela profunda, calorosa e summa admiração do nosso civismo e do nosso indestemido patriotismo.

Não há que fugir do sentimentalismo emocionante da data ou seja o primeiro centenário da promulgação do Código do Comércio do Império do Brasil. Falta-nos, reconhecêmo-lo, competência para entrajear esse trabalho com a observação de uma crítica original, mas, em compensação, sobra-nos entusiasmo, que, no caso, é chama fecunda e é também emoção criadora, para prestar este nosso culto admirativo aos nobres patrícios que elaboraram esse notável corpo de leis comerciais, e que tanto enaltece a inteligência daquela nobre e digna gente.

Rendamos, pois, preliminarmente, nosso expressivo e altissonante culto aos que souberam elevar tão soberanamente o nome do Brasil, promulgando um Código de Comércio, cuja centúria aqui comemoramos, sendo esse nosso culto um elo de ouro, forjado ao calor de nosso entusiasmo, unindo, na vida, o passado ao presente para projação de um futuro, ainda mais alto e mais fecundo, para maior grandeza e glória do BRASIL.

Este conclave de Cultura Rio-grandense também é rememorative de uma outra data, que não queremos deixar passar em olvido: relembra o cinquentenário da fundação da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre. Justo é, ontrossim, a evocação, porque tem ela a expressão de um culto profundamente humano aos que deram o primeiro impulso à criação de um centro acadêmico, que tanto cooperou para a elevação moral da brava gente dos pampas rio-grandenses.

E tão grande e tão soberba tem sido a colheita propiciada por essa vetusta Faculdade, que, se não fôsse o receio de modificar o nosso primeiro propósito, bem poderíamos escrever um simples trabalho, sob a rubrica "A Faculdade de Direito de Pôrto Alegre e o seu Destino Histórico".

Incontestavelmente a velha e respeitável Faculdade de Direito é um centro de gravitação histórica do nosso amado cêspede natal e foi o primeiro núcleo formador dessa invejável cultura acadêmica que o Rio Grande ostenta no talento e inteligência de seus filhos.

Nesta Faculdade tiveram início tôdas as agitações, quer social, quer ideológicas, do tormentoso início do século 19, tornando o Rio Grande do Sul a atalaia indormida da unidade política do Brasil.

Esta tese está exigindo uma meditação mais detida, mais profunda. Nosso escopo, em lembrando a data, é, apenas, mencionar a atividade incomum da Faculdade de Direito e prestar também nosso culto de saudade aos mestres eminentes André da Rocha, por tantos anos, o seu Diretor e animador, Melchisedech Matusalém Cardoso, Joaquim Ribeiro, Leonardo Macedônia, Joaquim Maurício Cardoso, Rodolfo Simch, e tantos outros, cujos nomes, embora aqui não grafados, merecem, em silêncio, a nossa veneração, respeito e gratidão.

A instalação dos Cursos Jurídicos, no Brasil, no século 19, destaca a nobre orientação dos nossos Estadistas, que bem compreenderam que o Brasil só poderia usufruir sua independência, quando o seu povo pudesse ter a facilidade de adquirir na própria Pátria os conhecimentos do ensino superior.

Houve patricios convictos da necessidade de ser facilitado êsse assunto e surgiram na Câmara dos Deputados diversos projetos, que não tiveram êxito, pois, também havia outros que se opunham a essas tentativas, porque desejavam manter o Brasil vinculado à Metrópole Portuguesa.

Finalmente foi vitorioso o projeto relatado pelo tribuno José Januário da Cunha Barboza, um dos mais operosos artífices da nossa Independência Política, e cujo projeto foi convertido em lei, aos 11 de Agosto de 1827, tendo sido referendado pelo Visconde de São Leopoldo, que fôra, aliás, o primeiro patricio a alvitrar a idéia da fundação desses cursos culturais, no Brasil.

Desmembrou-se dessarte o ensino superior de Portugal e pôde,

desde então, com as Faculdades de Recife e São Paulo, inaugurar o Brasil uma nova e esplêndida fase cultural, chegando seus benefícios até o Rio Grande do Sul, com a fundação da nossa gloriosa Faculdade de Direito, cujo cinquentenário também aqui é festejado, entre os mais expressivos aplausos de reconhecimento e gratidão.

Basta assinalar que de seus bancos acadêmicos saiu uma geração de moços idealistas e patriotas, que prestaram inestimáveis serviços ao Brasil, pregando a liberdade e a justiça social na tribuna acadêmica ou nos jornais e mesmo no Parlamento Brasileiro e na alta administração do País e se tornaram porta-vozes dessas liberdades públicas, que servem de pedestal à Glória da Pátria.

—o—

O Código Comercial do Império do Brasil é o nítido reflexo das idéias político-liberais da época. Apresenta uma fisionomia própria. Honra um País. Enobrece uma geração. Como o Código Comercial, também, a legislação criminal dêsse tempo, bem como o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal, de 1832, que, em princípio, foi um protesto do Brasil contra o odioso Livro V das famosas ordenações do Reino, tornou-se notável, como escreve alhures Aurelino Leal, "não só pela sistematização que essa famosa legislação imprimiu à justiça criminal, como carma um período brilhante na história judiciária do Brasil. Instituiu o Código Criminal, elaborado por Alves Branco, definitivamente o Hábeas-Corpus, ao qual já fazia referência o Código Criminal de 1830".

E compulsando as páginas da nossa História Política, lamentavelmente tão olvidada nos dias presentes, sentiremos como estava fortemente arraigado no sentimento popular o ideal de liberdade. Tendo o Gabinete de 23 de Março de 1841, revogado, pela lei de 3 de dezembro dêsse mesmo ano, êsses Códigos Criminais, houve, por êsse motivo, e nesse mesmo ano duas enaltecidas revoluções: a de São Paulo, onde aparece o vulto hercúleo de Padre Feijó, à frente dos reivindicadores da liberdade pública do Brasil, e a de Minas Gerais, sob o comando do excelso liberal Teófilo Ottoni; ambos ergueram, pelas armas, o protesto contra a revogação de Códigos, que eram numes tutelares das liberdades do povo Brasileiro. E se analisarmos essas conquistas do nosso país sob o prisma da conhecida escola filosófica que "considera a lei dotada de uma força própria", que, naturalmente, se transforma com o decorrer do tempo, cabendo ao intérprete verificar tais transformações, veremos que, justamente, por ter o Código de Comércio do Império do Brasil colhido preceitos genéricos de liberalismo, e, não específicos da doutrina, foi o que deu força ao Código de Comércio para vencer tão largo trecho de tempo. Foi um Código Comercial impessoal, isto é,

isento de idéias, teorias e teses preconcebidas, porque, já conceituava Planiol escrevendo sobre o Código de Napoleão, “a lei não deve ser feita somente para uso de uma geração ou para satisfação intelectual de uma escola”.

O Código de Comércio, cujo centenário memoramos, avançou e venceu, porque se afastou, inteligentemente, desse clima apaixonado e personalista, e generalizou, não particularizou, exaltou princípios flexíveis, genéricos, e não específicos e pessoais.

São efêmeras as leis redigidas em meio de tormentosos climas políticos, pois defendem esses princípios particulares, olvidando os interesses mais gerais.

Vimos que os legisladores contornaram essas dificuldades e elaboraram um Código de Comércio já de per si vencedor.

Essa tendência liberal já fôra revelada pelo Brasil, e que constituiu fato culminante da nossa história política, como fatal resultado do patriotismo, que orientava a gente do País.

E a Carta-Régia de 29 de Janeiro de 1808 precedeu, com esse contorno de independência, a própria constituição do Brasil-reino, o que se verificou com a Carta Lei de 16 de Dezembro de 1815, muito embora, já o Brasil tivesse sido, anteriormente à essa data, reconhecido reino pelas grandes potências da Europa, como no memorável Congresso de Viena, reunido logo após à derrota de Napoleão, e com o nobre propósito de recompor o mapa da Europa, retalhado pela espada de Napoleão. Nesse conclave rebrilhou o talento político de Mettanich, o “Príncipe do Equilíbrio”.

Mas, como acentua o grande Prof. Martins Júnior, na sua valiosa obra “Direito Nacional” qualquer que fôsse, porém, o móvel do Decreto de 28 de Janeiro de 1808, êle ficou sendo, nos arquivos do direito pátrio, a nossa primeira carta de alforria econômica, o título primitivo da nossa emancipação comercial. E quando, em 18 de Junho de 1814, foi ampliada a providência que êle continha, permitindo-se aos navios de tôdas as nações a livre entrada nos portos brasileiros, franqueando-se também a saída para qualquer destino das embarcações nacionais, afirmou-se a real e futura tendência do Brasil para a sua plena independência econômica-industrial”. (obr. cit. pág. 240, edição 1895).

—o—

Cada época na história tem uma fisionomia própria.

A do século em que foi elaborado o primeiro Código Comercial do Brasil não podia fugir a influência das idéias liberais do século 18.

Bosquejando-se, ainda que perfuntoriamente, a fisionomia jurídica desse período histórico a que nos estamos referindo, perceberemos

a predominância dos institutos e leis liberais e sendo o Brasil o palco de uma profunda revolução político-social.

E Martins Júnior, na obra já acima citada, constata, com profunda erudição: “Podemos pintar em dois traços a atividade legislativa do Brasil de 1808 a 1822, como afirmar a exclusiva proponderância dos institutos do direito público interno e externo: medidas políticas, administrativas, financeiras e diplomáticas”.

Daí o acerto da observação e culto reparo do consagrado Mestre Carvalho de Mendonça (J. X.), dizendo: “O Código é deficientíssimo na matéria de direito comercial”. Pleiteava, já em 1878, o insigne Mestre Teixeira de Freitas “uma reforma da nossa legislação comercial”.

Essas críticas reforçam o pensamento de que o Código de Comércio do Império do Brasil reflete as idéias avançadas da época, consolidando os lúdicos princípios liberais do comércio.

Tanto isso ressalta da Consolidação, procedida, que todos os mestres incluso Carvalho Mendonça, criticavam o nosso primeiro e único Código de Comércio como remisso aos reclamos do comércio moderno e que se orienta, hodiernamente, mais por princípios econômicos, de que legais.

Mas olvidam esses mestres que esse Código pôde vencer tão longo decurso de tempo, uma centúria, justamente porque êle refletiu os interesses mais políticos, do que econômicos, servindo assim o ideal político dessa época.

CÓDIGO COMERCIAL

O direito comercial, diz Carlos de Carvalho, no seu valioso livro “Dir. Civ. Bras. Recopilado”, é apenas um agrupamento externo”.

Desmembrou-se do direito privado para formar uma subdivisão, obedecendo ao desenvolvimento dos fatos jurídicos e das instituições econômicas que devia reger.

A flexibilidade, a mobilidade, o caráter internacional ou de universalidade das relações comerciais não se acomodavam à lentidão dos movimentos das demais instituições do direito privado.

“Explorando tôdas as relações comerciais, nas suas múltiplas e variadas funções, transporte, guarda, compra e venda, e estudada as relações de ordem econômicas e sociais, foi o comércio explorado por uma classe intermediária”.

E esse fato acrescido com as determinações histórico-políticas possibilitaram a formação de um direito comercial e a sua criação como ramo autônomo da árvore jurídica.

E sob esse clima se formou o Código de Comércio Francês, e por uma conhecidíssima lei de imitação, a influência desse Código foi grande na elaboração dos demais Códigos de Comércio do Ocidente.

A Holanda seguiu-lhe os passos, e depois a Itália, a Espanha e a Grécia, sendo que o da Espanha, de 1829, serviu de modelo ao de Portugal, e daí, por um por outro dos mencionados Códigos, aparece sua influência no Mundo Novo.

Evidentemente “o direito comercial não pode ser mais o direito de uma classe de pessoas, mas de uma certa ordem de relações humanas”. C. Carvalho.

—o—

Adamastor Lima, na sua recente obra, elogiada pelo insigne Prof. Basílio Magalhães, “Tratado do Direito Comercial”, tendo, agora, publicado a “Introdução do direito comercial”, onde estuda proficientemente a parte histórica do direito comercial do Brasil, analisa a influência do mercantilismo e livre-cambismo, depois o protecionismo, até ultimamente, o coletivismo, corporativismo e intervencionismo.

E no decurso desse trabalho afirma, com a competência que lhe reconhecem todos os mestres brasileiros: “a abertura dos portos do Brasil ao comércio exterior pela Carta Régia de 28 de Janeiro de 1808 FOI O PASSO FIRME PARA NOSSA PROJEÇÃO NO MUNDO ECONÔMICO”.

Já o Mestre Martins Júnior, no seu esquecido livro — que é de lamentar — “História do Direito Nacional” asseverara: “A Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 ficou sendo, nos arquivos do direito pátrio, A NOSSA PRIMEIRA CARTA DE ALFORRIA ECONÔMICA, O TÍTULO PRIMITIVO DA NOSSA EMANCIPAÇÃO COMERCIAL”.

Qualifica esse como primeiro título de emancipação, porque o outro, é o fato de que no Brasil “a vida comercial precedeu a civil, afirmando, com erudição: “O Brasil nasceu, pois, sob o signo do COMÉRCIO, e, pela sua posição geográfica e pelos recursos de que é dotado, HÁ DE CUMPRIR A SUA DESTINAÇÃO HISTÓRICA”.

DA HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL DO BRASIL

Já vimos acima que o Decreto de 28 de janeiro de 1808, que abriu os Portos do Brasil ao comércio das Nações amigas, assinala uma Nova Época na vida política do nosso País.

Foi, diz Martins Júnior, “o título primitivo da nossa emancipação comercial”.

Quem se dispuser a pesquisar as origens do Direito Português, que é a forma direta do Direito Brasileiro, inferirá que esse Direito de Portugal foi criado sob inspiração do Direito Romano, Germânico e Canônico.

Reflexos das invasões guerreiras da península Ibérica, pois, foi só em 1140, desmembrando-se dessa península, que Portugal adquiriu sua Independência Política, com Afonso Enrique, na batalha de Valdevez e Ourique.

Segundo a lição clara e erudita de Pontes de Miranda, uma das excelsas figuras do nosso mundo jurídico, “a influência do direito romano, foi mais política, do que moral e religiosa, e a do direito germânico, mais de ordem moral, do que política e religiosa e, finalmente, a do direito canônico, mais religiosa, do que moral e política”.

Por essa linha de evolução do nosso Direito verificar-se-á que constitui fato culminante da nossa História Política, o Decreto de 28 de janeiro de 1808, assinado por D. João 6.º, então Regente de Portugal, devido ao estado de confusão mental de D. Maria I.ª.

Sabido é que D. João 6.º se viu constrangido a procurar refúgio no Brasil, fugindo assim da invasão Napoleônica. Aportando à Bahia assinou o dito Decreto, por conselho de Visconde Cayrú, José da Silva Lisboa, que, trabalhos recentes, o consideram um instrumento da política imperialista da Inglaterra.

Mas quaisquer que sejam as críticas, a verdade é que esse Decreto assinala um grande movimento renovador político-econômico do Brasil.

Estava o mundo sob os clarões das chamas rubras do glorioso movimento de 89, e, esse movimento liberal repercutiu fortemente no Mundo Novo.

Elaborado já nos meados desse século 19, o Código de Comércio do Império do Brasil, cujo 1.º Centenário está sendo festejado, não pôde fugir ao contágio dessas idéias avançadas, e, sob essa égide, incentivou o comércio exterior, a ponto de causar ciúmes das demais grandes Nações da América do Sul, a Argentina, principalmente, e pôde assim esse Corpo de Leis avançar pelo futuro a dentro.

A capacidade dos que prepararam o “Código de Comércio”, ficou soberanamente engastada nessa obra perene de conquistas liberais do Brasil.

É essa intenção que justifica a presença de quatro comerciantes na organização desse Código, o que denuncia o propósito governamental em dotar o País de um Código útil, eficiente e prático.

Já em 1809 o Tribunal da Real Junta de Comércio encarregava Silva Lisboa de organizar o Código de Comércio.

“O Brasil ainda não havia proclamado oficialmente sua Independência e cogitava do código de comércio. Este fato merece honrosa referência”, diz Carvalho de Mendonça (J. X.).

O trabalho de Silva Lisboa, entretanto, não ofereceu material para a projetada codificação, cujos trabalhos foram iniciados em 1833, sob a Regência Permanente composta do Brigadeiro Lima e Silva, João Bráulio Muniz e José da Costa Carvalho — (Marquês de Monte Alegre).

E todo esse largo trecho que vai de 1808 até 1833 podemos classificar como os das núpcias liberais do Brasil.

Foi nesse ano de 1833 que Visconde de Sepetiba — Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho — nomeou uma comissão de quatro comerciantes, que foram: José Antonio Lisboa, Ignacio Rattton, Lourenço Westin, cônsul da Suécia, e Guilherme Midosi, para cooperarem na elaboração do Código de Comércio.

Coube a presidência da comissão ao espírito liberal de José Clemente Pereira, cujo nome está ligado intimamente a essa obra imperecível.

É digno de registro este fato, porque o Conselheiro Clemente Pereira foi notável estadista, presidente do Senado da Câmara do Rio de Janeiro e presidente do Tribunal de Comércio, e como político esteve na vanguarda das conquistas da nossa Independência, e de todas as campanhas liberais, bastando assinalar que foi ele, com outros ilustres patricios, que representou ao Príncipe Regente lembrando a necessidade da convocação de um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias, convocado antes da Independência e que foi a origem da primeira Assembléia Constituinte do Brasil, reunida aos 3 de Maio de 1823.

Vimos assim que ao Visconde Cayrú se junta Clemente Pereira, aquêle instigando d. João 6.º à assinatura do Decreto de 28 de Janeiro de 1808, e este estimulando todas as conquistas liberais do Brasil inclusive a promulgação do Código de Comércio.

Verdade é que, nesse período, aparecem traços inapagáveis da influência da diplomacia da Inglaterra e Gilberto Freyre, o erudito sociólogo do Brasil, analisando a recente conferência de Sir Nevile Butler, Embaixador da Gran-Bretanha junto ao Governo do Brasil, acentua, que nessa fase da nossa História, não se pode esquecer a ação de Canning, “que favoreceu de forma notável a Independência do Brasil e é o traço de união entre o Brasil e a Gran-Bretanha no século 19”.

A comissão nomeada deu cabal desempenho à sua tarefa, apresentando o projeto em 1834 e inspirada sobre os Códigos de Comércio da França, Espanha, e Portugal, período esse em que o tráfico comercial assumia proporções desusadas, exigindo do Brasil

medidas acauteladoras contra o imperialismo dos mares, que era a política de John Bull.

Depois dos trâmites regulamentares pelas casas do Legislativo do Brasil, foi o projeto submetido a uma comissão mista de membros da Câmara e do Senado, composta do Marquês de Maricá, Rodrigues de Carvalho, Paula e Souza, Amaral Gurgel e Moura Magalhães, cuja comissão apresentou parecer favorável, aos 11 de Outubro de 1835.

Houve em seguida um novo esquecimento, sendo, afinal, o Código de Comércio promulgado pela *Lei n.º 556, de 25 de Junho de 1850*, para ter execução aos 1.º de Janeiro de 1851.

Foi esse o primeiro Código de Comércio original da América, pois, que se os outros países americanos, promulgaram, anteriormente, seus Códigos de Comércio, foram trabalhos copiados ou decalcados nos Códigos da Itália, França e Espanha e sendo que a França iniciara a Codificação das Leis de Comércio, sobre o reinado de Luiz XIV e em 1801 promulgava o seu famoso Código de Comércio, que serviu de fonte imediata a todos os demais que se seguiram, inclusive para o do Brasil, muito embora seja o primeiro código original da América do Sul.

CÓDIGO COMERCIAL E O REGULAMENTO N.º 737

O Código de Comércio do Império do Brasil mostrou o adiantamento surpreendente do nosso meio jurídico, e como acentua Cândido Mendes “é uma legislação firmada com o cunho brasileiro, revelando, entre outros dotes, no espírito e na redação, o labor e o colorido pátrio”, e foi esse Código a fonte de uma outra lei, que é considerada, por todos os Mestres, como “um dos monumentos mais sólidos da nossa legislação”, que é o Regulamento 737 de 25 de Novembro de 1850.

E tão impressionante é esse Regulamento, que escreve Carvalho de Mendonça, no seu notabilíssimo trabalho “Direito Comercial Brasileiro”, vol. 1.º, pág. 50: “Os homens da República, na obra nefasta do esfacêlo da legislação, RECUARAM RESPEITOSAMENTE ANTE ESSA ADMIRÁVEL PEÇA”, mas o que a primeira República respeitou, como elogiosa referência aos fundadores da República, os do Estado Novo esbarrondaram estrepitosamente...

Esse Regulamento traçou o processo, e completou, com muitos preceitos, o próprio “Código de Comércio”.

Esse projeto foi elaborado por uma comissão composta de Clemente Pereira, Nabuco de Araújo (José Tomaz), Carvalho Moreira (Barão de Penedo), Caetano Alberto Soares e BARÃO DE MAUÁ (Irineu Evangelista de Souza). Este Irineu Evangelista de Souza,

Barão e depois Visconde de Mauá, foi um homem que perseguiu, em vida, um ideal, que nunca o perdeu de vista durante sua vida tormentosa e cujo ideal êle entregou, como seu tributo pessoal, à grandeza moral do Brasil.

Mauá jamais recusou um serviço à Pátria. Nunca temeu a dura realidade, antes enfrentava as angústias com a fortaleza das almas sinceras e nobres.

Encheu um largo período da História do Brasil com seu nome ilustre. Com seu labor incessante engrandeceu o meio comercial e financeiro do Brasil e da América. Com sua operosidade invulgar e seu engenho incomum, contribuiu decisivamente para o futuro do nosso País.

Era um espírito prático. Era um patriota ardoroso. Amou o Brasil. Serviu a Pátria, com desinteresse e entusiasmo raro. E sobre êsses alicerces robustos construiu sua grande obra e seu nome brilhou entre os mais aureolados dessa época, que se distinguem pelo valor moral dos ilustres varões dêsse período áureo de nossa vida política social.

Uma série de circunstâncias influíram, por sem dúvida, para formar sua individualidade moral.

A infância lhe foi avara, pois, aos 9 anos deixara, órfão de pai, a casa, sita no Arroio Grande, neste Estado, sem que tivesse aprendido sequer as primeiras letras. Foi, primeiro, empregado na casa comercial de Antonio José Pereira de Almeida, quando tinha 12 anos e daí passou a ser empregado de Ricardo Carrúthers, súdito inglês e, tinha, na ocasião, 17 anos de idade. Assim foi iniciada a carreira comercial de um dos mais autorizados e categorizados representantes das Finanças do Brasil.

E resumiu tôda a sua gloriosa vida no folheto "Exposição aos Credores", que é uma página que emociona até as lágrimas.

Exerceu na Câmara dos Deputados funções de larga repercussão tanto no meio político como social e econômico do País.

O Repto de "Silveira Martins" é uma outra página brônzea e na qual esplende tôda a beleza moral de sua egrégia personalidade.

Foi êsse o nome elegido para representar o comércio do Brasil, como já se procedera, anteriormente, na elaboração do Código do Comércio, na fatura do celebrizado Regulamento 737.

Joaquim Nabuco, no formoso livro "Um Estadista do Império", destaca a atuação de Mauá nesse "Regulamento" que êle chama "a mais perfeitamente trabalhada de nossas leis", e, mantida pelo Governo Provisório da República, como um reconhecimento expresso do valor mental de seus organizadores.

Da comissão de juristas, todos de justa fama, nomeados e escolhidos com alto critério, por Euzébio de Queiroz, "só um era estranho

ao templo da ciência, um moço, um comerciante de 36 anos, que, no ano seguinte, ganharia, como prêmio, o oficialato da Ordem da Rosa, Irineu Evangelista de Souza".

Latino Coelho, ao perfilar Frei Francisco de S. Luiz — um Estadista do Império — escreveu: "Quantos homens têm havido no mundo que só de heróis tiveram um dia as palmas, que lhes ceifou a ocasião, ou de sábios o laurel, que lhes enramou a parcialidade. Grandes na terra e na vida; pequenos nas cinzas e no túmulo".

Mauá, se foi grande na vida e na terra, ainda maior se tornou nas cinzas e no túmulo.

As palmas que lhe ornaram a fronte honesta em vida foram conquistadas pelo seu labor honrado e sua inteligência rara e não foram tecidas pela parcialidade, e, por isso, entre as comemorações do 1.º centenário da promulgação dêsse Código, reverdecem êsses lauréis, com o mesmo viço e a mesma luz esplêndida e fecunda, aureolando essa nossa sincera manifestação de cívica gratidão, cercando seu nome de prestígio enobrecedor.

A espada constrói, destruindo; mas o ideal, é oxigênio vital, é essência criadora, é fôrça ativa e podemos, entre as homenagens mais votivas dêste Congresso, arvorar o exemplo de Mauá, como troféu dos princípios de democracia, liberdade e justiça do Brasil.

E pelo conjunto dêsse todo, pelas conquistas políticas e sociais dessa centúria, pela seqüência de lições magníficas que êsse longo curso de cem anos, 1850 a 1950, desperta na consciência do povo Brasileiro, esta Comemoração toma os luminosos contornos de uma invulgar festa cívica, na qual, sobranceiramente, só erguemos, com desassombro democrático, a bandeira doutrinária, que essa geração de patriotas nos legou e que nós não deixaremos rolar no pó do esquecimento e muito menos se macular nas brumas da ingratitude.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: PAULO BARBOSA LESSA

1 — O professor Vicente Russomano, que vem de há muito ilustrando a cátedra que professa na Faculdade de Direito de Pelotas, traz à consideração do congresso uma preciosa monografia, em que ressalta, em ligeiros e seguros traços, as linhas mestras do Código do Comércio do Brasil, do Regulamento 737, de 1850.

2 — Para o Prof. pelotense, o segrêdo da vitalidade do Código do Comércio, que ora completa o seu centenário de vigência, está na perfeita adequação a dois dados de excepcional importância: o primeiro está no reconhecimento do liberalismo então vitorioso sem

contraste, o segundo no reconhecimento das necessidades econômicas da nação, até mesmo antes da sua independência.

Com toda a justeza, é sustentado ser o Código do Comércio de 1850 uma expressão do liberalismo vitorioso no século dezenove. Essa adequação ao fenômeno político é, deveras, irrecusável, nela residindo, sem dúvida, uma das razões eminentes da longevidade do nosso diploma legal.

O outro dado, que é pelo autor pôsto em destaque, bem evidencia a segurança com que a matéria é tratada. Na realidade, como em frase feliz foi ressaltado pelo ctedrático desta Escola, o "Código de comércio constituiu contínua e persistente aspiração de classe". Como salienta o autor, seu germe estava na lei de 1808, que abriu os portos do Brasil às nações amigas. Dado o primeiro passo, conseguido o primeiro triunfo, a classe dos comerciantes, cada vez mais pujante, lutou tenazmente pelo coroamento de seus desejos. O Código de 1850 representa, sem dúvida, o fecho de seu esforço. Não prometido pela constituição do império, o Código foi dos que primeiro surgiu, explicado pela tenacidade e pelo poderio da classe dos mercadores no Brasil.

3 — Dá em rápidos traços o depoimento de nossa doutrina, aliás depoimento unânime, sobre a excelência do Regulamento 737, completo Código do Processo Civil, e que, travestido nos Códigos Estaduais, regeu o Processo Civil até o recente Código, de 1938.

4 — Por último, ressalta o autor a personalidade inoldivável do co-estaduano Irineu Evangelista de Souza, Barão e Visconde de Mauá. Representou êle a classe dos comerciantes na elaboração do Regulamento 737. Um dos mais operosos membros dessa classe, a quem o Brasil deve tanto, Mauá representou na comissão o espírito dêsse mercadores que exigiam a lei disciplinadora da atividade mercantil, como uma necessidade inadiável para o progresso da nação.

5 — Somos de parecer que o plenário aceite a tese, ressaltados o brilho e a segurança da dissertação.

CENTENARIO DEL CODIGO DE COMERCIO BRASILEÑO

*Sagunto P. Pérez Fontana **

Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito
de Montevideo.

Se cumple este año el centenario del Código de Comercio del Brasil, acontecimiento que debe ser celebrado no solamente por los juristas de ese país, sino también por los de los demás países, especialmente por los del nuestro y la Argentina, dada la preponderante influencia que dicho cuerpo de leyes tuvo en la preparación de nuestros respectivos Códigos de Comercio.

Corresponde a los autores brasileños hacer la historia del Código de Comercio de su país; historia que por otra parte ocupa lugar preponderante en los grandes tratados de Derecho Comercial como son de J. X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Martins Ferreira y Alfredo Russel, para no citar sino los que nos son mas conocidos.

Sin perjuicio de ello y para rendir cumplido homenaje a quienes contribuyeron a la realización de esa obra que fué, en su tiempo, uno de los Códigos mas adelantados del mundo, haremos una breve y por lo tanto incompleta reseña del proceso de su preparación.

En primer término, debe mencionarse el nombre de José da Silva Lisboa, Vizconde de Cairu, reconocido como el primero de los comercialistas no solamente del Brasil sino de los que escribieron en lengua portuguesa, como lo destacó el eminente autor del Código de Comercio Portugués, Ferreira Borges, cuando afirmaba que sus obras "fueron código mercantil para Portugal hasta la publicación del Código de Comercio portugués". (1).

José da Silva Lisboa fué encargado el año 1809 de la redacción de un Código de Comercio, obra a la que dió principio pero no pudo terminar por haberle sido confiada la tarea de escribir la historia del Brasil hasta la declaración de la Independencia. Su nombre no figuró entre los integrantes de la Comisión nombrada el año 1832 para redactar el Proyecto de Código. No nos corresponde a nosotros entrar en detalles del porqué de esa postergación, episodio debidamente aclarado en su tiempo por los comentaristas brasileños.

Por decreto de 14 de Marzo de 1832, la Regencia designó una Comisión encargada de redactar un proyecto de Código Mercantil, lo que fué integrada por Antonio Paulino Limpo de Abreu, el Consejero José Antonio Lisboa, Ignacio Ratton, Guillermo Midosi y Honorio José Teixeira quien renunció siendo sustituido por Lorenzo Westin, Encargado de Negocios de Suecia.

La Comisión fué presidida, al principio, por Limpo de Abreu y después por José Clemente Pereira. Trabajó intensamente y presentó su Proyecto a la Cámara de Diputados el 14 de Agosto de 1834.

Prescindimos de la larga historia de su consideración, muchas veces interrumpida por los acontecimientos políticos hasta que el Código de Comercio fué aprobado por la ley n.º 556 de 25 de Junio de 1850 para entrar en vigencia el 1.º de Enero de 1851.

Aún antes de estar aprobado el Código, el Gobierno designó una Comisión encargada de preparar los reglamentos que hicieran efectiva la aplicación del Código. Presidida por el Ministro de Justicia Eusebio de Queiroz, estaba integrada por José Clemente Pereira, Nabuco de Araújo, Carvalho Moreira, Caetano Alberto Soares y por Ireneo Evangelista de Souza, después Barón y Vizconde de Mauá, nombre este último intimamente ligado a importantísimos acontecimientos de la historia financiera y económica del Brasil y de la República Oriental del Uruguay.

Por sendos decretos de 25 de Noviembre de 1850 se aprobaron los reglamentos ns. 737 y 738, cuya importancia es equiparable a la del mismo Código, porque no solamente lo completan sino también porque en parte modifican las directrices fundamentales del mismo y porque estuvieron largo tiempo en vigor, como sucedió con el que lleva el N.º 737, que se aplicó no solamente al proceso comercial sino también al Civil por haberlo así dispuesto el Decreto n.º 763 de 19 de Setiembre de 1890 (2).

—o—

Para la preparación del Código de Comercio la Comisión consultó los Códigos de Francia, España y Portugal y las obras de los más notables escritores de derecho comercial. "Procuró hacer un Código de Comercio acomodado a las circunstancias especiales del pueblo para el que es hecho".

Tomando en consideración las directivas de los Códigos de Comercio Español y Portugués trata de hacer del Código de Comercio un Código para los comerciantes, es decir de marcada tendencia subjetiva. Ello resulta no solamente de la falta de enumeración de los actos de comercio como contiene el Código de Comercio francés y

otros que lo tomaron como modelo, sino también de muchas de sus disposiciones.

Fué propósito de los autores hacer de la matrícula de comerciantes el factor determinante de la calidad de tales. Así resulta de lo que establece el artículo 4.º: "Nadie es reputado comerciante, a los efectos de gozar de la protección que este Código establece en favor del comercio, si no se ha matriculado en alguno de los Tribunales de Comercio del Imperio y haga del Comercio su profesión habitual". Y a mayor abundamiento el art.º 9.º dispone que se presume que el ejercicio efectivo del comercio para todos los efectos legales, empieza desde la fecha de la publicación de la matrícula. Además en diversos artículos (6, - 7, - 8, - 10, - 310, - 908 y 909 etc.) se refieren a los comerciantes matriculados).

A pesar de la tendencia marcadamente subjetiva del Código de Comercio, sus autores no pudieron sustraerse a la influencia que por su prestigio universal ejerció el Código de Comercio francés y la doctrina de ese país, no pudiendo afirmarse, por lo tanto que el del Brasil sea puramente un Código aplicable exclusivamente a los comerciantes y que solamente se considera tales a los que se hubieran inscripto en la matrícula. Ejemplo de ello son los artículos 909 y 18 y 19 del Título Unico que se refiere a los Tribunales de Comercio.

Faltó además una reglamentación adecuada del Registro Público de Comercio y de la matrícula de Comerciante, defecto de que adolecían sus modelos español y portugués ni que decir el francés que no conocía el Registro de Comercio.

Del mismo defecto adolecen los Códigos de Comercio argentino y uruguayo. La enorme extensión del vasto imperio y la poca población distribuída principalmente a lo largo del litoral atlántico, exceptuándose algunas comarcas mediterráneas eran también un obstáculo insalvable entonces para el cumplimiento de la obligación de matricular-se, aunque hubiera existido una adecuada reglamentación del Registro de Comercio.

El Reglamento n.º 737 divide a los comerciantes en matriculados o no, reservando para los matriculados las prerrogativas y protección que el Código establece en favor del comercio (art. 15) previendo también la situación especial del fallido que no fuera comerciante matriculado (art. 16) y la contestación sobre la profesión habitual del comerciante matriculado (art. 17) así como la de la calidad del comerciante no matriculado (art. 18). Se llegaba así a la distinción del comerciante de derecho, o sea, el matriculado, del de hecho, el no matriculado).

Fué el mismo reglamento el que en los arts. 14 y 19 estableció e hizo una enumeración de actos de comercio, supliendo así la deliberada exclusión que hicieron los autores del Código.

El citado reglamento enroló así al derecho comercial brasileño en la tendencia objetiva unánimemente aceptada en esa época por la legislación codificada de todos los países.

—o—

Los autores del Código, como les aconteciera años más tarde a Eduardo Acevedo y Dalmacio Velez Sarsfield, ilustres autores del Código de Comercio para la Provincia de Buenos Aires, adoptado después por la Nación argentina el año 1862 y por la República Oriental del Uruguay en 1865, se encontraron con el obstáculo que representaba la falta de una adecuada codificación de las leyes civiles, pues la vigente en el Brasil estaba constituida por un conglomerado de Ordenanzas, leyes, alvarás, assentos, resoluciones, reglamentos, etc., heredados de la época del Coloniaje, así como la legislación dictada después de la declaratoria de la independencia, situación que perduró hasta la entrada en vigor del admirable Código Civil. (Ley n.º 3071 del 1.º de Enero de 1916).

Para subsanar ese defecto los autores del Código incorporaron la reglamentación de los contratos y obligaciones mercantiles, en sendos títulos que comprenden la parte general, el mandato, comisión, compra-venta, permuta o cambio; locación, préstamo, fianzas y cartas de crédito, hipoteca y prenda; depósito, sociedades, letras, modos de extinción de las obligaciones y prescripción. (Títulos V a XVIII de la Parte I. — Esa incorporación de materia propiamente civil, obligada por las circunstancias, hizo decir al eximio Augusto Teixeira de Freitas⁽³⁾ que los autores del Código de Comercio del Brasil imitando a sus hermanos se habían exorbitado incluyendo materias ajenas a la legislación comercial, “exorbitarao tambem — exorbitarao com demazia — mercantilizarao quasi tudo” y enumerando las materias que a su juicio debían quedar en el Código o sea: sociedades comerciales, letras de cambio, quiebras y jurisdicción comercial, lo que lógicamente lleva a la eliminación de la mayor parte de los títulos de la Parte I, como años más tarde lo hizo el legislador argentino al reformar el Código de Comercio de su país.

—o—

Los autores del Código de Comercio brasileño supieron utilizar la experiencia europea, tomando lo más importante de los Códigos y leyes que les sirvieron de modelo, por lo que el Código que redactaron fué uno de los más adelantados de su época y si contenía deficiencias, estas eran la consecuencia lógica del estado de los conocimientos generales y de la legislación.

La Comisión fiel a su propósito de hacer un Código acomodado a las circunstancias especiales del pueblo a que debía aplicarse, en varios capítulos originales introdujo la disciplina de ciertas actividades, cuya enumeración no se encuentra en los Códigos europeos y si aparecen en los sud-americanos se debe a que tomaron como modelo el Código del Brasil.

Así, por ejemplo en el Libro I, Título III destinado a reglamentar la actividad de los agentes auxiliares de Comercio, se incluyeron los capítulos III, V y VI referentes el III a los rematadores (Dos agentes de leiloes”; el V a los barraqueros y administradores de casas de depósito (Dos trapicheiros e administradores de armazens de deposito) y el VI a los porteadores y comisionistas de transporte (Dos conductores de generos e commissarios de transportes, capítulo donde no solamente se disciplina la profesión de porteador, sino también el contrato de transporte. Destina el Título IV que se compone de dos artículos 119 y 120) a los banqueros, definiéndolos como los comerciantes que tienen por profesión habitual de su comercio las operaciones llamadas de banco (art. 119).

En la reglamentación de las distintas materias también se preocupó de llenar los vicios de que adolecían los códigos europeos, principalmente el francés. Fué así como los distintos capítulos destinados a las sociedades se incluyeron muchas disposiciones que no tienen antecedentes en otros Códigos. Además se disciplinó especialmente la llamada sociedad de capital e industria, creación original del Código de Comercio Portugués aunque sus antecedentes remotos deben buscarse en algún proyecto italiano y se reglamentan en forma detallada la disolución y liquidación de las sociedades.

Sería largo enumerar todas las disposiciones que el Código contiene y que significarán un proyecto para su época. Por otra parte, esa tarea tendría un interés relativo, desde que del primitivo Código es muy poco lo que queda vigente.

—o—

No transcurrieron muchos años desde la entrada en vigencia del Código de Comercio sin que se hiciera sentir la necesidad de reformar muchas de sus disposiciones, especialmente la reglamentación de las sociedades anónimas que era una de las partes más deficientes del Código.

El Brasil tomaba decidida y firmemente una orientación progresista en todas las actividades humanas y en el campo económico y financiero encontró un gran propulsor en Irineo Evangelista de Souza, más tarde Vizconde de Maua. Su influencia personal y la de sus empresas se extendió hasta el Río de la Plata, especialmente a la República Oriental del Uruguay donde fundó el Banco.

Maua, explotó estancias, instaló diques, etc. Su caída, como la de todos los colosos, fué estrepitosa.

El Código de Comercio a pesar de los adelantos que contenía, no se podía adaptar a las nuevas modalidades de los negocios que iban creando y haciendo necesaria la disciplina de sociedades con fines especiales, que requerían también la reglamentación especial de sus operaciones. Faltaba y era lógico que así fuera la reglamentación de las marcas, privilegios, etc. y las disposiciones sobre quiebras respondían a un concepto vetusto del instituto.

Pero los brasileños, atentos a todas las solicitudes del progreso supieron dictar las leyes necesarias para poner a tono la legislación con el progreso y el desarrollo de las actividades. Es así que la legislación sobre sociedades anónimas y sobre quiebras, para no citar sino dos ejemplos, fué reformada varias veces.

Además del Código de Comercio, del que como ya se dijo, es muy poco lo que queda vigente, por las grandes reformas introducidas por leyes posteriores, principalmente sobre sociedades anónimas letras de cambio y quiebras, rige en el Brasil una abundantísima y renovada legislación, de la que solamente recordaremos las leyes relativas a sociedades cooperativas, de responsabilidad limitada, de seguros marítimos y terrestres, anónimas, bancarias, títulos al portador, cheques, almacenes generales, transporte ferroviario y conocimiento de carga, marcas de fábrica y de comercio, patentes de invención, etc., duplicatas o contas assinadas, obligaciones o debentures y muchas otras.

De ese conjunto de leyes merecen destacarse la de 31 de Diciembre de 1908, que sustituyó todo el título décimo del Código relativo a las letras de cambio, notas promisorias y créditos mercantiles; el decreto-ley n.º 2.627 de 26 de Setiembre de 1940 sobre sociedades anónimas, que es una de las leyes más completas sobre estas sociedades y el decreto-ley n.º 7.661 de 25 de Junio de 1945 sobre quiebras.

Cuenta el Brasil con un Código del aire o "Código Brasileiro do Ar", aplicable a la aviación civil y comercial, instituído por el Decreto-lei de 8 de Junio de 1938.

La parte del Código que ha sufrido menos reformas es la relativa al derecho marítimo pudiendo mencionarse la reglamentación de la hipoteca naval y de los corredores marítimos.

—o—

Quienes, como el suscripto, son decididos partidarios de la unificación del derecho privado no pueden silenciar el valiosísimo aporte de la doctrina brasileña relativa a este debatido problema (4). Puede afirmarse con Ascarelli y Waldemar Martins Ferreira (5)

que fué Augusto Teixeira de Freitas, el ilustre autor del Esboço de Código Civil y de los "Additamentos ao Codigo de Comercio", el precursor del movimiento unificador, en la propuesta hecha al Gobierno Imperial en la nota de 20 de Setiembre de 1867. En ese notable documento proponía la adopción de dos Códigos, uno general dividido en dos libros comprendiendo: el primero, la disciplina de las causas jurídicas, las personas, los bienes y los hechos y el segundo, los efectos jurídicos y un Código Civil compuesto de tres libros: el primero destinado a los efectos civiles, el segundo a los derechos personales y el tercero a los derechos reales.

La iniciativa fué acogida como "digna de toda consideración" por la Sección de Justicia del Consejo de Estado integrado por José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco de Salles Torres Homen y el Vizconde de Jaquitinhonha (6), pero en definitiva fué desechada.

Teixeira de Freitas no concretó ningún proyecto de Código general ni tampoco terminó su notlabe Esboço que tanto influyó en la preparación del Código Civil Argentino.

Sus ideas tuvieron amplia difusión en el Brasil, siendo importante, tanto por el número como por el valimiento de sus sostenedores, la corriente unificadora del derecho privado. La sola mención de los nombres de Brazilio Machado, Alfredo Valladão, Silva Costa, Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho, Didimo da Veiga, Saa Vianna, João Monteiro, Carvalho Mourão, Paulo de Lacerda, Gudesteu Pires, Waldemar Ferreira, Octavio Mendes y Carvalho de Mendonça, Alfredo Russel y Herculano Marcos Ingles de Souza (7) es suficiente para demostrar el prestigio de que goza esa corriente doctrinaria y los esfuerzos que se han hecho para llevarla a la práctica.

En efecto, cuando el Gobierno presidido por Hermes de Fonseca encomendó a Herculano Marcos Ingles de Souza la preparación de un proyecto de Código de Comercio, este distinguido profesor presentó el 30 de Abril de 1912 dos proyectos, uno de Código de Comercio y otro de enmiendas destinado a convertirlo en un Código de Derecho Privado, lo que hubiera podido tener andamien-to porque el Brasil no contaba todavía con un Código Civil, que recién fué promulgado por la ley n.º 3071 de 1.º de Enero de 1916. El proyecto de Ingles de Souza se discutió durante largos años pero no llegó a aprobarse.

—o—

La rápida reseña que hemos hecho de los antecedentes del Código de Comercio del Brasil, del proceso de su elaboración y de la legislación que lo derogó en parte y sustituyó las disposiciones que no se adaptaban al ritmo de los negocios y al progreso material y

jurídico alcançado por el país, así como los estudios y esfuerzos realizados para llegar a la unificación del derecho privado, ponen en evidencia el afán de progreso y la cultura de los juriconsultos brasileños, lo que justifica el puesto prominente que dicho país ocupa en materia de legislación en sus más variados aspectos.

El mismo juicio es aplicable a la doctrina brasileña y si nos abstenemos de citar nombres es para evitar incurrir en olvidos, aunque hay uno que es imposible silenciar porque ocupa el sitio de honor dentro de la literatura jurídico-comercial y es el de José Xavier Carvalho de Mendonça cuyo monumental Tratado de Direito Commercial Brasileiro es ya una obra clásica y pueda parangonarse con los Tratados escritos por los más reputados maestros europeos.

N O T A S

- 1 — Princípios de direito mercantil de Silva Lisboa . ed. Cândido Mendes, Vol. 2, pg. 956, citado por J. X. Carvalho de Mendonça. Tratado de Direito Commercial brasileiro — 3.ª ed. T. I pg. 87.
- 2 — Sobre el proceso de la elaboración del Código de Comercio, y de los reglamentos, véase la obra citada de Carvalho de Mendonça, — Waldemar Martins Ferreira, Tratado de Direito Mercantil Brasileiro, T. I y As directrices do Direito mercantil brasileiro.
- 3 — Augusto Teixeira de Freitas — Aditamentos ao Código do Comercio — Rio de Janeiro 1878 — Vol. I pg. XI y XII de la Advertência.
- 4 — Tullio Ascarelli — A evolução do Direito Commercial, en Revista de Direito Commercial, Vol. II pg. 33, nta. 41, citado por Waldemar Martins Ferreira, Instituições, 2.ª ed. VoVI. I pg. 95.
- 5 — Waldemar Martins Ferreira — Instituições de Direito Commercial — 2.ª ed. Vol. I. n.º 38 pg. 94.
- 6 — Waldemar Martins Ferreira — Instituições, cit. pg. 91.
- 7 — Citados por Waldemar Martins Ferreira — Instituições, pg. 95; Inglez de Souza; Direito Commercial, Preleções compiladas por Alberto Biolchini — 5.ª ed. pa. 33 y Alfredo Russell, Curso de Direito Commercial — Vol. I parte I, pg. 14.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: PAULO BARBOSA LESSA

A tese do Prof. Sagunto Pérez Fontana reveste-se de singular importância, pois traça, com nitidez, a apreciação de mestre estrangeiro sobre a nossa legislação comercial, e, em especial, sobre o nosso Código de Comércio.

Amparando-se em fontes as mais fidedignas e autorizadas, o autor aprecia os traços gerais da sistemática mercantil brasileira,

ressaltando as linhas mestras do diploma brasileiro e a sua linha de evolução.

Fazendo o levantamento histórico do diploma, acentuando as suas fontes históricas, traçando os veios decisivos da matéria codificada, revela-se o autor um mestre autêntico, já pela clareza da dissertação, já pela segurança da exposição.

Interessante é ressaltar a profissão de fé na unificação do direito privado e, mais que isso, o realce dado pelo autor à corrente unificadora brasileira. Convém, contudo, se diga do deslocamento do fulcro unificador brasileiro para a unificação parcial, ou mais precisamente para o direito obrigacional. Os autores brasileiros que sustentam a unificação, já mais não pensam em unificação total e completa do direito privado. Ficam na unificação parcial, da matéria obrigacional. E essa mesma unificação continua combatida pela corrente adversária, também composta de nomes autorizados.

Conforta a esta comissão especial o alto destaque contido no trabalho da personalidade de Augusto Teixeira de Freitas, civilista emérito, ainda não superado, em vigor, segurança e brilho, em nossa pátria. Teixeira de Freitas, cuja obra não conheceu a limitação das fronteiras, já que influiu decisivamente nos Códigos dos países irmãos, permanece, de fato, como um marco não ultrapassado no panorama da doutrina civilista do Brasil.

Isto pôsto, é parecer do relator seja o trabalho aprovado, ressaltada a segurança e o brilho da exposição.

O DIREITO COMERCIAL E A SUA UNIDADE

Adamastor Lima

Catedrático da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e Membro correspondente do Instituto Argentino de Derecho Comercial e do Instituto de Derecho Comparado do Mexico.

1 — As preocupações que, na vida universitária, nos absorvem o espirito — e que, por vêzes, nos empolgam — parecem levá-lo para regiões desconhecidas de abstrações sucessivas, onde a sublimidade impera e a inteligência brilha. Tendência nobilitante, sem dúvida, pois revela, a um tempo, propósitos alevantados de aperfeiçoamento e esforços, louváveis, para alcançá-lo.

A vida universitária brasileira, com êste Congresso Jurídico que a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre promove, dá ensêjo a reflexões essencialmente úteis à própria vida social.

Cumprê recordar que o alvo permanente das atenções nossas e alheias — é o homem, com as suas *necessidades* de tôdas as ordens, da religiosa à econômico, e que as *realizações* para satisfazê-las fazem um complexo, que não se pode inventariar e que vai aumentando a olhos vistos.

2 — As conjunturas — que inspiraram e, por vêzes, impuseram essas realizações — levaram os estudiosos a inventar uma palavra genérica como aquela, que abrangesse o todo conquistado, pondo a sua vantagem intrínseca em evidência plena. Assim, às *necessidades* correspondem as *utilidades* e estas serão *coisas* — o que existe ou pode existir — e *peessoas*, na relação de servir.

Pena é que essas noções pareçam abandonadas em certos instantes em que deveriam ser encarecidas e o espirito se empenhe na obtenção, alhures, de esclarecimentos que só podem ser colhidos nos quadros moveidões da vida real.

Dessa observação, poderemos tirar a prova do esforço constante para que fiquem, pelas pesquisas em tôdas as direções, desvendadas as causas dos fenômenos sociais.

Mas a Economia tomou o seu lugar entre as grandes fôrças de agregação da sociedade e os seus princípios gerais já não podem ser ignorados. Sofre, entretanto — ela também — de certas falhas na sua apreciação, merecendo destaque a assinalada pelo Professor Mi-

guel Garáu nestas linhas simples na aparência e profundas nas consequências:

“...na época da máquina, esqueceu-se que, em tôdas as manifestações do trabalho, o Homem é o elemento fundamental. A máquina e a ferramenta são, apenas, meios complementares e, por isso, se queremos que a máquina produza, é o Homem que há-de ser o objeto principal dos nossos cuidados” (1).

Eis aí positivada a ligação necessária entre a Economia e o Direito, ao qual incumbe, essencialmente, preservar, de cada um, a liberdade e a propriedade, na obra do Progresso, ingente e interminável.

3 — Avultam as *utilidades*, cujo conceito — já por si tão amplo — parece até não bastar para aplicar-se o vocábulo a tudo quanto as *necessidades humanas* — individuais e coletivas — num crescendo imenso, vão reclamando. Mantém-se, porém, a *expressão*, com o seu velho prestígio, e as diferenciações que o progresso científico realiza só lhe subtraem à aplicação as pessoas, cuja dignidade social é uma conquista do espirito moderno.

Como, porém, as realizações, da Ciência ou da Técnica, não são acompanhadas, no mesmo ritmo, pela linguagem, torna-se mister atentar muito no sentido que cada palavra pode ter dentro de uma determinada natureza de relações sociais.

Nessa ordem de idéias foi que ressaltámos em nossa *Introdução ao Direito Comercial* que o vocábulo trabalho tem quatro significados distintos — *energia humana, emprêgo adequado, ação específica e coisa produzida* (2).

Aos Juristas — mais que a outros quaisquer — cumprê estar permanentemente alerta, a fim de que não se confunda a *energia humana* com o seu *titular*, para que não desapareça a liberdade.

Restringe-se, dessarte, o âmbito das utilidades pela *diferenciação imprescindível entre a energia humana e o seu titular*, constituída a sociedade de pessoas que se respeitam reciprocamente.

4 — Todos — pouco importa a sua condição — precisam de possuir alguma coisa, carecem da *propriedade*, ainda que para uma vida modesta e obscura.

Nessa consideração — tão singelas quanto a de Garáu — desponta a importância do Comércio para a *transferência* pacífica do domínio das coisas e a *prestação* — pacífica também — de serviços destinados à satisfação das necessidades individuais ou coletivas.

Traduz um sentimento enraizado na convicção de cada pessoa que queira refletir a figura literária ou a representação de qualquer outra arte que dá ao Comércio o papel de Arauto do Progresso.

Tudo isso reclama, porém, *organização e atividades*, cujas linhas dificilmente são fixadas e cujos extremos jamais serão atingidos.

O Comércio — êle mesmo — para o seu exercício, ou no seu exercício, já consagrou modos de proceder que exigem compreensão especial e respeito absoluto. É que, de *arte*, já se fez *ciência*.

5 — Na atividade mercantil, vão surgindo, como que numa aparição caleidoscópica, obstáculos a vencer.

Afora os interesses pessoais, sempre expostos a conflitos de tôda sorte — que o Direito procura prevenir ou resolver — existem os do próprio Comércio, os quais reclamam *normas, regras* de consistência social, tanto vale dizer de natureza jurídica.

Situados no próprio *ambiente físico*, em que o Comércio ha-de fazer sentir a sua *atividade*, podemos notar fãcilmente os referidos obstáculos. E, nessas condições, êle se apresenta como Comércio Terrestre, Comércio Marítimo e Comércio Aéreo, na estrutura jurídica de seus órgãos e organismos, bem como pela disciplinação do seu funcionamento.

E o que devemos tornar bem nítida é a circunstância de ser a *ação comercial* dominada por princípios que lhe atestam a unidade, pouco importando o meio físico de que haja mister para concretizar-se ou em que haja de ser exercida. Será sempre uma intermediação realizada *com o emprêgo de capital*, pois o comerciante tem de comprar para vender, visando ao *lucro*, que é, dêsse capital, um *acrêscimo*.

Verificamos a evolução do Comércio nas suas fases da Troca, da Moeda e do Crédito, nesta se lhe abrindo um horizonte vastíssimo, opondo-lhe novos obstáculos, vencidos com os velhos princípios, que lhe têm assegurado um engrandecimento a bem dizer ilimitado.

6 — Em qualquer uma dessas duas ordens de obstáculos, das de *espaço* ou de *tempo*, representou sempre o Direito — ainda quando sem a autoridade estatal — para o Comércio, a base mesma da sua vida. E muito mais do que outrora, nos tempos atuais, que se caracterizam pela *jurização* crescente das relações humanas, deve o Direito, na sua missão social, proporcionar ao Comércio a garantia indispensável.

7 — Falar no Direito é pensar no Jurista, e êste — Professor, Magistrado ou Advogado, pouco importa a atuação que lhe caiba — no dizer de Luiz Francisco Rabello,

“sob pena de cair num abstracionismo improficuo, não se pode desligar da Realidade, por que tem de mover-se no Mundo das Realidades, entre Realidades” (3).

Já lembramos que, no pentaedro Religião, Moral, Política, Direito e Economia, com os seus estudos bastante desenvolvidos, estão

as expressões das cinco fôrças de agregação social, ligadas entre si sôlidamente, cada uma com finalidade idêntica à do Direito e servindo às relações sociais, para serem possíveis a convivência humana e o progresso contínuo (4).

Tais elementos ficaram no Passado e, para muitos, ainda vivem hoje confundidos. Entre êles operou-se, entretanto, a diferenciação, verificando-se, de todos, a expansão impressionante.

8 — Destacando, agora, o Direito, para o fim que colimamos, ocorrem-nos as conhecidas observações de William James e fixamos, com o filósofo, que

“o espírito e os princípios da Ciência são meras questões de método; não há nada nêles que possa impedir à Ciência de tratar, com êxito, de um Mundo, no qual as fôrças pessoais são o ponto de partida de efeitos novos” (5).

Tem, ao nosso ver, cabimento na matéria jurídica a assertiva de Liard de — como o sonhara Descartes — a Ciência da Natureza não se constitui *a priori* pois as *leis são realizadas nos fatos* e nestes, exclusivamente nestes, é que se faz mister procurá-las, concluindo que, dos *fatos*, precisamos inferi-las por meio da *observação* e da *experimentação* (6). E sem perder de vista o caráter subsidiário desta, relativamente àquela é que isso afirmamos (7). Não estamos, talvez, longe de concordar com Georges Renard, em sua erudita conferência da Faculdade de Direito de Nancy (França), em 1.º de dezembro de 1924, quando proclamou que

“o Direito é uma arte, fundada numa Ciência” (8).

Considerado assim, notamos, a cada instante, o esforço para a *análise que decompõe*, sem ser seguido de um outro para a *síntese, que compõe*.

Vivemos, todavia, numa época em que é preciso compor, *construir*.

Se no aforismo francês, nenhum esforço é inútil, os que, depois da 2.ª Guerra Mundial, se fizeram para as *construções jurídicas* hão de despertar, pelo menos, um sentimento de simpatia.

— E haverá, pelo trabalho intelectual, sinceramente executado, um prêmio maior?

As próprias críticas, tão fáceis de fazer, quando os seus autores procuram destruir e revelar, apenas, a profunda erudição possuída, valem muito, fazendo o papel da chuva que se arremessa sôbre a parede pintada: permite verificar-se, afinal, a qualidade da tinta empregada...

Ouvimos falar sempre na Ciência Jurídica, mas somos forçados a reconhecer que, a tantas e tão freqüentes referências, não corresponde a produção dos escritores.

Copograssi, na Itália, fazendo um livro sobre o *Problema da Ciência do Direito*, refere a *experiência jurídica* e acaba com apelos à Filosofia... (9).

A distinção entre a Ciência e a Filosofia está, entretanto, no conhecimento geral.

Adolfo G. Posada, traduzindo a obra de Savigny, que denominou *De la vocación de nuestro siglo para la legislación e la ciencia del derecho*, adotou o título da edição francesa, mas, o editor esclareceu que êle traduziu

“*jurisprudence* por ciência do direito, têrmos sinônimos na linguagem jurídica, conquanto seja mais clássico o primeiro e mais compreensivo o segundo” (10).

9 — Esse assunto não se inclui — cumpre-nos frisar — entre os que permanecem no âmbito universitário, sem interesse alhures.

A nossa lei de Introdução do Código Civil (11) reproduziu, no Art. 4.º, a referência que fazia a anterior, no Art. 7.º, aos *princípios gerais do Direito*. Tais princípios hão-de ser a base da Ciência Jurídica e a extração dêles, no dizer do Eminentíssimo Luiz da Cunha Gonçalves — Professor Honorário de Faculdades de Direito do Brasil,

“não é fácil tarefa” (12).

Assim pensou também o nosso — muito nosso e nunca assaz louvado Clóvis Beviláqua — que revelou a fonte direta do aludido Art. 7.º — o Código Italiano — aduzindo que

“na Itália, os princípios gerais do Direito foram interpretados, diferentemente, pelos autores” (13).

Del Vecchio — para citar dêles um apenas — achou que tais princípios são as verdades superiores do Direito, *in genese*, os seus fundamentos lógicos e até morais.

Iríamos longe e nos desviaríamos do tema escolhido se nos demorássemos nas opiniões brilhantes, emitidas a respeito, apreciando-as.

Preferimos, por isso, render a homenagem que julgamos devida sempre ao inolvidável Clóvis Beviláqua, invocando o seu augusto pensamento:

“Não se trata, como pretendem alguns, dos princípios gerais do direito nacional, mas, sim, dos elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias; das idéias e princípios, sobre os quais assenta a concepção jurídica dominante; das induções e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica.

Esses princípios, objetam, são vagos, indeterminados. Mas não é tanto assim. Certamente temos de penetrar fundo na Filosofia do Direito, na História da Civilização, e ter o espírito aparelhado por uma educação jurídica bem cuidada, para emprendermos a investigação dos princípios gerais do direito. Mas esse mesmo preparo mental indica a rota a seguir, e habilita o jurista a reconhecer a natureza positiva das coisas, elemento objetivo, impreciso, mas fecundo da investigação jurídica, segundo Gény, fonte subsidiária do direito, que tem por fundamento o postulado seguinte: “os elementos de fato de toda organização jurídica trazem em si as condições de seu equilíbrio e, por assim dizer, descobrem’ espontaneamente, a norma que os deve reger”. (14).

Com o aviso de Cunha Gonçalves e essas ponderações de Clóvis Beviláqua, seria razoável prosseguirmos em nosso trabalho.

Já fizemos, entretanto, afirmativas que nos deixam à vontade para oferecer a todos, aos aludidos críticos inclusive, o contingente das nossas meditações.

Entendemos que a obra universitária não deve ser apenas a contemplação do passado, mas obra atual, viva e de utilidade coletiva.

Ao que pudemos apurar, os citados princípios gerais são cristalizações de caráter universal, que estão na base do Direito, em seu aspecto científico.

Como tais, temos cinco princípios, que enunciamos na ordem seguinte:

- I) Classificação;
- II) Igualação;
- III) Vinculação;
- IV) Conservação; e
- V) Compelição.

O Direito faz a sua contribuição para a Ordem Social, classificando, igualando, vinculando, conservando e compeliendo.

Fenômeno profundamente humano, haveria de acomodar-se a todas as relações sociais, não para embaracá-las, mas para garanti-las e, mesmo, facilitá-las.

10 — Muito cedo, mais do que talvez possamos demonstrar, o Comércio, feito ordenadamente, criou a *Prática Comercial*, que é

“a realização dêle, sob o ponto de vista do seu exercício, tomado no conjunto de troca de produtos e prestação de serviços” (15).

e, após um esforço continuado, que durou séculos e séculos, a penetração jurídica fêz nascer, para viver, lado a lado, com o Direito Civil, o Direito Comercial.

11 — Direito — Ciência ou Arte, mais na condição desta que na daquela — veio empolgando os espíritos até hoje pela *compelição*, que lhe é ínsita, e que faz com que o seu titular permaneça vigilante, para identificá-lo e defendê-lo, armando-o, simultaneamente, de meios para conseguir, do Poder Público, as medidas adequadas à respectiva efetivação social. Compele, pois, o seu próprio titular e permite que êste faça compelir terceiros ao respeito que todos lhe devemos.

Ihering, na sua famosa conferência, tornou patente, do Direito, a fôrça exuberante.

Levado, que foi, em especialização, à vida mercantil, o Direito teria de respeitar os já mencionados objetivos do próprio Comércio.

Por isso, foi que a *atuação jurídica* nas *relações comerciais* teve, como ocorreu com as célebres Ordenanças de Colbert — a de 1673 e a de 1681 — o cunho de *elemento valioso*.

O fenômeno jurídico é de tanta sutileza que se enforma de tôdas as manifestações verificadas na sociedade.

Assim, o mar, ensejando a Navegação, fêz despertar no engenho humano a preocupação pelos *meios técnicos* convenientes ao exercício do Comércio, com segurança e proveito.

No exame dos fatos através dos tempos, precisamos ter bem patente que *foi o Comércio que deu vida e desenvolvimento à Navegação*. Um e outra nas cogitações jurídicas, teriam, como tiveram, normas e regras condizentes com as respectivas finalidades.

O Código Comercial Francês — o avô dos Códigos — acolhendo as referidas Ordenanças, fêz obra de lógica.

Havia o *Comércio*, que se exercia em dois *ambientes físicos*, cada qual com as suas normas e regras e não um *Comércio de Terra* e um outro *Comércio de Mar*.

A *ação comercial* não deveria ter o princípio da sua unidade sacrificado pelo seu *tratamento legal*.

Muito faz, todavia, a *abstração* que certos Juristas festejam tanto. Aí vemos os trabalhos eruditos que nos apresentam, não, apenas, o particularismo do Direito Marítimo, mas as notícias de um Direito da Navegação, ou Navegacional, como sustentou sau-

doso professor brasileiro. Outros, generalizando ainda mais, pretendem um Direito dos Transportes — terrestre, marítimo e aéreo.

É que o domínio dos ares, *para fins comerciais*, levou alguns Juristas a substimar a *Técnica de Comerciar* e a dar relêvo à *Técnica de Transportar*. Não repararam que *ao serviço do Comércio é que está o transporte*, desta ou daquela espécie. Não distinguíram, *substancialmente*, o principal do acessório.

Se o tivessem feito, essa dependência os levaria à convicção de que *ambos são partes de um todo*. Essa unidade econômica é manifesta.

O que fôr feito para um, deve tomar na devida conta os imperativos técnicos do outro.

12 — O Direito não deverá, por isso, seguir critério que favoreça a inversão da ordem das coisas; terá de ver o *fenômeno comercial* preponderante.

A programação do Ensino do Direito Comercial nas Faculdades de Direito do Brasil foi sábia, portanto. O estudo da parte relativa ao tratamento do Comércio Terrestre (3.º Ano) antecede a pertinente ao Comércio Marítimo e ao Aéreo (4.º Ano). As linhas gerais, fixadas a princípio, ficarão dominando até o fim. Se as imposições do *ambiente físico* exigiram da Técnica contribuições que hajam de refletir-se na *regulação jurídica do Comércio*, para que não se desnature o *escopo de comerciar*, o entendimento disso dar-se-á com as devidas cautelas.

Nunca como *principal* será havido o *acessório*, êste jamais perderá a sua categoria.

Eis o que, na aludida orientação didática, vemos bem claro. Vemos e aplaudimos.

13 — As considerações que acabamos de esboçar habilitam a compreender que vários Juristas — a cujos trabalhos rendemos as homenagens merecidas — em presença das realizações maravilhosas da Navegação e da Aviação e, atribuindo às emanções das soberanias nacionais um efeito destorcivo e não raro deletério na vida comercial, em holocausto ao Direito das Nações, tendo partido do Direito Comercial Marítimo no seu apregoado *particularismo*, chegaram a um Direito Marítimo, com situação no Direito Público e no Direito Privado.

Brindam-nos, então, com um Direito Marítimo subdividido em *Direito Marítimo Internacional*, *Direito Marítimo Administrativo* e *Direito Marítimo Privado*, acrescentando — ou *Direito Comercial Marítimo* (16).

Temos o hábito de lembrar que as classificações — sejam elas quais forem — não passam de artifícios para facilitar o conhecimento das coisas. São andaimes para a construção a fazer-se. Pro-

curamos assim conservar a atenção no que é fundamental e, simultaneamente, na apreciação dos fenômenos, preservar a liberdade espiritual.

Pelo que acabámos de frisar, essa classificação, destacando um Direito Marítimo, onde o Direito Comercial vai figurar, apenas, como *parte aliquanta*, perturba a visão dêste ramo jurídico, em tôda a sua importância.

Para impugná-la, poderíamos levantar, desde logo, a preliminar de que o Direito é *realização essencialmente nacional* e não é pela sua tendência à universalização, de que tão eruditamente, declarando estar então o mundo numa... “hora febril” tratou o Prof. João Monteiro⁽¹⁷⁾ — glória da Universidade de São Paulo e do Brasil — que, nesta oportunidade, êle nos deve impressionar.

Preferimos, porém, ressaltar o que Silva Costa — Mestre eminente de tantas gerações de juristas Brasileiros — escreveu no *Direito Comercial Marítimo*, livro que já desfruta, assaz merecidamente, o privilégio de obra clássica. Para êsse autor,

O *Direito Marítimo Internacional* trata da liberdade dos mares, em princípio, dos direitos e obrigações entre beligerantes e neutros, assim como das questões conexas.

O *Direito Marítimo Administrativo* regula a polícia dos portos, a inscrição marítima, as instituições da Marinha Mercante, o regime sanitário e contribuições marítimas.

O *Direito Marítimo Privado* ou *Direito Comercial Marítimo* ocupa-se com os contratos marítimos e instituições que a êles se prendem”.

E é o próprio renomado autor com as linhas, com que apresenta essa classificação, quem evidencia o critério que foi por êle acolhido e que não podemos aceitar.

“O Direito Marítimo — escreveu — em sua significação mais genérica, regula as relações jurídicas da *navegação marítima*, podendo receber a tríplice classificação seguinte”⁽¹⁸⁾.

O Mestre preferiu, ao invés do *Comércio Marítimo* — Código Comercial Brasileiro na 2.^a Parte, — fixar a *Navegação Marítima*.

Não devemos pensar que a sua obra, editada em 1899, recolheu diretrizes que o espírito jurídico de alguns não tenha sancionado.

Almáquio Diniz — Professor da Faculdade de Direito da Bahia, que tanto dignificou, com proveito, para a cultura nacional — se fez eco, no Brasil, do particularismo do Direito Comercial Marítimo, enaltecendo um dos seus grandes defensores — o Prof. Julien Bonnecase, da Faculdade de Direito de Bordeaux (França) — atingindo prontamente, com a força da lógica, um ponto tão alto, que Bonnecase indicara tão-somente:

“O navio — sustentou — não pode, enquadrado no campo de estudo de tal ciência (referia-se ao Direito Marítimo, com as subdivisões que acabamos de mencionar) ser encarado fora das relações que constituem a vida internacional da Humanidade. É preciso que se tenha uma noção positiva do caráter jurídico do mar, a qual há-de corresponder, necessariamente, à noção física, tal como tem sido fixada pelas ciências naturais, para que se realizem todos os casos particulares da noção jurídica do navio, no mundo internacional. Daí a conclusão de que há, no que concerne à navegação, uma espécie de harmonia estabelecida, entre o lugar onde ela se exerce — oceano, mar ou rio — e o instrumento com o qual ela se exerce — navio ou barco”⁽¹⁹⁾.

E concluiu ainda, incisivamente:

“O reconhecimento internacional do navio é a melhor particularização do Direito Comercial Marítimo.

E isto, que não está senão em traços gerais, com promessa de desenvolvimento e em lugar próprio, na obra do Prof. Julien Bonnecase, é a sua maior originalidade a concluir-se neste momento, como vamos concluindo, no qual a facilidade das navegações marítimas, encurtando, sobremodo, as distâncias, desfaz as fronteiras e abre os portos ao internacionalismo comercial”⁽²⁰⁾.

Almáquio Diniz, com quem tivemos a ventura de privar, proclamou, nesse trabalho, o navio *pessoa* de direito internacional público. Não ficou na *individualidade*, conferiu-lhe a *personalidade* e o situou no Direito Internacional Público.

Se a aludida classificação e os estudos feitos objetivam o entendimento das realidades econômicas, com a supressão do navio do campo do Direito Comercial — centro que êle é de tantas preocupações mercantis e instrumento do comércio por mar — êsse entendimento ficou gravemente comprometido.

Dessa reflexão o que resulta é que as afirmativas, há pouco apresentadas sobre o Comércio e a Navegação, têm procedência. São procedentes e necessárias para que o Jurista não seja levado a conclusões que mutilariam o Direito Comercial, retirando-lhe o *Navio*, quando a sua importância econômica, as suas peculiaridades originaram institutos jurídicos de Direito Privado de tanto relêvo e serviram de modelo a realizações do Direito Aéreo e, ao nosso ver, poderão inspirar, se já não o fizeram — linhas jurídicas de verdadeira utilidade para a *empresa comercial*, que já não pode ter negada a sua projeção na vida do Comércio.

Se insistíssemos na *ordem na idéia em que a Navegação se exalta*, acabaríamos com o Direito Comercial Marítimo que nem seria subdivisão do Direito Comercial. Encontraríamos um Direito Comercial Aéreo de características idênticas e, com tal orientação, as normas e regras jurídicas que extraíssemos serviriam mais para *confundir que para esclarecer*.

O Comércio — como procuramos evidenciar — guarda no fundo de todas as suas atividades, por mais complicadas que se apresentem à apreciação geral, uma *unidade econômica*, que é o segredo do seu prestígio.

O Direito, os Juristas precisam atentar nisso, para que lhe possam dar as contribuições esperadas.

Ainda uma vez — uma vez mais — patenteia-se que os Juristas devem viver no Mundo das Realidades.

14 — Comércio e Direito Comercial juntos como estão na ordem social, não-de manter-se na ordem jurídica.

O assunto está pôsto assim no Código de 1850. E a despeito de quaisquer reservas doutrinárias, a orientação prevaleceu para leis complementares.

15 — Tenhamos, porém, na devida conta que tudo quanto acabamos de escrever não implica em só admitir um Código para o Comércio, com três partes distintas.

A orientação doutrinária é que deve prevalecer.

Os legisladores poderão resolver o Problema da Codificação elaborando *códigos separados*.

Uma coisa é a *Ciência Jurídica* outra a *Ciência Legislativa* e ambas, colimando facilidades para a vida individual e coletiva, consideram as matérias de que se ocupam atentas à Economia, à Moral, à Política, à própria Religião, no que todas essas forças de agregação social ofereçam para a harmonia da Sociedade.

16 — Sendo o Comércio a *intermediação lucrativa*, temos de admitir a *especulação* ⁽²¹⁾ e o *lucro* ⁽²²⁾.

O comerciante *precisa do capital* com o que *paga* o que compra para revender e deve *agir especulativamente* para atingir o fim lu-

crativo. Os obstáculos que se lhe apresentem, de espaço ou tempo, precisam ser vencidos *com as contribuições da Ciência e da Técnica*.

Vemos, em toda a atividade comercial, um *sentido de unidade*, presente e atuante.

A Economia e, na sua essência, a *relação entre uma necessidade e uma coisa*, à qual se atribui, por isso, *utilidade* — relação que, no dizer de Garelli, é a própria *utilidade* ⁽²³⁾.

A correlação entre *necessidades e utilidades* encontra no Comércio o meio da sua manifestação social.

Da Economia onde é dominante — transmite-se ao Comércio, logicamente, o *princípio da unidade*.

Juridicamente considerado esse assunto, distinguimos problemas de *Direito* e problemas de *Comércio*, uns e outros com bases científicas. E, pela sua finalidade, como pela natureza mesma do Comércio, o Direito Comercial — com fisionomia própria no *Quadro Geral da Matéria Jurídica* — há-de apresentar um *caráter de unidade*.

Pelo exposto, apresentamos as seguintes

CONCLUSÕES

- 1.^a) É preciso admitir a existência de uma *Ciência Jurídica* e de uma *Ciência Comercial*, devidamente constituídas, para ser versado, com segurança, o Direito Comercial.
- 2.^a) O Comércio tem no transporte um *elemento necessário*.
- 3.^a) As economias nacionais transmitem ao Comércio, um *sentido de unidade*.
- 4.^a) O sentido de unidade do Comércio é acolhido pelo Direito Comercial, que lhe deverá dar expressão científica.

NOTAS EXPLICATIVAS

- 1 — *El capitalismo en crisis*, p. 56.
- 2 — *Int. Dir. Com.*, p. 187
- 3 — *Natureza Jurídica do Direito de autor*, *Jornal do Fôro*, de Lisboa, 88/172
- 4 — *Introdução ao Direito Comercial*, ed. 1948, p. 190
- 5 — *A Filosofia de William James*, trad. de Antonio Ruas, p. 104
- 6 — L. Liard, *Lógica*, p. 113
- 7 — L. Liard, *Lógica*, p. 117

- 8 — *Le Droit, La Science e l'Art*, p. 109 (B, 5/1/5)
- 9 — Giuseppe Capograssi, *Il Problema della Scienza del Diritto*, p. 236/237
- 10 — Editorial Atalaya, Buenos Aires, Argentina, p. 9
- 11 — Dec.-lei n. 4707, de 17 de setembro de 1942
- 12 — *Tratado de Direito Civil*, 1/473
- 13 — Código Civil, Com. ao Art. 7.º da Lei de Introdução
- 14 — Código Civil, Com. ao Art. 7.º da Lei de Introdução
- 15 — Odamastor Lima, *Notas de aulas*.
- 16 — Silva Costa, *Direito Comercial Marítimo*, 1/25
- 17 — *Da futura universalização do Direito* (Discurso inaugural do Curso de Legislação Comparada, lido em 30 de maio de 1892).
- 18 — *Idem, ibidem*.
- 19 — *O Navio* — pessoa de direito internacional público, p. 12
- 20 — *idem, ibidem*.
- 21 — *Especulação*, termo do comércio, não é bem como definiu I. de Souza Duarte em seu *Dic. Dir. Com.* (1800), a tentativa de um trato, é uma operação comercial assaz aleatória, cheia de riscos.
- 22 — *Lucro* é o capital acrescido.
- 23 — Alessandro Garelli, *Filosofia del Monopolio*, p. 10

RELATÓRIO E PARECER

Relator: PAULO BARBOSA LESSA

1 — Trata o eminente professor da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, nome que se tem impôsto aos estudiosos do direito mercantil no país e no estrangeiro, do problema da unidade do direito comercial. Para chegar às conclusões, hábilmente extraídas das premissas colocadas, traça o mestre carioca o caminho seguido pela ciência do direito, radicando-a, fundamentalmente, na natureza social do homem. Ressalta as raízes econômicas do problema. Diz das relações entre a economia e o direito. Diferencia, empós, com nitidez o campo da filosofia e da ciência do direito, ressaltando, com Georges Renard, a importância da formulação de uma teoria jurídica, eminentemente científica. Seguindo a linha que, com a obra de Gény, se tornou clássica, salienta a importância prática do problema, face mesmo ao texto da lei brasileira, quando coloca os princípios gerais do direito como fonte de normatividade jurídica. Analisa êsses princípios gerais, discute-os e classifica-os mestralmente. Só, então, penetra na âmago especializado do problema. Realça a fundamental importância que tem o conceito de comércio para o direito comercial. Diz de sua necessidade, mesmo. Compara, por fim, os diversos ramos do direito mercantil, notadamente o terrestre e o marítimo, para concluir que devem manter entre si, tal como acontece na realidade, traço de união íntima, mercê da constatação da relevância da noção de transporte na noção mais geral do próprio comércio.

2 — Nota-se, da simples exposição da tese, a imensa gama de assuntos tocados pelo mestre brasileiro. O assunto deflui de sua concepção, com uma lógica inatacável. Sente-se a segurança da mente que o pensou.

3 — A proposição que ressalta a existência de uma ciência jurídica e de uma ciência comercial é perfeitamente adequada à realidade. Nesses últimos decênios ingente tem sido o esforço dos juristas a fim de plasmar a sua ciência, em moldes verdadeiramente científicos. Ciência e filosofia não se opõem. Antes se completam. Trata-se de estudar o mesmo fenômeno, empregando métodos diferentes e com diverso objetivo. A preocupação de transformar o direito em verdadeira ciência, extremando a ciência do direito da antiga jurisprudência, tem sido, talvez, a maior contribuição do século para os problemas jurídicos.

4 — Inequívoco o constatar-se a tendência do novo direito comercial em desdobrar-se em porções, cada vez mais específicas, atendendo ao princípio da divisão do esforço, e ao seu corolário da divisão da realidade em porções cada vez mínimas, a fim de um melhor tratamento dos problemas. Todo o esforço da ciência pode ser resumido no discernir cada vez mais. Discernindo, diferenciando o que antes parecia idêntico é que a ciência em geral, e a ciência do direito em particular, tem evoluído para melhor.

5 — Tal constatação se não opõe aos conceitos emitidos pelo professor carioca. De feito, tal minúcia técnica bem se amolga ao reconhecimento de uma unidade na matéria comercial em geral. Pacífico é o reconhecimento de uma fisionomia própria à matéria comercial, compreendida nela u'a maior ou menor cópia de fenômenos. É conhecida a distinção entre autonomia sistemática e autonomia histórica mercantil. O que ressalta no caso constatar é a existência de um comum traço de união entre os diversos ramos do direito comercial, união que é um corolário da contínua presença do fenômeno comércio em todo o campo coberto pelo direito mercantil. Essa união, segundo frisa o mestre, se encontra precisamente no conceito de transporte, presente em todo o fenômeno econômico do comércio.

6 — Isso pôsto, cabe concluir pela aspiração de um tratamento de unidade jurídica, entendida como unidade de princípios, para toda a matéria mercantil, respeitada, é certo, a fisionomia de cada ramo do direito mercantil, a ser adotado pelo legislador em sua obra de técnica legislativa.

7 — Recomenda-se a aceitação da tese pelo plenário, considerando-a valioso subsídio para o estudo do problema e para a apreciação técnico-jurídica do legislador brasileiro.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO DE
LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

Oswaldo J. Stratta

Catedrático titular de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fé, Republica Argentina).

Sumario: 1. — Generalidades. Importancia de las sociedades de responsabilidad limitada. — 2. — Características esenciales de las mismas. — 3. — Reglas de constitución y publicidad. — 4. — Número de socios. — 5. — Objeto. — 6. — Capital: a) responsabilidad limitada a las aportaciones; b) suscripción e integración; c) monto; d) otras prescripciones. — 7. — Razón social o denominación. — 8. — Gobierno, administración y fiscalización de la sociedad: a) Colectividad de socios; b) Administradores; c) Fiscalización. — 9. — Disolución. 10. — Derecho supletorio. — 11. — Conclusiones.

1 — *Generalidades. Importancia de las sociedades de responsabilidad limitada.* La sociedad de responsabilidad limitada constituye una forma de empresa que se ha impuesto definitivamente en el campo mercantil y aún como tipo societario en los negocios de carácter civil.

Su aparición puede calificarse, con la relatividad de estas apreciaciones, de reciente, pues adoptando como antecedente más antiguo el del derecho inglés, podríamos remontarnos a lo sumo al año 1862; y refiriéndonos a legislaciones orgánicas sobre la materia, hemos de tomar como punto inicial la ley alemana de 1892, a la cual suceden otras, con intervalos más o menos largos y ya en el siglo actual (1).

(1) Así, sin propósito exhaustivo, podemos citar las leyes de Portugal (sancionada en el año 1901), de Austria (1906), Polonia (decreto de 1919 y ley de 1923), Rusia (Código Civil Soviético, vigente desde 1923), Bulgaria (1924), Francia (1925), Liechtenstein (1926), Bélgica (1935), Suiza (1936), Italia en el nuevo código civil (sancionado en 1942); China, de acuerdo con lo manifestado por Escarrá, las incluye en la ley sobre sociedades del año 1946 (Jean Escarrá, *El derecho comercial y el método comparativo*, en Rev. La Ley, t. 52 — Buenos Aires, 1948 — sec. doct. ps. 952-957). En parte de algunos países formados con territorios del ex imperio austrohúngaro rigió la ley austríaca, que originó allí leyes o proyectos de carácter general; en España debe señalarse que tienen cabida pese a no existir una reglamentación expresa sobre socie-

En el derecho latinoamericano, — que es el que nos interesa particularmente en este breve estudio — citamos, por orden cronológico la ley brasileña N.º 3708, del 10 de enero de 1919, cuyo título es “Sociedades por cuotas” con el subtítulo “Regula la constitución de las sociedades por cuotas de responsabilidad limitada”; la ley cubana de 17 de abril de 1929, publicada el 26 del mismo mes y año, sobre sociedades limitadas; la sancionada en la República Argentina el 29 de septiembre de 1932 y con vigencia desde el 8 de octubre del mismo año, bajo el número 11645 y con el título “sociedades de responsabilidad limitada”; el decreto-ley dictado el 26 de abril de 1933, en el Uruguay (2); la ley mexicana, del 4 de agosto de 1934, conocida como “Ley general de sociedades mercantiles”, dentro de la cual (capítulo IV, arts. 58 a 86), se contempla el tipo social de referencia (3); el código civil de Perú, vigente por la ley 8305 y promulgada el 30 de agosto de 1936, en cuyo libro 5.º, sección quinta, título XIV relativo al contrato de sociedad, se legisla — arts. 1725 a 1730 — sobre las sociedades civiles de responsabilidad limitada; la ley colombiana N.º 127 del 24 de noviembre de 1937, sobre compañías de responsabilidad limitada; la ley boliviana del 12 de marzo de 1941; y el decreto ley N.º 10268, del 29 de diciembre del mismo año, de Paraguay (2). Puede citarse además, el proyecto de código de comercio de la Re-

dades de responsabilidad limitada, por vía indirecta (ver R. Gay de Montellá, *Código de comercio español comentado*, t. II — Barcelona, 1936 ps. 93-94; y F. de Solá Cañizares, *Necesidad de la revisión del estatuto de las empresas jurídicas modernas*, Revista La Ley, t. 46 — Buenos Aires, 1947 — p. 909; sobre la posibilidad de adaptarles el derecho de otros países (por ejemplo en legislación escandinava y holandesa, etc.), remitimos, en razón de la brevedad de este estudio, a la obra de Feine, *Las sociedades de responsabilidad limitada* — Madrid, 1930 — ps. 5 a 11.

(2) Considerando en ambos su vigencia como ley y a fin de simplificar les daremos en el curso de este trabajo aquella denominación igual que a los demás estatutos legales.

(3) Señalemos que en México existe, además, una ley sobre “Sociedades de responsabilidad limitada de interés público”, publicada en el “Diario Oficial” el 31 de agosto de 1934. Su objeto queda definido en el art. 1.º: “La Sociedad de Responsabilidad limitada de interés público sólo se constituirá cuando se trate de actividades de interés público y particular conjuntamente, a juicio de la Secretaría de Economía Nacional. En los artículos siguientes dispone que la sociedad sólo se constituirá mediante autorización del Ejecutivo Federal y con el trámite que deja establecido, inclusive para la inscripción en el Registro Público de Comercio; debe constituirse como de capital variable; el mínimo de socios debe ser de cuatro y puede tener más de veinticinco, o sea que no existe límite superior; el importe de una parte social no podrá exceder del veinticinco por ciento del capital de la sociedad; el fondo de reserva debe ser del veinte por ciento hasta que alcance un importe igual al del capital de la sociedad; estará administrada por un Consejo de Administración compuesto de tres socios por lo menos y se constituirá un Consejo de Vigilancia integrado por dos socios como mínimo; los derechos de la minoría deben quedar asegurados en el contrato social para las designaciones prealudidas, y en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital nombrará cuando menos, un miembro de cada Consejo; reglamenta la vigilancia estatal sobre el funcionamiento de la sociedad; y dispone que salvo lo expresamente prescrito por dicha ley, la sociedad se registrará por las disposiciones generales de la ley de sociedades mercantiles y por las especiales relativas a las sociedades de responsabilidad limitada.

Esta dualidad de regímenes legales queda explicada por el tratadista mexicano J. Rodríguez y Rodríguez en estos términos: “En las relaciones económicas son frecuentes las agrupaciones de empresas con objeto de limitar la concurrencia, organizar la producción y practicar una conveniente política de precios. Estas agrupaciones adoptan diferentes formas económicas y jurídicas, y reciben varios nombres en la práctica internacional, en la que se habla de *Trust*, *Konzern*, *Kartel*, etc. Estas formas de organización económica no siempre responden a tendencias monopolísticas, sino que frecuente-

pública Dominicana, preparado por el profesor J. H. Ducoudray y por disposición gubernamental, en cuyo libro segundo, primera parte, título III, (sobre las sociedades mercantiles, se reconoce la existencia de sociedades prealudidas (art. 51, inc, 4.º), reglamentadas en capítulo V.

Los guarismos estadísticos traducen en todas partes la máxima aceptación que esta clase de sociedades ha tenido (4), tanto en la constitución de nuevas compañías, como en la transformación de anteriores, especialmente sociedades anónimas y de nombre colectivo, que adoptaron esta nueva forma (5).

Frente a dichas comprobaciones numéricas y a la entusiasta acogida que han tenido en la órbita de la vida comercial, consideramos injustificadas las críticas que se le han hecho, no muchas por cierto. Una de las más recientes es la de Ripert, quien afirma entre otras cosas: "Es malo permitir en condiciones tan fáciles la limitación de responsabilidad, La moralidad comercial no ha ganado con esta creación. Las bancarrotas son múltiples sin alcanzar a las personas pues la sociedad solamente es la fallida. La sociedad de responsabilidad limitada encuentra por otra parte poco crédito. Frecuentemente el gerente debe obligarse personalmente hacia los acreedores; él pierde entonces la ventaja a no ser más que un gerente y asume de hecho, el papel de un comanditado" (6).

mente, se nos presentan como exigencias de las organización económica para poner fin a la anarquía que pueda resultar de una competencia desenfrenada, o de la falta de coordinación de intereses afines. Esas combinaciones económicas pueden adoptar la forma de sociedades civiles o mercantiles, y aún la de simples asociaciones en participación. Una de las formas preferidas para ello ha sido la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que se presta especialmente para esta misión por la posibilidad de que su dirección responda a directrices de carácter personal, por la limitación de responsabilidad que le es propia y por las prestaciones suplementarias y accesorias que son peculiares de esta forma de sociedad mercantil. Para utilizar las múltiples ventajas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en la organización de los grandes intereses de la economía nacional el legislador mexicano dictó la ley del 28 de agosto de 1934 (D. O. día 31 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada de Inters Público y Capital Variable) (*Curso de Derecho Mercantil*, México — 1947, t. I-ps. 169-170).

Con esta síntesis del régimen legal aludido y la opinión transcrita dejamos completado el tópico, con la advertencia de que al referirnos a la legislación mexicana en el curso del trabajo solo entenderemos citar la ley común y no ésta.

(4) Demostración de ello en lo que respecta a la República Argentina son las siguientes cifras, relativas solamente al número de contratos (por razones de brevedad, omitimos la mención de los capitales). En todo el país se registran estas cifras de inscripción de sociedades: año 1933, 156; 1934, 180; 1935, 220; 1936, 314; 1937, 378; 1938, 464; 1939, 555; 1941, 781; 1942, 1124; 1943, 1316; 1944, 1558; 1945, 1995; 1946, 2929. La progresión se observa en particular, con respecto a la ciudad de Buenos Aires, con estas cifras: en 1943, se inscribieron 773 contratos; en 1944, 1024; en 1945, 1178; en 1946, 1649; en 1947, 2214. En la ciudad de Santa Fe, desde la cual escribimos, tenemos estas comprobaciones: en 1943, 58 contratos inscriptos; 1944, 66; 1945, 88; 1946, 100, 1947, 126 y en 1948, 165. Es decir, que ya sea en conjunto, o ya en medios comerciales de mayor o menor importancia el movimiento ascendente es uniforme; y es menester añadir que, a través de estadísticas de otros países, que no transcribimos por no extendernos, la comprobación es la misma.

(5) Puede señalarse, desde ahora, que la transformación de las sociedades existentes en compañías de responsabilidad limitada, está contemplada expresamente en varias leyes: argentina (art. 25), boliviana (art. 15), colombiana (art. 10) y cubana (disposición transitoria de la parte final del art. 1.º).

(6) *Traité élémentaire de droit commercial* — Paris, 19848 — ps. 312-313, núm. 798-99.

Esta apreciación crítica, pese a provenir de tan reputado autor, no es exacta. La limitación de la responsabilidad es una necesidad sentida por el comercio: prueba de ello la difusión de las sociedades anónimas, y de las que nos ocupan; de la limitación aludida no puede derivarse un problema de moralidad, pues la deshonestidad es cuestión de los individuos, más que de las formas, y puede campea en cualquier tipo y género de empresa; el timo y el fraude aparecen como posibles en cualquier clase de negocios, y se pueden evitar con una adecuada reglamentación legal; y los casos que subsistan pese a ella, no bastan para desechar una creación que presenta singulares ventajas; no es exacto en todas partes el aumento de las falencias y, además, no se pueden imputar siempre a la forma adoptada, y el hecho de que no alcance a los socios es precisamente una ventaja de esta sociedad; finalmente, lo relativo a la concesión del crédito implica una cuestión de hecho que en cada supuesto depende de muchos factores — capital, moralidad, prosperidad de los negocios — y no es distinto del que se presenta en las sociedades anónimas que también limitan su responsabilidad a la masa social.

2 — *Características esenciales.* Para poder sintetizar las características esenciales de las sociedades de referencia, resulta necesario señalar las ideas básicas que presidieron la creación de las mismas. A ese fin nada mejor que transcribir la resolución del Congreso de Cámaras de Comercio alemanas de 1888: "1.º Los medios comerciales e industriales reconocen que existe una urgente necesidad de completar el derecho vigente, con la introducción de nuevas formas de sociedad para las empresas privadas; 2.º Es posible satisfacer esta necesidad con una ley que cree sociedades sobre la base de individualidades y capitales, y en las cuales la participación de los asociados sería dividida en partes y su responsabilidad limitada" (7). En otros términos, se palpaba la necesidad de que fuese factible la constitución de una sociedad que sin excluir la intervención personal y directa de los socios (característica en las sociedades colectivas), permitiera limitar la responsabilidad de éstos a la suma aportada, como en las sociedades anónimas, pero diferenciándose de las mismas en cuanto a que los aportes se materializarían en cuotas o partes sociales y no en acciones, con las consiguientes diferencias en punto a transmisibilidad.

De lo expuesto se sigue — anotemos de paso — que el nombre más comunmente adoptado por las legislaciones y también por la doctrina — o sea el de *sociedades o compañías de responsabilidad limitada*, o simplemente *sociedades limitadas* — no tiene rigor lógico, pues también se limita la responsabilidad en las anónimas y aún en las sociedades en comandita en lo que se refiere a los socios comandi-

(7) R. Ischer, *Vers la responsabilité limitée du commerçant individuel*; Lausanne, 1889; p. 48.

tarios. De mayor precisión conceptual resulta en el derecho latino americano la ley brasileña, que se refiere a las "*sociedades por cuotas de responsabilidad limitada*", en cuanto señala una característica que las diferencia de las anónimas, y que es la de la representación del capital social en cuotas, según queda visto. Empero, como el uso se inclina prevalentemente en favor de la primera de las denominaciones, utilizada en el título del trabajo, nos decidimos a mantener la misma, que representa un contenido de común inteligencia.

Creemos dejar señaladas las dos características esenciales de las sociedades del tipo que estudiamos: limitación de la responsabilidad de los socios al monto de los aportes (sin excluir la probabilidad de aportación de cuotas suplementarias, previstas por algunas leyes), salvo casos de excepción que contemplan las legislaciones especialmente cuando no están debidamente integrados aquéllos; y prohibición de representar el capital por acciones, lo cual elimina — a veces por texto expreso — la posibilidad de buscar los capitales por medio de subscripción pública y, sobre todo, veda la posibilidad de la transmisión del aporte en la forma en que las acciones se negocian; debe materializarse el capital en cuotas, cesibles en forma limitada, con los requisitos que fijan los diversos estatutos legales.

Otros rasgos que se han señalado como esenciales no lo son, en nuestra opinión, como la de la personalidad distinta de la de los socios, pues en muchas legislaciones, incluso la argentina, es carácter común a todos los entes sociales, y en las de tipo más restringido se adjudica cuando menos a las anónimas, por lo que no puede servir para diferenciación; la intervención de los socios en la marcha de la sociedad, que puede o no presentarse como ineludible (según se consagre o no a los socios como administradores natos), se relaciona mejor con el problema de la naturaleza, en cuanto si se trata de sociedades de capital o de personas, y atañe también a la forma de ejercerse la administración.

Establecidos los lineamientos del tema, con las generalidades que anteceden, trataremos de concretar una síntesis no ya de las notas esenciales, naturales o comunes de las sociedades tratadas, sino de la forma en que reglamentan las leyes americanas los puntos más interesantes, no todos, porque ésta sería materia de mucha extensión (8).

3 — *Reglas de constitución y publicidad.* No son acordes las opiniones doctrinarias y las soluciones legales sobre las exigencias de

(8) Para justificar desde ahora este estudio, citaremos palabras del tratadista Roberto Goldschmidt, las cuales, aunque referidas a las sociedades anónimas, se aplican perfectamente aquí: "Tanto desde el punto de vista científico como práctico, es de sumo interés comparar entre ellas las diferentes leyes y proyectos, a fin de sacar consecuencias para el ordenamiento jurídico del propio país, tanto por la aplicación como por la reforma del derecho positivo" (*Problemas jurídicos de la sociedad anónima*; Buenos Aires — 1946, p. 2).

forma para la constitución. Algunos tratadistas prefieren la escritura pública por las garantías que ofrece la intervención notarial, y otros, para facilitar la formación, y incluso para no encarecerla en el caso de pequeñas sociedades, admiten también la posibilidad de hacerlo por documento privado.

Por nuestra parte preferimos a la segunda solución — admisión de ambas clases de documentos constitutivos — que es la de las leyes argentinas (art. 4.º), uruguaya (art. 5.º) y brasileña, ésta por remisión a normas generales (art. 2.º de la ley 302 del cód. de comercio), porque entendemos que con la redacción de un contrato en que se observen las prescripciones legales y se refleje la voluntad de los interesados, y la inscripción posterior en el Registro de Comercio, las garantías son prácticamente las mismas que en el acto notarial. Lo contrario — exigencia de escritura pública — disponen las leyes bolivianas (art. 2.º), colombiana (art. 2.º) cubana (art. 1.º apartado b), chilena (art. 2.º) paraguaya (art. 4.º), y también la peruana (art. 1689 del cód. civil) y mexicana (art. 5.º de la ley de sociedades), pero en estas dos últimas es por aplicación de normas comunes a las sociedades en general.

En lo tocante a requisitos que debe observar el contrato, la ley argentina es minuciosa, pues los enumera en siete incisos del art. 4.º; de parecida prolijidad son la cubana (art. 1.º apartado b), paraguaya (art. 4.º), y uruguaya (art. 5.º). La ley colombiana (art. 2.º) se refiere a las enunciaciones generales en materia de sociedades y a las específicas sobre la limitación de la responsabilidad, declarándose también el íntegro pago de los aportes y la estimación de los bienes aportados en especie; la chilena, a las enunciaciones comunes a toda sociedad y a la declaración de que la responsabilidad se limita a los aportes (art. 2.º). La ley brasileña se remite (art. 2.º) a los requisitos generales para todas las sociedades comerciales (especificados en el art. 302 del cód. de comercio), además de las declaraciones concernientes a la limitación de la responsabilidad; la ley boliviana se refiere en su art. 2.º a las disposiciones del art. 321 del cód. mercantil donde están contenidas las exigencias comunes a todas las sociedades; y nada dice la ley mexicana, por lo que deben entenderse vigentes las disposiciones generales en materia de sociedad, lo mismo que en el caso de la ley civil peruana.

Inscripción en el Registro de Comercio o Mercantil — según la denominación local — exigen expresamente las leyes argentinas (art. 5.º), cubana (art. 1.º apartado b), uruguaya (art. 6.º), brasileña (art. 2.º que remite al 301 del Código), colombiana (art. 3.º, donde exige la inscripción de un extracto de la escritura social), chilena (art. 3.º, con la especial mención de que debe hacerse íntegramente, a diferencia de la anterior), y paraguaya (art. 5.º); esta última contiene

sobre las demás, la innovación de fijar el procedimiento de la inscripción, que debe ser ordenada por el Juez de Comercio, con intervención del Agente Fiscal en lo Civil y Comercial de turno. En la ley de México nada se expresa, pero resulta de indudable aplicación el art. 19 del cód. de comercio y el art. 2.º de la ley general de sociedades de dicho país, que establecen la aludida exigencia. (9). Y la ley boliviana, además de la inscripción referida, establece la de todas las operaciones de crédito que realice la sociedad (art. 17).

Formalidades aún mayores exigen varias leyes con la publicación del contrato social: la argentina (art. 5.º) la impone por el plazo de cinco días en el Boletín Oficial o periódico de la localidad, si no hubiere aquél, para que pueda la sociedad funcionar como tal y bajo la severa sanción — como ante la falta de inscripción — de que los socios incurran frente a terceros en responsabilidad solidaria e ilimitada (art. 6.º); la ley uruguaya establece la publicación de un extracto por diez días y en dos periódicos, y con análogo efecto y sanción que en la anterior, extendiéndose esta última — la responsabilidad ilimitada y solidaria — a los administradores (art. 68); también tiene exigencias de publicación en el Diario Oficial la ley chilena (art. 3.º), so pena de nulidad entre los socios y responsabilidad solidaria de los socios fundadores para todas las obligaciones contraídas en interés de la sociedad; la ley boliviana determina que se publicará “en un periódico de crédito de la capital de departamento en la que tengan su sede (las sociedades), el tenor de la escritura social” (art. 17), entendiéndose que ello implica una condición constitutiva porque recién “después de diez días de haber hecho esta publicación las sociedades podrán comenzar sus actividades”; la ley paraguaya que, si es procedente la inscripción en el Registro Público de Comercio, el juez ordenará y “dispondrá la publicación por ocho veces, en la Gaceta Oficial y otro diario, con preferencia en un diario local, de un extracto del contrato constructivo...” con los datos que se consignam en la misma disposición (art. 5.º).

4 — *Número de socios.* Parecería obvio señalar que el número mínimo debe ser de dos, incluso porque lo exigen expresa o implícitamente las definiciones doctrinarias y aún las legales (10). Pero no es así cuando menos por un par de razones: a) La posibilidad de que pudiera exigirse un número mayor, supuesto que se presenta categóricamente con la ley boliviana, la cual establece para la constitución o subsistencia de la sociedad, un número de tres socios. b) Porque así

(9) Conf. J. Rodríguez y Rodríguez, obra citada — p. 160.

(10) Caso del art. 282 del código de comercio argentino: “La compañía o sociedad mercantil es el contrato por el cual dos o más personas se unen...”

se alegraría la duda que se mantiene en torno a la subsistencia de la sociedad con un solo socio (11).

Queda dicho que en la ley boliviana aparece expresa la exigencia del mínimo de tres socios, tanto para la existencia como para la subsistencia de la sociedad, previsión que es acertada al incluir este segundo aspecto. La ley cubana requiere el número de dos socios para la constitución (art. 1.º, apartado a). En las demás debe sobreentenderse igual requisito de un mínimo de dos miembros, por aplicación de principios generales, tanto para la constitución de la sociedad como para su posterior subsistencia (12); la reducción a uno, es para nosotros, un supuesto de disolución ineludible. Y contra esto no puede arguirse la necesidad de que se contemple esa posibilidad, pues ello daría lugar a la instauración jurídica de las empresas individuales de responsabilidad limitada, que permitiría también remediar la anomalía de la existencia de sociedades — tanto anónimas como de responsabilidad limitada — en que el verdadero interesado es uno sólo, que aporta realmente los capitales, buscando así limitar su responsabilidad, y los otros son meros prestanombres.

En general, las legislaciones establecen expresamente un máximo de socios. Se ha justificado esta limitación diciéndose que “debe ser

(11) En la jurisprudencia argentina se registra un caso en el cual la justicia en lo comercial de la ciudad de Buenos Aires consideró que si la ley no exige un número mínimo de socios para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, bastando, por consiguiente, dos firmantes, y si ese número inicial puede disminuirse durante la vida de la sociedad por la adquisición que haga un miembro de las cuotas del otro u otros, el ente subsiste. Y se cita luego a Karl Heinsheimer (en su obra *Derecho Mercantil*, p. 180), en estos conceptos: “...puede ocurrir que todas las participaciones queden en manos del mismo propietario. La sociedad limitada no se disuelve por esto... También esta sociedad de un solo individuo queda como persona jurídica distinta del socio propietario de todas las partes; este único socio puede ser también el único administrador” (1.ª instancia, fallo del 22 de setiembre de 1943, y segunda instancia, del 30 de octubre del mismo, publicados en la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1943 — IV, ps. 275-278).

(12) Corresponde aquí una referencia a la situación que plantea al respecto la ley brasileña: la misma dispone (art. 18) que “serán observadas en cuanto a las sociedades por cuotas de responsabilidad limitada, en lo que no fuese reglado por el estatuto social y en la parte aplicable, las disposiciones la ley sobre sociedades anónimas”; pese a que esta última exige un número de siete socios (art. 38, inc. 1.º del decreto-ley N.º 2627 del 21 de setiembre de 1940), se ha entendido — y ya con el texto originario del código brasileño, que tenía el número mínimo de socios — que puede la sociedad de responsabilidad limitada constituirse con sólo dos miembros (ver: J. Luciano, *Sociedades de Responsabilidad Limitada* — Buenos Aires, 1927 — p. 217, núm. 185); esto puede explicarse con la consideración que hace el tratadista brasileño Waldemar Ferreira de que las disposiciones sobre sociedades anónimas son subsidiarias de la voluntad de las partes contratantes, cuando pueden ser aplicables, pero no subsidiarias de la voluntad del legislador, que elaboró las sociedades por cuotas, y el concepto del mismo autor de que “son sociedades solidarias o de nombre colectivo, de responsabilidad limitada de los cotistas a la importancia total del capital social. No son como al principio se supuso, sociedades anónimas simplificadas”. (*Compendio de sociedades mercantiles*, Río de Janeiro — 1940, p. 145); de lo que resulta que aproximándose las sociedades colectivas, no regiría el precepto de sociedades anónimas respecto del número de socios.

De la existencia de éstas y parecidas dificultades doctrinarias se deduce que no es ocioso establecer el número mínimo de socios, en dos, o a lo sumo tres, como lo hace la boliviana; nunca en número más elevado porque tal exigencia sería incompatible con empresas pequeñas cual son muchas de responsabilidad limitada, o aún para las grandes que desean formarse por muy pocos socios y que no logren reunir el mínimo que se requiere en algunas legislaciones para las sociedades anónimas (diez en la argentina, siete en la brasileña, etc.).

una sociedad de pocos socios ligados por la relación de confianza recíproca, de manera que en ella el recto funcionamiento administrativo, garantizado por esta relación de confianza, no necesite la complicada organización de la sociedad anónima” (13).

Dentro de las legislaciones americanas podemos señalar que la ley argentina y uruguaya prescriben un máximo de veinte socios (arts. 8.º y 7.º respectivamente), con excepción del caso en que se incorporen empleados como socios, con posterioridad a la constitución, situación en que se permite un número adicional de cinco; también tiene un máximo de veinticinco socios las leyes boliviana (art. 3.º), mexicana (art. 61.º) y paraguaya (art. 11); es asimismo categórica la ley de Colombia, al establecer en su art. 5.º “El número de socios en las compañías que tratan esta ley no podrán exceder de veinte. Si de hecho se constituyese en contravención a esta disposición, habrá nulidad absoluta entre los socios y en caso de aumento una vez establecidos, se producirá su disolución”. El límite fijado por la ley chilena es el más amplio, pues alcanza a cincuenta (art. 2.º), y es el más restringido el de la legislación de Cuba (art. 1.º, apartado a), que lo fija en diez.

En definitiva, salvo la legislación brasileña y la peruana, todas las aquí estudiadas se pronuncian en sentido afirmativo en cuanto al establecimiento de un número de asociados.

5 — *Objeto*. Se observa en algunas leyes la tendencia a ampliar el objeto de estas sociedades con la inclusión de los negocios civiles o de extender a ellos, cuando son realizados bajo la forma de compañía de responsabilidad limitada, la ley mercantil. Asimismo, adviértese, dentro del campo mercantil, la exclusión de algún tipo de empresa o de negocios que se consideran poco compatibles con esta forma societaria, por corresponder, ordinariamente, la anónima por razones de organización y del contralor estatal que necesitan las operaciones respectivas.

Traducen lo apuntado, las leyes argentina, paraguaya, uruguaya y chilena y, en parte la colombiana, y boliviana y peruana. La primera prescribe en su art. 3.º que quedarán sometidas al código y leyes de comercio cualquier sea su objeto y que podrán realizar cualquier clase de operaciones civiles o comerciales, con excepción de bancos, seguro capitalización y ahorro; algunos autores nacionales sostienen que la limitación relativa a negocios bancarios ha desaparecido, pues las leyes que rigen éstos autorizan a efectuarlo hasta a las personas físicas. De igual alcance es la ley paraguaya en el art. 3.º y casi idéntica es la tercera de las indicadas (art. 2.º), refiriéndose la prohibición a las operaciones bancarias y de capitalización y ahorro en cualquier forma (art. 3.º, segunda parte). Y la ley de Chile autoriza el establecimiento de la

responsabilidad limitada para las sociedades civiles o comerciales (art. 1.º), con exclusión de los negocios bancarios (art. 2.º). De la ley de Colombia surge que pueden ser civiles o comerciales a (art. 1.º), pero sin limitaciones en cuanto al ramo de negocios; y queda dicho que la legislación peruana refiere a sociedades civiles: “Pueden — dice el art. 1725 del cód. civil — constituirse sociedades civiles de responsabilidad limitada expresándolo así en el acto constitutivo de ellas”.

La ley boliviana no menciona las actividades civiles, por lo que debe entenderse circunscripta al campo comercial, y dentro en él prohíbe que se dedique a los negocios bancarios en general seguros y cajas de ahorro (art. 3.º). La ley cubana expresa al respecto que “estas sociedades tendrán como objeto cualquiera de lícito comercio...” (art. 1.º, inc. a) y excluye solamente de la adopción de esta forma a determinados negocios enumerados en el art. 123 del código (sociedades de crédito, bancos de emisión y descuento, compañías de crédito territorial, compañías de minas, bancos agrícolas, empresas concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas y almacenes generales de depósito).

La ley brasileña no se pronuncia expresamente sobre el punto, por lo cual y de acuerdo con lo que surge del art. 1.º, debe reputarse a las sociedades por cuotas de responsabilidad limitada solamente como mercantiles (13 bis).

Al no determinar nada la ley mexicana hemos de presumir que la forma estudiada se circunscribe al campo mercantil, sin más limitaciones en éste que las actividades que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada de interés público.

6 — *Capital*. Difícil resulta concretar los muchos aspectos que refieren a este tópico, sobre todo, en forma sintética; por ello, y dadas las exiguas proporciones de nuestro estudio, nos referiremos solamente a las principales cuestiones que tratan las leyes comparadas.

a) *Responsabilidad limitada a las aportaciones*. Como una característica esencial, ya vista, cada socio responde hasta el límite de lo que aporta a la sociedad. Y así lo refirman las leyes comentadas: la de Colombia, al establecer que la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de éstos se indique (art. 1.º) y al exigir una declaración en tal sentido para el registro y publicación (art. 3.º); la mejicana, que en la primera parte de su disposición, expresa que “sociedad de responsabilidad limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones...” (art. 58), sin perjuicio de las aportaciones

(13) Para una síntesis de opiniones en pro y en contra remitimos a I. Halperín, *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Buenos Aires, 1948; p. 33.

(13 bis) Así lo confirma el tratadista brasileño Noredino C. Alves da Silva, en su trabajo *Sociedades — cuotas — limitadas*, Río de Janeiro — 1927, ps. 29-32.

suplementarias facultativas en proporción a sus respectivos capitales, que contempla el art. 70; y la cubana las considera como "sociedades en las cuales ninguno de los asociados está obligado más allá de su aportación" (art. 1.º, apartado a). La ley de Bolivia señala en el art. 1.º que este nuevo tipo de compañía es una sociedad" con responsabilidad limitada de los socios" y en el art. 2.º expresa además que "en estas sociedades la responsabilidad de los socios queda limitada a la suma de sus aportes o suscripciones en dinero o en otros bienes".

La ley uruguaya contiene la declaración expresa en estos términos: "la responsabilidad de los socios queda limitada en estas sociedades a la cantidad o cantidades estipuladas como aporte de capital en el contrato de constitución de la sociedad" (art. 4.º). En la ley argentina, fuera de los casos de excepción motivados por constitución irregular o por falta de integración de capital y por el valor atribuido a los bienes (a los que podría añadirse el supuesto que examinaremos luego sobre la falta de aditamentos a la razón social o denominación), la responsabilidad de los socios se limita al valor de la cuota comprometida en el contrato, además en las cuotas suplementarias y de garantía que puedan establecerse (14).

Otras leyes como la brasileña llegan a igual determinación con la exigencia de que se estipule expresamente que la responsabilidad de los socios está limitada al monto total del capital social (art. 2.º): debe aquí destacarse que esta ley no entabla, como otras, que el límite de la responsabilidad de los socios está constituido por sus aportes respectivos, sino por la suma total del capital (14 bis). La ley chilena, además de la enumeraciones generales, impone como contenido del contrato constitutivo, "la declaración de que la responsabilidad

(14) El texto completo del art. 11 dice así:

"Fuera de los casos especificados en el artículo anterior (a), la responsabilidad de los socios se limitará: 1.º Al valor de la cuota comprometida en el contrato; 2.º Al de la cuota o cuotas suplementarias, en la proporción que establezca el contrato social, exigibles solamente por la sociedad, por atender necesidades de su giro. Estas cuotas suplementarias no afectan la responsabilidad de los socios ante terceros sino desde el momento en que la sociedad, por resolución inscrita y publicada haya decidido su integración. No cumplidos estos requisitos, ella no es exigible ni aún en el caso de liquidación o quiebra de la sociedad; 3.º Al valor de una cuota suplementaria de garantía, en la proporción que establezca el contrato solamente exigible en caso de liquidación o quiebra y para responder a obligaciones contraídas con terceros.

También, como se recuerda en el texto, las leyes mexicana (art. 70), chilena (art. 2.º) y asimismo la colombiana (art. 1.º), prevén que en el contrato pueda indicarse una suma suplementaria hasta la cual se extiende la responsabilidad de los socios. Puede aquí señalarse una cláusula de la ley cubana que admite ese pacto de mayor responsabilidad y también el correlativo retiro de la suma complementaria, respetando siempre el límite básico, en estos términos: "Es válido el pacto consignado en la escritura de constitución de que el capital social pueda aumentarse por entregas sucesivas hechas por los socios, o por la admisión de otros nuevos; e igualmente, sin perjuicio de tercero, su disminución por la retirada total o parcial de las aportaciones efectuadas, manteniéndose el mínimo de capital que fija el apartado letra b)" (art. 1.º inc. o).

(a) La referencia al art. 10 es en cuanto éste establece en su última parte: "Los que subscriben el contrato social, responden solidariamente respecto de terceros por la parte del capital que no se pagare íntegramente en dinero efectivo y por el valor atribuido a los bienes".

14 bis) Al respecto, y como explicación, dice Oliveira e Silva: "No tiene — la ley brasileña — depósito previo de cierta suma de capital, y la responsabilidad del

queda limitada a los aportes o a la suma que a más de éstos se indique" (art. 2.º).

b) *Suscripción e integración.* Por constituir el capital social la única garantía para los terceros, con exclusión de la responsabilidad personal de los socios (salvo siempre supuestos de excepción), es necesario que las legislaciones sean previsoras al respecto, para asegurar una efectiva suscripción o integración, con bienes de existencia debidamente acreditada y con avalúos exactos. A este fin la ley argentina obliga a la suscripción completa del capital y la integración mínima del 50% — cuyo pago se debe acreditar ante el Registro Público de Comercio con boleta de depósito en Banco oficial o casa de notoria responsabilidad — en el caso de que el aporte sea en dinero (art. 10). Cuando el aporte consista en bienes que no sean dinero, deberá integrarse totalmente en el acto de la constitución (art. 10); para apreciar la cuantía real de los bienes aportados se exige que el instrumento constitutivo contenga en este caso la expresión del valor que se les atribuye y los antecedentes que justifiquen esa estimación (art. 4.º, inc. 3.º). Idéntica a la anterior en su contenido, y casi igual en su redacción, resulta la ley uruguaya (arts. 5.º, inc. 3.º y 9.º); lo mismo la ley paraguaya (art. 4.º, inc. c y 8.º), la cual contiene el agregado de que si entre los aportes figuran inmuebles o buques las escrituras de transferencia deben formalizarse dentro de los ochos días contados desde la inscripción en el Registro Público de Comercio, so pena de responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios. También agrupamos aquí a la ley mexicana en punto a que permite diferir el pago de una parte del capital social; dice así en su art. 64: "Al constituirse la sociedad el capital deberá estar íntegramente suscrito y exhibido por lo menos el cincuenta por ciento del valor de cada parte social".

Distinta orientación — en cuanto impone la integración total — sigue la ley boliviana: en el art. 7.º establece que "estas sociedades

socio, en vez de restringirse al monto de su cuota, abarca la totalidad del capital de la persona jurídica" (*Das sociedades por quotas*; 3.ª ed., Rio de Janeiro — 1947, p. 12).

Ferreira explica la situación emergente de la ley brasileña con los siguientes conceptos: "Todos los socios responden, precipuamente, por la integración de sus respectivas cuotas y, subsidiariamente, pero solidariamente, por el pago de las de los otros, todavía no liberadas enteramente, en tanto cuanto falta para que lo sean". "La sociedad es de responsabilidad limitada, pero en estos términos: el límite de la responsabilidad llega hasta la importancia total del capital social para todos y para cada uno de los socios. En verdad, es sociedad solidaria, o de nombre colectivo, de responsabilidad limitada" (ob. cit., ps. 155-156).

En realidad en otras leyes — cuyas cláusulas se citan en el texto — también el socio puede llegar a responder solidariamente por la totalidad del capital social, en caso de falta de integración de una parte del capital que deba abonarse en dinero efectivo y por el valor atribuido a los aportes en especie. Lo que restaría saber es si el principio de la ley brasileña se aplica solamente al supuesto de falta de integración de las cuotas, especialmente sobreviniendo el estado de falencia (contemplado por el art. 9.º), o si estando ya liberadas totalmente las cuotas, los socios podrían — ante una disminución del haber social por debajo de la cifra del capital — ser llamados a responder nuevamente hasta ese límite. Literalmente aplicado, el principio legal podría conducir a la segunda afirmación, pero la interpretación más razonable y que surge de las opiniones recordadas es la primera; y, en tal sentido no habría diferencia substancial con las otras leyes precitadas.

no podrán comenzar su giro, hasta que el total de los aportes esté pagado”, supuesto que debe constar expresamente en la escritura de constitución, bajo apercibimiento de responsabilidad solidaria de los socios. Además “los aportes en bienes que no fueren dinero deben ser apreciados al constituirse la sociedad, siendo responsables los socios, solidariamente, en caso de una avaluación falsa notoriamente superior a la real” (art. 8.º).

La ley peruana exige categóricamente como “requisito necesario para la formación de las sociedades de responsabilidad limitada, el aporte total del capital en el momento de constituirse la sociedad” (art. 1726). Dentro de la legislación colombiana se observa respecto a este punto, que la escritura de constitución debe contener en el caso de aportes en especie, la estimación que de ellos hagan los socios (art. 2.º), y que tanto en dicha escritura como en el extracto que debe inscribirse y publicarse, tiene que existir la declaración de que las aportaciones se hallan totalmente cubiertas, lo que excluye el pago parcial de aquéllas (15). Resulta así que estas legislaciones siguen la orientación más rigurosa en materia de aportaciones (16).

Cabe señalar ahora — aunque con referencia también al apartado anterior, ya que se trata de una excepción al principio de la limitación de la responsabilidad — que la ley argentina hace solidariamente responsables, respecto de terceros, a los que suscriben el contrato social, por la parte de capital que no se pagase en dinero efectivo (recuérdese que se admite la integración parcial con un mínimo del 50%) y por el valor atribuido a los bienes aportados que no sean dinero (art. 10); muy parecida disposición contiene en igual sentido la ley colombiana (art. 2.º) respecto a los aportes en especie, porque los de dinero se suponen pagados íntegramente; y también la paraguaya (art. 8.º) referida solamente a los bienes que no sean dinero, pese a admitir el pago limitado de ésta, como la argentina (17). de las otras leyes comentadas, mencionamos en el código peruano el

(15) Conf.: W. Villa Uribe, *Las sociedades de responsabilidad limitada en Colombia*, 2.ª edic. — Bogotá, 1946 — ps. 63-64.

(16) Para no excedernos de las proporciones de este estudio dejamos solamente indicado que la doctrina y las leyes dividen sus preferencias al respecto: para unos, con la legislación francesa, es más conveniente el aporte total, dado que el capital social es la única garantía para terceros; para otros, siguiendo el sistema alemán, puede admitirse el pago parcial ya que libera de tener un gran capital improductivo mientras no se necesite para las operaciones sociales. Queda visto que la ley boliviana, colombiana y peruana, siguen el primer sistema; la mexicana, el segundo con un mínimo del 50 % de integración; y las de Argentina, Uruguay y Paraguay, un sistema mixto: íntegro pago de aporte en especie y un mínimo del 50 % para los de dinero. Nada dicen las leyes chilena, brasileña y cubana, por lo que ha de estarse a las disposiciones generales que las respectivas legislaciones traen en materia de sociedades; debe añadirse que la segunda de ellas prevé la exclusión del socio remiso en el pago (art. 7) lo que confirma que aplica el principio general de integración a voluntad de los socios, que prescribe el art. 289 del código mercantil (Conf. Luciano, ob. cit., p. 219, núm. 190; ver además cita de Oliveira e Silva en nota 14 bis).

(17) En este aspecto existe en la ley de Paraguay una inexplicable omisión, como señala el tratadista de ese país. Antonio A. Taboada, en su obra *Cuestiones de Derecho Comercial*, Buenos Aires — 1946, p. 226, núm. 244.

art. 1729, cuyo texto dice así: “No obstante lo establecido (debe entenderse que se refiere al aporte total del capital), los socios son solidariamente responsable entre sí por la totalidad de los aportes que cada uno de ellos se obligó a poner en la sociedad”; no alcanzamos a comprender bien la concordancia de esta disposición y la recordada que impone la totalidad del aporte, porque si ésta es condición indispensable para la formación no puede quedar obligación pendiente; podríamos entender, por vía de interpretación, que la responsabilidad solidaria funciona en los casos de aportes en especie por evaluaciones exageradas o fraudulentas o por aportes ficticios. Y en la ley cubana, además de la responsabilidad solidaria igual a las anteriores (art. 1.º, inc. c), respecto a las aportaciones en especie, advertimos una adición al código penal (art. 2.º de la ley), señalando como casos de estafa la falta de verdad en la escritura de constitución en cuanto a la determinación del capital y la atribución, por medios fraudulentos, a las especies aportadas como capital de un valor superior al real. En la ley brasileña la responsabilidad solidaria de los socios por las cuotas no liberadas funciona especialmente en caso de falencia (art. 9.º): aquí hemos de recordar que la responsabilidad de los socios alcanza al monto total del capital (con el alcance expresado en nota 14 bis).

Es interesante considerar la cuestión que plantea el aporte de industria. En general no se lo estima como factible en esta clase de sociedades, de acuerdo con un gran sector de la doctrina y jurisprudencia francesas (18); de ello resulta que, aún a falta de disposición que lo prohíba, no es admisible en forma de integración (19) y con mayor razón cuando de la prohibición es expresa como en la ley brasileña (art. 4.º que establece que en las sociedades de responsabilidad limitada no habrá socios industriales. Pero, en el cuadro de las legislaciones comentadas, encontramos una disposición de la ley colombiana (art. 4.º), que pareciera admitir lo contrario al establecer

(18) Ver reseña en Halperin, ob. cit., ps. 93-94.

(19) Aunque esa es la opinión predominante, no deja de tener discordancias, y en el campo de la doctrina americana mencionamos a Cervantes Ahumada, *La sociedad de responsabilidad limitada en el derecho mercantil mexicano* — México 1943 —, que afirma que: “La ley no prevé el caso de servicios pero como no lo prohíbe, nada impide que puedan valuarse por ser tomados en consideración en su parte social, trabajos que un socio haya ejecutado previamente a la institución o a la sociedad, o que se comprometa a ejecutar después. Entre nosotros, cuando el caso se presenta, se acostumbra que el socio aparezca como aportando en numerario el valor asignado a su trabajo, y enseguida dá a la sociedad un recibo por pago de servicios equivalente a la cantidad en que los mismos fueran valuados” (p. 25). Como se vé, en realidad se acude a un artificio por transformar el aporte de socios en aporte de capital, con lo que se afirma en realidad que aquél es inadmisibles, como opina categóricamente el tratadista de la misma nacionalidad, Rodríguez y Rodríguez (ob. cit., p. 163).

También puede verse el planteamiento que formula Oliveira e Silva sobre todo a la ley de la legislación patria que permite diferir íntegramente el pago de la cuota (ob. cit. ps. 34-36, núm. 17).

que “el aporte de industria no da lugar más que a una participación en los beneficios sociales” (20).

c) *Representación y cesión.* Com principio básico, según nociones ya anticipadas, el capital no puede materializarse en acciones, sino que integra cuotas sociales de valores determinados o múltiples de éstos; consecuencia de ello es que no siendo incorporable la parte social a un título de crédito, no resulta transmisible por los medios de negociación de las acciones; las leyes suelen establecer la forma de cesión de las partes sociales, con requisitos que acentúan un rasgo de tipo personal en estas sociedades.

Refirmando lo expuesto se observa en la ley colombiana la disposición del art. 7.º: “La acción o interés social no puede ser representado por títulos ni es negociable; pero sí puede cederse”, y a continuación se establecen los requisitos necesarios para la cesión incluso el consentimiento de los coasociados. La ley boliviana veda también la representación del capital — que debe fraccionarse en cuotas de cien bolivianos o múltiples de cien — en títulos negociables (art. 5.º), y dispone las mayorías necesarias para la cesión de las cuotas a personas ajenas a la sociedad (art. 6.º).

En la ley argentina aparece preceptuada la división del capital en cuotas de cien pesos o múltiples de esa cifra y la prohibición de representarlo por títulos negociables (art. 9.º); en el art. 12 se establecen los requisitos para la transferencia de las cuotas. Las prescripciones que contiene la ley uruguaya refieren a que las cuotas no sean menores de cien pesos (art. 8.º) y a las mismas prohibiciones anteriores; se transmiten por las reglas de la cesión de créditos y con las formalidades allí establecidas (art. 10). Parecidas disposiciones contiene la ley cubana (incs. e y f del art. 1.º); y la ley paraguaya, en análoga tendencia, establece, además, de la divisibilidad en cuotas de mil o múltiples de mil, la prohibición de que el capital esté representado por títulos nominativos, endosables o al portador (art. 7.º) y los requisitos para la cesión (art. 10). La mexicana prohíbe el llamado a suscripción pública para la constitución de la sociedad o el aumento de capital (art. 63) (21), y establece la división en partes sociales que pueden ser de valor y categoría desiguales, pero en todo

(20) No hemos de creer que esta disposición resulta clara, pues, no se armoniza con otras de la misma ley que exigen que el aporte se pague íntegramente en el acto de su constitución, lo que no es posible hacer con el trabajo o industria personal. Reflejo de estas dificultades son las opiniones contradictorias de Villa Uribe (ob. cit., ps. 89-91), quien entiende que “en las sociedades de responsabilidad limitada existe el aporte de industria; y del socio industrial, como consecuencia, ya que toda persona que hace un aporte garantido por la ley a una sociedad entra a formar parte de ella en calidad de socio”, y del distinguido profesor Alberto Zuleta Angel cuya interpretación contraria puede verse en párrafos de sus conferencias transcritos en la edición del Código de Comercio terrestre de Colombia por José Ortigosa Torres, Bogotá — 1947, p. 390.

(21) Esto se justifica no sólo por el núcleo reducido de socios que integran esta compañía, sino también porque no existe respecto de las mismas una fiscalización estatal que proteja a terceros suscriptores.

caso deben ser de cien pesos o de más de cien (art. 62) y las condiciones para la cesión (art. 65 a 67); además contiene disposiciones relativas a la indivisibilidad de las partes sociales, salvo estipulación en contrario (art. 69) y la unidad de la parte social de cada socio, que acrecerá con nuevos aportes e adquisiciones de las de sus coasociados a no ser que se trate de partes que tengan derechos diversos; resuelve así problemas que otras leyes no contemplan, dando margen a dudas o a discusiones doctrinarias sobre las soluciones que correspondan.

La ley peruana prohíbe la representación por acciones y establece el consentimiento de los coasociados para la cesión (art. 1730). Finalmente, la brasileña, en su título y articulado se refiere a cuotas, excluyendo así a las acciones, y el art. 5.º establece la pluralidad de las cuotas, en el caso de adquisiciones de otras nuevas por parte de los socios (21 bis).

d) *Monto.* Ha sido controvertida la conveniencia de la fijación del límite inferior de la cifra del capital: por una parte se arguye que debe existir una garantía mínima para los acreedores, quienes no cuentan con la responsabilidad personal ilimitada y subsidiaria de los socios; que los gastos de constitución insumirían todo el capital en el caso de que éste fuera muy pequeño; y que se llegaría a crear “organismos fantasmas sin ninguna base seria de responsabilidad y de independencia económica”. En sentido contrario se alega que no hay porqué cerrar el acceso a esta forma social a cualquier clase de empresa, por más pequeña que sea; que los socios son los mejores jueces para determinar la cifra necesaria de la inversión; y que el crédito que pueda concederse a esta sociedad dependerá de esa cifra — además de los otros factores atendibles —, con lo cual los terceros no sufrirían perjuicio alguno, y podrían graduar sus relaciones con la sociedad según el capital y la confianza que merezca; que toda cifra al respecto es arbitraria, pues varía dentro de un mismo país, de una zona a otra, en el sentido de que lo que resulta capital suficiente en una de reducido movimiento comercial o de pequeña industria, no lo es en las demás, y que oscila en el tiempo, con las fluctuaciones del valor de la moneda (22).

Se pronuncian por un mínimo de cinco mil pesos la ley argentina (art. 9.º), la mexicana (art. 62), la cubana — después de la ley modificatoria del 13 de diciembre de 1929 (según la ley de creación debía ser de veinticinco mil) —, y la uruguaya (art. 8.º); de cincuenta mil bolivianos la ley de Bolivia (art. 5.º) y de 500.000 pesos la ley para-

(21 bis) Art. 5.º: “Para todos los efectos serán tenidas, como cuotas distintas, las cuotas primitivas de un socio y las que posteriormente adquiriera”. Sobre el posible objetivo o razón de esta cláusula ver Oliveira e Silva, ob. cit., ps. 20-21, núm. 7.

(22) Ver al respecto Halperin (ob. cit., ps. 44-46).

guya (art. 7.º) (23). Nada prescriben al respecto las leyes de Brasil, Colombia, Chile y Perú.

Respecto a la fijación de un capital máximo se ha dicho alguna vez, para justificarlo, que debe ponerse un límite porque estas empresas son "la clase media de las sociedades" y que las de grandes capitales deben adoptar la forma de las compañías anónimas (24), Empero, advertimos que, sobre todo en la legislación argentina ello no sería posible en el caso de que los asociados fueran menos de diez, con gran capital; exigirles que adopten la forma de la sociedad anónima, significaría obligarlos a introducir socios ficticios; tenedores nominales pero no verdaderos dueños de las acciones.

La única legislación americana que contiene restricciones a este último respecto es la uruguaya, con el máximo de un millón de pesos.

e) *Otras prescripciones.* Para afirmar la solidez del patrimonio social, algunas leyes exigen que se detraiga de las ganancias un porcentaje para la formación de un fondo de reserva obligatorio: la argentina ordena destinar un 5% de las utilidades líquidas anuales a ese efecto, cesando la obligación cuando el fondo aludido alcance a un 10% del capital (art. 20); la uruguaya dispone también una reserva del 5%, pero hasta llegar al 50% del capital (art. 13); para la ley paraguaya es del 2½% hasta llegar al 20% del capital (art. 19) y para la ley cubana la reserva debe ser del 20% de las ganancias obtenidas, en cada anualidad, hasta alcanzar el 20% del capital (art. 1.º, inc. m). Respecto a la ley de Bolivia debe advertirse que dispone la deducción anual del 5% para el fin indicado, pero sin límite del monto de la reserva legal (art. 10). Las demás leyes no contienen disposiciones al respecto, lo que es criticable (25), porque la exigencia de una reserva legal es una "sabia medida de previsión que redundará en beneficio de los acreedores sociales al conservar en lo posible intacto el capital de la sociedad, su única prenda; sería asimismo útil a ésta puesto que la existencia de reservas para casos imprevistos, sería motivo suficiente para que su crédito se valore satisfactoriamente" (26). No obstante debe señalarse que en algunos derechos como el mexicano puede llegarse a igual conclusión por aplicación de normas comunes a todas las sociedades (arts. 19, 20 y 22).

(23) Según indica Taboada (ob. cit., p. 206, núm. 202), deba reducirse a guaraníes según la nueva ley monetaria vigente.

(24) Principio que sustenta de Solá Cañizares, entre otros, en el trabajo citado, "La Ley", t. 46, p. 909.

(25) Villa Uribe advierte este vacío y señala que para conjurar la disminución del capital social, y como protección de los intereses de terceros, el legislador de su país — Colombia — debió exigir el establecimiento de un fondo de reserva obligatorio o la revaluación del activo de cada año (ob. cit., ps. 103-104).

(26) Luciano, ob. cit., p. 564, núm. 458.

Se tutela la integridad del patrimonio de la sociedad con previsiones como las de la ley argentina que dispone que no pueden pagarse dividendos ni hacerse distribución de ningún género a los socios, sino sobre utilidades realizadas y líquidas y que los dividendos pagados en contravención a esa regla pueden ser respetados hasta cinco años después de su distribución; además responsabiliza personal y solidariamente a los gerentes por toda distribución hecha sin comprobación previa en las ganancias realizadas o en mayor suma que éstas (art. 21); parecida es la disposición de la ley paraguaya (art. 20). A igual finalidad tiende la ley cubana, pero con un texto más breve, pues dispone que los socios están obligados a reintegrar a la sociedad las cantidades que recibieron en concepto de beneficios que no fuesen realmente obtenidos, responsabilidad que incumbe no sólo a los socios anteriores sino a los cedentes (art. 1.º, inc. n); también la ley boliviana prohíbe el pago de dividendos que no provengan de utilidades realizadas, conforme a los balances, y la repetición de los dividendos pagados en contravención a esta regla, contra el gerente que los hubiere abonado (art. 10); en la ley mexicana no existe precepto expreso en lo que atañe a las sociedades estudiadas, pero sí una norma general para todos, en el sentido indicado (art. 19 de la ley citada), y establece que tanto la sociedad como los acreedores pueden repetir los anticipos hechos en contravención a la regla de referencia, contra los que lo hubiesen recibido o los administradores que los hayan pagado, todos los cuales son mancomunada y solidariamente responsables; en la ley brasileña aparece para el caso de falencia, la obligación de los socios de reponer los dividendos y valor recibidos y las cantidades retiradas, a cualquier título, aunque las autorice el contrato, una vez verificado que las mismas fueron distribuidas con perjuicio real del capital realizado (art. 9.º). En las demás legislaciones no hay preceptos expresos sobre el punto ahora glosado, sin perjuicio de que, por vía del derecho supletorio, pueda llegarse a la aplicación de normas que refieran a otras sociedades.

Por último, merece destacarse la disposición de la legislación mexicana que permite que se estipule en el contrato social que los socios tengan derecho a percibir intereses no mayores del nueve por ciento anual sobre sus aportaciones, aún cuando no hubiere beneficios; pero solamente por el período de tiempo necesario para la ejecución de trabajos que según el objeto de la sociedad deban preceder al comienzo de sus operaciones, sin que en ningún caso dicho período exceda de tres años; estos intereses deberán cargarse a gastos generales (art. 85). Queda así resuelta una cuestión, que en ausencia de disposiciones permisivas, provoca controversias sobre su licitud, ya que si la sociedad distribuye intereses que no provienen de utilidades, en realidad disminuye el capital que es la garantía de los terceros; los

proyectos que precedieron a la sanción de la ley argentina autorizaban la concesión de un interés fijo y un plazo determinado, con beneplácito de una parte de la doctrina, pero ella no prosperó; la Comisión del Senado se expidió así: “La Comisión lo ha borrado deliberadamente. Con él se contrarían los propósitos de garantías a terceros que se persiguen con el resto articulado de la ley, que tiende a la conservación, sin disminución del capital social” (27).

7 — *Razón social o denominación.* Pese a algunas críticas que se han hecho, resulta general la facultad de que las sociedades de responsabilidad limitada utilicen, una razón social; y algunas leyes establecen que puede usarse también una denominación. Se trata, en términos generales, de entes de tipo mixto, en lo que respecta al carácter de sociedades de personas o de capital, y por ello suele existir esa doble posibilidad.

De las leyes aquí revistadas, la argentina establece que pueden tener razón social o denominarse por su objeto o por el nombre que los socios le atribuyan (art. 2.º); también la ley mexicana admite la alternativa del uso de una razón social, que se formará con el nombre de uno o más socios, o de una denominación (art. 59) y la Colombiana faculta para adoptar una razón social o la designación del objeto de la compañía (art. 8.º); la brasileña también refiere a esa opción, pues establece (art. 3.º) que esas sociedades adoptarían una firma o denominación particular, y agrega que cuando la firma no individualice a todos los socios, deberá contener el nombre o firma de uno de ellos, debiendo la denominación, en cuanto sea posible, dar a conocer el objeto de la sociedad (27 bis); y la ley uruguaya dice textualmente así en lo pertinente (art. 3.º): “Las sociedades limitadas deberán tener una razón social y denominarse por su objeto, o adoptar un nombre cualquiera...”, con lo que pareciera exigir que concurren la razón social y la individualización por su objeto. Permiten solamente el uso de la razón social las leyes boliviana (en cuyo art. 4.º se menciona sólo a la firma social, aunque por la remisión al art. 231 inc. 2.º del código mercantil, podría resultar el uso de la denominación), cubana (art. 1.º, incs. a y d), y la chilena (art. 4.º, donde se habla únicamente de firma o razón social); la ley peruana debe considerarse definida en el mismo sentido porque contiene una cláusula en la cual permite que cuando el apellido de todos los socios sea el mismo, bastaría su incorporación (art. 1727), lo que refiere sin duda a la razón social, y lo refirma la circunstancia de que la reglamentación

(27) Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1932, t. I, p. 835. Además, en el mismo sentido añadió luego el informante: “La característica de estas sociedades es la inmutabilidad del capital social, en el sentido de la merma, y con éste artículo se alteraría fundamentalmente esa característica (p. 836).

(27 bis) Puede consultarse al respecto la obra de Heitor Beltrão. *Sociedades de responsabilidade limitada — Denominação, natureza, elementos distintivos — Significação jurídica da palavra “companhia”* (Rio de Janeiro, 1930).

se encuentra en el título general de las sociedades donde se exige la expresión de la razón social en la escritura constitutiva (art. 1689). En último lugar, señalamos que la ley paraguaya prescribe literalmente (art. 2.º) que: “Dichas sociedades deben tener una denominación (formada con el nombre de uno o más socios seguido o no de la adición “y compañía”, por el objeto de la sociedad o un nombre de fantasía)...”; nos parece que aunque se hable de denominación, bajo este término se engloba tanto el uso de la razón social como el de la denominación propiamente dicha.

Todas las leyes, sin excepción, contienen exigencias para identificar a una sociedad de este tipo y evitar su confusión con otras, especialmente con las colectivas, en el supuesto de que se adopte una razón social. En esta orden de cosas, la ley argentina requiere que la firma o denominación estén precedidas o seguidas de las palabras “sociedad de responsabilidad limitada” y la enunciación del capital social (art. 2.º); aunque aquí no se advierte apercibimiento expreso, debe entenderse que la omisión puede tener como pena la caducidad del beneficio de la limitación de la responsabilidad en el caso de que con la omisión se llama a engaño y perjudicial a un tercero, salvo —como opina la mejor doctrina— que el acto celebrado revelara al tercero la naturaleza de la sociedad. El art. 7.º obliga a las mismas enunciaci-ones en todos los documentos, facturas, anuncios y publicaciones emanadas de la sociedad; aquí la infracción está expresamente penada con multa de 50 a 900\$ m/n. en beneficio del Consejo de Educación de la jurisdicción respectiva.

Impone la ley de Cuba el uso de las palabras “sociedad limitada” después de la razón social (art. 1.º, inc. a), y debe, además, incluirse el vocablo “compañía” antepuesto a los anteriores si en la razón social no figura el nombre de todos los socios; y en todos los actos, facturas, anuncios, publicaciones o cualquier documento que proceda de la sociedad, deberá consignarse, antes o inmediatamente después de la razón social, el montante del capital social (art. 1.º inc. d); como en el caso de la ley argentina, la infracción a este último precepto se pena con multa (de trescientos e quinientos pesos, imponible por la Secretaría de Agricultura, Comercio y Trabajo, según el texto primitivo y hoy por la Secretaría de Comercio). La ley boliviana tiene a este respecto también dos disposiciones: la del art. 4.º que exige que la firma social termine con la palabra “limitada”, “sin la cual los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones sociales”; y la del art. 12 que prescribe que “en todos los documentos, facturas, anuncios y publicaciones de estas sociedades, se indicará la calidad de “limitada”, pena de responder en caso de omisión, de las obligaciones sociales como socios colectivos”. De parecido modo, la ley paraguaya establece que la denominación social debe estar prece-

dida o seguida del aditamento “sociedad de responsabilidad limitada”, íntegramente escrito, y que ambas — designación y aditamento — más la enunciación del capital inicial se insertarán en todos los documentos, anuncios y publicaciones sociales, so pena de multa de \$ 20.000 m/n. por cada vez, aplicable por el Ministerio de Hacienda (art. 2.º).

En la ley peruana se dispone el uso de las palabras “sociedad de responsabilidad limitada” (art. 1727) y, además, que en todos los rótulos y avisos de publicidad deba estar la indicación de ser limitada la responsabilidad y el monto del capital, bajo pena de perder los socios el beneficio de la limitación (art. 1728). Para la uruguaya es obligatorio solamente el uso de la palabra limitada, después de la razón o denominación social, sin especificarse sanción, por lo que entendemos que rigen principios generales (responsabilidad solidaria o ilimitada en el caso de que la omisión cause un perjuicio que así lo imponga); las leyes colombiana y chilena, prescriben el mismo agregado, con la sanción de que, en caso contrario, los socios cuyos nombres figuren en la razón social son solidariamente (28) responsables de las obligaciones sociales (art. 8.º y respectivamente); la mexicana se refiere al uso de las palabras “sociedad de responsabilidad limitada” después de la razón o denominación social, so pena de sujetar a los socios (debe entenderse que a todos, no como en las anteriores, que se refieren solamente a los incluídos en la razón social) a la responsabilidad de las sociedades colectivas (arts. 59 y 25) (29). Finalmente, la ley brasileña obliga a poner la palabra limitada después de la firma o denominación social; caso contrario serían solidaria

(28) Y debe entenderse que en este como en otros casos en que las leyes hablan solamente de responsabilidad solidaria, que también se refieren a la limitación, dado que el alcance de la sanción es precisamente hacer cesar el beneficio de la limitación, típico y característico de las sociedades que nos ocupan. Corrobora este aserto la opinión de Villa Uribe al expresar que dicha cláusula de la ley colombiana “es de gran trascendencia por que sirve para diferenciarla sustancialmente de cualquier otra compañía, y sin ella se convierte de hecho en sociedad colectiva” (ob. cit., p. 40).

Jure condendo. nos parece importante diferenciar dos situaciones: aquéllas en que la omisión se comete en un anuncio, factura, etc., sin perjuicio para terceros; como infracción formal a la ley, bastaría en este caso una multa, pues sería sanción excesiva la pérdida del beneficio de la limitación. En cambio, cuando la falta aparece en un contrato, por ejemplo, y perjudica a terceros, puede llegarse a la pérdida del beneficio aludido, si ellos son llamados a engaño sobre el carácter de la sociedad con que tratan, y resultan perjudicados. Las leyes comentadas no llegan a esta diferenciación, salvo la argentina, por vía de interpretación de sus textos: “El art. 2 prevé un supuesto distinto al del art. 7. El art. 7 se refiere a la inscripción en papeles, facturas, avisos, etc., es decir, a la publicidad permanente; en cambio el art. 2 se refiere al empleo en los actos y contratos que suscribe la sociedad. Es evidente que en los supuestos del art. 7 no se aplica más sanción que la multa ahí prevista. Pero no es lo mismo en el caso de contrato que se suscribe sin esa aclaración. En este caso deben ampararse a terceros y si la sociedad actúa con una apariencia de sociedad colectiva, induciendo en error a terceros, los socios comprometen su responsabilidad limitada” (Halperín, ob. cit., ps. 54-55).

(29) Precisamente este reenvío confirma lo expuesto en la primera parte de la nota anterior, ya que es de la esencia de las sociedades colectivas — y así lo reitera el mencionado art. 25 — que los socios responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales.

e ilimitadamente responsables los socios gerentes y los que hicierem uso de la firma (art. 3.º).

Respecto a la posibilidad de utilizar una abreviatura de las palabras impuestas como agregados de la razón o denominación social, la única expresa es la ley mejicana, que permite el empleo de la sigla S. de R. L. (art. 59). Las demás — salvo la ley paraguaya, que, como hemos visto, impone expresamente la escritura íntegra — dejan en pie el problema que plantea al respecto la doctrina; muchos autores opinan que, a falta de autorización expresa de la ley, deben usarse las palabras íntegras. Por nuestra parte, pensamos que sólo es menester que destaquen su característica peculiar y que, para ello bastan abreviaturas que lo indiquen claramente; tenemos en cuenta para decidirnos por esta opinión que la abreviatura — en definición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia — es la “representación de las palabras en la escritura con sólo varias o una de sus letras”, y en ese sentido “S. de R. L.” o “Soc. de Resp. Ltda.” o “Ltda.” (en las leyes que sólo requieren ese vocablo) son suficientemente conocidas y se han impuesto en el uso de tal manera que nadie puede dudar de la clase de sociedad a que están destinadas a identificar (30); otra razón, además, para admitirlas — aún a falta de disposición que lo permita — es la de que el comercio exige fórmulas fáciles y simplificadas, y esto contribuye, en su medida, a esa facilitación.

Otros aspectos que podría tratarse respecto a la razón social en estas sociedades, entran en la órbita de consideraciones generales en la materia por lo que nos abstenemos a hacerlo. Solamente, para cerrar el capítulo, indicamos la existencia de una disposición en la ley mexicana (art. 60) que establece que “cualquier persona extraña a la sociedad que haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social responderá de las operaciones sociales hasta por el monto de la mayor aportación”.

8 — Gobierno, administración y fiscalización de la sociedad

a) *Colectividad de los socios.* — Como señala Feine, a los socios en conjunto compete en suprema instancia la formación interna de la voluntad colectiva, y por tanto, la dirección fundamental de la sociedad. En sus acuerdos toma cuerpo la voluntad directiva de la corporación. “Constituyen, por consiguiente, en cuanto colectividad, el órgano supremo de la sociedad Ltda.” (31).

En lo que respecta a los casos en los cuales se requiere la decisión del cuerpo de socios y la forma de manifestarse la voluntad de éstos, las leyes estudiadas son dispares. Algunas carecen en absoluto

(30) Nos referimos especialmente a la República Argentina, donde raramente se da el uso completo de los vocablos, sin que nadie desconozca lo que las abreviaturas aludidas quieren significar.

(31) E. Feine, ob. cit., p. 235.

de normas, como la chilena — de texto muy escueto, en general y la peruana, por lo que debe entenderse que imperan las normas generales respecto a sociedades. Otras continúan muy pocas previsiones, que dando la fijación de normas para el contrato social, que puede establecer el régimen de asambleas o de consulta por escrito a los socios, soluciones que se escogerán, va de suyo, de acuerdo con el número de éstos. Y algunas son más detallistas al respecto.

Entre las del segundo grupo se cuenta la ley colombiana que sólo requiere el pronunciamiento de los socios para el caso de cesión de cuotas (art. 7.º); también la ley argentina cuyas únicas referencias son las de la decisión del cuerpo social para la obrigatoriedad del aporte suplementario (art. 11, inc. 2.º), para la cesión de cuotas (art. 12), y la ejerción de responsabilidad a los gerentes (art. 15), y en este último caso habla expresamente de asamblea; para lo demás “el contrato social determinará la forma y manera como se expresará la voluntad de los socios para la aprobación de los balances, nombramiento y remoción de los gerentes y demás resoluciones que interesen a la sociedad” (art. 17); y establece, además, las mayorías requeridas para las modificaciones del acto constitutivo (art. 18) y la forma de computarse los votos (art. 19). No impone así, ni reglamenta las asambleas, por lo que puede acudirse y se lo hace a menudo — al régimen de la consulta o de resoluciones por escrito sin las formalidades de aquellas reuniones. En iguales términos situamos a la ley paraguaya, que remite — como la precedente — a lo que disponga el contrato social (art. 16).

La ley brasileña poco dice sobre el particular, ya que solamente habla de resoluciones sociales para algunos aspectos: exclusión de socios remisos, adquisición, por la sociedad de sus cuotas y, en general, de las deliberaciones de los socios, sin expresar cómo se deben adoptar (arts. 7, 8 y 16).

De mayor amplitud — y ya ubicable en el tercer grupo — resulta la ley uruguaya, pues impone como enunciación obligatoria del instrumento fundamental la forma de reunirse y facultades en las asambleas sociales y del ejercicio del derecho de voto por los socios (art. 5.º, inc. 5.º); establece para la cesión de cuotas y para resolver la disolución de la sociedad la necesaria concurrencia de una mayoría de personas y capitales (arts. 10 y 15, inc. 2.º); dispone la realización de una asamblea social cada año, por lo menos, para la aprobación del balance y examen de la gestión de los administradores (art. 12); y finalmente, exige como indispensable un libro de asambleas (art. 16).

También la ley cubana resulta de las definidas a ese respecto, porque resuelve que los acuerdos se tomarán en sesión — así denomina a la reunión de socios — que celebren los mismos, cuando el

número de ellos excediera de cinco, y por la mayoría de votos que representan más de la mitad del capital social; queda pues la libertad de reglamentación estatutaria, cuando el número de socios fuere menor del indicado. También establece las mayorías para segunda convocatoria y las formas de las citaciones para las juntas; deja librado a los estatutos la fijación de la época en que se efectuarán las sesiones ordinarias y extraordinarias, debiendo realizarse por lo menos una vez al año (art. 1.º, inc. i), y fija materia para acuerdos y sus mayorías correspondientes en la cesión de cuotas (art. 1.º, inc. f), cambio de nacionalidad (inc. k) y modificaciones del contrato social (inc. l).

En la ley boliviana figura esta disposición que transcribimos literalmente: “Las decisiones de la sociedad se tomarán en asamblea por mayoría que represente el cincuenta por ciento del capital social. Podrán también ser solicitadas por escrito, emitiéndose los votos en la misma forma, sin necesidad de reunión en asambleas. En todo caso, habrá una asamblea general una vez por año cuando menos. Cada socio tendrá tantos votos como cuotas haya suscripto y pagado, pero en ningún caso un socio podrá representar más del treinta y cinco por ciento del capital social” (art. 13). Resulta, pues, obligatoria una asamblea anual, por lo menos, cuya competencia no se especifica en la ley, pero debe entenderse que, en primer término y en forma regular, debe ser lo atinente a la probación del balance y fijación de dividendos. Respecto al voto figura la interesante disposición de limitar al máximo que corresponda a un socio, para evitar que quede en sus manos el gobierno de la sociedad, cuyo carácter — según hemos señalado varias veces — se ha considerado, en líneas generales, como mixto: *intuitus personae e intuitus pecuniae*. Existen además disposiciones que fijan la mayoría para la cesión de cuotas (art. 6.º), nombramiento de gerente extraño a la sociedad (unanimidad, según el art. 9.º), y cambio de objeto, aumento o disminución del capital o fijación de mayor responsabilidad de los socios, también por acuerdo unánime (art. 16).

La de mayor amplitud en punto a normas relativas al gobierno de la sociedad, nos resulta la ley mexicana: en su disposición básica al respecto (art. 77), establece que “La asamblea de los socios es el órgano supremo de la sociedad”; fija las mayorías para primera y segunda convocatorias, además de lo prescrito en el art. 76 sobre acción de responsabilidad contra los gerentes y en el art. 83 sobre modificaciones del contrato social (art. 77); determina las facultades de las asambleas (art. 78 en XII apartados), reconoce el derecho de los socios a participar en las mismas (art. 79), obliga a una reunión mínima anual (artículo 80) y reglamenta la forma de convocatoria (art. 81). Y también dispone que el contrato puede consignar los casos en que la reunión de la asamblea no sea necesaria y, como

consecuencia sea posible suplirla con el voto por escrito; pero queda a los socios que representan más de la tercera parte del capital social el derecho de exigir, pese a la disposición estatutaria, la reunión de la asamblea (art. 82).

b) *Administradores*. Resulta frecuente la disposición de encomendar la administración de estas sociedades a uno o varios gerentes, socios o no. Así las leyes argentina (art. 13), boliviana (art. 9.º), paraguaya (art. 12), mexicana (art. 74), y cubana (art. 1.º, inc. g), con la salvedad de que esta última especifica que las sociedades referidas “estarán gobernadas y administradas por un uno o más *mandatarios*”. Aparece determinada de esta manera, en forma expresa, la posibilidad de que se excluya a los socios de la administración social, en virtud de las razones que en cada caso aconsejen la intervención de un extraño, si bien estos han de actuar con el debido control de los socios; el carácter de socio no confiere *per se* el derecho a la administración, si no media la designación como gerente. Una cuestión que se plantea para las legislaciones aquí agrupadas, es la emergente del supuesto en que el contrato sea omiso respecto a la designación de administradores: ¿ debe considerarse en tal caso que la administración corresponde a todos los socios, o no?; la ley mexicana la resuelve expresamente en el primer sentido al remitir en el art. 74 a la disposición del art. 40 que así lo prevé respecto a las sociedades colectivas; en las demás subsiste la duda ⁽³²⁾.

Aparte de las leyes mencionadas, la uruguaya se refiere solamente a la designación de administradores, que deberá hacerse en el contrato (art. 5.º, inc. 4.º); por lo que no está en el mismo plano que aquéllas, máxime cuando, por tener como derecho supletorio las disposiciones relativas a sociedades colectivas (art. 18), hay que acudir a los principios vigentes para éstas. La ley colombiana establece que “... la administración corresponde de derecho a todo y cada uno de los socios, los que pudren desempeñarla por sí misma o por sus delegados, sean socios o extraños” (art. 1.º), consagra de este modo, un principio distinto al ya comentado; el carácter de administrador es un derecho del socio, y no necesita estar conferido mediante nombramiento expreso ⁽³³⁾. La ley brasileña resuelve que “el uso de la

(32) Constreñidos por los límites del trabajo, sólo podemos llamar la atención sobre el problema y hacer unas breves referencias. Creemos que las legislaciones arriba citadas — excepto la de México — no mantienen el principio de las sociedades colectivas, en las cuales los socios son administradores natos, y, por tanto, en defecto de designación expresa, en favor de uno o varios de ellos, se entiende que todos revisten dicho carácter (como lo disponen expresamente los arts. 291, inc. 3.º y 411 del cód. de comercio argentino); aquí se ha creado un sistema especial de administración, con la institución del gerente, y así se dijo en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley argentina. “Es esencial en estas sociedades la institución del gerente, mediante lo cual una persona ejerce la representación de la sociedad...”; “De todas maneras es indispensable que haya una persona que represente oficialmente a la sociedad y cuya designación esté inscrita en el Registro Público de Comercio” (ver Halperín, ob. cit., ps. 135-137).

firma social corresponde a los socios gerentes; si, no obstante, el contrato social fuese omiso, todos los socios la pueden usar” (art. 13); designase aquí al administrador con el nombre de gerente, pero no con las mismas características que en los estatutos legales mencionados en el párrafo anterior, ya que se correlaciona con la calidad de socio. La ley chilena calla sobre el particular, por lo que usando del derecho supletorio que reconoce (art. 4.º) se aplica el principio del mandato recíproco para administrar, en defecto de designación (art. 386 del cód. de comercio chileno). Y la peruana nada dispone en especial, ya que es completa la remisión a lo que en el mismo código se legisla para todas las sociedades, sin ningún matiz diferencial que nos interese destacar.

Sobre el nombramiento y remoción de los gerentes, mandatarios o administradores, no entraremos en mayores detalles que los siguientes, tomados de las leyes que preven especialmente estos aspectos: la argentina dispone que podrán nombrarse en el contrato social o en documento posterior, el cual sólo tendrá validez y efecto después de la inscripción y publicación (art. 13); según la ley boliviana el gestor o gestores (gerentes) serán designados por libre elección de los socios, pudiendo ser separados a instancias de los mismos, siendo indispensable el acuerdo unánime de los socios para que pueda ser designado gerente un extraño (art. 9.º); la de México establece que los gerentes podrán ser designados temporalmente o por tiempo indeterminado y que, salvo pacto en contrario, la sociedad tendrá derecho para revocar en cualquier tiempo a sus administradores (art. 74), siendo todo ello facultad de la asamblea (art. 78, apartado III); para la ley cubana, los mandatarios gerentes deben ser nombrados en el acto de constitución o posteriormente, por tiempo limitado o ilimitado y podrán ser removidos por causa legítima y comprobada (art. 1.º, inc. g); se encuentra en la ley paraguaya el art. 12 que establece que los gerentes serán nombrados en el contrato social, por tiempo limitado o ilimitado y que esta designación podrá ser revocada, con causa o sin ella por la mayoría prevista en el art. 18, segunda parte ⁽³⁴⁾, y para que la revocación y nuevo nombramiento surtan efecto frente a terceros se requiere la inscripción y publicación de estos actos; y en la ley uruguaya solamente encontramos que el administrador o administradores serán nombrados en el contrato (art. 5.º, inc. 4.º y 11). En las leyes brasileña y peruana no se dispone nada al respecto, por lo que, por

(33) Corroborada esta conclusión la remisión que Villa Uribe (ob. cit., p. 88), hace al art. 511 del cód. mercantil colombiano donde se determina que, a falta de disposición expresa, se entiende que todos los socios se confieren recíprocamente el mandato para administrar, o sea que la sociedad no tiene obligación de nombrar administrador o gerente.

(34) Debe querer referirse al art. 15 segunda parte (conf. Taboada, ob. cit., p. 210), o sea la votación favorable de socios por representantes de las tres cuartas partes del capital.

aplicación de normas generales o de reenvío, deben aplicarse lo correspondiente a otras clases de sociedades ⁽³⁵⁾.

Y en lo tocante a poderes, existe la disposición de la ley argentina que obvia dificultades respecto al alcance de los mismos, al disponer que “los gerentes tendrán todas las facultades necesarias para obrar a nombre de la sociedad, salvo disposición contraria de sus estatutos” (art. 13), en lo que sigue la ley paraguaya (art. 14); de parecido alcance resulta la ley cubana: “... tendrán la plenitud de facultades en frente de terceros, obrando indistintamente como en asunto propio, salvo las limitaciones expresamente consignadas en los estatutos” (art. 1.º inc. g). Para la ley boliviana, en cambio, debe estarse a las facultades que se otorguen expresamente a los gerentes (art. 9.º), lo que supone una especial previsión en los contratos constitutivos para evitar omisiones. Las demás no son explícitas sobre el particular ⁽³⁶⁾, afirmación que cabe también en el caso de la ley brasileña — aunque ésta fije algunos casos de responsabilidad social por los actos del gerente (arts. 13 y 14) — ya que carece de una norma general.

(35) Referente a la legislación brasileña, Luciano entiende que la forma de nombramiento y de revocación deben ser previstos en el contrato social o en defecto de eso se aplicarían las reglas de la sociedad anónima (ob. cit., p. 221), núm. 192); concuerda con esta afirmación Oliveira e Silva al decir — en el caso de revocación — que: “Mandando el decreto n.º 3708, de 1919, observar, en cuanto a las sociedades por cuotas, en silencio del respectivo estatuto, y en parte aplicable, las disposiciones de la ley de sociedades anónimas, podrá el gerente de aquellas sociedades ser destituido, por los demás socios, en cualquier tiempo...” (ob. cit., p. 32, núm. 15). Debe recordarse que Ferreira no supone a las reglas sobre sociedades anónimas aplicables como subsidiarias de la voluntad del legislador, sino de las partes. Sobre lo que corresponde respecto a la ley colombiana, Villa Uribe entiende que “Los administradores pueden ser nombrados en el acto de constitución, por medio de los estatutos, o en un momento cualquiera de la vida de la sociedad, siendo nombrados por los socios. Pero si el nombramiento se ha hecho en los estatutos, no por ello queda la sociedad impedida para hacer posteriormente la revocación de dicho nombramiento”, y cuando no hay disposición se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar (ob. cit., p. 88).

(36) Por ello se necesita acudir a aplicaciones de principios generales, a interpretaciones analógicas o a remisiones. Para el caso de la ley colombiana, Villa Uribe entiende que: “Si al hacer el nombramiento de administrador o administradores los socios hubieran determinado la extensión de los poderes que confieren a éste, el nombrado tiene el carácter de un simple mandatario y sus facultades están reducidas a los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean conducentes al logro de los fines que ella se hubiera propuesto” (ob. cit., p. 90). También existe una referencia al carácter de mandatarios de los gerentes, en la ley uruguaya (art. 11).

Para el caso del derecho mexicano, y como lo indica expresamente Rodríguez y Rodríguez (ob. cit., p. 168), las atribuciones son amplísimas, de acuerdo con la disposición básica del art. 10 de la ley sobre sociedades mercantiles; “La representación de toda sociedad corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social”. Y en el del derecho brasileño puede invocarse la afirmación de Luciano en el sentido de que las atribuciones del gerente deben ser previstas en el contrato social o aplicarse “subsidiariamente las disposiciones de la ley sobre las sociedades anónimas, ya que ninguna previsión se contiene al respecto en la ley especial” (ob. cit., p. 221, núm. 192).

En general, puede decirse que en todos estos casos de silencio, debemos tener como órbita de atribuciones de los gerentes o administradores las que marque el contrato social, o en su defecto las de los administradores del tipo de figura jurídica a que se pueda remitir en cada caso como derecho supletorio, o las normas básicas que existan en materia de sociedades.

Como último aspecto de este apartado, hemos de decir que también la mayoría de las leyes establecen las prohibiciones que enmarcan la acción de los administradores y sus responsabilidades. “Los gerentes no podrán realizar operaciones por cuenta propia de las que sean objeto de la sociedad ni asumir la representación de otra persona o sociedad, so pena de pérdida del empleo y daños y perjuicios”. “Los gerentes responden respecto de la sociedad, personal y solidariamente, según sean los términos del mandato, por mal desempeño del mismo y por violación de la ley o de los estatutos. La acción de responsabilidad e interés de la sociedad, por esta causa o sobre reintegración del capital social, corresponde a la sociedad o a los socios individualmente; pero éstos no podrán ejercerla, si la asamblea por voto favorable de las tres cuartas del capital, declara exentos de responsabilidad a los gerentes. Los acreedores sociales sólo podrán ejercer la acción de responsabilidad, por reintegración del capital, en los casos de quiebras o liquidación de la sociedad” (ley argentina, arts. 14 y 15). La misma prohibición contiene la ley paraguaya (art. 13), la cual también, en punto de responsabilidad, acepta los dos primeros párrafos transcritos de la ley argentina art. 15 de la ley paraguaya).

La ley de México establece sobre el punto que “La acción de responsabilidad en interés de la sociedad, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a la asamblea y a los socios individualmente considerados; pero éstos no podrán ejercitarla cuando la asamblea, con un voto favorable de las tres cuartas partes del capital social, haya absuelto a los gerentes de su responsabilidad. La acción de responsabilidad contra los administradores pertenece también a los acreedores sociales; pero sólo podrá ejercitarse por el síndico, después de la declaración de quiebra de la sociedad” (art. 76). Para la ley cubana “Los gerentes son responsables individual o solidariamente, según los casos, para con la sociedad y terceros, de las infracciones legales, violación de los estatutos y faltas que cometieran en sus gestiones” (art. 1.º, inc. g). En la ley uruguaya se hace personalmente responsables al administrador o administradores del cumplimiento de todos los preceptos contenidos en la misma y se les asignan las prohibiciones legales establecidas para los mandatarios (art. 11). La ley brasileña establece que los socios gerentes responden para con la sociedad y los terceros, solidaria e ilimitadamente, por exceso en el mandato o por los actos practicados con violación del contrato o de la ley (art. 10).

Para la ley boliviana “Los socios gerentes y administradores no podrán dedicarse por su cuenta a las mismas actividades que, según el contrato debe desenvolver la sociedad” (art. 9.º); no contiene cláusula especial sobre responsabilidad. Las restantes leyes —

colombiana, chilena, y peruana — nada expreso disponen sobre el particular.

c) *Fiscalización*. — En este aspecto se advierten dos tendencias en las leyes comentadas: una la de las que nada expresan de lo concerniente al control conjunto de los socios, como las argentina, uruguaya, brasileña, paraguaya, colombiana, chilena y peruana, respecto de las cuales debe estarse, en unos casos a los que se establece sobre eso en el contrato social, y en otras a normas de aplicación general o supletoria si cupieren. Destacamos que nos referimos al control permanente y conjunto de los socios — por medio de sindicaturas o asociaciones o consejos de vigilancia — porque el individual de aquéllos, en cuanto a la información sobre la marcha de los negocios, examen de libros y papeles de la sociedad, verificación de las existencias, etc., emana de normas comunes a todas las sociedades (caso de la ley argentina, art. 284 del cód. de comercio), de disposición, expresa de la ley específica (como lo dispuesto por el art. 18 de la de Paraguay), o de soluciones propugnadas doctrinariamente. Además debe advertirse que en la ley uruguaya está prescripta la fiscalización de la inspección de Bancos y Sociedades Anónimas no sólo para la verificación de la realidad de aporte de capital, sino en forma más general, ya que “podrá en todo caso de denuncia de irregularidad, ejercer inspección en esta clase de sociedades y solicitar al Juzado de comercio las medidas que sea pertinentes” (art. 19).

Las de la segunda orientación, legislan expresamente sobre el particular. De este modo la ley boliviana prevé que cuando el número de socios pase de diez, podrá constituirse un directorio o consejo de super vigilancia, cuyos miembros serán personalmente responsables ante los socios o ante terceros de las faltas que hubieren cometido en su perjuicio (art. 14); y la misma disposición establece la facultad individual antes aludida. La ley mexicana dice literalmente en su art. 84: “Si el contrato social así lo establece, se procederá a la constitución de un Consejo de Vigilancia, formado por socios o personas extrañas a la sociedad, correspondiendo la designación de este Consejo a la asamblea” (art. 78 apartado IV) además, se alude expresamente a este organismo de darle la facultad de convocar a las asambleas cuando no lo hicieran los gerentes (art. 81). Y la ley cubana, la más prolija sobre el punto, establece en forma imperativa — no potestativa, como las anteriores — que en las sociedades cuyos miembros excedieren de cinco, habrá una comisión fiscalizadora que velará por el buen cumplimiento de los administradores, nombrada en los mismos estatutos y compuesta del número de personas que se designaren, no excediendo de tres; añade, que esta comisión no responderá, en manera alguna, de los actos

de los gerentes, ni de sus resultados; pero sí responderá para con la sociedad y los terceros de las faltas personales en la ejecución del mandato art. 1.º, inc. 11).

Como juicio valorativo sobre este aspecto hemos de expresar que el silencio de las leyes no se justifica porque además de que los contratos sociales pueden ser imprevisores, los terceros están interesados en el establecimiento de un adecuado control de la marcha de la sociedad — como se lo ha destacado — por la limitación de la responsabilidad de los socios. Normas flexibles, que distinguan los casos de sociedades de pocos integrantes y las de un número apreciable de ellos, son preferibles al silencio de la ley.

8. — *Disolución*. Ya aludimos incidentalmente a la cuestión relativa a la índole de esta sociedad, en el sentido de si son de las llamadas de personas o de capitales. No podemos aquí (los límites del trabajo nos lo vedan) dilucidar el punto, sino solamente señalar que, según se apoyen en uno u otro aspecto, hay argumentos para ambas tesis. Ahora aparecerían en favor de la segunda, ya que, por lo general las leyes descartan como causales de disolución algunas que lo serían para las sociedades colectivas y que refieren a eventualidades acaecidas respecto de los socios: muerte, interdicción o quiebra de los mismos.

Tampoco podemos llegar a la correlación de los preceptos especiales con el sistema general de las leyes de cada país, para establecer qué causales de orden general se aplican, por lo que nos limitamos a transcribir al pie las disposiciones especiales que existen (37).

9. — *Derecho supletorio*. Uno de los tópicos más espinosos es éste. Si las leyes no son previsoras, surge la cuestión de las normas aplicables en subsidio: si las de las sociedades colectivas por considerarse a las de responsabilidad limitada como de tipo personal,

(37) *Ley argentina* (art. 22). “Las sociedades de responsabilidad limitada no se disuelven por la muerte, interdicción o quiebra de algunos de los socios ni por la remoción del gerente socio nombrado en el contrato salvo disposición contraria de los estatutos. La quiebra de la sociedad no importa la de los socios que la componen.”

Ley boliviana (art. 11). “Estas sociedades no se disuelven por la muerte, interdicción, incapacidad o quiebra de alguno o algunos de sus socios, salvo pacto en contrario. Tendrán derecho a demandar la disolución de la sociedad por pérdida de la mitad del capital o por otras causas importantes que anulen el objeto de la sociedad, los socios cuyas participaciones sociales representan juntas la mitad del capital por lo menos. Igualmente los socios pueden acordar, por mayoría de votos, la disolución de la sociedad.”

Ley paraguaya (art. 21). “Las sociedades de responsabilidad limitada no se disolverán por la muerte, interdicción o quiebra de uno o más de sus socios, ni por la remoción del gerente o gerentes, socios de la entidad, nombrados en el contrato, salvo disposición contractual en contrario. La quiebra de la sociedad no importará la de los socios que la compongan.”

En la ley colombiana (art. 5.º) puede recordarse como causa peculiar de disolución la de que el número de socios aumentare a más de veinte.

Y en la ley mexicana encontramos una cláusula general — allí se contempla en un capítulo único todo lo referente a disolución de sociedades — que establece que “La sociedad en nombre colectivo se disolverá, salvo pacto en contrario, por la muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios, o porque el contrato social se rescinda respecto a uno de ellos” (art. 230); a contrario sensu, se infiere claramente que ello no ocurre en las de responsabilidad limitada.

al igual que aquéllas; o las relativas a sociedades anónimas, por asimilarlas a sociedades de capital; o, las de unas y otras por estimarlas sociedades que participan de los caracteres de ambas, caso que se complica con la tarea de discriminar cuáles son dichos caracteres y qué normas de unas y otras se aplican en correspondencia con los mismos. Por otra parte, ya se han advertido tales dificultades, a través de lo expuesto, y ellas surgen con más nitidez cuando, en cada derecho local, debe entrarse a considerar diversos aspectos en que los estatutos legales son omisos o poco claros.

Pasando revista a las leyes especiales, encontramos que la argentina establece que “serán aplicables a esta clase de sociedades las disposiciones del Código de Comercio y las del Código Civil que se conformen con su naturaleza jurídica y no hayan sido modificadas por las disposiciones precedentes” (art. 24); esta indeterminación, en cuanto no remite concretamente a un tipo de sociedades, puede ser ventajosa al permitir que se acuda a uno u otro según se trate de un aspecto en que la de responsabilidad limitada se aproxime a una u otra clase de sociedades. La misma situación resulta de la ley boliviana: “Se aplicarán a estas sociedades las demás leyes civiles o comerciales que no estén en oposición con su naturaleza jurídica y que no contraríen la presente ley” (art. 18).

En orientación diversa, las leyes uruguaya (art. 28), colombiana (art. 11) y chilena (art. 4.º) establecen como disposiciones supletorias las relativas a sociedades colectivas; la ley mexicana, en forma más precisa, indica determinadas disposiciones sobre esta clase de sociedades, que son aplicables (art. 86). En cambio, la ley brasileña (art. 18) prescribe que serán observada en cuanto no fuese regulado en los estatutos sociales, y en la parte aplicable, las disposiciones de la ley de sociedades anónimas (38).

En el caso de la legislación peruana sobre la materia, inserta en el Código Civil, no cabe duda que rigen las normas generales sobre sociedades contenidas en este cuerpo de leyes. Y en las que nada dicen — leyes de Paraguay y Cuba — el problema se hace más agudo.

En definitiva: es de particular importancia que las leyes especiales o capítulos que los códigos consagren a estas sociedades resulten lo más amplios y previsores posibles, y que, cuando sea necesario, remitan concretamente a otras disposiciones aplicables; se evitarían así un sinnúmero de cuestiones que pueden suscitarse en doctrina y jurisprudencia y ser apreciadas de manera dispar, con grave perjuicio para la correcta aplicación de las normas jurídicas.

(38) No obstante ello, recuérdase lo dicho más arriba (notas 12 y 34) sobre el alcance que el tratadista Ferreira da a este artículo; ver también nota 35).

10. — *Conclusiones.* Cerramos aquí esta rápida revista de legislaciones latinoamericanas, en la cual nos hemos ceñido a la comparación escueta de éstas y a alguna breve referencia doctrinaria. Seduce, sin duda, un examen más amplio, pero con ello llegaríamos a proporciones incompatibles con este trabajo.

El método comparativo — usado aquí en una expresión simple — tiene en derecho mercantil una especial importancia, como lo señalaba hace poco el profesor Escarra. El derecho comercial comparado — dice entre otras cosas el aludido tratadista, en un reciente artículo (39) — goza de una ventaja esencial que es “la uniformidad relativa de los hombres y de las instituciones que constituyen sus objetos de estudio”. Y señala más adelante como uno de los resultados más importantes de la ciencia comparativa en el campo de la política legislativa nacional y de la unificación internacional, el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, institución de origen germánico que “ha podido aclimatarse en numerosos países sin grandes dificultades, mientras que adaptaciones semejantes habrían sido inconcebibles en otros campos”.

Las afirmaciones del conocido autor tiene su confirmación en lo aquí estudiado. Las sociedades de responsabilidad limitada se han adaptado rápidamente a toda latinoamérica (con excepciones contadas, al escribir esto y de acuerdo con nuestra información actual) en un lapso de treinta años, que arranca de la sanción de la primera ley: la brasileña; y llegarán sin duda a una extensión total pues se trata de una institución que tiene grandes ventajas y que puede adaptarse sin dificultades respondiendo a modalidades fundamentalmente iguales.

Debemos aspirar ahora a una mayor perfección en las leyes estudiadas, las cuales, a nuestro entender, — y como ya lo dejamos entrever — pecan en general por incompletas, algunas con un excesivo laconismo como la chilena (40). Las compañías de responsabilidad limitada deben tener un estatuto prolijo — sin necesidad de llegar a un detallismo abrumador — que contemple y resuelva muchas cuestiones que, en mayor o menor número, excluyen las leyes vigentes y obligan a dificultades de interpretación. El reenvío expresa o sobreentendido a normas que rigen otras sociedades — como vimos en el capítulo anterior — no resuelve sino que acrecienta los problemas, por la dificultad primordial que nace del carácter

(39) Jean Escarra, *El derecho comercial y el método comparativo*, citado en la nota 1.

(40) También puede incluirse en esta apreciación, entre otras, a la ley brasileña y así lo señala Oliveira e Silva en estos términos: “De paso (digamos) que el Decreto n.º 3708, de 1919, excesivamente sobrio, se compone apenas de diecinueve artículos y la ley portuguesa, de 1901, regula la vida administrativa y fiscalización de la sociedad limitada, o su registro y disolución, además de la emisión de títulos de obligaciones, en sesenta y cinco artículos” (ob. cit., p. 26, núm. 11).

híbrido de las sociedades aludidas: participan de rasgos de sociedad de personas, lo que lleva a apilar principios de las colectivas, y de sociedades de capital, semejanza que trae consigo la vigencia de lo relativo a sociedades anónimas; y entre ellas el deslinde se hace difícil. Eso no ocurriría — o sería en poca escala — de mediar una legislación más orgánica, y ensamblada en el texto de los códigos, ya que hoy sólo existen leyes especiales muy posteriores a la sanción de los mismos o injertos en ellos; se excluye de este juicio, en cierta medida, el caso de México donde rige una ley general de sociedades:

Al mismo tiempo, es deseable una uniformidad entre nuestras legislaciones, que ya se advierte en buena medida en el caso de varias de ellas; las leyes argentina, uruguaya y paraguaya son sensiblemente iguales. La diversidad de orientación que existe en muchos aspectos, debe ceder paso en nuestros países, a una ley de carácter uniforme para las sociedades de responsabilidad limitada, por lo menos en los lineamientos generales. Naciones jóvenes, de legislaciones también jóvenes, ávidas de progreso y propensas a la unidad en todo sentido, no presentan divergencias irreductibles que se opongan a ésta y mayores conquistas en el campo del derecho positivo.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: PAULO BARBOSA LESSA

1 — Apresenta o ilustrado titular da cadeira de Direito Comercial da tradicional Faculdade da Universidade de Santa Fé trabalho altamente fecundo. Diz, inicialmente, que seu esforço foi feito no afã de emprestar aos plasmadores da nova lei comercial brasileira um subsídio de estudo comparativo das legislações latino-americanas a respeito das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. E, nas suas conclusões, salienta: “Las sociedades de responsabilidad limitada se han adaptado rápidamente a toda latinoamérica en un lapso de treinta años, que arranca de la sanción de la primeira ley: la brasileña; y llegarán sin duda a una extensión total pues se trata de una institución que tiene grandes ventajas y que puede adaptarse sin dificultades respondiendo a modalidades fundamentalmente iguales.” “Debemos aspirar ahora a una mayor perfección en las leyes estudiadas, las cuales pecan en general por incompletas, algunas con un excesivo laconismo.” “Al mismo tiempo, es deseable una uniformidade entre nuestras legislaciones, que ya se advierte en buena medida en el caso de varias de ellas. La diversidad de orien-

tación que existe en muchos aspectos, debe ceder paso en nuestros países, a una ley de carácter uniforme para las sociedades de responsabilidad limitada, por lo menos en los lineamientos generales. Naciones jóvenes, de legislaciones también jóvenes, ávidas de progreso y propensas a la unidad en todo sentido, no presentan divergencias irreductibles que se opongan a ésta y mayores conquistas en el campo del derecho positivo”.

2 — No sentido de corroborar, já o sentido de seu trabalho, já a viabilidade de suas conclusões, o mestre argentino produz excelentes considerações sôbre as generalidades do instituto, as características fundamentais da figura jurídica, tratando, a seguir, com segurança e brilho, os problemas da constituição, da publicidade, do número de sócios, do objeto, do capital, da razão social ou denominação, do govêrno, administração e fiscalização da sociedade, da sua dissolução e do direito subsidiário a ela aplicável. Como se nota à simples formulação dos problemas, ressalta a variada gama dos assuntos submetidos à análise, com resultados proveitosos.

3 — É notório o valor do método comparativo em direito. Já se salientou que remonta êle à “Política” de Aristóteles. Contudo, foi no século passado que o método apresentou em premissas de inegável valia. Assinalou-se que, sob pena de chegar-se a resultado improficuo, necessário é que se faça o estudo comparativo mais do direito que das legislações, e que se tenha presente o caudal de contribuição trazido para a compreensão do instituto pela análise do sistema do país em estudo, pela jurisprudência, pela prática contratual e pela técnica jurídica. Só assim se poderá aspirar a um objetivo cheio de realidades. Assim, presta o direito comparado inegável apoio ao estudioso: em primeiro lugar, porque lhe permite melhor compreender as premissas do próprio direito nacional ressaltadas no confronto com os vários sistemas; ao depois, porque torna possível a utilização das alheias experiências.

4 — Por tudo isso dissentimos do subtítulo da tese apresentada pelo professor argentino, só explicável pela modéstia de seu temperamento, aliás nitidamente perceptível na missiva com que apresenta seu trabalho. Êste não é puramente um estudo comparado das legislações latino-americanas. É mais, muito mais, porque traz, também, uma integração dêsses textos na realidade das várias doutrinas nacionais. Estuda o autor, em realidade, o sistema dos variados países, tirando conclusões de muita valia.

5 — No tocante ao nosso direito, o professor argentino se louva nas autoridades mais eminentes de nossa pátria. Salienta, assim, o nosso sistema em que a responsabilidade não se limita à quota trazida para o capital da sociedade, mas sim pelo próprio capital, gerando uma solidariedade até a sua integração. Estuda o nosso

sistema de firma ou denominação para as sociedades de responsabilidade limitada. Sobre a administração da sociedade, sobre o direito de contrôlo dos socios, e, ligeiramente, sobre a dissolução. Dois pontos, entretanto, devem ser relatados com mais ênfase. O primeiro reside na afirmação de que, em nosso direito, são as sociedades de responsabilidade limitada essencialmente mercantis. Em realidade não o são. A matéria mercantil é, em nosso país, nitidamente marcada pelo objeto. Apenas em um ponto se dá prevalência à forma. Isso no terreno das sociedades anônimas, por expressa disposição de lei. Nas sociedades de responsabilidade limitada, assim não acontece no sentir dos melhores opinadores, e no da prática diuturna. Ao problema também se aplica a disposição exarada no código civil dizendo que a forma das sociedades mercantis não mercantiliza a sociedade, que civil permanece, desde que o objeto seja civil. O segundo problema digno de nota é a percepção nítida do mestre argentino sobre as dificuldades de interpretação de nossa lei, a respeito do direito supletório a respeito das sociedades de responsabilidade limitada. A tal ponto que êle caracteriza esse ponto como um dos que mais reclama pronta e clara solução.

6 — Essas rápidas considerações permitem se aceitem as conclusões do mestre da Faculdade do Litoral. É em realidade anseio de todos os estudiosos do direito a aproximação das normas jurídicas dos povos, a fim de que traduzam elas, tanto quanto possível, a identidade de princípios que norteiam as condutas humanas, em todos os pontos do planêta. Por outro lado é, realmente, de desejar que a lei reguladora das sociedades de responsabilidade limitada seja um tanto completa, a fim de resolver muitas das dúvidas que têm dificultado a sua prática.

7 — Por êsses motivos, sou de parecer que a Comissão dê a sua aprovação ao trabalho do mestre argentino, considerando-o como valioso subsídio para a melhoria das legislações internas dos países americanos e digno da atenção de Conferência internacional que porventura se reúna a fim de tratar do problema da unificação das normas de direito dos vários países latino-americanos.

*BRUNO MENDONÇA LIMA
PAULO BARBOSA LESSA*

Discutido e Aprovado o relatório e recomendada a sua aprovação ao plenário.

Pôrto Alegre, 17 de Agosto de 1950.

*ANTÔNIO MARTINS FILHO
JOSÉ BAPTISTA NETO*

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola — Vamos submeter à discussão a tese intitulada “Sociedades por responsabilidade limitada”. É relator o dr. Barbosa Lessa.

O SR. PAULO BARBOSA LESSA — Exmo. Senhor Presidente. Senhores Congressistas.

Esta tese é intitulada “Sociedades por responsabilidade limitada”. Antes de iniciar o relatório da mesma, desejo ressaltar um pequeno pormenor que, aliás, se reveste de grande importância. A tese é realmente uma das mais valiosas apresentadas a êste Congresso e havia sido distribuída, para relatório, ao eminente professor desta Faculdade, senhor Ernani Estrella, meus mestre, a quem devo boa parte da minha formação jurídica. Lamentavelmente, contudo, o eminente professor enfermou e, desta forma, foi feita sua substituição, à última hora, o que, evidentemente não poderia dar muito bom resultado. (Não apoiados.)

Vou passar a ler o relatório da tese.

(LÊ O RELATÓRIO)

Êste parecer foi discutido e aprovado pela Comissão, que recomenda a sua aceitação pelo plenário. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — Submeto à consideração dos presentes a tese que acaba de ser versada. (Pausa.) Se não houver objeções, vou considerá-la aprovada. (Pausa.) Aprovada. (Palmas.)

LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE INDIVIDUAL

Antônio Martins Filho

Professor Catedrático de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Ceará, Catedrático de Economia Política da Faculdade de Ciências Economicas.

T E S E

A empresa individual de responsabilidade limitada, constituindo a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos, é insistentemente reclamada pelos agentes da atividade econômica dos novos tempos.

Recusando-a de direito, não evitará o legislador a existência de fato desse tipo de empresa, que passa a funcionar sob forma de sociedade fictícia ou unipessoal.

Dada a importância e complexidade de que o instituto se reveste — e atendendo a que se trata de problema de ordem técnica — impõe-se o seu estudo e discussão em maior amplitude, para que se decida sobre a conveniência ou inoportunidade de sua inclusão no novo Código Mercantil.

D I S C U S S Ã O

I — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

a) *Nova codificação do Direito Comercial*

1 — A conveniência de uma revisão periódica dos códigos constitui matéria que, pela sua própria natureza, não pode comportar contestação. Decorre da circunstância de que as leis, tal qual os indivíduos a que se destinam servir, sofrem também a ação incoercível do tempo. E desde que lhes falta o atributo da imutabilidade, terão necessariamente de se ajustar aos novos imperativos sociais, resultantes da lei da evolução.

2 — Essa a situação em que ora se encontra o Código Comercial brasileiro.

Promulgado em 1850, quando a atividade mercantil estava imensamente distanciada do grau de intensidade que hoje a caracteriza, é natural que o secular Estatuto não mais satisfaça às exigências dos dias presentes.

Falhas e lacunas se foram tornando evidentes, sendo em parte remediadas com o aparecimento de leis novas, algumas sucessivamente modificadas. Em consequência disso, as linhas estruturais do velho Código, perdendo a sua feição primitiva, apresentam, hoje, profundas e justificáveis mutilações.

Com efeito, o século que lhe assinala a eficácia foi precisamente aquele em que se fizeram sentir, de maneira a mais decisiva, a influência da máquina no âmbito dos negócios, o aperfeiçoamento e especialização da técnica, a hegemonia do crédito em relação à economia monetária, o advento da aeronavegação, isto é, o aparecimento de um mundo novo, dinâmico, e complexo para as atividades industrial e mercantil.

3 — Ressaltando, embora, a necessidade de uma nova codificação do nosso Direito Comercial, contudo é mister frisar que não se trata de tarefa fácil ou de simples concretização.

Comprova a veracidade dessa afirmativa a circunstância de já se haver iniciado algumas tentativas neste sentido, a começar pelo Projeto Inglês de Souza, que data de 1912.

Preconizando a unificação do direito privado — idéia que posteriormente perdeu a sua intensidade, em virtude da promulgação do Código Civil — o projeto do insigne comercialista ainda conseguiu subir ao Senado, sendo ali confiado ao estudo de uma Comissão Especial.

A abundância de emendas e correções, a par do expurgo de toda a matéria de direito civil, desvirtuaram a tentativa de codificação de Inglês de Sousa, daí se originando o chamado *Projeto do Senado*, remetido à Câmara dos Deputados, em 1927.

Dois anos depois, eis que surge o *Substitutivo* do Desembargador Vieira Ferreira, o qual, apesar de oferecer algumas melhorias em relação aos trabalhos até então realizados, ainda não logrou solucionar o problema em equação.

4 — No período de restrições constitucionais, que vai de 1930 até 1945 — com ligeiro interregno resultante da Constituição de 1934 — nada ou quase nada se conseguiu efetivar em favor do novo Código, se bem que se tratasse de uma época sobremodo propícia à elaboração de um trabalho desse gênero.

5 — Reconstitucionalizado o país e ocorrendo a circunstância favorável de se encontrar como detentor da Pasta da Justiça um

professor de Direito Comercial, seria de esperar que o assunto retornasse à ordem do dia, o que efetivamente aconteceu.

Na verdade, a uma Comissão de eméritos juristas foi confiada a incumbência da formulação do anteprojeto do novo Código.

Mais ainda: preocupado em levar avante a idéia que esposou, o Senhor Ministro Adroaldo Mesquita da Costa houve por bem confiar ao Desembargador Florêncio de Abreu a tarefa de apresentar um “Esbôço” que, servindo de ponto de partida às discussões, viesse facilitar o trabalho da egrégia Comissão.

6 — E’ bem de ver que tais antecedentes, aqui sumariamente focalizados, terão o mérito de realçar a magnitude e alta significação do Congresso Jurídico comemorativo do cinquentenário de fundação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, cujo temário preferencial é totalmente reservado ao estudo do nosso Direito Mercantil.

b) “Esbôço” Florêncio de Abreu

7 — Preliminarmente, cumprimos o dever de aplaudir e de felicitar ao Senhor Desembargador Florêncio de Abreu, pela valiosa cooperação patrioticamente prestada à feitura do anteprojeto do novo Código.

Atendendo, porém, a que se trata de “matéria plástica”, segundo afirma o seu autor, permitimo-nos a liberdade de apreciar alguns pontos fundamentais do “Esbôço”, aliás, em abono da tese que nos propomos defender.

8 — Acreditamos que um Código, ao contrário de uma simples consolidação, para que possa alcançar a finalidade a que se destina, terá necessariamente de oferecer soluções racionais e lógicas aos múltiplos e complexos problemas surgidos ou tangenciados pelas exigências da economia contemporânea, que ora se encontra em luta pertinaz pela sobrevivência do sistema capitalista.

Colhêr e sistematizar o que se encontra disperso *de jure constituto*; recusar de plano a adoção de novos institutos, na pressuposição de problemáticas dificuldades que possam surgir na vida prática; contornar dificuldades ou colocar à margem a solução de situação de fato que estão a exigir a argúcia e percúcia do legislador — parece-nos atitude que se não justifica, se na verdade desejamos um Código que atenda aos imperativos da ordem econômica e que demonstre o nível de evolução doutrinária dos nossos juristas.

9 — Porque assim pensamos, somos levados a discordar do eminente autor do “Esbôço”, quando declara que, a não ser mediante “uma transformação brusca, *ab imi fundamentis*, no sistema

do direito comercial brasileiro, não seria possível confiná-lo na órbita exclusiva das atividades da “empresa”, com o caráter de direito essencialmente subjetivo” (1).

Em verdade, não seria oportuno e, quiçá, necessário examinarmos mais detidamente a conveniência ou desvantagem dessa considerada “brusca transformação”? Já não a teríamos iniciado cautelosamente, em matéria de direito falencial, quando o legislador acolheu a tese de que a falência da sociedade não acarretará a dos sócios solidários e ilimitadamente responsáveis? Como persistir em confinar a matéria comercial na absoleta teoria do ato de comércio, colocando à margem, sem maior exame, a nova teoria da empresa?

Por outro lado, um código comercial moderno — o rumeno — já não conseguiu realizar idêntica transformação?

10 — Essas e outras razões, que igualmente fundamentam a nossa orientação doutrinária em matéria de direito mercantil, colocam-nos em posição contrária ao ponto de vista adotado pelo senhor Desembargador Florêncio de Abreu.

Tal divergência mais se acentua quando o eminente autor do “Esbôço” se refere à tendência predominante da limitação dos riscos a que estão expostos os homens de negócio, de que às vészes resulta a concentração de tôdas as ações de uma sociedade anônima nas mãos de um único titular.

Em sentido oposto a essa tendência, afirma categoricamente o Desembargador Abreu, na parte final da exposição que justifica a sua orientação doutrinária:

“Admitir a lei a sociedade anônima com um só acionista ou a sociedade limitada com um só quotista, a fortiori deveria reconhecer a empresa individual de responsabilidade limitada, o que pareceria imprudente, ou inoportuno, pelas graves questões que levantaria na prática, especialmente entre credores da empresa e credores particulares do comerciante, pela dificuldade de estabelecer nítida separação de patrimônios. Parece-me que, neste ponto, a lei deve continuar reservada.

O exemplo do Principado de Liechtenstein, ao que me consta, não logrou prosélitos” (1).

1 — Em que pese à autoridade do ilustre mestre, acreditamos não ser difícil justificar teoricamente a necessidade do reconhecimento legal da sociedade anônima de um só acionista.

Trata-se, é certo, de um meio indireto e, pois, anormal da limitação da responsabilidade do comerciante singular, pelo que seria preferível chegar a êsse fim diretamente.

(1) FLORENCIO ABREU — “Esbôço de Anteprojeto de Código Comercial”, Exposição Preliminar, in Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 29, Março de 1949, pág. 13.

(1) Trabalho cit., pág. 35.

Mas, de qualquer forma, teremos de admitir que não existem razões jurídicas decisivas contra o reconhecimento da chamada sociedade unipessoal (2).

No mais recente Projeto de Vivante, em cuja doutrina o autor do “Esbôço” em parte se orientou, é amplamente defedido êsse ponto de vista, sendo que o grande mestre italiano preconizou não só o reconhecimento legal da sociedade anônima conduzida à *unipessoalidade* depois de fundada, como ainda chegou a estabelecer normas para a sua criação (1).

12 — No entanto, para que modificar a fisionomia do instituto da sociedade anônima, que pressupõe um certo estado de fato (1), emergente da existência de uma coletividade de pessoas, subjacente ao ato de constituição?

Se as injunções de ordem econômica assim o exigem, por que não possibilitar ao comerciante individual o meio direto de limitação dos riscos a que está exposto, na prática mercantil?

Não seria preferível, ou talvez necessária, a instituição da empresa individual de responsabilidade limitada, a fim de evitar a generalização das sociedades unipessoais ou fictícias, conforme ocorre na atualidade?

Esta a tese que, a seguir, pretendemos defender.

(2) Cf. ROBERTO GOLDSCHIMIDT — “Problemas Jurídicos de la Sociedad Anonima”, Editorial Delpalma, Buenos Aires, 1946, pág. 142.

(1) Vivante pretendeu resolver o problema das sociedades unipessoais no quadro legal da sociedade anônima, chegando a propor as seguintes normas:

“Art. 1. La società anonima per azioni può costituirsi con atto pubblico anche da una sola persona mediante l'assegnazione di un capitale per l'esercizio di determinati affari commerciali.

Il capitali deve essere diviso in azioni di uguale ammontare e dev'essere versato secondo le regole stabilite per le società anonimi per azioni.

Le azioni del fondatore dell'anonima devono restare vincolate per due anni dalla pubblicazione del decreto del Tribunale a garanzia dei suoi creditori particolari. Tale vincolo deve risultare da apposita annotazione nel libro dei soci e, in quanto siano emessi, sui titoli.

Lo statuto deve contenere l'indicazione del compenso fisso e della partecipazione agli utili assegnato all'unico azionista, che può essere anche l'unico membro del comitato esecutivo.

Art. 2. Per l'anonima con una sola persona non é obbligatoria la costituzione del consiglio. Il deposito del bilancio dev'essere accompagnato dalla relazione di un revisore dei conti, nella quale dovranno prendersi in speciale considerazione le operazioni dell'unico azionista e dei membri del comitato e del consiglio con la società.

Art. 3. Fino a quando le azioni siano tutte di proprietà di una sola persona, non é luogo alla convocazione dell'assemblea, ma l'unico azionista deve accompagnare il deposito del bilancio com una dichiarazione giurata al cancelliere attestante tale sua qualità.

Art. 4. Qualora le azioni siano ripartite fra più persone, entra in vigore la disciplina propria delle anonime per azione”. *Apud* R. Goldschmidt, *obr. cit.* págs. 140 e 141.

(1) Vide PAUL CARRY — “La responsabilité limitée du commerçant individuel”, Libraire Georg et Cie., Genève, 1928, pág. 20.

II — PRESSÃO DOS FATOS SÔBRE A LEI

a) O princípio da limitação da responsabilidade

1 — Um rápido exame da história do comércio, considerado como instituição de caráter profissional, torna evidente a tendência de limitação da responsabilidade, que aliás corresponde a u'a mais equitativa repartição dos riscos entre os agentes da atividade mercantil.

Não nos parece que essa preocupação deva ser considerada injustificável ou imoral. Pelo contrário, deriva da natureza do comércio — o risco — e vai sucessivamente aumentando de intensidade, sob a pressão de circunstâncias inelutáveis.

2 — Por outro lado, a análise ontogênica da noção de responsabilidade, pondo em relêvo as várias facetas de que ela se reveste, justifica suficientemente aquela tendência ou preocupação.

Com efeito, a responsabilidade *civil* e a *penal* originam-se da noção de responsabilidade moral. Mas, enquanto a *penal* tem o seu fundamento psicológico na responsabilidade moral — que não pode ser limitada — a *civil* desta se distingue e passa a expressar uma noção técnica, isto é, de divisão equitativa dos riscos.

Dêsse modo, permitir a limitação da responsabilidade contratual em determinados casos, nada mais é do que corrigir a repartição dos riscos, o que representa, afinal de contas, um problema de ordem técnica (1).

3 — O princípio da limitação da responsabilidade, em matéria de direito comercial, vem passando por fases sucessivas e perfeitamente caracterizáveis.

Tal processo evolutivo, que ora se dirige em direção da empresa singular de responsabilidade limitada, encontra a sua explicação em imperativos de ordem sociológica, que nada mais significam do que a revolta dos fatos contra a lei.

4 — A *societas* do direito romano é apontada como o ponto de partida do princípio da limitação da responsabilidade.

Não se tratava, é certo, de uma sociedade comercial com tôdas as características que hoje a definem, mas, sim, de um contrato em que duas ou mais pessoas deliberavam reciprocamente pôr em comum os seus bens e serviços, com o objetivo de uma utilidade também comum (1).

(1) Cf. ROGER ISCHER — “Vers la responsabilité limitée du commerçant individuel”, Éditions SPES S. A., Lausanne, 1939, pág. 7 e segs.

(1) Cf. INGLEZ DE SOUZA — “Direito Comercial” — Preleções, ed. Francisco Alves, Rio, 1910, pág. 10.

5 — Com o desenvolvimento e expansão comercial das cidades da Itália, de que surgiu o chamado direito estatutário, adveio a sociedade com *firma* ou *em nome coletivo* e, a seguir, a *sociedade comanditária*.

A sociedade em nome coletivo, cronologicamente considerada a primeira instituição corporativa do direito mercantil, ainda hoje conserva os seus fundamentos originários: responsabilidade ilimitada e solidariedade dos sócios.

Já aí se evidencia a existência de um patrimônio comercial distinto e que não se confunde com os dos respectivos associados.

Quanto às relações internas da sociedade, são os riscos repartidos entre os seus membros titulares, em proporção ao grau de responsabilidade que cada um assume para com a empresa.

6 — Com o advento da sociedade comanditária, o princípio da limitação dos riscos passa a assumir feição mais característica, uma vez que atinge as próprias relações externas da organização.

Dada a importância que o novo instituto oferece para as conclusões a que pretendemos chegar, não será incabível remontar às suas origens históricas, se bem que em traços rápidos.

7 — A ânsia de possuir mais é condição inerente à natureza humana. Esse desejo aumenta ou diminui de intensidade, de acordo com as circunstâncias de um dado momento ou em virtude de certos atributos personalíssimos.

8 — As transformações que se foram operando na última fase da idade média determinaram o aparecimento do *contrato de pacotilha*, que, aliás, reflete as condições peculiares àquela época.

É que, de um lado, os empreendimentos marítimos estavam a reclamar maior soma de capital, a fim de tornar possível transações mais avultadas e, pois, mais lucrativas. De outro lado, necessitavam os nobres de novos proventos materiais que lhes pudessem assegurar a continuação do predomínio na sociedade.

Mas, sendo a mercancia considerada profissão infamante ou menos honrosa e, portanto, incompatível com a dignidade da nobreza, teria de surgir nova espécie de negócio que satisfizesse aquelas necessidades convergentes. Essa modalidade foi encontrada no contrato de *pacotilha*, pelo qual o capitalista fornecia ao mestre ou capitão de navio determinada soma, sob as seguintes condições: a) o nome do prestamista não ficaria ostensivamente ligado à transação; b) os lucros seriam repartidos na proporção convencionada; c) na hipótese de malôgro ou prejuízo, a responsabilidade do dador se limitaria ao valor da importância então fornecida.

Nesses elementos constitutivos do contrato de *pacotilha* tem a sociedade em comandita dos nossos dias os seus traços estruturais:

solidariedade e responsabilidade ilimitada para o sócio ostensivo ou comanditado; limitação de responsabilidade para o sócio oculto ou comanditário.

8 — As grandes transformações que assinalam o início da era moderna, determinando o desenvolvimento intensivo das atividades de ordem econômica, teriam forçosamente de reclamar um novo tipo de sociedade capaz de atender ao vulto sempre crescente das operações. Eis que surge, tangenciada por tais exigências, a *sociedade anônima*, cujo aparecimento constitui mais um elo da cadeia evolutiva da limitação dos riscos.

Na verdade, o novo instituto jurídico, que teve a sua origem no século XVII, mas que tomou o maior incremento no século XIX, possibilitou a limitação da responsabilidade a *todos os seus componentes* ou *acionistas* e não apenas a *determinada categoria de sócios*, conforme se verifica em relação à sociedade comanditária.

9 — Mas, pela sua própria natureza e origem, a sociedade anônima é destinada aos empreendimentos de grande vulto, pelo que às vezes reclama, para que possa alcançar o seu objetivo, verdadeira coletividade de co-participantes.

Destiná-la à exploração de negócios de pouco vulto seria desvirtuar a sua verdadeira finalidade.

Esses e outros motivos, também ponderáveis, fizeram surgir novo instituto jurídico, hoje grandemente generalizado e que entre nós se denomina — *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*.

Já aqui o benefício da limitação dos riscos poderá ser fruído apenas por duas pessoas. Estas, porém, ao contrário do que ocorre na sociedade anônima, são solidárias e responsáveis até ao limite do capital societário.

10 — Desenvolvendo outra ordem de considerações, por igual relacionadas com o princípio da limitação da responsabilidade, é bem de ver que, primitivamente, respondia o devedor pelo inadimplemento da dívida, com o corpo, a honra, a liberdade e até com o próprio cadáver.

Esses crudelíssimos costumes perduraram durante muito tempo, ora mais ora menos acentuados. É mesmo na vigência da *Lex Duodecim Tabularum* ainda se fizeram sentir com “a odiosa medida da *manus injectio* contra o *confessus* e o *judicatus*, permitindo ao credor conservar o devedor *in carcere privato*, vendê-lo como escravo *trans Tiberim* e até matá-lo e *in partes secare*” (1).

(1) CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. — “Tratado de Direito Commercial Brasileiro”, vol. VII, pág. 14, in nota.

Depois, com o advento do direito pretoriano, sensível modificação operou-se relativamente ao devedor em mora, pois, sendo admitida a execução real, a responsabilidade pela dívida contraída deixou de encerrar um vínculo exclusivamente *pessoal* e passou a ser considerada uma relação de ordem *patrimonial* (2).

Já então não mais a pessoa física do devedor, porém os seus bens, passam a representar a garantia comum dos seus credores.

De início, a totalidade dos bens. Depois, apenas uma parte deles... *desde que o devedor exerça a mercancia por meio de determinadas formas societárias.*

A essa altura, parece oportuno inquirir:

— Se duas pessoas associadas podem limitar a responsabilidade, por que isoladamente lhes é vedado fazê-lo? Não é verdade que a limitação dos riscos, em matéria de direito civil, constitui problema de ordem técnica e, pois, capaz de ser solucionado pelo acolhimento de novo instituto jurídico?

Noutras palavras: como explicar o estacionamento do processo evolutivo da limitação da responsabilidade na empresa comercial societária, quando é evidente que a última etapa dessa evolução está na empresa do comerciante individual?

— O tradicional argumento da “indivisibilidade do patrimônio” e outros que tais, poderão ser invocados, à guisa de resposta a essas interrogações. Mas, a eles teremos ensêjo de abordar, em outro capítulo deste trabalho.

Por enquanto limitamo-nos a reconhecer que a empresa individual de responsabilidade limitada representa um imperativo da hora presente, isto é, mais uma pressão dos fatos sobre a lei.

b) *Sociedades unipessoais e fictícias*

1 — E' fora de dúvida que o pensamento do legislador, incorporando ao direito positivo o instituto da sociedade anônima, foi o de atender a uma determinante social específica ou seja — possibilitar a concentração de avultada soma de capital, indispensável à realização de gigantescos empreendimentos que, pela sua própria natureza, exigem a co-participação de muitos.

Parece também indubitável que êsse pensamento vem sendo frequentemente desvirtuado na prática mercantil, já pelo uso do instituto na exploração de negócios de pouco vulto, já pela sua utilização para o desfrute de um único indivíduo.

(2) Cf. MARTINS FILHO — “Da liquidez do título de crédito na falência”, Editora Fortaleza, 1945, pág. 82.

Poder-se-á dizer que o pensamento do legislador não deverá prevalecer diante da realidade dos fatos e também que não é estranhável ou raro a aplicação de uma determinada norma jurídica para a consecução de um fim indireto (1).

Mas, essas razões não justificam a existência da sociedade unipessoal. Pois, — como acentua Paul Carry, — se observamos que toda a organização dêsse instituto (sociedade anônima) tal qual a fixou o legislador, repousa sobre certos dados da experiência; se constatamos que a forma adotada pela lei supõe um certo estado de fato e que a adoção dessa forma, para fins imprevistos, cria uma discordância evidente entre a aplicação prática e a organização legislativa — temos então o direito de dizer que há *um fenômeno anormal e que êste revela, sem dúvida possível, uma lacuna* (1).

2 — Ademais, a significação conceitual de sociedade implica intrinsecamente a existência de duas ou mais pessoas, que reciprocamente convencionam a conjugação de esforços e de recursos para alcançarem um fim comum.

Considerada a questão sob êste aspecto, não há como justificar a existência da sociedade unipessoal.

3 — No entanto, êsse fenômeno é facilmente verificável, a igualdade das sociedades fictícias, que ora campeiam com mais abundância no âmbito das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

O problema, aliás, se reveste de maior complexidade pelo fato de tais sociedades não resultarem, em tôdas as hipóteses, da execução de um plano pré-estabelecido.

Com efeito, circunstâncias supervenientes ao ato de constituição podem determinar que tôdas as ações de uma sociedade anônima — ou tôdas as quotas de uma sociedade limitada — sejam concentradas nas mãos de um único titular.

3 — Não nos move a intenção de aprofundar o assunto, o que aliás seria impraticável, nos estreitos limites desta tese.

Contudo, parece-nos indispensável definir mais nitidamente o nosso pensamento, quer em relação ao que se entende por “sociedades fictícias”, quer a propósito das chamadas “sociedades unipessoais”.

4 — Nas oscilações da vida econômica hodierna, não raro acontece o fato do comerciante singular pretender beneficiar-se com a limitação dos riscos a que se expõe na prática mercantil.

Para conseguir essa finalidade, delibera organizar uma socieda-

(1) Vide TULLIO ASCARELLI — O negócio indireto, in “Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado”, edição Saraiva, S. Paulo, 1945, pág. 101 e segs.

(1) PAUL CARRY — “La responsabilité limitée du commerçant individuel”, Genève, 1928, pág. 20.

de anônima, com o concurso de outras pessoas estranhas ao giro especulativo e que, a título de favor, concordam em figurar no ato de constituição, a fim de tornar possível o funcionamento do ente societário.

Posteriormente, ainda se prontificam a assinar os livros de ata ou até mesmo a comparecer às assembléias convocadas. Tudo ficará aprovado sumariamente e a organização vai realizando o seu objetivo, acobertada por uma aparente legalidade.

Pode ainda, o comerciante individual, recorrer ao tipo — sociedade por quotas de responsabilidade limitada — hipótese que se torna mais freqüente, pelo menor número de formalidades a preencher. Desde que o capital seja logo integralizado, passam-se as ressalvas e a empresa se movimenta...

Aí, pois, o que se entende por *sociedades fictícias*, isto é, originariamente organizadas em função do interesse de uma pessoa individual.

5 — A freqüência de tal fenômeno na vida prática, e a sua intensidade nos últimos tempos, levam os doutrinadores ao estudo de uma interpretação mais aprofundada dos princípios jurídicos, no sentido de saber se as sociedades fictícias podem ou devem ser reconhecidas, mesmo independente de reforma legislativa.

O problema é de molde a suscitar as seguintes perquirições:

— Até a que ponto deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade? Qual o conteúdo desse princípio em face à sociedade que surge e que vive em função de uma aparente legalidade? Deve a vontade declarada no ato de constituição prevalecer sobre a vontade real? Trata-se da hipótese simulação? Pode esse vício ser argüido, mesmo na ausência do *animus fraudandi*?

Em substancioso trabalho de doutrina recentemente publicado o emérito jurista português Arruda Correia põe em equação os vários problemas relacionados com as sociedades dessa espécie e conclui assim:

“Efetivamente, a sociedade que temos chamado de fictícia representa um desvio da forma jurídica do contrato de sociedade mercantil da sua função típica. Esse desvio poderá não determinar a nulidade do contrato: logo veremos isso. Mas naturalmente só o não determinará enquanto o fim atípico visado pelos contraentes fôr em si mesmo lícito e puder ser reconhecido. Havendo fraude direta à lei, ou representando simplesmente a celebração do contrato o processo escolhido para se causar a terceiro um prejuízo econômico, deixará de não existir obstáculo ao reconhecimento como sociedade do que nada mais tem, da verdadeira sociedade, além do nome e a forma” (1).

(1) ANTÔNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA — “Sociedades fictícias e unipessoais”, Liv. Atlântica, Coimbra — 1948, págs. 190 e 191.

6 — Outro, porém, é o problema da *sociedade unipessoal*, isto é, aquela em que a vontade declarada no ato de constituição corresponde exatamente à vontade real dos associados.

Aqui, com efeito, a intenção dos fundadores do ente societário foi a de conjugar recursos materiais e esforços para o fim de explorar um negócio dado, cujos proventos serão repartidos proporcionalmente em relação ao número de quotas ou ações que cada um subcreveu para a formação do capital. Visa-se, a par do escopo de lucro, a limitação da responsabilidade e, pois, dos riscos inerentes à exploração do negócio.

E’ de notar que, originariamente, a entidade se formou de modo normal, com referência à *pluralidade* de associados que a lei exige, de acordo com o tipo societário adotado.

Depois, eis que a *pluralidade* desaparece e o ente social é levado à *unipessoalidade*, por vários motivos supervenientes que conduzem ao mesmo fim.

A essa altura, deparam-se-nos novos problemas de interpretação, aliás distintos da hipótese da sociedade fictícia, na forma anteriormente delineada.

— Será possível admitir, *de jure constituto*, a sociedade unipessoal? Sociedade de uma só pessoa não constitui alguma coisa de paradoxal ou logicamente inconcebível? O princípio da autonomia do patrimônio afetado à empresa não justificará, porventura, a permanência da personalidade jurídica e, pois, a existência de direito da sociedade reduzida a um único titular? Qual a condição e a natureza jurídica da sociedade unipessoal?

Tais indagações emanam da natureza do fenômeno a que ora nos reportamos, mas a sua análise excede os estreitos limites deste trabalho.

7 — Apesar disso, parece-nos oportuno salientar que, de um certo modo, a lei brasileira disciplinadora do instituto da sociedade anônima admite a possibilidade da existência da sociedade unipessoal.

Ali, com efeito, entre os vários motivos determinantes da dissolução da sociedade, figura o da redução do número de acionistas a menos de sete, *desde que esse mínimo não seja preenchido até a seguinte assembléia geral ordinária* (2).

Ora, se o texto legal se refere a uma redução a “menos de sete” e não fixa o mínimo, implicitamente admite a possibilidade de concentração de todas as ações nas mãos de um único acionista. E desde que a dissolução só ocorrerá na hipótese daquele número não ser

(1) Decreto-Lei N. 2.627, de 26 de Setembro de 1940, Art. 137, alínea d.

restabelecido até a próxima assembléa ordinária, logo se reconhece de direito a existência da sociedade unipessoal.

8 — Em comentários a êsse dispositivo, Trajano de Miranda Valverde esposa a tese segundo a qual “os atos e operações praticados, em nome da sociedade, pelos administradores e o único acionista, acarretam responsabilidade ilimitada de todos êles” (2).

Parece-nos, *data vênia*, que essa interpretação é passível de crítica, pois, a ser exata, teríamos de admitir o instantâneo desaparecimento da personalidade jurídica da sociedade e, conseqüentemente, a automática confusão de patrimônios.

E' de notar, *ad argumentandi*, que a personalidade jurídica do ente social emerge da pluralidade de sócios subjacente ao ato de constituição.

Mas essa personalidade se desprende daquela causa originária e passa a encontrar o seu verdadeiro substrato no princípio da autonomia do patrimônio afetado a um fim.

Dêsse modo, na hipótese da sociedade unipessoal, poder-se-á admitir a *continuidade* da pessoa jurídica, não em função do número de acionistas reduzido à *unipessoalidade*, mas em função de um “*patrimônio autônomo a que corresponde uma autônoma subjetividade jurídica*” (1).

A propósito da teoria da *continuidade da personalidade*, no que respeita ao fenômeno da sociedade unipessoal, parecem-nos judiciosas as ponderações de Arruda Correia, que a seguir transcrevemos:

“Efetivamente, a sociedade é o simples substrato em relação à personalidade jurídica; e como nem tôdas as oscilações do subsolo se repercutem na superfície, assim se concebe que a personalidade permaneça indiferente às mutações de sua infra-estrutura.

E, com efeito, sabemos que a identidade da pessoa coletiva não é vulnerável nem sequer pela total substituição dos associados. E se os sócios resolverem transformar a sociedade, convolar de uma espécie para outra — tão profundas podem ser as modificações introduzidas dêsse modo no vínculo social, que será difícil, quando não totalmente impossível, identificá-lo ainda com o primitivo. No entanto, esta consideração não tem impedido a doutrina de ver na transformação da sociedade uma simples alteração estatutária, não sendo afetada por ela a pessoa jurídica social na sua identidade.

Ora, a permanência do ente coletivo para além de tão radical

(2) TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE — “Sociedades por ações”, edição Revista Forense, vol. II, pág. 128.

(1) ARRUDA CORREIA, ob. cit., pág. 328.

mutação do vínculo social, importa que o tenhamos de conceber como alguma coisa de diferente da simples projeção dêsse vínculo — alguma coisa que, tendo nascido com o contrato de sociedade, dêle se desprende e autonomizou por completo. Alguma coisa que, exprimindo simplesmente um certo modo de ser da relação social, é todavia capaz de lhe sobreviver — para vir qualificar uma situação nova; algo, neste sentido, de necessidade *exterior* à sociedade; um simples predicado que ao mesmo tempo se afirma como sujeito.

Mas se a pessoa jurídica social leva a sua independência ao ponto de suportar a extinção da primitiva sociedade — é só dar um passo mais, e teremos a explicação da sociedade unipessoal. De tal sorte a personalidade social afirma a sua autonomia em face da personalidade singular dos seus membros de ocasião, que a sua subsistência não está condicionada à perduração de uma efetiva pluralidade de sócios. A sociedade extingue-se, e o ente jurídico subsiste — mas como figuração, agora, de uma realidade diferente, como revestimento de um novo substrato; não como ente corporativo, mas como simples personificação de um patrimônio.

Aliás, nem a mutação do substrato terá sido radical: pois a sociedade de responsabilidade limitada não é pura associação de pessoas, antes um dos pilares em que assenta a respectiva organização reside na autonomia e vinculação de um patrimônio. Êste patrimônio separado e ligado a um fim é que representa o elemento às duas situações — o *quid* que permite unificá-las e dar, assim, à substância da personalidade jurídica um ponto de apoio suficiente” (1).

9 — Em sentido contrário, poder-se-á argüir que tudo isso ainda paira no terreno movediço das interpretações doutrinárias.

Mas, de qualquer forma, já algumas conclusões poderemos tirar em proveito de nossa tese.

Tais conclusões são as seguintes:

I — Nas atividades da economia contemporânea a existência de sociedades unipessoais ou fictícias constitui fato que não comporta contestação.

I — Do ponto de vista doutrinário, torna-se possível estabelecer a condição e definir a natureza jurídica de tais sociedades.

III — A existência dêsse fenômeno e a sua intensidade nos últimos tempos, refletem uma lacuna no quadro do direito positivo, a qual poderá ser normalmente preenchida, uma vez instituída a empresa individual de responsabilidade limitada.

— Como, pois, recusar acolhimento ao novo instituto?

(1) ARRUDA CORREIA, obr. cit., págs. 334 e 335.

3 — A EMPRESA MERCANTIL MODERNA

a) *A empresa no duplo aspecto econômico e jurídico*

1 — O vocábulo “empresa”, em sentido genérico, designa uma atividade plurilateral organizada e dirigida a um determinado fim. Este poderá ser apreciado sob o tríplice aspecto social, econômico e jurídico.

2 — Em verdade, pode a empresa refletir uma atividade puramente social e que transcende ao âmbito da economia e do direito.

Mas, esta espécie não nos interessa, pôsto que não pretendemos esboçar uma teoria geral sobre o assunto.

3 — Considerada sob o ponto de vista econômico, a empresa é uma organização de caráter autônomo que, sob a direção de pessoa singular ou societária, tem por finalidade conjugar os fatores da produção, com o fito de lucro.

Sucinta análise dos vários elementos consubstanciados nesta fórmula, não só demonstrará o fundamento econômico da empresa como também poderá fornecer o critério a ser adotado para o estabelecimento de sua noção de ordem jurídica.

I — A idéia de empresa nos conduz imediatamente à de *organização*, isto é: complexo de bens e pluralidade de pessoas, sistematicamente dispostos e proporcionalmente coordenados, para a obtenção de um fim pré-estabelecido.

II — A empresa, considerada como organização, possui um *caráter autônomo*. Esta autonomia resulta da existência de um patrimônio próprio; de um domicílio, que se não confunde com o do respectivo titular; de um objeto ou fim econômico; do uso privado de uma firma ou denominação sob que opera, etc.

III — É a empresa *dirigida* pelo respectivo *empresário*, pessoa individual ou coletiva, que nela exerce funções de titularidade e que agirá diretamente ou através do competente órgão de administração.

IV — Na entrosagem da empresa *são conjugados os fatores da produção* — natureza, trabalho e capital — de maneira harmônica e racional, a fim de que o processo produtivo possa oferecer um máximo de rendimento com um mínimo de sacrifício.

V — Por fim, ao mesmo tempo em que a empresa se destina a prestar serviços aos elementos externos que com ela se relacionam, também visa para si uma vantagem — o lucro — que, aliás, lhe constitui a característica econômica.

4 — Seria escusado lembrar que a definição por nós exposta e analisada não contará em seu favor com a opinião de uma grande-

corrente de eméritos doutrinadores, a qual, nestes últimos tempos, vem aprofundando o assunto, em toda a sua extensão e complexidade.

Contudo, para o objetivo deste trabalho, contentamo-nos com aquela fórmula, aliás, por nós adotada há dez anos passados (1).

5 — Já salientámos que, delimitada a empresa em sentido econômico e de acordo com a teoria dos fatores da produção, com os mesmos elementos que daí ressaltam poder-se-á estabelecer a sua definição, sob o aspecto jurídico.

Na verdade, é essa a opinião de ilustrados comercialistas, notadamente Lourenço Mosa, na Itália e, entre nós, Carvalho de Mendonça (2).

Entretanto o professor argentino Waldemar Arecha, em sua alentada monografia “*La Empresa Comercial*”, considera inadmissível esse critério e se propõe a formular uma nova definição, consentânea, aliás, com a teoria que expõe e amplamente defende.

Dêse modo, após examinar as várias teorias expostas pelos comercialistas, inclusive a dos fatores da produção a que nos filiámos, apresenta uma definição genérica, da maneira seguinte: “*Empresa es la unidad en que se manifiesta la organización del trabajo plurilateral aplicado sobre la riqueza para producir un resultado*” (3).

Situando a empresa na esfera da atividade mercantil, acrescenta: “*La empresa es comercial cuando intermedie en la circulación de los bienes, o en el trabajo ajeno, o en el cambio de crédito, o en el cambio de eventos, o cuando emplee valores industriales*” (4).

Levantadas essas premissas, passa a formular a sua definição de empresa mercantil, assim enunciada:

“*Empresa comercial es la unidad en que se manifiesta la organización del trabajo plurilateral aplicado sobre la riqueza para producir un resultado, intermediando para ello en la circulación de los bienes, o en el trabajo ajeno, o en el cambio de crédito, o en el cambio de eventos, o empleando valores industriales*” (1).

Reconhecendo, embora, a prolixidade dessa fórmula, declara o insigne comercialista que a noção de empresa comercial está aí enquadrada com absoluta firmeza.

(1) MARTINS FILHO — “Noções de Economia Política”, Editora Fortaleza, 1942.

(2) Vide LORENZO MOSSA — “Derecho Mercantil”, trad. de Felipe J. Tena, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, vol. I, pág. 20; CARVALHO DE MENDONÇA, obr. cit., vol. I, pág. 492.

(3) WALDEMAR ARECHA — “La empresa comercial”, Editorial Depalma, Buenos Aires — 1948, pág. 369.

(4) Obr. cit., pág. 383.

(1) Obr. cit., pág. 383.

6 — Através da leitura da substanciosa monografia do professor Waldemar Arecha, em que o assunto é amplamente explanado e discutido em face das diferentes doutrinas esposadas pelos mais autorizados juristas — tem-se a nítida compreensão da alta importância e magnitude da empresa mercantil, na vasta esfera da vida econômica dos nossos dias.

E porque assim é, não seria possível, ou talvez oportuno, confinar toda a matéria de direito comercial nas atividades da empresa?

Essa interrogação, já anteriormente formulada, se nos apresenta ainda mais insistente, motivo por que não nos furtamos ao desejo de renová-la.

7 — Em verdade, como judiciosamente acentua o professor Waldemar Ferreira — “Não poucos consideram ao direito comercial o direito da empresa. Passou esta, por isso e ainda por outras e mais poderosas razões políticas e sociais, para plano muito mais alto que o de simples organização dos fatores produtivos (natureza, capital e trabalho), ou seja exercício profissional de indústria ou comércio, transmutada em célula máter do organismo estatal.

O direito comercial, sustenta-se, ainda é o direito profissional por excelência. Esse conceito fundamental não deve ser abandonado. Não pode, realmente, observou Maurice Chavrier, sonhar em volta ao critério puramente subjetivo e formalista da corporação ou casta. Importa, todavia, ter em conta o elemento profissional. Como, porém, salientá-lo? Por fatos exteriores. Pela atividade de quem o exerce. Pelo organismo que o caracteriza. Encaram-se, dêse modo, ao mesmo passo, o comerciante, os atos de comércio, a organização e o exercício da profissão comercial. Ora, o que deflui dessas diferentes considerações, substituindo a do ato de comércio, é a idéia mais real de organismo mercantil — a de empresa. Foi ela que código comercial recente pôs em sua base, o rumeno. Foi ela que, no fundo, inspirou grande número de decisões francesas. A empresa constitui, atualmente, o verdadeiro critério da comercialidade. O direito comercial deve ser o das empresas. Essa idéia o unifica. Restitui-lhe seu caráter profissional, sem que se regresse ao direito de casta e de formalismo antigo. Ligam-se-lhes as noções de atos de comércio e de comerciante. Comerciante é o chefe da empresa, indivíduo ou sociedade, conforme o caso. Quanto aos atos de comércio, eles se reputam mercantis pela teoria do acessório, salvo alguns, verdadeiramente objetivos” (1).

8 — Essas e outras razões, igualmente hauridas dos ensinamen-

(1) WALDEMAR FERREIRA — “Instituições de Direito Comercial”, Ed. Freitas Bastos, Rio — 1947, vol. I, págs. 118 e 119; cit. in nota 70, MAURICE OHAVRIER, “Évolution de l'idée de la commercialité (Paris, 1935), pág. 135.

tos dos mestres ou resultantes de observação pessoal, colocam-nos ao lado dos que propugnam tenazmente pela disseminação da idéia de uma reforma radical e completa, no sistema do direito mercantil brasileiro, de modo a que toda matéria comercial seja exatamente confinada nas atividades da empresa.

Inclinamo-nos a acreditar que não se trata de uma transformação brusca e, sim, oportuna, necessária e que atende às exigências dos novos tempos.

A nova codificação do direito comercial que se pretende elaborar, tornar-se-á ainda mais completa se em seu âmbito for acolhido, como se impõe, o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada.

b) *Esquema de uma nova classificação*

1 — Não definiu, o Código Comercial de 1850, a figura jurídica do comerciante. Enumerou apenas os que podem comerciar e os que estão proibidos de fazê-lo, em virtude de exercerem funções de ordem pública.

Daí se infere que a atividade mercantil, em caráter de profissão habitual, poderá ser praticada por qualquer indivíduo isoladamente, desde que tenha a livre administração de sua pessoa e bens, e que lhe não seja vedado exercer a mercancia.

2 — Dois ou mais indivíduos poderão igualmente convencionar o exercício do comércio, por meio de contrato de sociedade mercantil, de que emana uma pessoa jurídica distinta, isto é, o comerciante.

Note-se de passagem que o velho Código também não definiu o contrato de sociedade, lacuna posteriormente preenchida pelo Art. 1.363, do Código Civil.

3 — A prática do comércio em nome individual, acarreta, para a pessoa do comerciante, a ilimitação da responsabilidade, quanto aos riscos inerentes ao negócio. Noutras palavras: o patrimônio da firma individual confunde-se com o patrimônio civil do comerciante, ainda mesmo que a empresa se agigante e economicamente se personalice.

4 — Havendo, porém, contrato de sociedade, três hipóteses poderão advir, quanto ao grau de responsabilidade assumida pelos sócios, em função do tipo societário adotado.

Dêse modo, poder-se-á falar em sociedade de responsabilidade ilimitada, sociedade de responsabilidade limitada e sociedade de responsabilidade mista.

5 — A tradicional classificação que as divide em dois grupos — sociedades de pessoas e sociedades de capital — tem apenas uma importância de ordem histórica, pois que representa uma fórmula “mais brilhante do que justa”, conforme observou Vivante (1).

A propósito dêsse critério classificador, tão persistente quanto inexato, veja-se o comentário do professor Eunápio Borges, em judicioso trabalho recentemente publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais (1).

6 — Particularizando as nossas considerações, como seria possível enquadrar, no sistema do direito brasileiro, a empresa individual de responsabilidade limitada?

7 — Reconhecemos que essa idéia encontra francos opositores, que se apegam a dois argumentos fundamentais: a) impossibilidade de uma nítida separação de patrimônios; b) possibilidade de fraude, na prática mercantil.

Ainda não é este, porém, o momento de examinarmos a inconsistência dessa propalada argumentação.

8 — Por enquanto limitamo-nos a admitir que é possível o acolhimento da empresa individual de responsabilidade limitada, desde que lhe seja reconhecida personalidade jurídica, a igual do que ocorre em relação às sociedades comerciais.

Nesta hipótese, comerciante será a empresa, que se personaliza juridicamente, em função da autonomia do patrimônio afetado ao giro comercial, ou em virtude da declaração da vontade manifestada no ato de constituição.

Será isso logicamente inconcebível? Qual a noção de personalidade, na linguagem peculiar à ciência do direito?

A essa altura, reportamo-nos ao ensinamento de Ferrara, substanciado nesta síntese admirável:

“A personalidade é um produto da ordem jurídica e surge por um reconhecimento do direito positivo. O homem é uma pessoa não por natureza e sim por obra do direito. A qualidade natural do homem, como de um ente racional e capaz de vontade, é só a base ética, para que o direito de um certo estágio de cultura reconheça a todos os homens personalidade. Porém a subjetividade não é inata no homem, não é uma qualidade inerente ao indivíduo, senão uma realização ideal que sem a ordem jurídica é inconcebível. Em período anterior à organização estatal, o homem não é pessoa. E mesmo constituída a ordem jurídica, a história demonstra que por longo

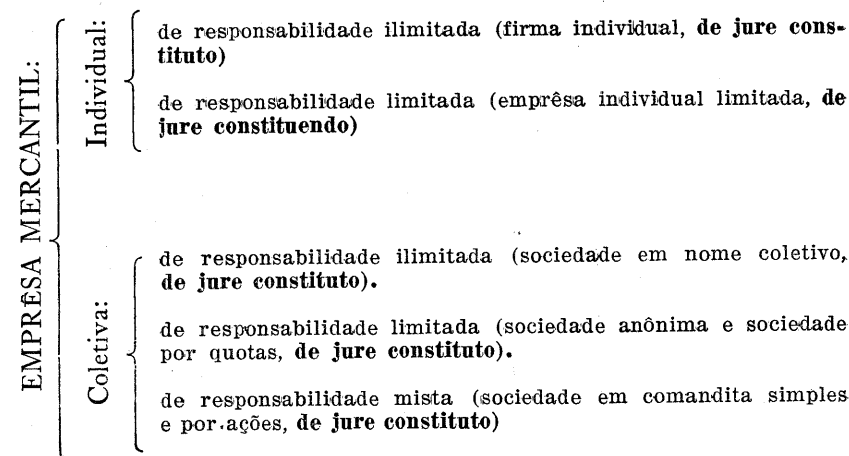
(1) CESARE VIVANTE — “Trattato di Diritto Commerciale”, col. II, pág. 84.
(1) JOÃO EUNÁPIO BORGES — Sociedades de pessoas e sociedade de capital — in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, n. 1, Outubro de 1949, pág. 27 e seqs.

tempo houve uma classe de homens aos quais se negava a qualidade de sujeito de direito — os escravos. E não é só isso: a personalidade também podia ser perdida, por uma condenação penal (morte civil) ou por uma adoção do estado religioso (vida claustral). E também nos indivíduos capazes, a personalidade se manifesta como uma quantidade variável, que pode ser reconhecida em mais ou menos larga medida. Historicamente não foram iguais, sob o ponto de vista jurídico, homens e mulheres, cristão e hebreus, nobres e vassallos, sendo que ainda hoje existe diferença entre nacionais e estrangeiros” (1).

9 — Não pretendemos discutir qual a doutrina preferível para justificar a personalidade jurídica da empresa individual limitada: — se a que preconiza a teoria da personificação do patrimônio, ou se a que defende a teoria da autonomia da vontade declarada no ato de constituição.

Apenas reconhecemos, com Trajano de Miranda Valverde, que “nenhum inconveniente advirá em se dotar o estabelecimento autônomo de personalidade jurídica, como, aliás, ocorre com as fundações” (2).

10 — Admitida a possibilidade de ser reconhecida personalidade jurídica à empresa individual de responsabilidade limitada e, pois, o seu acolhimento no quadro do direito positivo, passamos a formular o esquema seguinte:



(1) Vide WALDEMAR ARECHA — “La empresa comercial”, Ed. Delpelma, Buenos Aires, 1948, págs. 248 e 249, in nota.
(2) “Estabelecimento autónomo”, in Revista Forense, vol. XCVI, ano XL, fascículo 486, pág. 577.

O quadro acima, que elucida o nosso pensamento em matéria de empresa mercantil, exclui a sociedade de capital e indústria, a sociedade em conta de participação e a sociedade cooperativa.

As duas primeiras em relação ao grau de responsabilidade assumida pelos respectivos titulares, nada mais são do que empresas individuais de responsabilidade ilimitada.

A sociedade cooperativa, desde que lhe falta intuito especulativo, não é, a rigor, uma empresa mercantil.

4 — A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

a) Doutrina e legislação

1 — A preocupação de se encontrar um meio normal e direto pelo qual possa ser estendido o princípio da limitação da responsabilidade ao comerciante singular, não é recente. Ao invés, esse problema vem preocupando a doutrina desde o último decênio do século pretérito, notadamente na Alemanha, Áustria e Suíça.

2 — Reunidos em assembléia os delegados da Associação Suíça de Comércio, a 29 de Abril de 1893, um dos seus membros focalizou a necessidade de revisão do Código das Obrigações, insistindo em que se estudasse a conveniência de ser introduzido um dispositivo pelo qual se tornasse possível às empresas particulares limitar a responsabilidade de seu titular. ⁽¹⁾

Em 1895, o notável jurista Karl Wieland mostrou-se francamente favorável à extensão do benefício da limitação dos riscos à empresa de um único proprietário.

Depois, em 1910, o jurista austríaco Oskar Pisco, dedicando-se ao estudo das "one man companies", levantou várias questões de ordem jurídica atinentes à limitação da responsabilidade da empresa, chegando a elaborar anteprojeto de lei sobre — "A responsabilidade limitada do comerciante individual".

3 — Baseado na doutrina de Pisco, o legislador do Principado de Liechtenstein, em 1926, tomou a iniciativa de acolher, no quadro do direito positivo, o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada. Efetivamente, é a matéria ali regulada no Código Civil.

Trata-se, é certo, de pequeno país, com uma população de doze a quinze mil habitantes e cuja extensão territorial apenas cobre uma área de 159 kms².

(1) Cf. PAUL CARRY, obr. cit., págs. 25 e 26.

No entanto, essas razões não poderão constituir motivo desfavorável ao acolhimento do novo instituto, pois, como faz ver Suarez Ancorena — o pensamento jurídico não depende da extensão territorial, nem tampouco do poder econômico, político ou militar do país em que encontrou meios para a sua realização ⁽¹⁾.

4 — Do ponto de vista doutrinário, não se justifica a afirmativa de que a experiência de Liechtenstein não tem encontrado seguidores.

Em 8 de Fevereiro de 1928, o professor suíço Paul Carry realizou, na Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, uma conferência sobre o título — "*La responsabilité limitée du commerçant individuel*". Neste excelente trabalho, publicado em folheto pela Faculdade de Direito mencionada, o assunto é estudado à luz de novos e ponderáveis argumentos, chegando o seu autor a conclusões favoráveis à adoção da empresa individual de responsabilidade limitada.

Dois anos depois — 1930 — o jurista espanhol J. Roig y Bergada houve por bem se ocupar do assunto, realizando importante conferência que fez inserir, à guisa de anexo, em sua obra — "*Sociedades de Responsabilidade Limitada*".

5 — Ainda na Europa, além de inúmeros estudos publicados em revistas especializadas e firmados por ilustres mestres, notadamente italianos e alemães, a necessidade do reconhecimento legal da limitação dos riscos à empresa de um único titular, vem determinando o aparecimento de substanciosas monografias, dedicadas exclusivamente à análise do assunto.

Dentre elas se destaca a de autoria do jurista Roger Ischer, sob a epígrafe — "*Vers la responsabilité limitée du commerçant individuel*", lançada à publicidade pela "Editions SPES S.A.", de Lausanne, em 1939.

É de salientar a importância que esta obra oferece para a solução doutrinal do problema, maximé porque o seu autor faz inserir, no capítulo VI, projeto de lei em que o novo instituto é disciplinado de maneira racional e precisa.

Ainda são dignos de menção o estudo do professor F. de Sola Cañizares — "*L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*", recentemente publicada em Paris ⁽¹⁾ e a excelente monografia do jurista português doutor Antônio de Arruda Ferrer Correia — "*Sociedades Fictícias e Unipessoais*", de cujas conclusões se infere a necessidade inelutável de uma revisão no quadro do direito positivo,

(1) Conferencia Nacional de Abogados, Santa-Fé, 1940, pág. 288. Apud de Sola Cañizares, "*L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*", in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Ano 1.º, N.º 3, 1948 — Paris.

(1) "*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*", publicada pelos professores JEAN ESCARRA e ROGER HOUIN, Ano 1., n. 3, 1948.

a fim de que seja limitada, por meios normais e diretos, a responsabilidade do comerciante singular.

6 — É, porém, na República Argentina que o problema da empresa individual de responsabilidade limitada vem sendo suficientemente aprofundado e grandemente discutido.

Já em 1914, em um curso ministrado na Faculdade de Ciências Econômicas de Buenos Aires, sobre o tema — “*El capital, el crédito y la responsabilidad en el comercio*”, o professor A. Rivarola focalizou a possibilidade de criação da empresa individual de responsabilidade limitada, revestida de normas rígidas e capazes de assegurar os direitos de terceiros, como solução ao problema das sociedades anônimas fictícias, então muito generalizadas naquele país, onde, aliás, ainda não havia sido adotado o instituto da sociedade de responsabilidade limitada.

A partir de 1937, retornou o assunto à ordem do dia, passando a ser discutido com a maior intensidade, através de livros, folhetos, conferências e congressos.

Com efeito, em Setembro desse ano, o doutor Esteban Lama-drid publicou, na “*Revista del Colegio de Abogados*”, interessante estudo em que estabelece as bases para a elaboração do projeto de lei referente ao novo instituto de direito mercantil.

No ano seguinte — 1938 — o senhor secretário da legação suíça em Buenos Aires, doutor Jaques-Albert Cuttat, em artigo divulgado pela imprensa, afluou comentários acerca da legislação da empresa individual limitada, vigorante no Principado de Liechtenstein, reportando-se, ainda, aos seus antecedentes doutrinários.

No mesmo ano, foi o assunto abordado na Universidade de la Plata, em um curso de trabalhos práticos ministrado pelos doutores Alberto Sordelli e Guillermo Ball Lima, sob a direção do professor Francisco Orione.

No primeiro Congresso de Direito Comercial Argentino, reunido em 1940, na cidade de Buenos Aires, após acuradas investigações de que resultou o pronunciamento de renomados juristas — foi aprovada uma resolução no sentido de ser adotada a empresa individual de responsabilidade limitada.

No mesmo ano voltou o assunto a plenário, na Quinta Conferência de Advogados, reunida em Santa Fé, logrando aprovação da quase totalidade dos conferencistas, em virtude das judiciosas considerações dos juristas Francisco Orione, Lira Urqueta, Arturo Garcia Lopez e Carlos Suarez Ancorena.

Ainda em 1940, dois projetos de lei são formulados, sendo os seus autores o doutor Miguel A. Lancelloti e o deputado nacional Oscar Rosito.

Em 1942, o professor Rivarola deu publicidade a um estudo sob o título — “*La empresa individual de responsabilidad limitada*”, o qual constitui um dos capítulos de sua obra — “*Sociedades Comerciales*” (1).

No ano seguinte, o Instituto Argentino de Direito Comercial deliberou realizar uma conferência pública, a fim de ser debatido o assunto, tendo a mesma como presidente o jurista Carlos C. Malagarriga.

Nesse importante conclave foi aprovado o anteprojeto de lei instituindo a empresa individual de responsabilidade limitada, do qual é autor o emérito jurista e professor Waldemar Arecha, um dos mais eminentes defensores da idéia (2).

Ainda na República Argentina, que vem assumindo a liderança do movimento, manifestaram-se em favor do novo instituto em trabalhos recentemente publicados, Guillermo Ball Lima, Alberto Sordelli, Victor L. Cinollo Vernego, Hector M. Enz, Francisco Orione e vários outros insígnies mestres da ciência jurídica.

7 — Noutros países latino-americanos a tese não tem sido lançada ao olvido.

Efetivamente, sobre a necessidade da instituição da empresa individual de responsabilidade limitada, já se manifestaram, em monografias e trabalhos divulgados pela imprensa, o professor cubano Ernesto Dihigo; o jurista mexicano R. Cervantes Ahumada; o conhecido mestre uruguaio Fernandez Goyechea, que, aliás, se tem dedicado arraigadamente ao estudo do assunto, tornando-se um dos lídimos propugnadores da inovação (1).

8 — No que respeita ao nosso país, mister é reconhecer que a tese não vem sendo discutida e aprofundada na proporção que está a exigir.

Aliás, a ela se reportou Trajano de Miranda Valverde, em trabalho doutrinário, sob o título “*Establecimiento autónomo*”, divulgado pela “*Revista Forense*”, em Dezembro de 1943.

Após assinalar o fenômeno anormal das sociedades unipessoais ou fictícias, bem como as consequências daí resultantes, admite o autorizado jurista, a possibilidade de limitação dos riscos ao comerciante singular, filiando-se à teoria da personalização do patrimônio. Alude às vantagens de ordem econômica que poderão

(1) Edição “El Ateneo”, Buenos Aires — 1943, págs. 542 e segs.

(2) Vide — “EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA”, Estudio F. E. N. & W. Arecha, Buenos Aires — 1942; e “EMPRESA LIMITADA” — Debate público sobre el anteproyecto de ley redactado por encargo del Instituto Argentino de Derecho Comercial — Versión taquigráfica, Estudio F. E. N. & W. Arecha, Buenos Aires — 1944.

(1) Vide — F. DE SOLA CANIZARES, trabalho cit., pág. 378.

advir, em sendo adotado pelo direito positivo, com as necessárias reservas, o novo instituto de direito mercantil.

Por fim conclui que “a matéria está a exigir a crítica ponderada dos doutos”.

É exatamente isso que nos tem faltado, pois, se voz autorizada se levanta esporadicamente para aflorar comentários acêrca da magnitude e importância desta tese, a quase totalidade dos nossos doutrinadores prefere apreciá-la dogmática e aprioristicamente, ou então relegá-la ao completo esquecimento, o que é mais cômodo.

9 — Em consequência disso, apresentado à Câmara Federal, em Maio de 1947, o Projeto n.º 201, permitindo a instituição de empresas individuais de responsabilidade limitada — não teve o assunto a repercussão e o exame que seria de esperar.

E desde que nos falta, em seu favor, a indispensável preparação psicológica, resultante da análise percuciente da doutrina, teríamos de verificar o que efetivamente aconteceu.

Na verdade, submetido o Projeto 201 à consideração das Comissões de Justiça e de Indústria, da Câmara dos Deputados, obteve em ambas pareceres contrários.

10 — Mas, de qualquer forma, forçoso é reconhecer que o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada, sobre representar uma idéia em marcha, constitui imperativo indeclinável da economia moderna.

E porque assim é, impõe-se a necessidade impreterível de ser estudado e aprofundado, detidamente, na fase de elaboração do anteprojeto do novo Código Comercial.

b) *De jure constituendo quid faciendum?*

1 — Duas principais barreiras são simultaneamente opostas à idéia de criação da empresa individual de responsabilidade limitada. A primeira consiste em que uma tal limitação dos riscos do comerciante singular seria contrária aos princípios tradicionais sobre o patrimônio. A segunda se fundamenta na pressuposição de que o novo instituto possibilitaria a mais deslavada fraude na prática mercantil, pelo que se tornaria prejudicial às operações fiduciárias, que constituem a base da economia contemporânea.

2 — Outros argumentos subsidiários ou menos sólidos são igualmente invocados para justificar a tenaz oposição dos tradicionalistas, via de regra obstinados em não admitir imediatamente a realidade dos fatos.

Entre nós, por exemplo, fundamentando o parecer da Comissão de Comércio e Indústria da Câmara Federal, contrário à instituição

de empresas individuais de responsabilidade limitada, afirma categoricamente o seu ilustre relator:

“Na legislação estrangeira, segundo relata lealmente o próprio autor do Projeto, não encontrou agasalho ainda a idéia da organização de empresas individuais de responsabilidade limitada.

Seríamos, no caso, os inovadores, os iniciadores da audaz reforma do direito comercial.

Não nos parece, pelas razões expostas, que ganharíamos fama ou tiraríamos proveito em fazê-lo”.

Como se vê, ignora-se por completo a vigência do instituto no Principado de Liechtenstein, fato, aliás, que vem despertando vivo interesse por parte da doutrina de outros países mais evoluídos em matéria de cultura jurídica. E em vista disso, qualifica-se de “audaz” a inovação, cuja finalidade consiste em disciplinar *de direito* um instituto que já existe *de fato*, através de sociedades unipessoais e fictícias.

3 — Examinemos, porém, se a empresa individual de responsabilidade limitada é realmente contrária ao princípio da indivisibilidade do patrimônio.

Todos sabemos que já adquiriu foros de axioma a fórmula segundo a qual — quem se obriga, obriga o que é seu.

Mas, observe-se que esta noção não é absoluta, e sim relativa, pois que a própria lei estabeleceu, na esfera jurídica de cada indivíduo, a categoria dos chamados *direitos inalienáveis, impenhoráveis, intransmissíveis*, etc., bem como criou a ficção da *personalidade jurídica*, que nada mais é, no âmbito das relações de ordem privada, do que a possibilidade da destinação de um patrimônio a um fim específico.

4 — Por outro lado, importa salientar que o conceito de patrimônio ainda não se encontra suficientemente definido pela ciência.

Após assinalar esta circunstância, comenta Clovis Bevilacqua judiciosamente:

“A maioria dos autores considera o patrimônio uma *universalidade de direito*, isto é, uma unidade abstrata, distinta dos elementos que a compõem. Contra esse modo de ver insurgem-se Fada e Bensa, achando inútil e contrária à realidade essa abstração, que nos arrasta para o domínio das ficções. Para eles, essa *universitas juris* somente aparece quando, para um fim determinado, a lei unifica os direitos e obrigações da pessoa, como no caso da sucessão hereditária ou de falência” (1).

(1) “Teoria Geral do Direito Civil”, 2.ª edição, Liv. Francisco Alves, Rio — 1929, pág. 211.

A seguir, ainda acrescenta o mestre Clovis:

“Outra questão, que envolve o conceito de patrimônio, é a de sabermos se êle pode ser múltiplo ou se há de, necessariamente, corresponder um a cada pessoa. A doutrina corrente adota a segunda solução, embora, excepcionalmente, se mostrem casos em que o patrimônio sofra uma divisão, que é, antes, a necessidade prática de impedir a junção de bens de procedência diversa.

Os casos apontados como excepcionais da unidade do patrimônio em direito civil são os de benefício de inventário, da separação dos bens concedidos aos credores da falência e da sucessão de bens do ausente. Nesses casos, não há uma situação definitiva. Enquanto se apura, *deducto aere alieno*, o que deve entrar para o patrimônio do sucessor, subsiste, não absorvido, o patrimônio do sucedendo, ainda que ambos se achem dentro da esfera da atividade jurídica de uma pessoa. Interesses valiosos se interpõem, mantendo a distinção dos patrimônios, impedindo-lhes a natural unificação.

Fada e Bensa, em contrário, afirmam que êsses casos dados como excepcionais entram na regra comum, porque o patrimônio só se unifica para um fim determinado: e, segundo o exigir essa finalidade, ter-se-ão dois ou mais patrimônios” (2).

5 — A doutrina francesa estabelece entre a pessoa e o patrimônio a mais íntima ligação, condensando-a nas regras seguintes: “1.º — *Só as pessoas podem ter patrimônio*, visto que só elas podem ter direitos e obrigações; 2.º — *tôda pessoa tem necessariamente um patrimônio*, ainda que não tenha bens alguns, ainda que não tenha senão dívidas; 3.º — *cada pessoa tem um só patrimônio*, pôsto que em casos excepcionais, os bens de uma pessoa possam ser separados em duas massas, por uma ficção, em benefício de grupos de credores; 4.º — *o patrimônio é inseparável* da pessoa, de tal sorte que ninguém pode *transmitir o seu patrimônio* durante a sua vida: essa transmissão só se opera com a morte da pessoa”. (1)

Mas esta doutrina, como acentua Cunha Gonçalves, “é vivamente contestada por outros escritores, especialmente italianos, segundo os quais o patrimônio não é inerente à pessoa, pois podem existir *pessoas sem patrimônio*, embora todos tenham *capacidade patrimonial*; nem é *único*, nem *inalienável* e *indivisível*, pois poderá uma pessoa ter *dois ou mais patrimônios*, ou pode um patrimônio ser dividido e alienado, sendo exemplos disto a *responsabilidade limitada*, a *cessão de heranças*, a *aceitação de herança a benefício de inventário*”. (2)

(2) Obr. cit., págs. 211 e 212.

(1) Vide CUNHA GONÇALVES — “Tratado de Direito Civil”, Coimbra — 1929, vol. I, págs. 308 e 309.

(2) Obr. cit., pág. 309.

6 — Conforme se vê pelo exposto, a conceituação de patrimônio ainda é matéria movediça, no campo das perquirições doutrinárias.

Estas e outras razões levam-nos a acreditar que o tradicional princípio da indivisibilidade do patrimônio, predominante em alguns sistemas jurídicos, notadamente o francês — não será tão forte que justifique uma tenaz resistência aos novos rumos do ordenamento jurídico, determinados pela evolução da sociedade. Não é, em verdade, a rigidez ou a suposta invulnerabilidade dos princípios que devem sufocar os fatos da vida social, porque, ao invés, são êstes que fundamentam aquêles.

7 — Mas, vamos admitir, *ad argumentandi*, a invulnerabilidade daquele princípio, desprezando o pressuposto de que a noção de patrimônio está em função das necessidades sociais.

Estabeleçamos, preliminarmente, essas premissas:

I — É permitido, à pessoa individual, retirar uma parte de seu patrimônio e com ela concorrer para a formação de um certo tipo de negócio societário de responsabilidade limitada? — Sim.

II — Os proventos advindos das transações e o que resultar da liquidação da sociedade não representam direitos que *permanecem incorporados* ao patrimônio civil do associado? — Sim.

— Ora, se isso é admissível e, pois, disciplinado pelo direito positivo, como justificar que o indivíduo, isoladamente, fique impedido de limitar os riscos de uma empresa a que afeta certa porção de seu patrimônio, empresa, aliás, que adquire personalidade jurídica e passa a viver em função dela? Será isso contrário à idéia da unidade do patrimônio? — Acreditamos que não, pois, ao patrimônio civil do comerciante singular com limitação dos riscos *permanecerão incorporados* os direitos que tem sobre os proventos da empresa e bem assim sobre o que resultar de sua liquidação, a igual do que ocorre nas sociedades mercantis de responsabilidade limitada.

Dêsse modo, mesmo que o concenso geral admitisse, a título de necessidade indeclinável, a doutrina da unidade do patrimônio, seria enquadrar o novo instituto no âmbito do direito positivo, sem ferir a rigidez de tal princípio.

É que a empresa individual de responsabilidade limitada, adquirindo personalidade e dispondo de um patrimônio, adquire, consequentemente, esfera de atividade jurídica própria, inconfundível com a do respectivo empresário, o qual passa a exercer, sobre a organização, funções de titularidade, de que resultam direitos incorporados ao seu patrimônio de ordem civil.

8 — Vamos, porém, admitir que tudo isso é artificioso e im procedente, em face do princípio da indivisibilidade patrimonial.

Nesta hipótese, não poderia ser acolhida, a novidade legislativa, à guisa de mais uma exceção ao número já crescido das existentes?

Que é o instituto do abandono liberatório, se não uma derrogação do princípio de que — quem se obriga, obriga o que é seu?

Como conceder, em matéria de direito comercial marítimo, o benefício da limitação dos riscos ao comerciante singular e negá-lo, em matéria de direito comercial terrestre?

Ora, se é certo que salvar a fortuna de terra dos riscos inerentes à fortuna do mar, é exigência da própria natureza do negócio — por constituir incentivo à indústria da navegação, — certo é também que, permitir a limitação dos riscos ao comerciante individual não só representará um incentivo à expansão dos negócios, como ainda atenderá a um forte imperativo da economia dos nossos tempos.

9 — Mas, conforme vimos, além do argumento de que a inovação é contrária aos princípios latinos tradicionais, um outro é insistentemente propalado, se bem que, como o primeiro, careça de fundamento.

Com efeito, certa corrente de doutrinadores considera a tese juridicamente admissível, mas afirma que esse tipo de empresa será uma espécie de porta aberta à fraude na vida prática. Daí a conclusão de que se torna perigosa e, pois, desaconselhável a sua adoção pelo direito positivo.

Este argumento, ao que nos parece, não terá força suficiente para sufocar uma idéia em marcha e já em vias de concretização.

Seria lógico condenar uma nova fórmula legislativa que, atendendo aos interesses da economia, objetiva disciplinar situações já existentes, só pela suposição de seu desvirtuamento na prática mercantil, por meio de atos de desonestidade?

Os que aceitam esta hipótese como sendo a mais viável e, sob a pressão deste estado psicológico, propalam abertamente tal pensamento, não se recordam que, em oposição constante à boa fé — garantia máxima das operações fiduciárias — está a argúcia impreterível dos indivíduos inescrupulosos, os quais tanto podem agir em nome individual como coletivamente.

Destarte, a possibilidade de fraude, na trepidação da vida econômica, jamais deixará de existir, com ou sem a limitação dos riscos do estabelecimento do comerciante singular.

Seria, pois, inacreditável estacionasse o ordenamento jurídico diante de um obstáculo dessa natureza.

10 — Se isso é verdade, quais as diretrizes que devem orientar o legislador de 1950, em face da nova codificação de nosso direito comercial? *De jure constituendo quid faciendum?*

Sendo o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada um problema de real importância, deve ser solucionado com uma simples recusa formulada aprioristicamente?

Seria cabível permanecermos reservados em relação a um assunto de tamanha magnitude, sob o pretexto de problemáticas dificuldades ou sob o argumento de que o exemplo de Liechtenstein não tem encontrado seguidores?

— Pensamos diferentemente e daí a razão de ser deste trabalho.

Não nos move o propósito de fazer luzes sobre as obscuridades reinantes nem tampouco a de traçar os lineamentos basilares do instituto.

Pretendemos, porém, reclamar para ele o estudo aprofundado e a crítica percuciente dos doutos juristas desejosos de traçar novos rumos ao sistema do direito comercial brasileiro.

Admitimos a realidade dos fatos e, em vista disso, reconhecemos que a empresa do comerciante singular com limitação dos riscos, constituirá o único meio normal e lógico de ser evitada a propagação das sociedades unipessoais ou fictícias, que ora se multiplicam em toda a extensão do território nacional.

Pelo cotejo dos antecedentes doutrinários de muitos países e pelo exame de vários projetos de lei já elaborados, notadamente na República Argentina — impõe-se-nos a convicção de que, analisado sob qualquer aspecto, o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada está em condições de ser adotado pelo novo Código Comercial do Brasil.

CONCLUSÃO

DEBATE EM SESSÃO PLENÁRIA E CONSEQUENTE PRONUNCIAMENTO DO CONGRESSO JURÍDICO

No decorrer deste trabalho procuramos aflorar vários assuntos relacionados diretamente com a tese inicialmente enunciada.

Em considerações gerais, salientamos que as leis, tal qual os indivíduos, sofrem também a ação do tempo, pelo que necessitam ser reajustadas periodicamente. Nessa situação se encontra o Código Comercial brasileiro que, promulgado em 1850, não mais corresponde às exigências dos novos tempos. Várias tentativas de reforma já foram iniciadas, a partir do segundo decênio deste século, das quais procuramos destacar o “Esbôço” Florêncio de Abreu, recentemente elaborado. Aplaudimos, em tese, a valiosa cooperação do ilustre jurista, na solução de problema de tamanha magnitude. Contudo, dissentimos de sua orientação doutrinária, no que tange

à confinação da matéria comercial, que desejamos ver aglutinada em torno das atividades da empresa.

Também admitimos que não existem razões jurídicas decisivas contra as chamadas sociedades unipessoais, mas que se trata de meio indireto e, pois, anormal da limitação dos riscos do comerciante singular. Em vista disso, parece-nos aconselhável chegar a esse fim diretamente ou seja pela adoção do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada, com o que discorda categoricamente o autor de "Esbôço".

Em defesa de nossa tese, procuramos demonstrar a pressão dos fatos sobre a lei em várias fases da vida econômica, daí resultando a tendência de limitação da responsabilidade, que ora se dirige em direção da empresa do comerciante singular.

A existência e generalização de *sociedades fictícias* ou *unipessoais* evidencia positivamente uma lacuna no quadro do direito positivo e, pois, reflete mais uma revolta dos fatos contra o Código.

Analisando a empresa mercantil sob o duplo aspecto econômico e jurídico, tentamos salientar a grande importância de que ela se reveste na atualidade, pelo que nos inclinamos a admitir a necessidade da confinação de toda a matéria comercial na ampla esfera das suas atividades. Acreditamos não se tratar de "transformação-brusca" e, sim, oportuna e necessária, pois que atende aos imperativos da economia moderna. Conseqüentemente, a nova codificação ora desejada, tornar-se-á ainda mais completa se em seu âmbito for acolhido, como se impõe, o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada.

Nessa convicção, passamos em revista o sistema do direito comercial vigorante em nosso país, no que respeita à figura jurídica do comerciante, pessoa individual ou societária. E atendendo ao grau de responsabilidade que os membros titulares assumem para com a organização, formulamos o esquema de nova classificação das empresas mercantis, nêlo incluindo a do comerciante individual com limitação dos riscos, *de jure constituendo*, desde que lhe é possível reconhecer personalidade jurídica, a igual do que ocorre em relação às sociedades comerciais.

Prosseguindo nessa ordem de idéias, passamos a mencionar os antecedentes legislativos e doutrinários que justificam ou exigem um exame mais aprofundado da novidade legislativa, notadamente neste momento em que se cogita de elaborar nova codificação de nosso direito comercial.

A seguir, tentamos demonstrar que o instituto da empresa individual com limitação dos riscos não é contrário aos princípios latinos tradicionais sobre o patrimônio, nem pode ser considerado prejudicial do ponto de vista de sua aplicação na prática, sob o funda-

mento de constituir incentivo à fraude. E mesmo na hipótese de ser considerado derogatório do princípio da indivisibilidade do patrimônio poderia ser admitido à guisa de mais uma exceção daquele princípio, conforme ocorre em relação ao instituto do abandono liberatório, já existente no âmbito do direito comercial marítimo.

Por último, fizemos ver que, sob qualquer ângulo em que seja encarada, a empresa individual de responsabilidade limitada pode e deve ser acolhida no quadro do direito positivo.

Não tivemos a preocupação de traçar os lineamentos basilares do novo instituto, de vez que existem vários projetos de lei preconizando a sua adoção, inclusive um no Brasil. Apenas nos limitamos a solicitar para êle o estudo mais aprofundado e a crítica serena dos eméritos juristas que ora se reúnem em Congresso, com o louvável objetivo de, preferencialmente, estabelecer as diretrizes que devem nortear o legislador, na formulação do novo Código de Comércio.

Em conclusão, propomos à Egrégia Comissão Executiva do Congresso Jurídico comemorativo da passagem do Cinquentenário de fundação da veneranda Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul — seja objeto de discussão em sessão plenária a tese que ora apresentamos, para que, em caráter oficial, se decida sobre a conveniência ou inoportunidade da inclusão do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada, no sistema do nosso Direito Mercantil.

A N E X O S

PROJETO 201 — 1947

PERMITE a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada; tende pareceres contrários das Comissões de Justiça e de Indústria.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Qualquer pessoa capaz de exercer o comércio poderá constituir empresa em nome individual limitando a sua responsabilidade pelos negócios da mesma, ao valor do capital declarado.

Art. 2.º A essas empresas é vedado o comércio bancário, o de seguros e o de capitalização.

Art. 3.º Embora civil o objeto do negócio, a empresa ficará equiparada às sociedades comerciais e sujeitas às formalidades e às obrigações dos comerciantes, sendo-lhe aplicável a legislação comercial.

Art. 4.º A constituição da empresa se fará por escritura pública ou particular em que conste:

a) nome, nacionalidade, estado civil, idade, profissão e domicílio do proprietário e número da carteira de identidade, com designação da repartição expedidora;

b) a denominação contendo o nome por extenso ou abreviado do proprietário, precedido ou seguido da declaração — Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, ou nela intercalado;

c) a sede da administração e dos estabelecimentos em que se exerça a atividade da empresa não sendo simples depósito;

d) o objeto da atividade;

e) o capital nunca inferior a Cr\$ 500.000,00, realizado no ato da constituição, indicando-se a forma por que foi realizado;

f) transcrição do documento comprobatório da realização do capital;

g) data dos balanços semestrais;

h) quota dos lucros líquidos apurados em cada balanço, não inferior a 10% destinada a constituir fundo de reserva;

i) retirada mensal **pro-labore** feita pelo titular da empresa, não superior ao permitido pela lei do imposto de renda à conta de despesas gerais;

j) expressa declaração da responsabilidade limitada.

Art. 5.º A denominação na forma da letra b do artigo anterior será usada obrigatoriamente em todos os documentos, papéis, anúncios, reclamações e outros, sob pena das conseqüências adiante declaradas.

Parágrafo único. Na correspondência telegráfica será permitido usar, como assinatura, o endereço telegráfico ou substituir aquela declaração pelo nome do proprietário acompanhado da palavra "limitada".

Art. 6.º Para se fazer o registro é indispensável apresentar o documento que prove a realização do capital, na forma prescrita neste artigo.

§ 1.º O capital realizado em dinheiro ou em títulos ao portador, será depositado em banco, em nome da empresa.

§ 2.º O capital representado por bens móveis ou títulos nominativos, será realizado com a transferência dos mesmos à empresa.

§ 3.º O capital representado por imóveis, será realizado fazendo-se averbar no respectivo registro a declaração do proprietário, da sua deliberação de transferir a propriedade para a empresa.

§ 4.º O documento de depósito, a transferência e a averbação a que se referem os parágrafos anteriores, mencionarão que a empresa está "em organização".

§ 5.º Feito o registro, o proprietário da empresa regularizará a situação dos bens anteriormente referidos, transferindo-se regularmente para o patrimônio dela, suprimida a declaração "em organização".

Art. 7.º A empresa não poderá iniciar as atividades nem praticar nenhum ato válido antes de publicadas a escritura da constituição e a certidão do registro.

Parágrafo único. A publicação se fará de cópia autenticada pelo registro do comércio e esta será fornecida depois de comprovado o cumprimento do disposto no § 5.º do artigo 6.º

Art. 8.º Os lucros da empresa pertencem ao proprietário, mas não serão retirados, nem creditados a ele sem o prévio desconto da quota destinada ao fundo de reserva.

O desconto deixará de ser obrigatório quando o fundo de reserva atingir 50% do capital e voltará a ser feito quando se verificar diminuição.

Art. 9.º O capital poderá ser aumentado ou diminuído mediante escritura pública ou particular arquivada na forma da escritura de constituição. A diminuição não será permitida antes da publicação do arquivamento e não prejudicará os credores existentes nessa época.

Art. 10. Quando os prejuízos verificados em balanço absorvem 60% do capital e fundo de reserva já realizado, o proprietário é obrigado a convocar credores, expondo-lhes a situação, os motivos dos prejuízos e propondo a forma da liquidação dos débitos.

Não concordando a maioria dos credores calculada pelo valor dos créditos, a empresa entrará em liquidação ou será declarada a falência se houver títulos vencidos de dívida líquida e certa.

Parágrafo único. Na liquidação ou falência, os credores da empresa serão atendidos preferentemente pelo ativo da mesma.

Art. 11. A responsabilidade do proprietário se tornará ilimitada:

a) sendo a falência declarada culposa ou fraudulenta;

b) provado qualquer ato doloso praticado com o intuito de prejudicar credores ou de que resulte prejuízo para eles;

c) não sendo obedecidas as disposições dos artigos 8.º e 10;

d) provado que o capital não foi totalmente integralizado ou foram dados aos bens que o constituíram valor exagerado;

e) não se fazendo balanço nas épocas determinadas.

Art. 12. A responsabilidade será ilimitada em qualquer negócio em que se tenha omitido a declaração exigida no art. 3.º, salvo prova de que a outra parte não foi nem podia ser iludida.

Art. 13. É equiparado ao crime de estelionato e punido com as penas correspondentes, a falsa declaração de estar realizado o capital, o levantamento do depósito ou cancelamento da averbação de que tratam os §§ 1, 2 e 3 do art. 6.º

Art. 14. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões, 21 de maio de 1947. — **Freitas e Castro.**

JUSTIFICAÇÃO

Há muito se faz sentir entre nós a falta de uma lei que permita e regulamente a criação de empresas individuais de responsabilidade limitada.

A limitação de responsabilidade das pessoas que compõem uma determinada sociedade, tem sido fator de iniciativas proveitosas para o desenvolvimento da economia do país.

Todas as legislações, reconhecendo tais vantagens, têm admitido a limitação da responsabilidade individual nas sociedades anônimas, nas sociedades em comandita e nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

São notórios os benefícios colhidos dessa política. Nem todos têm a coragem precisa para arriscar numa empresa comercial ou industrial, a integralidade do seu patrimônio que representa a segurança econômica da família. A responsabilidade limitada facilita as iniciativas.

Nota-se em nosso direito uma falha que, aliás, é da legislação da quase totalidade dos países civilizados. Não temos uma lei que permita a criação de empresas individuais de responsabilidade limitada.

O mesmo princípio e as mesmas razões que justificam a limitação da responsabilidade individual em diversos tipos de sociedade, se aplicam a essas empresas. Duas pessoas podem tentar um empreendimento sem arriscar a totalidade do seu patrimônio; uma delas isoladamente não o pode fazer.

A distinção cada vez mais nítida que se faz entre o patrimônio da empresa e o patrimônio particular dos seus proprietários, cabalmente demonstra a sem razão dessa restrição.

O pior é que facilmente se burlam as disposições legais. Inúmeras "sociedades" existem apenas na forma exterior, pois realmente se compõem de um único indivíduo.

Não é só em nosso país; os ingleses chamam a essas "sociedades" que se formam à sombra da lei, mas contra ela, "one man company" e os alemães, "einmanngesellschaft". Uma pessoa forma sociedade anônima e consegue que seis outras figurem, por favor, como acionistas, titulares de uma ação cada uma. Nas sociedades por quotas, o verdadeiro proprietário figura no contrato com a quase totalidade do capital, dando a terceiro uma quota que representa parte insignificante e ridícula do mesmo.

Na realidade, as empresas individuais existem, embora de formação contrária à lei.

O mais não advém do fato em si, mas dos abusos que se podem cometer por meio de tão fácil burla às exigências da lei. Muitas dessas sociedades aparentes, têm vivido e prosperado, gozando de crédito nos bancos e de bom conceito na praça.

Diante da realidade dos fatos, em face dos princípios que regem o instituto de limitação de responsabilidade, é preferível que o legislador discipline a matéria evitando a ação dos aventureiros e de pessoas inescrupulosas.

Há relativamente pouco tempo, o "Instituto Argentino de Derecho Comercial" se preocupou com essa matéria e traçou regras julgadas indispensáveis a uma boa disciplina da mesma.

O projeto que apresento se inspirou no trabalho desse Instituto, in-

troduzidas algumas modificações que me pareceram necessárias para melhor correspondência com o nosso meio.

Sala das Sessões, 21 de maio de 1947. — **Freitas e Castro.**

A Comissão Executiva, cumprindo o disposto no art. 167 do Regulamento Interno, opina no sentido de que seja julgado objeto de deliberação o projeto apresentado pelo Sr. Freitas e Castro, permitindo a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada.

Sala da Comissão Executiva, em 21 de maio de 1947. — **Samuel Duarte.**
— **Munhoz da Rocha.** — **Pedro Pomar.**

PARECER DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA

Não nos parece impreterível a necessidade da promulgação de uma lei permitindo a constituição de empresas individuais de responsabilidade ilimitada, segundo preconiza o projeto número 201 de 1947, do ilustre Deputado Sr. Freitas e Castro.

E' que a matéria da aludida proposição já existe implicitamente contida no Código Comercial e nas providências formuladas no decreto n.º 916 de 24 de outubro de 1890, em relação direta com alguns dos dispositivos que o expressam.

Bem verdade é que o projeto encerra disposições especialíssimas, mas não menos evidente é que alterada a forma presentemente observada na lei, quanto à constituição e funcionamento das empresas individuais, por igual ter-se-ia de atualizar também, certos institutos legais atinentes a diversas outras empresas, de sorte que a respectiva legislação lograsse, por seu turno, colocar-se ao mesmo nível das aquisições mais adiantadas da moderna ciência jurídica, reclamados pelo progresso das atividades mercantis.

Em razão do que entendemos que a lei vigente pode aguardar, sem que desse retardamento resulte prejuízo sensível, a reforma do código de 1850, que sem dúvida afirmará o momento de sua evolução inelutável.

Sala das Sessões da Comissão de Constituição e Justiça, junho de 1947 — **Agamenon Magalhães**, Presidente. — **Graccho Cardoso**, Relator. — **José Crispim**. — **Gurgel do Amaral**. — **Adroaldo Costa**, com restrição. — **Joaquim Ramos**. — **Soares Filho**. — **Antônio Feliciano**. — **João Agripino**, com restrições. — **Afonso Arinos**, com restrições.

PARECER DA COMISSÃO DE INDÚSTRIA

O Projeto n.º 201, de 1947, de autoria do ilustre Deputado Freitas e Castro, permite e regula a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada.

Opinando sobre o mesmo, a douta Comissão de Constituição e Justiça já se pronunciou pela rejeição.

É outro não é, também, o nosso parecer. Consideramos inconveniente, sumamente perigoso para o interesse dos que comerciam, estabelecer-se um tipo de empresa, no qual o indivíduo, pondo em jogo apenas determinado capital, pode assumir compromissos que de muito superam a este. Se os seus bens particulares não ficam obrigados pelos atos praticados na direção da empresa, ele não terá, em muitos casos, a cautela e a diligência necessárias aos que lidam com a fortuna alheia.

Concordamos em que trouxe vantagens ao comércio a lei n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que permitiu a um grupo de pessoas se associarem para negociar, restringindo sua responsabilidade y cota de capital subscrito. Mas aí se trata de mais de um associado, circunstância que, por si só, já constitui um freio à fraude. Depois, justifica-se plenamente que alguém, formando uma sociedade, mas não participando de sua direção, resguarde seus bens particulares de prejuízos que decorram de atos praticados por outrem.

Estabelecer-se, porém, determinada pessoa com um negócio, que ela própria dirige e controla, sem que sua responsabilidade seja ilimitada, afigura-se-nos esdrúxulo e arriscado.

Os tratadistas que compulsamos consideram a responsabilidade ilimitada dos bens dos sócios gerentes pelas obrigações por estes contraídas em nome da sociedade, a maior garantia para as transações comerciais.

Vivante, depois de refletir que essa responsabilidade tem origem histórica, remontando à Idade Média, acentua que a mesma se justifica plenamente ainda hoje. (**Instituições de Direito Comercial**, trad. de J. Alves de Sá, págs. 79 e 80).

Entre nós, quando Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça, em 1865, propôs se permitisse a constituição de sociedades de responsabilidade limitada, teve sua sugestão combatida pelo Conselho de Estado, através a voz dos Viscondes de Uruguai, Jequitinhonha e Itaboraí, de Pimenta Bueno e Sousa e Melo. (Apud Alfredo Russel, **Direito Comercial**, T. I. pág. 362).

Só em 1919, por iniciativa do Deputado Joaquim Luiz Osório, teve ingresso em nossa legislação o tipo de sociedade referido. E assim mesmo, contra a opinião do nosso mais acatado comercialista J. X. Carvalho de Mendonça, por entender que “a sua admissão romperia a tradição, perturbaria o nosso sistema e não traria outras vantagens mais positivas além das que oferecem as sociedades anônimas e as comanditárias”. (**Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, V. III. pág. 55, nota 5 do n.º 573).

Na legislação estrangeira, segundo relata lealmente o próprio autor do Projeto, não encontrou agasalho ainda a idéia da organização de empresas individuais de responsabilidade limitada.

Seríamos, no caso, os inovadores, os iniciadores da audaz reforma do direito comercial.

Não nos parece, pelas razões expostas, que ganharíamos fama ou tiraríamos proveito em fazê-lo.

Sala da Comissão, em 14 de julho de 1947. — **Hugo Carneiro**, Presidente, vencido. — **Amando Fontes**, Relator. — **José Varela**, vencido. — **Eusebio Rocha**, vencido. — **Abilio Fernandes**. — **Jales Machado**. — **Tavares do Amaral** — **Daniel Faraco**, vencido. — **Ari Viana**.

NOTA: — O ilustre Deputado maranhense Snr. Luiz Carvalho, membro da Comissão de Indústria e Comércio, não compareceu à reunião em que foi discutido e votado o Parecer Amando Fontes. Na reunião seguinte, como consta de ata, declarou que, se presente estivera, teria votado pelo Projeto n.º 201, do Sr. Freitas e Castro. Esclareceu que, professor de direito comercial na Faculdade de Direito de S. Luiz, sempre lamentou, em preleções aos seus alunos, que o legislador brasileiro ainda não houvesse cogitado de legislar sobre a responsabilidade limitada fora do regime societário.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: **PAULO BARBOSA LESSA**

APRESENTAÇÃO E DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — Waldemar Ferreira — (*imediatamente após à discussão da tese “Algunas cuestiones mercantiles ante el Derecho”, do Prof. Salvador R. Perrotta, de Buenos Aires*) — Se ninguém mais quiser fazer uso da palavra, cedo-a ao ilustre autor da tese “LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE INDIVIDUAL”, Prof. Antônio Martins Filho, para defendê-la, como me solicitara. Tem a palavra o Prof. Antônio Martins Filho.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Senhor Presidente, Senhores Congressistas. Minhas senhoras e senhores. Cedendo aos impulsos de um desejo irresistível, dispus-me a ventilar aqui um assunto que me parece de grande magnitude e que, por isso, deve ser estudado pelos homens de cultura jurídica de nosso país.

Para orientar a votação do plenário quanto à conclusão defendida em minha tese — *Limitação da responsabilidade do comerciante individual* — permito-me a liberdade de focalizar algumas de suas passagens, com o que procurarei salientar o meu ponto de vista, se bem que tenha conhecimento (o que, aliás, de um certo modo me constrange) da opinião do ilustre mestre professor Waldemar Ferreira que, em princípio, já se manifestou contrário à inovação.

De início são por mim apresentadas as seguintes proposições:

- a) A empresa individual de responsabilidade limitada, representando a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos, é insistentemente reclamada pelos agentes da atividade econômica dos últimos tempos.
- b) Recusando-a *de direito*, não evitará o legislador a existência *de fato* dessa espécie de empresa, que passa a funcionar sob forma de *sociedade unipessoal* ou *fictícia*.
- c) Atendendo a que se trata de problema de ordem técnica e dada a importância e complexidade de que o assunto se reveste, torna-se imprescindível o seu estudo e discussão em maior amplitude, para que se decida sobre a conveniência ou inoportunidade de sua inclusão, no sistema do nosso direito positivo.

Parece-me que a limitação da responsabilidade, em matéria contratual, está realmente se dirigindo para a empresa do comerciante singular. Tendo o seu ponto de partida na *societas*, do Direito Romano, eis que a seguir surgiu a *sociedade em nome coletivo*, na qual, de um certo modo, já se acentuava o princípio da limitação da responsabilidade, não quanto às relações estabelecidas para com terceiros, mas com referência aos membros componentes da corporação.

A seguir, razões de ordem social e, principalmente, econômicas, determinaram o aparecimento do *contrato de pacotilha*, de que se originou a *sociedade em comandita* — fato que representa novo estágio da limitação dos riscos. Em verdade, tal limitação passou a atingir as relações externas da sociedade, atendendo-se a que certa classe de sócios assume responsabilidade ilimitada e solidária, enquanto que outra apenas se responsabiliza pela importância com que se obrigou para com a sociedade.

Como terceiro estágio do processo evolutivo da limitação dos riscos, depara-se-nos a *sociedade anônima*, cujo aparecimento é motivado por razões de ordem econômica e que nada mais representam do que a pressão dos fatos sobre a lei. Com efeito, a inclínável necessidade de tornar possível a realização de empreendimentos de grande vulto determinou, conforme sabemos, o advento dessa espécie de sociedade, que de logo tomou extraordinário incremento, notadamente a partir do século XIX...

Depois, ainda como outra fase bem nítida do processo de evolução da limitação dos riscos, adveio o instituto da *sociedade por quotas de responsabilidade limitada* que, no Brasil, foi incorporado ao nosso direito positivo por iniciativa de um lustre filho do Rio Grande do Sul.

Acredito não haver dúvida em que o instituto da sociedade anônima e o da sociedade por quotas vêm sendo constantemente utilizados para que os agentes da atividade mercantil possam atingir um fim indireto. É que não possibilitando, o direito constituído, a limitação da responsabilidade do comerciante individual, aparecem, a cada momento, não só no nosso país como em vários outros, as sociedades chamadas *unipessoais* ou *fictícias*.

Dêsse modo — em consonância com a observação de Paul Carry, numa conferência proferida em Genebra, no ano de 1928 — a utilização do tipo sociedade anônima para tornar possível um fim indireto é fato que representa, evidentemente, uma lacuna no direito positivo.

Noutras palavras, senhores Congressistas, poderei dar uma idéia da relevância do assunto que pretendi focalizar em minha tese.

Em considerações gerais, procurei salientar que as leis, tal como os indivíduos, sofrem também a ação do tempo, pelo que necessitam ser periodicamente reajustadas. Nessa situação, com efeito, encontra-se o Código Comercial Brasileiro, que, promulgado em 1850, não mais corresponde às exigências dos novos tempos. Várias tentativas de reforma já foram iniciadas, notadamente a partir do segundo decênio deste século, culminando com o *Esbôço* do ilustre Desembargador Florêncio de Abreu, recentemente publicado. Aplaudimos, em tese, a valiosa contribuição do eminente jurista, na solução de problema de tamanha magnitude. Dissentimos, porém, de sua orientação doutrinária no que tange à confinação da matéria comercial, que desejamos ver aglutinada em torno das atividades da empresa. Também admitimos que não existem razões jurídicas decisivas contra as chamadas sociedades unipessoais, mas que se trata de um meio indireto e, pois, anormal da limitação dos riscos do comerciante singular. Em vista disso, parece-nos aconselhável chegar a esse fim diretamente ou seja pela adoção do instituto da empresa individual limitada, com o que discorda categoricamente o eminente autor do *Esbôço*.

Em defesa de nossa tese, procurámos demonstrar a pressão dos fatos sobre a lei, em várias fases da vida econômica, daí resultando a tendência de limitação da responsabilidade, que ora se dirige em direção da empresa do comerciante singular.

Analisando a empresa mercantil sob o duplo aspecto econômico-jurídico, tentámos demonstrar a grande importância de que ela se reveste na atualidade, pelo que nos inclinamos a admitir a necessidade da confinação de toda a matéria comercial na ampla esfera das suas atividades. Não se trata de “transformação brusca” e, sim, oportuna e necessária, pois que atende aos imperativos da economia moderna. Conseqüentemente, a nova codificação, ora desejada, tornar-se-á ainda mais completa se em seu âmbito fôr acolhido, como se impõe, o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada.

Nessa convicção, passamos em revista o sistema do direito comercial vigorante em nosso país, no que respeita à figura jurídica do comerciante, pessoa individual ou societária. E, atendendo ao grau de responsabilidade que os membros titulares assumem para com a organização, formulamos o esquema de nova classificação das empresas mercantis, nêlo incluindo a do comerciante individual com limitação dos riscos, *de jure constituendo*, desde que lhe é possível reconhecer personalidade jurídica, a igual do que ocorre em relação às sociedades comerciais.

Prosseguindo nessa ordem de idéias, passamos a mencionar os antecedentes legislativos e doutrinários que justificam ou exigem um exame mais aprofundado da novidade legislativa, notadamente neste

momento em que se cogita de elaborar nova codificação de nosso Direito Comercial.

A seguir, tentamos demonstrar que o instituto da empresa individual com limitação dos riscos não é contrário aos princípios latinos tradicionais sobre o patrimônio, nem pode ser considerado prejudicial do ponto de vista de sua aplicação na prática, sob o fundamento de constituir incentivo à fraude. É mesmo na hipótese de ser considerado derogatório do princípio da indivisibilidade do patrimônio, poderia ser admitido à guisa de mais uma exceção daquele princípio, conforme ocorre em relação ao instituto do abandono liberatório, já existente no âmbito do Direito Comercial Marítimo.

Por último, fizemos ver que, sob qualquer ângulo em que seja encarada, a empresa individual de responsabilidade limitada pode e deve ser acolhida no quadro do direito positivo.

Não tivemos a preocupação de traçar os lineamentos basilares do novo instituto, de vez que existem vários projetos de lei preconizando a sua adoção, inclusive um no Brasil, que, aliás, é de autoria de um gaúcho, o deputado Freitas e Castro. Apenas nos limitamos a solicitar para ele o estudo mais aprofundado e a crítica serena dos eméritos juristas que ora se reúnem em Congresso, com o louvável objetivo de, preferencialmente, estabelecer as diretrizes que devem nortear o legislador, na formulação do novo Código de Comércio.

Aí, senhores Congressistas, em síntese, o que procurei expor em minha tese.

Agora, em primeiro lugar, devo reportar-me à objeção levantada pelo professor Hernani Estrella. Agradeço as honrosas referências que o ilustre catedrático fez à minha pessoa, e vou procurar definir, ou pelo menos focalizar, da maneira que me parece mais acertada, o conceito de empresa, a fim de que fique bem esclarecido o meu ponto de vista, quanto ao que defendi em minha tese.

Genêricamente considerado, o vocábulo “empresa” designa uma atividade plurilateral organizada e dirigida a um determinado fim. Esta poderá ser apreciada sob o aspecto social, econômico e jurídico. Efetivamente, pode a empresa refletir uma atividade puramente social e que transcende ao âmbito da economia e do direito, aspecto, aliás, que não nos interessa, posto que não pretendemos esboçar uma teoria geral sobre o assunto.

Encarada do ponto de vista econômico, a empresa é uma organização de caráter autônomo que, sob a direção de pessoa singular ou societária, tem por finalidade conjugar os fatores da produção, com o fito de lucro. Sucinta análise dos vários elementos consubstanciados nessa fórmula, não só demonstrará o fundamento econômico da empresa como também poderá fornecer o critério a ser adotado para o estabelecimento de uma noção de ordem jurídica.

Em verdade, a idéia de empresa nos conduz imediatamente à de organização, isto é, complexo de bens e pluralidade de pessoas, sistematicamente dispostos e proporcionalmente coordenados, para a obtenção de um fim preestabelecido.

A empresa, considerada como organização, possui um caráter autônomo. Esta autonomia resulta da existência de um patrimônio próprio, um domicílio que se não confunde com o do respectivo titular, um objeto ou fim econômico; uso privativo de uma firma ou denominação sob que opera, etc.

É a empresa dirigida pelo respectivo empresário, pessoa individual ou coletiva, que nela exerce funções de titularidade e que agirá diretamente ou através do competente órgão de administração.

Na entrosagem da empresa são conjugados os fatores da produção — natureza, trabalho e capital — de maneira harmônica e racional, a fim de que os processos produtivos possam oferecer o máximo de rendimento com o mínimo de sacrifício.

Por fim, ao mesmo tempo em que a empresa se destina a prestar serviços aos elementos externos que com ela se relacionam, também visa para si uma vantagem — o lucro, que, aliás, lhe constitui a característica específica.

Dêse modo, em resposta à restrição feita pelo professor Hernani Estrella — quanto à confinação da matéria comercial no âmbito das atividades da empresa — acredito que o meu pensamento esteja definido, através da explanação ora feita, aliás em consonância com o que se acha exposto em minha tese.

A empresa, na acepção restrita de organização, é hoje uma realidade. Nela o comerciante — ou empresário — exerce funções de titularidade, da mesma forma que outros elementos humanos, também indispensáveis à sua entrosagem, exercem igualmente outras tantas funções de titularidade. É o que se verifica quanto àqueles que, não sendo empresários, formam a categoria dos empregados ou auxiliares da organização. Com efeito, não seria admissível que o proprietário executasse todas as tarefas inerentes ao processo produtivo, mesmo porque, se não houver trabalho plurilateral, não haverá empresa.

De qualquer maneira, porém, tenho a impressão de que se concilia o meu ponto de vista com o professor Hernani Estrella, que é o da adoção do princípio da limitação da responsabilidade do comerciante individual. Esse, em última análise, o sentido de minha indicação.

Respondendo ao ilustre professor José Luiz Martins Costa, devo, primeiramente, referir-me à esfera própria de atividade jurídica da empresa, como resultante da personalidade jurídica. Parece-me que foi este o primeiro ponto salientado por S. Excia.

A personalidade, como sabemos, não é qualidade inerente ao homem, do ponto de vista jurídico. Isso, aliás, já foi explicado, de maneira magistral, por Ferrara. Conseqüentemente, o homem é pessoa em virtude do que determina o Direito.

Por outro lado, dois indivíduos se reúnem e põem em comum certa porção de seu patrimônio, para a realização de um negócio comercial determinado. Da consonância de vontade entre ambas as partes resulta o contrato de sociedade, em que reside o *subtractum* da personalidade jurídica da organização.

A empresa individual de responsabilidade limitada terá que ter, forçosamente, personalidade jurídica.

O SR. MARTINS COSTA — V. Excia. permite um aparte?

O SR. MARTINS FILHO — Com muito prazer.

O SR. MARTINS COSTA — Quando se trata de sociedade, há vontade coletiva?

O SR. MARTINS FILHO — Este ponto está anotado aqui e dentre em pouco terei oportunidade de falar sobre êle.

O SR. MARTINS COSTA — V. Excia. permite? Também a finalidade é coletiva em se tratando de entidade privada da empresa, à qual V. Excia. entende que é indispensável a personalidade jurídica? Não sei como se pode verificar êste fato.

O SR. MARTINS FILHO — Da seguinte maneira: quero partir da análise da personalidade jurídica das sociedades, para chegar a uma conclusão que é favorável a mim e desfavorável a V. Excia.

O SR. MARTINS COSTA — Peço permissão para reler uma passagem de sua tese que, possivelmente, nos auxiliará.

O SR. MARTINS FILHO — Pois não.

O SR. MARTINS COSTA — “Por enquanto limitamo-nos a admitir que é possível o acolhimento da empresa individual de responsabilidade limitada, desde que lhe seja reconhecida personalidade jurídica, a igual do que ocorre em relação às sociedades comerciais”.

Eu, que vinha encontrando dificuldade, ao ler a sua tese, em aceitá-la, porque achava, tendo em vista o conceito de patrimônio como um atributo da personalidade e atendendo à sua indivisibilidade, ao seu caráter abstrato, à sub-rogação constante que se verifica nos valores que o compõem, eu que vinha, como disse, sentindo dificuldade em aceitar a sua conclusão, senti-me feliz quando vi que V. Excia. não prescinde dêste elemento essencial, que é a personalidade jurídica. E, como entendo que não é possível haver pessoa jurídica ou entidade moral sem, pelo menos, um fim coletivo, indago de V. Excia. como é que V. Excia. entende que se possa realizar êsse fenômeno.

O SR. MARTINS FILHO — Parece-me que já tive ensêjo de esclarecer bem o meu ponto de vista no que tange à conceituação

da empresa. Esta, em verdade, só existirá se houver, em seu âmbito, atividade plurilateral, daí resultando o fim coletivo a que alude V. Excia. Assim, na empresa de logo se destaca a figura do empresário que, como disse, nela exerce funções de titularidade, já em virtude do capital que constitui o patrimônio da organização, já em consequência do trabalho de direção que nela exerce. Destacam-se, também, os demais elementos humanos necessários ao funcionamento da empresa e que nela se acham entrosados, como titulares de direitos decorrentes do contrato de locação de trabalho e assegurados pela Legislação Social Trabalhista. Destarte, parece-me que a minha definição de empresa já responderia à objeção levantada por V. Excia.

Examinemos, agora, a questão do patrimônio, com o seu caráter de indivisibilidade, segundo admite V. Excia.

Na passagem de minha tese relida por V. Excia. apenas afirmo que é possível o acolhimento da empresa individual de responsabilidade limitada, desde que lhe seja reconhecida personalidade jurídica, a igual do que ocorre quanto às sociedades comerciais.

Certa corrente de doutrinadores admite que a empresa individual com limitação dos riscos encontra, na autonomia do seu patrimônio, o *subtractum* da personalidade jurídica, de que necessita. É a chamada teoria da personalização do patrimônio.

Outra corrente, porém, mais atualizada e com maior soma de fundamentos lógicos, faz derivar aquela personalidade do princípio da autonomia da vontade, manifestada no ato de constituição da empresa. E é exatamente a esta corrente que me associo.

Como será possível conferir personalidade jurídica à empresa do comerciante singular, com limitação dos riscos?

Para chegar a uma conclusão satisfatória, pareceu-me aconselhável exemplificar com o tipo de empresa societária. Com efeito, dois ou mais indivíduos — pessoas naturais — reúnem-se com o objetivo comum de explorar uma determinada atividade mercantil. Há, aí, um acôrdo de vontades, consubstanciado no contrato de sociedade, de que emana a personalidade jurídica, uma vez satisfeitas as exigências legais.

Em última análise, vê-se que na constituição da empresa coletiva existe apenas *uma vontade* — a de explorar um negócio ou indústria, sob determinadas condições — sendo que esta *vontade* é manifestada por *dois ou mais agentes*.

Pois bem, o mesmo se verifica em relação à empresa individual de responsabilidade limitada, isto é, *uma vontade* expressamente manifestada no ato de constituição, se bem que por *um único agente*.

Esta teoria — da autonomia da vontade — poderá ser admitida mesmo que se aceite, em tôda a sua rigidez, o princípio tradicional da indivisibilidade do patrimônio. Porque, adquirindo a empresa sin-

gular com limitação dos riscos esfera de atividade jurídica própria, nem por isso deixarão de *permanecer* vinculados ao patrimônio civil do empresário os direitos, de que é titular, quer quanto aos proventos advindos das operações da empresa (o lucro), quer em relação ao que resultar de sua liquidação.

Em resumo, do ato de constituição da empresa *individual* ou *societária*, em que a vontade do respectivo titular (pessoa natural ou sociedade) se acha expressamente manifestada — é que resultará a personalidade jurídica.

Partindo dêsse princípio da autonomia da vontade, acredito que esta teoria será a vencedora.

O SR. MARTINS COSTA — Lamento não poder aceitar essa teoria a que V. Excia se abraça, e que conheço, por ter um caráter, a meu ver, marcadamente materialista. A personalidade moral não pode emanar do patrimônio exclusivamente. Não se pode cindir de u'a maneira absoluta da pessoa criadora. O conceito clássico, e que entre nós ainda prevalece, com relação à personalidade jurídica, é este que acabo de salientar.

O SR. MARTINS FILHO — Mas não aceita V. Excia. que a personalidade jurídica nada mais é do que uma criação do direito?

O SR. MARTINS COSTA — Não aceito. Aceito que há uma corrente nesse sentido. A personalidade moral não é uma criação, uma ficção. É uma realidade. O povo brasileiro, a Nação brasileira, constituída em Estado, não é uma ficção, é uma realidade. Há uma coletividade, há interesses comuns, há tradições comuns, e isso constitui a personalidade moral. Agora, não é criação, não é ficção.

Essa tendência que está se fazendo sentir em diversos recantos do mundo, de querer transformar os países em verdadeiras empresas, e é de observar que a França sofria grandemente essa influência, é fruto de uma doutrina materialista, que procura fazer da personalidade jurídica uma ficção.

V. Excia, me perdoe, mas eu não aceito essa doutrina, aliás sustentada por muitos, de que a personalidade jurídica é uma ficção.

O SR. MARTINS FILHO — A propósito devo ler o que, a esse respeito, diz Ferrara, em quem, aliás, procurei fundamentar o meu trabalho. V. Excia. deve conhecer, também, essa parte de minha tese.

(Lê) “A personalidade é um produto da ordem jurídica e surge por um reconhecimento do direito positivo”.

O SR. MARTINS COSTA — É uma realidade que o direito reconhece.

O SR. MARTINS FILHO — ...“O homem é uma pessoa não por natureza e sim por obra do direito. A qualidade natural do homem, como de um ente racional e capaz de vontade, é só a base ética, para que o direito de um certo estadio de cultura reconheça a todos os homens personalidade. Porém a subjetividade não é inata no homem, não é uma qualidade inerente ao indivíduo, senão uma realidade ideal que sem a ordem jurídica é inconcebível”.

O SR. MARTINS COSTA — Nós partimos de escolas diferentes.

O SR. MARTINS FILHO — ...“Em período anterior à organização estatal, o homem não é pessoa”.

O SR. MARTINS COSTA — Isso não quer dizer que não tivesse personalidade anterior a essa ordem materialista.

O SR. MARTINS FILHO — ... “E mesmo constituída a ordem jurídica, a história demonstra que por longo tempo houve uma classe de homens aos quais se negava a qualidade de sujeito de direito — os escravos. E não é só isso: a personalidade também podia ser perdida, por uma condenação penal (morte civil) ou uma adoção do estado religioso (vida claustral). E também nos indivíduos capazes, a personalidade se manifesta como uma quantidade variável, que pode ser reconhecida em mais ou menos larga medida. Historicamente não foram iguais, sob o ponto de vista jurídico, homens e mulheres, cristões e hebreus, nobres e vassallos, sendo que ainda hoje existe diferença entre nacionais e estrangeiros”.

O SR. MARTINS COSTA — Então, é questão de capacidade de direito. O que me parece indispensável é que a empresa individual tenha uma personalidade que não se confunda com a do respectivo titular. Aliás, o próprio direito brasileiro adota o princípio quando, em relação ao direito fiscal, estabelece que o comerciante paga imposto como pessoa de direito...

O SR. MARTINS FILHO — Para efeitos fiscais.

O SR. MARTINS COSTA — Mas, de qualquer forma se trata...

O SR. MARTINS FILHO — Trata-se de uma transformação, que terá também de atingir ao Direito Comercial.

No Direito Trabalhista verificamos o mesmo fenômeno salientado por V. Excia., observamos a mesma tendência em tal sentido.

De maneira que não seria possível se admitir a empresa individual de responsabilidade limitada sem conferir a essa empresa personalidade jurídica.

Agora, há outros pontos ainda objetados por V. Excia. Um deles é quanto à indivisibilidade do patrimônio.

O SR. MARTINS COSTA — Mas, V. Excia. dê licença. Não precisa entrar na apreciação dessa matéria porque se V. Excia. não tivesse sustentado que a empresa particular precisa possuir personalidade jurídica, então sim, seria interessante sustentar que o patrimônio não tem essa indivisibilidade que se sustenta que tenha. Mas, uma vez que V. Excia. declarou em seu trabalho considerar indispensável dar personalidade jurídica à empresa, isto é questão secundária.

O SR. MARTINS FILHO — A do patrimônio?

O SR. MARTINS COSTA — Sim, porque V. Excia. atribui personalidade. E atribui personalidade para quê? Só para esse efeito. Se V. Excia. entende que a empresa necessita ter personalidade é para esse efeito, para atribuir patrimônio à empresa, porque senão cairíamos numa confusão absoluta. De sorte que esse se torna um ponto secundário.

O SR. MARTINS FILHO — Mas, não me parece secundário.

O SR. MARTINS COSTA — Digo com relação à matéria, porque V. Excia. deu, dessa premissa, a necessidade de atribuir personalidade jurídica à empresa, e para quê? Para atribuir patrimônio a ela, porque, do contrário, não lhe podia atribuir. Agora, se V. Excia. sustentasse coisa diversa, isto é, que o patrimônio é divisível, e por isso se deve e pode separar parte dele para destinar-lhe a outro determinado negócio, seria a meu ver tese mais fácil de sustentar.

O SR. MARTINS FILHO — Abordei a tese sobre vários aspectos. Esse que V. Excia. versa e também quanto àquele princípio tradicional da indivisibilidade do patrimônio.

Efetivamente, quem se obriga, obriga o que é seu. Mas, essa noção não é absoluta, porque, na esfera jurídica de cada pessoa existe a categoria dos chamados direitos inalienáveis, impenhoráveis, etc., sobre cujo assunto o professor Bruno Mendonça Lima, diretor da Faculdade de Direito de Pelotas, que aqui se encontra, fez hoje belíssima preleção, na Comissão de Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado.

Realmente, é tradicional a noção da indivisibilidade do patrimônio. Mas, mesmo assim, procurei enquadrar a minha tese dentro dessa teoria, argumentando e demonstrando que a tese não fere essa apregoada indivisibilidade. Acredito que o comerciante, que criou uma empresa individual limitada, não está absolutamente dividindo o seu patrimônio. Ele apenas separa dele uma certa porção,

à qual dá um fim determinado. É a chamada *afetação de patrimônio*, para um fim específico. Mas, ao patrimônio individual permanecem incorporados os direitos que o empresário tem sobre a empresa individual limitada, quanto aos lucros e quanto ao que resultar de sua liquidação. De modo que procurei ferir o assunto em todos os seus aspectos, admitindo também esse princípio tradicional da indivisibilidade do patrimônio que, aliás, é o mais forte obstáculo que se antepõe à idéia em marcha — e que será vitoriosa — da empresa individual de responsabilidade limitada.

O SR. ARMANDO DIAS DE AZEVEDO — Será uma afetação de patrimônio.

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — Pode ser afetação de patrimônio para um determinado fim. Quando se fala em patrimônio, evidentemente não se alude aos bens que compõem o patrimônio.

O SR. MARTINS FILHO — Na hipótese não se alude à sua totalidade, mas a uma determinada porção do patrimônio.

O SR. MARTINS COSTA — Refiro-me ao patrimônio considerado abstratamente, como continente e não como conteúdo. Evidentemente, qualquer pessoa pode hipotecar, penhorar, pode até separar determinados bens para garantia de certas dívidas, mas o patrimônio é uma universalidade de direito, apanha a totalidade do valor ativo ou passivo, abstratamente considerado. De modo que essa divisão é uma impossibilidade jurídica.

O SR. MARTINS FILHO — Que significa a empresa do tipo societário? V. Excia. e eu, associando-nos, não poderemos organizar uma sociedade de responsabilidade limitada...

O SR. MARTINS COSTA — Mas aí aparece a pessoa jurídica.

O SR. MARTINS FILHO — Aqui, em minha proposição, também aparece.

O SR. MARTINS COSTA — Mas e a personalidade jurídica? Parece-me que há ausência do fim coletivo.

O SR. MARTINS FILHO — O fim coletivo está aqui anotado e vou chegar até ele. O fim coletivo está consubstanciado no interesse do empresário e também dos demais elementos humanos que são necessários à entrosagem da empresa.

O SR. MARTINS COSTA — Mas isto pressupõe já uma finalidade individual. Os elementos humanos que cooperam, cooperam *à posteriori*.

O SR. MARTINS FILHO — Quem, na indústria ou no comércio, vai cooperar sem a finalidade material? Não é a especulação uma de suas características?

O SR. MARTINS COSTA — Pode-se criar a figura de uma sociedade, se voltarmos à sociedade de capital e indústria, entre os empregados e o patrão. Aí sim.

O SR. MARTINS FILHO — Mas, sociedade de capital e indústria, de responsabilidade limitada?

O SR. MARTINS COSTA — Para admitir a figura da pessoa jurídica, apenas para este efeito.

O SR. MARTINS FILHO — Quanto à parte referente à personalidade jurídica e fim coletivo, parece que dei a V. Excia, as explicações que me foram possíveis.

O SR. MARTINS COSTA — São questões de pontos de vista, de escolas diferentes.

O SR. MARTINS FILHO — Na empresa individual existe também um interesse coletivo.

O SR. MARTINS COSTA — Fico muito grato pela exposição de V. Excia.

O SR. MARTINS FILHO — Mas, meus senhores, ainda existe um outro aspecto da questão que eu gostaria de focalizar, porque foi debatido hoje pela manhã na Comissão de Direito...

O SR. PRESIDENTE (comprimindo a campainha) — Devo chamar a atenção do nobre orador, que já esgotou o tempo de que dispunha para falar.

O SR. MARTINS FILHO — Eu agradeço a advertência do sr. Presidente. Realmente, estou me perdendo em considerações que talvez sejam desnecessárias.

Mas acredito, sr. Presidente e senhores Congressistas, que a minha tese é sustentável sob todos os pontos de vista.

Em primeiro lugar, a empresa individual de responsabilidade limitada não constitui um incentivo à fraude. Nas operações de ordem econômica deve prevalecer o princípio da boa fé. Se um indivíduo quer efetivamente praticar atos de desonestidade, esse indivíduo poderá fazê-lo não só por intermédio da empresa singular limitada como por meio de um tipo societário qualquer ou ainda, digamos, organizando uma sociedade unipessoal ou fictícia.

Em segundo lugar, a empresa individual com limitação dos riscos não é derogatória do princípio latino tradicional da indivisibilidade do patrimônio, isto porque, como já disse, ao patrimônio do titular da empresa permanecem incorporados os direitos que tem sobre os proventos resultantes dos negócios e também sobre o que resultar da liquidação do estabelecimento.

Ademais, a empresa individual limitada é uma necessidade no país. Com a sua instituição o legislador regulará, *de direito*, uma situação que existe *de fato*, através de sociedades unipessoais e das fictícias, que se alastram por toda a extensão nacional.

A empresa individual de responsabilidade limitada deve ainda existir por um princípio de coerência legislativa, pois que, em matéria de Direito Marítimo já possuímos o instituto do abandono libera-

tório, que nada mais é do que a afetação do patrimônio individual, até certo limite, para um fim específico. Poder-se-á dizer que, pela natureza do negócio, é necessário salvaguardar os interesses de terra em relação aos interesses de mar. Mas, outras razões encontramos, também fortes e ponderáveis, em favor da adoção da empresa singular limitada, entre elas a necessidade indeclinável de incrementar os negócios, facilitando a movimentação de capitais que permanecem estáticos, como brilhantemente o demonstrou o professor Júlio César Bonazzola.

Por tudo isso, sr. Presidente, estou na convicção de que, dentre em breve, a empresa individual de responsabilidade limitada será um novo instituto admitido pelo nosso legislador e que irá completar, satisfatoriamente, o sistema do Direito Comercial Brasileiro. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao dr. Paulo Barbosa Lessa, relator do parecer.

O SR. PAULO BARBOSA LESSA — Exmo. Sr. Waldemar Ferreira, Presidente deste Congresso, exmos, srs. membros da Mesa, snrs. congressistas, minhas senhoras e meus senhores. Quero, inicialmente, salientar a honra de ter sido o relator desta tese na Comissão de Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado.

Para infelicidade do sr. professor Antonio Martins Filho, o relator de sua magnífica tese foi excessivamente pobre (não apoiados). Cabe-me, pois, fazer um relatório inicial, a fim de pôr o problema em tela de discussão.

Seria, talvez, necessário fazer um intróito a este relatório, pois que os srs. Congressistas não dispõem, na sua totalidade, do texto da tese em referência. No entanto, depois do debate brilhantemente travado, este trabalho parece-me não precisa ser feito. De maneira que vou ler o relatório que foi apresentado à Comissão, a fim de que esta entrasse no mérito da discussão da tese. (Lê):

"1 — Analisa o autor da tese um dos mais importantes e sedutores problemas do novo direito mercantil. Pode dizer-se que o Prof. da Faculdade do Ceará toca no âmago da questão mais apremiante para as consciências dos comercialistas contemporâneos: a tese da caracterização da matéria mercantil pela empresa, a tese de que o direito comercial é um direito das empresas.

Tem, indiscutivelmente, a tese do Professor cearense o inegável mérito de trazer à barra da discussão problema de tão vivo interesse, teórico e prático. É, talvez, a mais completa confissão de adesão à nova teoria comercialística feita por professor brasileiro. Isso importa, quando menos, em tornar inadiável à doutrina brasileira a discussão do assunto. Talvez essa monografia marque o ponto de partida de uma ampla discussão do tema, discussão oportuna em momento em que se cuida da reforma da legislação comercial pátria.

2 — Não se ignora a profunda repercussão da tese de que o direito mercantil é um direito de empresa na doutrina e na legislação as mais modernas. O exemplo do Código rumeno, e, notadamente, o modelo trazido pelo recente Código civil italiano, tem ensejado amplas controvérsias sobre o tema.

Deve, contudo, ser ressaltado que na própria Itália, onde, mercê da reforma legislativa, se apóia o direito mercantil no conceito de empresa, é a noção de empresa perigosamente vacilante. Não existe, em absoluto, um conceito de empresa sólidamente implantado na doutrina. Não há, sequer, concordância entre os mestres sobre os elementos essenciais do conceito. As discordâncias atingem o âmago da noção. Porisso mesmo, afirma-se e nega-se, na Itália, ser o novo direito comercial um direito de empresa. E é oportuno ressaltar a opinião de Alberto Asquini, que vê, face à lei vigorante, quatro significados da palavra empresa: um significado subjetivo, um significado objetivo, um significado funcional e um último significado institucional ou corporativista.

3 — Deve dizer-se, ainda, que, apesar de já antes existir projeto baseado no conceito de empresa — o de Asquini, em 1939 —, o novo Código não surgiu de um assentimento generalizado da doutrina, mas sofreu, iniludivelmente, dos processos autoritários na sua sistematização, já de um ângulo econômico-social, já mesmo de um ponto de vista político”.

(Interrompendo a leitura)

Aqui, coube ao jubilado professor Waldemar Ferreira a oportunidade de trazer o depoimento pessoal, colhido do mestre italiano, quando relatou que, já estando prontos os três livros primeiros do novo Código Italiano, o Ministro Dino Grandi solicitou ao professor Asquini, que, de certo modo, enxertasse aquela sua obra bastante caracterizada naquele todo único. O professor ponderou que aqueles três primeiros códigos repousavam em concepções diversas da que sustentava no sistema que havia engendrado e o Ministro Dino Grandi propôs, de certa forma fez uma exigência, dizendo que havia necessidade de que o Código fosse assim, porque o Poder Executivo assim o desejava. E, ainda mais, que estava até marcada a data para a promulgação do novo Código. E foi desse modo, que o professor Asquini procurou torcer a sua concepção, a fim de adaptá-la ao todo geral. Mas, não houve tempo para que este Código fosse assim promulgado, de tal sorte que, no dia da promulgação, a lei, enfeixada num volume, foi, na realidade, promulgada em branco e só posteriormente é que, efetivamente, os seus artigos foram redigidos.

De maneira que, de certa maneira, temos a confirmação do que salientava o Relatório...

(Prosseguindo a leitura):

“A doutrina mais autorizada tem concluído, além do mais, pela autonomia do direito comercial no novo sistema italiano, apesar da concentração de normas em código único. Como figura central dessa nova matéria surge o conceito de “empresa sujeita a registro”. Mas, praticamente, o enquadramento do problema ainda repousa num critério objetivo, dado pela realidade da atividade desenvolvida organizadamente. Donde, revive, em derradeiro, o critério objetivo para separar as duas matérias: a civil e a comercial.

4 — Em nosso país, a questão tem passado um tanto despercebida. Necessário é que, em torno dela, se proceda percutiente discussão. A prudência aconselha, contudo, que se não tome precipitadamente posição definitiva sobre a adequação ou não do novo conceito ao novo Código de comércio. Repousar a nova construção sobre o conceito único de empresa, como pretende o autor, com o abandono total da noção tradicional de ato de comércio, é tese que comporta uma bem ampla pesquisa, antes de veredito definitivo. Mesmo porque há quem sustente o apelo às duas noções, que se não excluiriam portanto, antes se completariam, para u’a mais perfeita adequação do problema legislativo.

5 — Aliás, esse apelo de prudência não tolhe o exame da tese fundamental cristalizada na monografia: a de que é conveniente ao sistema mercantil pátrio a inclusão da figura da empresa individual de responsabilidade limitada. Isso porque as duas teses se não confundem. Não é preciso sustentar-se ambas. Afirme-se a de que o direito mercantil é direito de empresa, e se não conclua pela limitação da responsabilidade individual, como faz o texto legislativo italiano, no sentir de muitos. Ou negue-se a caracterização da matéria mercantil pela empresa, e sustente-se a validade da limitação de responsabilidade, como faz Arecha, citado pelo autor. E, em ambos os casos, contradição inexistente.

6 — Em realidade, existem na tese do comercialista cearense dois pontos a abordar: um de técnica jurídica, outro de conveniência econômica.

O primeiro responde à pergunta: é possível figurar juridicamente a limitação da responsabilidade do comerciante? O segundo assim se formula: é conveniente, para o comércio, a limitação da responsabilidade do comerciante individual? Aquêlé é um problema jurídico. Este um problema político-econômico.

7 — Parece não existir, do ponto de vista jurídico, impedimento de

ordem técnica para que se configure em lei a limitação da responsabilidade do comerciante individual. Sem se cair nas doutrinas extremadas do patrimônio de afetação ou da personificação do estabelecimento, pode a ordem jurídica solucionar afirmativamente a questão. Conceituada a personalidade jurídica como uma relação, cabe à ordem jurídica, sancionando os anseios da vontade privada, plasmar pessoa jurídica, dando-lhe contornos próprios.

Por outro lado, o problema da necessidade do conserto de pelo menos duas vontades para plasmar sociedade ao caso não colhe, pois de sociedade não se trata. A simples vontade individual, como no caso de fundação, dá a ordem jurídica o poder de trazer à existência jurídica a nova pessoa.

Nem é a noção de unidade do patrimônio óbice decisivo. A noção de patrimônio não é, de feito, essencial à pessoa. De resto, limitações patrimoniais se conhecem. A tese traz apenas mais outra exceção ao princípio geral.

8 — Quanto à oportunidade econômica do novo instituto, não cabe, primacialmente, aos juristas resolver. Aceite-se a constatação de que, em realidade, se tem procurado, à sombra das instituições vigentes, chegar, por via indireta, ao resultado que a nova figura procura, diretamente, atingir. É fato de todos os dias, de verificação fácil, e impossível de ser negado. Convenha-se que o sistema jurídico pode, através de regulamentação adequada, conter o fenômeno da fraude que, aliás, se manifesta em todos os campos do direito. Além disso, penetra-se em campo desbordante da matéria jurídica.

Êsse o nosso parecer, s. m. j..

PARECER

“A Comissão de Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado:

— aceita, em princípio, as conclusões das teses apresentadas pelos professores Drs. MARTINS FILHO e SALVADOR PERROTTA, sobre *A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA* —; mas recomenda que o assunto seja estudado de molde a assegurar convenientemente os direitos de terceiros.

E assim decidiu por maioria de votos, contra o voto do Professor WALDEMAR FERREIRA, que vai em seguida declarado.
Pôrto Alegre, 12 de agosto de 1950.

- a) Waldemar Ferreira
- a) J. C. Bonazzola

(a) HERNANI ESTRELLA, fazendo abstração de qualquer referência ao vocábulo “empêsa”, por preferir que se diga “responsabilidade do comerciante singular ou individual”.

Louvo os trabalhos dos Professôres MARTINS FILHO e SALVADOR PERROTTA sôbre a emprêsa individual de responsabilidade limitada; mas divirjo de sua conclusão, parecendo-me que a lei não deve sufragar tal instituto, antes tomar medidas que tutelem o crédito. Nem compreendo que se limite a responsabilidade do comerciante, sem que também se limite a sua possibilidade de contrair dívidas. E, de outro lado, também não compreendo que se outorgue ao comerciante vantagem de que não gozam os não comerciantes que exercitam atividades econômicas de maiores riscos, como, por exemplo, as agrícolas. — Pôrto Alegre, 12 de agosto de 1950.

(a) WALDEMAR FERREIRA”

O parecer não foi, na realidade, aceito pela egrégia comissão, em todos os seus pontos, de tal sorte, que depois de ter sido abordado o problema durante cerca de uma hora e meia, a Comissão deliberou, por maioria, apresentar ao plenário dêste Congresso a seguinte proposição: (Lendo):

“INDICAÇÃO

Aceitar, em princípio, o regime de responsabilidade limitada da emprêsa individual, com a recomendação ou reserva de estudar o regime ou instrumento de garantia de terceiros.

Pôrto Alegre, 12 de agosto de 1950.

(ass.) JÚLIO CÉSAR BONAZZOLA, PAULO BARBOSA LESSA, A. MARTINS FILHO, VICENTE MARQUES SANTIAIGO, BRUNO M. LIMA, HOMERO MARTINS BAPTISTA, NEY WIEDMANN, HENRIQUE RUPP JUNIOR.

Aceito e louvo o esplêndido trabalho do Prof. Martins Filho, com premissa de alto valor para prosseguimento do estudo e ulterior decisão. (A) HERNANI ESTRELLA. —”

O SR. WALDEMAR FERREIRA — Vamos proceder à votação. Para facilidade do trabalho vou tomar, primeiro, os votos dos que votam a favor, e depois dos que votam contra.

Os Congressistas inscritos que aprovam as conclusões tenham a gentileza de se levantarem.

Está aprovada a conclusão do relatório relativamente à primeira proposição.

Vou submeter a votos as outras duas conclusões do relatório do professor Hernani Estrella, relativamente à proposta do professor Perrotta. Uma é no sentido de que a questão relativa ao crédito bancário confirmado o Congresso recomende seja estudada por um Congresso Internacional, preferentemente latino-americano, que examinará, então, as possibilidades de sua adoção pelas leis dos diversos países. Os que aprovam esta conclusão queiram se conservar sentados. (Pausa) Aprovado.

A terceira conclusão é a seguinte que, “diante da proposta no sentido de que o Congresso recomende a adoção dos votos múltiplos nas ações das sociedades anônimas, o parecer é contrário a esta proposição, pela razão de que existe lei no Brasil contrária também a esta mesma proposição, e está de acôrdo com a doutrina mercantil brasileira.

Os que votam pela conclusão, queiram ficar sentados. (Pausa). Está aprovado o parecer.

Estamos com a nossa hora adiantada. Quero, em primeiro lugar, agradecer aos prezados colegas e aos Congressistas o seu comparecimento a esta sessão. Em segundo lugar, quero felicitar aos que debateram as teses que se apresentaram e também aos que as debateram nas comissões. Isto nos demonstra que é muito vivo e por isso mesmo muito cintilante o espírito jurídico dos meus prezados amigos e patrícios do Rio Grande do Sul.

Faço votos que continuem os nossos trabalhos com êste mesmo brilho, porque isto será um bem e um prazer, afinal de contas, para nós. Está encerrada a sessão.

COMUNICACION AL CONGRESSO JURIDICO CONMEMORATIVO DEL CINCUENTENARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE RIO GRANDE DEL SUD — (Brasil)

SOBRE: ACTOS DE COMERCIO.

Waldemar Arecha

Profesor Adjunto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Profesor Adjunto de Sociedades Anónimas y Seguros en la Facultad de Ciencias Económicas de Buenos Aires.

Las tentativas de reformar el Código de Comercio en cualquier país no deben perder de vista un punto de partida primario y necesario para que la reforma resulte provechosa y ordenada.

Entiendo que todos los afanes y esfuerzos que se presten para la reforma y perfeccionamiento de las múltiples instituciones del derecho mercantil, no serán bastantes si no se cuida de que los principios básicos o rectores que determinen la importancia y el ámbito mercantil estén perfectamente ordenados y expuestos en el curepo orgánico de leyes (Código) que se pretende reformar.

Es pues evidente, que el mayor cuidado de la reforma debe estar — para que el cimiento sea sólido — en lo atinente al acto de comercio. Y que no se debe eludir de tratar esta cuestión en virtud de las dificultades que élla ofrezca.

Si toda la autonomía del derecho mercantil, o por mejor decir, su propia existencia radica — valga la paradoja — en la afirmación consciente de que existe la materia mercantil, es indudable y fundamental que élla debe ser enunciada y no dársela por supuesta. Esto último comporta dejar abiertas las puertas para que se presenten ulteriores confusiones del ámbito civil y del derecho mercantil, y para que toda la arquitectura de la reforma pueda sentirse invadida de elementos extraños, o pueda a su vez invadir otros ámbitos que no sean los propios.

Para abordar la tarea de enunciar el ámbito mercantil es necesario olvidar los clásicos puntos enunciativos o enumerativos del Código de Napoleón y de los que lo subsiguieron, lo mismo que la

corriente puramente profesional y personalista del Código Alemán en la que también se halla hoy el Código del Brasil.

Si estamos totalmente de acuerdo en que el acto de comercio puro y sustantivo es el que se presenta por la intermediación en el campo de la circulación de las cosas (quien adquiere para revender, usando de las cosas como valores de cambio según la doctrina de Adam Smith) vemos que hay allí una actividad técnica, que se caracteriza precisamente por esa intermediación como actividad técnica, característica y autónoma.

Es ese fenómeno de la intermediación el que luego trasciende, arrastrando sus características mercantiles, que se configuraron en las corporaciones de comerciantes y en el derecho estatutario medioeval, a otros sectores de la humana actividad: así la intermediación en el cambio de riesgos, que da la presencia de la compañía aseguradora suplantando a la mutua en la que se operaba la comunicación directa de los riesgos entre los mutuarios; la intermediación en el cambio del crédito, la que se manifiesta por la aparición del banquero que recoge las prestaciones de los dadores de dinero para colocarlas entre los solicitantes del numerario; y la intermediación en el trabajo, que manifiesta y pone de relieve la presencia de un sujeto (generalmente empresario) que hace que los dadores del trabajo no reciban el resultado de su esfuerzo sino un signo convencional por el mismo.

Resta otra especie de actividad: la industrial o de fábrica. La actividad industrial no aplicada enfrente de la Naturaleza es, como la actividad del comerciante, una actividad extraña a la relación que la Naturaleza le presentó al individuo. El empleo de los *valores industriales* (más adelante explicamos nuestra doctrina sobre esto) en el despliegue de esa actividad, dá a las cosas un destino técnico que se interpone a su destino natural. Es decir, se opera en ellas el mismo fenómeno técnico que se opera cuando interfiere el comerciante en la circulación de las cosas salidas de manos del productor en su subsiguiente tránsito antes de alcanzar las manos del consumidor.

Los valores industriales (así como los valores de cambio), no son un estado esencial de las cosas ni que se acuse por la naturaleza de las propias cosas. Las cosas pueden convertirse en valores de cambio (según la clásica doctrina de Adam Smith) por quedar aplicadas como portavalor por un sujeto, sin que muden su naturaleza. Las cosas pueden ser valores industriales, en la doctrina del suscripto, por aplicárselas a una mudanza del destino inmediato de consumir o acabar la propia cosa por su consumo natural, destinándola en cambio a transformarse, o transformar o unirse con otras, todo ello mediante un proceso de energía no natural (energía artificial), que no puede

ser otra que la prestada por máquinas movidas a combustible o flúidos que no sean directos de la naturaleza.

Indudablemente la actividad agraria, que no es una actividad ejercitada enfrente de la Naturaleza, sino una actividad ejercitada “con la Naturaleza”, desde que el hombre asiste al proceso que la Naturaleza opera metamorfosicamente, no sería nunca comercial. Ni puede hablarse en ella de que el empleo de máquinas movidas a combustible nos muestre esa actividad como comercial, porque en la actividad agraria la energía de la máquina nada transforma sino que es la propia naturaleza o fuerza interna de la propia cosa la que opera el proceso por sí misma y sin la máquina (el grano de trigo, que podría ser un valor industrial cuando sirve para la fabricación de un plástico mediante energía artificial, no lo será jamás cuando se lo siembra, pues en el acto de sembrarlo la máquina nada transforma sino que la transformación se operará luego por el propio vigor del grano y de la tierra, y tampoco hará ninguna transformación la máquina cosechadora que solo lo arrancará de su estado natural).

Esta doctrina ha sido presentada y desarrollada con mayor amplitud y fundamentos en mi obra “La Empresa Comercial” (Editorial Depalma, Bs. As., 1948), parágrafos N.º 43 a 52, páginas 94 a 116.

Con esas premisas podría sancionarse un artículo racional, desde el triple punto de vista técnico, jurídico y económico, que estableciese:

Art. 1.º Constituyen actos de comercio la intermediación en la circulación de los bienes; la intermediación en el trabajo; la intermediación en el cambio de crédito; la intermediación en el cambio de eventos; y la aplicación de cosas como valores industriales.

2.º Quedan sometidos a las leyes del comercio todos los negocios sobre los que legisla este código y las leyes complementarias.

3.º Quedan también sometidas a las leyes del comercio todas las personas y sociedades sobre las que legisla este código y leyes complementarias.

Con el texto que formulamos todas las actividades hoy reputadas típicamente mercantiles quedarán comprendidas en la ley comercial.

Desaparecería con él la categoría arbitraria y caprichosa de actos formalmente mercantiles que, pese a su reiteración, no atribuyen carácter mercantil a quien los practique (tal el caso de la suscripción reiteradísima de cheques o pagarés) en abierta contradicción con lo que dispone la gran mayoría de los códigos de comercio, según una muy sabia norma, por la cual la ejecución reiterada y habitual de actos de comercio hace o convierte en comerciante a quien los practica. En rigor de verdad esa sabia norma no es esquivada en tales

casos singulares sino que es inaplicable a lo que no sea acto de comercio, como no lo es la suscripción de cheques, pagarés etc., aunque los códigos lo digan, porque los hechos, el raciocinio y la propia jurisprudencia se encargan de negarlo aunque sin esta explicación.

El texto que hemos proyectado no impediría que los actos que concurren a la vida y desenvolvimiento del comercio, como es la emisión de cheques y pagarés, sean enjuiciados y juzgados conforme a las leyes mercantiles.

En cuanto a la circulación, preferimos hablar de bienes y no de valores. El primero es un concepto que se acerca más a la realidad; el segundo, está más próximo a la abstracción. El aire, por ejemplo, que es un bien, no es en cambio un valor, porque nada vale como aire por su infinita abundancia. Empero, ese mismo aire, comprimido, es susceptible de valor.

Excluimos en cambio el concepto de cosas, porque ha pasado la hora en que el comerciante operaba sólo sobre cosas, y hoy le vemos también traficar sobre derechos. Los derechos son también una forma de bienes.

Lo que hoy se llama especulación o lucro con el trabajo de otros, o lo que se pretende sostener de que el trabajo sea una mercancía, no sería menester sostenerlo para afirmar la actividad mercantil que se cumple mediante la intermediación entre los dadores y los tomadores de trabajo. Lo mismo sucedería con los negocios de banca, financiación, capitalización, etc. y también con los de seguro. Y por último con los de fábrica.

También sucedería que las sociedades del tipo de las que legisle el código de comercio serían juzgadas conforme a las leyes del comercio, pero sus actos, aisladamente considerados, serían juzgados conforme a su propia y especial naturaleza.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: NEY WIEDMANN

§ 1.º — Estabelece o prof. Arecha a imprescindível necessidade de fixação dos princípios básicos ou orientadores, que delimitem o “âmbito mercantil”, ou seja, qual é a matéria mercantil. Dá como ponto essencial aquêle referente ao “ato de comércio”, cuja conceituação deve ser formulada, por mais difícil que se apresente.

Propõe se abandone o sistema exemplificativo, bem como o sistema personalista. Isto pôsto, considera que “ato de comércio puro e substantivo” é o que se configura como “intermediação no campo da circulação das cousas”: aquisição para revender, considerando as

cousas como valores de troca. Existe, aí, uma atividade técnica, caracterizada e autônoma.

Nota que o fenômeno da intermediação especificou como mercantis as corporações de comércio e o direito estatutário medieval; a intervenção em matéria de riscos (companhias seguradoras), em relação ao crédito (bancos), referentemente ao trabalho (empresário). Trata, com relêvo especial, da atividade industrial, encarando a utilização das cousas como valores industriais, e considera essa atividade idêntica — em essência — à atividade do comerciante que intervém na circulação das cousas. Exclui do âmbito comercial a atividade agrária: não se trata de atividade exercida “sobre a Natureza”, mas “com a Natureza”. Neste passo, faz o autor referência a desenvolvimento e fundamentação, lançados em “La empresa comercial”, §§ 43-52).

§ 2.º — Propõe, em consequência, formulação de texto, que atenderá aos aspectos técnico, jurídico e econômico do “ato de comércio”.

Examina a repercussão dessa fórmula sobre os atos de comércio por força da lei (“formalmente mercantiles”); explica o uso da expressão *bens*, em lugar de *valores e cousas*; mostra a desnecessidade do exame da existência de “especulação” ou “lucro”, na intermediação no trabalho; e especifica o modo de aplicação da norma às sociedades de tipo regulado pela lei comercial, mas que pratiquem atos de outra natureza.

§ 3.º — A tese, apresentada pelo prof. Arecha, examina matéria sedutoramente atraente, mas consagrada como *vexata quæstio*. Parece-nos que não pode ser devidamente apreciada sem o exame dos de mais trabalhos do autor, onde mais detidamente são expostos os fundamentos da síntese *de jure condendo*, ora apresentada. Temos à mão aquêle indicado na tese — “La empresa comercial” —, onde foi formulada definição de ato de comércio:

“toda negociación que verse sobre bienes que sean valores de cambio de parte de la persona que los adquiere, y los actos subsiguientes de enajenación de esos mismos valores” (pag. 60).

Firma o autor que êsses atos não serão qualificados pela natureza ou identidade física da cousa, nem para isso servirá a profissionalidade da pessoa que interferir na operação (pag. 59).

Com êsses elementos, parece-nos que:

a) a norma proposta impossibilita a regulamentação *comercial* do ato misto (o ato inicial e o ato final da atividade comercial), criando colisão de leis no seu enquadramento jurídico;

b) apesar de se negar relevância à profissionalidade da atividade do intermediário, essa circunstância se apresenta ponderável em se tratando, p. ex., de “troca de crédito”;

c) há possibilidade de colisão de leis, em se tratando de atos praticados por sociedades civis, organizadas sob tipo comercial.

§ 4.º — Em conclusão,

1) versando sobre tema reconhecidamente erigido de controvérsias, a tese apresentada, encarando-o lúcida e sinteticamente, se reveste da máxima relevância;

2) desbravando o conceito de ato de comércio de outros elementos (lucro, profissionalidade, etc.), a tese visa atingir à diferença específica desse ato;

3) merece ser recomendada a proposição oferecida, como valiosa contribuição para fixação desse debatido conceito.

DEBATES EM PLENÁRIO:

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola. — Está em discussão a tese de autoria do sr. Valdemar Arecha, sobre “Actos de Comercio”.

E' relator o sr. Ney Wiedmann, a quem concedo a palavra.

O SR. NEY WIEDMANN — O Professor Valdemar Arecha, tendo em vista possíveis reformas da legislação comercial, principalmente sul-americana, entende que seria conveniente fixar um princípio básico e orientador que pudesse delimitar o âmbito mercantil, estabelecer possivelmente qual é a matéria mercantil. Entende que é essencial fixar a noção de ato do comércio. Por mais difícil que pareça, sua conceituação deve ser pelo menos tentada.

Não admite êle como suficiente o sistema exemplificativo e não se filia ao método personalista. Considera que o ato de comércio — êle chama de puro e substantivo — é aquêle que se configura como uma intermediação no campo da circulação das coisas, aquisição para revender, considerando as coisas no seu valor de troca. Entende que aí existe uma atividade técnica, caracterizada e autônoma.

Esta intermediação específica foi que tornou mercantil, segundo êle explana, todo ato das corporações do comércio no direito estatutário medieval. Sua intervenção na matéria de riscos deu origem às companhias seguradoras; em matéria de crédito deu origem aos bancos e, quando se tratou da intermediação do trabalho, apareceu então o empresário.

Examina êle ainda a intermediação que tem por objeto o emprêgo das coisas como valores industriais, as coisas que são usadas não para o consumo nem para a revenda, mas sim para poderem transformar,

incorporar ou auxiliar a transformação de outras. Esses serão os valores industriais.

Também chama a atenção para o fato de não se dever usar a expressão “valor” nem a expressão “coisas”, mas usar somente a expressão “bens”, como sendo menos abstrata, mais suscetível de interpretação econômica do que as outras duas.

Entende ainda que nunca se poderá incluir como atividade mercantil a atividade agrária. A atividade agrária, segundo êle, é aquela que se exercita “enfrente a la naturaleza” e não “con la naturaleza”, em vernáculo, aquela que se exercita “sobre a natureza” e não “com a natureza”.

Com êstes elementos êle propõe que se considere ato de comércio a intermediação na circulação dos bens, a intermediação no trabalho, a intermediação na troca de crédito, a intermediação na troca de eventos, toda aplicação das coisas como valores industriais.

Acrescenta uma alínea: ficarão submetidas às leis do comércio todas as pessoas e sociedades sobre as quais legislarem êste código e as leis complementares.

E ainda outra:

Ficam submetidos às leis do comércio todos os negócios sobre os quais legislar êste código e as leis complementares.

Esta tese encontra-se exposta em três fôlhas e meia, como os colegas vêem. Parece pouco espaço para tão complexa matéria. De modo que para compreendê-la bem, deveríamos ter em vista toda a obra do professor Arecha, sob pena de não entendermos efetivamente os conceitos.

Eu procurei a definição que deu de ato de comércio no seu livro “A empresa comercial”, em que diz que “é todo o negócio que versa sobre bens que sejam valores de troca para pessoas que os adquirem e os atos seguintes de alienação desses mesmos valores”.

Êle entende que a natureza ou entidade física da coisa não serve para caracterizar o ato de comércio. E tampouco serve a profissionalidade da pessoa que interfere na operação.

Resumindo, a idéia do professor Arecha é de que o primeiro ato de aquisição não é comercial e que o ato final de venda também não o é. Comerciais serão os atos de intermediação, de circulação da coisa; a revenda depois da primeira aquisição e a venda e revenda sucessivas é que formam a atividade comercial.

Sobre isto construiu êle aquela noção de ato de comércio que propõe à consideração do Congresso, como elemento básico para as reformas futuras da legislação comercial.

Pareceu-me que esta concepção de ato de comércio como sendo apenas aquêle que existe entre o ato inicial, em que o valor de con-

sumo é transformado em valor de troca, e o ato final, em que o valor de troca volta a ser ato de consumo, exclui, dentro do meu conceito, ao âmbito da regulamentação comercial, este primeiro ato e aquêlê último.

Nós teremos, em consequência, o ato misto inicial e teremos o ato misto final sujeitos a outra legislação. É uma dificuldade prática, pelo menos, que a nossa legislação procurou resolver, sujeitando o ato misto, integralmente, à legislação comercial e o considerando como um ato de comércio, por força da lei, pelo menos.

Contra êsses atos formalmente mercantis, ditados por força de lei, o professor Waldemar Arecha também se insurge. Entende êle que não deva haver essa classificação de atos: ou serão todos referentes à intermediação ou, se não forem referentes à intermediação, não serão atos de comércio. Exemplificando, diz que a nota promissória e as cambiais usadas pelo comerciante serão atos de comércio. Notas promissórias e letras de câmbio usadas pelos particulares não serão atos de comércio.

Nós temos aí, novamente, uma complicação, que o nosso Direito procurou resolver com o ato comercial por força de lei.

Além disso, admitindo como ato de comércio a intermediação de valores, a intermediação de crédito propriamente, especificamente, e repelindo a profissionalidade como característica do ato de comércio, parece-me que as empresas bancárias ficam numa situação dúbia, porque para que haja um banco é necessário a sua profissionalidade. Excluindo a profissionalidade, nós não poderemos entender a atividade bancária, como sujeita à lei comercial e às leis complementares, como sociedades sobre as quais legisla este conjunto de leis comerciais. Nós teríamos, então, aquela difusão de sociedades comerciais, simplesmente pelo tipo que adotaram, sociedades essas que, segundo êle explana, serão reguladas pela lei comercial quanto ao seu funcionamento, mas, nos seus atos específicos, nas suas atividades próprias, serão reguladas pela lei civil.

É, evidentemente, um outro aspecto em que o conceito restrito de ato de comércio, usado por êle, cria alguma confusão. Mas, excluindo da conceituação dada ao comércio o conteúdo de lucro, excluindo a profissionalidade, e aceitando apenas esta conceituação de intermediação, que melhormente nós diremos que é uma conceituação de empresa, o professor Waldemar Arecha formula um conceito de ato de comércio restrito, mas que dá uma base certa para dêle se partir. Êle, criando aquela situação que eu explanei, nos dá, em todo o caso, essa base. E daí se pode partir para esclarecer o âmbito mercantil, já com uma base acertada.

O autor apresenta-se evidentemente lúcido e sintético e se mostra encarando um assunto de máxima relevância. Com êsse afasta-

mento de vários elementos que nós consideramos como essenciais ao ato de comércio, procura atingir a uma diferença específica. É, pelo menos, a fixação de um ponto que se pode considerar devidamente alcançado.

Em consequência, merece ser recomendada a proposição oferecida, como contribuição valiosíssima para a fixação dêste conceito, debatido. Foi esta a conclusão a que chegou a Comissão, recomendando ao plenário a aprovação da tese, como subsídio à fixação do conceito de ato de comércio. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a proposição da Comissão.

O SR. FRANCISCO MACHADO — Eu pediria ao sr. relator que esclarecesse se a Comissão pede ao plenário a aprovação dos conceitos do autor da tese, ou apenas considera a tese como subsídio, não recomendando, entretanto, a adoção dos conceitos.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — O relator não recomenda a adoção dos conceitos. Apenas recomenda a tese como contribuição para a oportuna fixação do conceito de ato de comércio.

O SR. PRESIDENTE — Realmente, o professor Arecha tem uma concepção verdadeiramente revolucionária. Parece-me muito prudente a recomendação do sr. relator. Parece-me, que a tese merece um estudo mais aprofundado e demorado. A maior homenagem, muitas vezes, que merece um trabalho não é a aprovação, mas ser motivo de meditação.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Ser objeto de consideração.

O SR. PRESIDENTE — Exatamente. Submeto à consideração da Comissão. Se não houver objeções, vou considerá-la aprovada. (Pausa.) Aprovada.

ALGUNAS CUESTIONES MERCANTILES ANTE EL DERECHO

Salvador R. Perrotta

Professor Catedrático da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires

Desde ya me apresuro a aclarar que no presentaré problemas intrincados de derecho, ni complejas cuestiones de técnica jurídica. Por el contrario analizaré descarnadas de toda presentación exterior las cuestiones que a mi juicio revelan la necesidad de una previsión legislativa inmediata. Haré práctica mercantil y no derecho comercial.

Y agregaré aún algo más. "Hay materias en el derecho" — se dice — "en las cuales el jurista desempeña, por imposición de la naturaleza de las mismas, una función menos brillante, diríamos, que en otras en las cuales puede aspirar a asumir en la elaboración de las normas de derecho la mayor parte de las materias que integran lo que acostumbramos llamar derecho mercantil o comercial. En él por lo común, es de los propios intereses en juego que ha surgido y sigue surgiendo el material de renovación y perfeccionamiento de las reglas existentes, correspondiendo, entonces, al legislador o al jurisconsulto solamente la tarea de ir dando forma a las exigencias del ambiente, encauzando las nuevas instituciones en el marco de las existentes. Así, la letra de cambio, el cheque, la limitación de la responsabilidad en las sociedades, la representación del capital de éstas en títulos negociables, la prenda sin desplazamiento y tantas otras reformas introducidas en el derecho comercial tradicional, no han sido obra de abogados o de profesores de derecho, sino de comerciantes o industriales asociados por la necesidad de facilitar el desenvolvimiento de sus negocios. No es esa, por lo demás, una característica exclusiva del denominado derecho comercial. Se extiende a todo lo que podríamos nombrar con el derecho de la contratación, pues en todo el campo del derecho convencional el ingenio de los interesados es el que ha ido creando nuevas modalidades de las figuras jurídicas tradicionales. Al legislador y al jurista no le ha correspondido después más que la tarea de amoldarlas al régimen existente.

Eso, es precisamente, lo que ha ocurrido en la compra-venta y las muchas variedades que ella presenta tanto en la materia comun-

mente considerada comercial, como en la que es mantenida dentro del derecho común o civil, la cual es una de las tantas razones que fundamentan la pretensión de hacer desaparecer, respecto de ese contrato como de todos los demás, la separación de las dos grandes ramas tradicionales, que a su vez formaría parte de un derecho único del patrimonio" (1). Así se produce la regulación jurídica del comercio y el estudioso del derecho debe aspirar a secundar el esfuerzo de los interesados en la creación de normas exigidas por actuales necesidades.

O dicho en otros términos, la regulación del comercio mediante normas que como poder legislador sanciona el Congreso, surge de las necesidades del ambiente, de la práctica o de las costumbres. Hay algunas cuestiones resueltas en virtud de esas tres causas, pero que no tienen en la ley comercial previsión ni solución alguna, y sabemos bien que la legislación adelanta a veces, muy pocas o sigue a remolque de los acontecimientos o de los hechos económicos. No estamos en 1857, ni en 1862, ni en 1889, años en que se sanciona y reforma el Código de Comercio Argentino (2). — Hoy en 1950, se presentan multitud de problemas legislativos en que el interés público aparece estrechamente unido al de la justa regulación de la vinculación jurídica entre particulares que deben ser regidas por un Código. —

Tenemos así ante nosotros un panorama de realidad económica y social que plantea problemas y exige soluciones. Dentro de ellos hay algunos que correspondiendo al derecho mercantil reclaman solución legislativa impostergable. Se ha dicho así, con razón, que "El cuadro que presenta hoy la legislación comercial argentina es bien distinto del que ofrecía en 1889, al sancionarse el código de comercio vigente, y está más alejado todavía del que podría observarse, en 1873 al emprenderse la reforma del 1862, como consecuencia de la sanción del Código Civil en 1869. El profundo sacudimiento político sufrido por el mundo entero a raíz de la guerra de 1912 a 1918, ha originado no pocas reformas legislativas en el orden comercial, tanto en las naciones a las que tocó en su suerte ser actores, como en las que, aún desde el lugar de espectadores sufrieron más o menos directa o indirectamente las consecuencias de lo que algunos llegan, hoy, cuatro lustros más tarde, a calificar, por más de una razón, como regresión hacia el aislamiento medioeval. De los diversos sectores de la legislación, uno de los que con mayores motivos tenía que sentir los efectos, era el relacionado con el comercio,

(1) Dr. Carlos C. Malagarriga en Revista de Derecho Comercial, Bs. As. 1943, año IV, N.º 8, pág. 122.

(2) Cincuentenario de la Reforma al Código de Comercio de la República Argentina, Univ. de Bs. As. 1941, pág. 25.

en su más amplia acepción, porque es el que realiza el contacto y la relación entre las naciones, en el orden patrimonial y pecuniario, al propio tiempo que es la avanzada de contacto en el orden espiritual, y al que más directamente llegó el calor de la hoguera, como si fuere el edificio lindero al que se incendia”.

“Por los demás, es necesario convenir que por el desarrollo de nuestro país, y por el lugar que ocupa en el actual estado económico, estamos ya en el deber de crear paulatinamente nuestro derecho comercial propio, sin preocuparnos de que por este camino nuestras leyes sean o no idénticas a las que la mayoría o minoría de otros países, que también las tienen distintas por razón de sus propias necesidades, precisamente la misma razón que justifica la sanción de las nuestras.

Decir esto, no significa menospreciar el mérito que puedan tener las leyes extranjeras o las ideas de los pensadores que les han dado forma y redacción. Todo lo contrario; significa señalar la cordura y la prudencia que es lo que más debemos analizar para valorarlas, en el método de la elaboración de las leyes, para dictar las nuestras que respondan y sean eficaces para lo que necesitamos.

De esa manera en que insensiblemente han entrado las sanciones de nuestro Poder Legislativo, sin perseguir un deliberado propósito de crear el Derecho Comercial Argentino, es consecuencia, en el hecho, que asistimos hoy a un proceso de formación de un derecho que va tomando los contornos de una fisonomía propia y nacional. Debemos tener la pretensión que así suceda, y que ese derecho se forme no tanto por las concordancias de la legislación comparada, sino por ellas y su concordancia con nuestro medio ambiente y con el camino que toma nuestro país en su progreso”. (3).

Es que, desde 1946, se perfila en nuestro país una transformación en la estructura económica en cuanto a su fase industrial y comercial que reclama su cabida en los cuadros legislativos.

II

Tenemos en primer lugar, el principio jurídico de la limitación del riesgo, que viene aplicándose en el derecho mercantil con excelentes resultados; la práctica, ha comprobado que la limitación de los riesgos en los negocios sin dañar los intereses de los acreedores, favorece en general toda clase de empresa. Animados los comerciantes e industriales por las esperanzas de realizar beneficios con capitales puestos al servicio de una iniciativa, la audacia acompaña la certeza de no arriesgar toda la fortuna y su acción no se ve parali-

(3) Mario A. Rivarola. Tratado de Derecho Comercial Argentino, t. I, Introducción; 5.

zada por el temor de comprometer en los azares de un negocio toda una posición económica labrada quizás después de muchos años de trabajos e innumerables fatigas. (4).

Como consecuencia de ello ha surgido la idea de limitar la responsabilidad de un comerciante en su giro, solo al capital comprometido, creando la llamada “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”. —

La Cámara de Comercio de Buenos Aires en 1940 ya se dirigía al Congreso pidiendo que se dictara una ley sobre esa materia (5). — Debo advertir que en Inglaterra y en Alemania existen desde hace mucho tiempo, sociedades limitadas de un hombre solo, pues se llega a la conclusión de que hay una necesidad psicológica en ciertos individuos que prefieren trabajar aislados antes que en sociedad. Al no existir una ley que le permita a un hombre por sí a constituir una sociedad de responsabilidad limitada, se han visto obligados estos comerciantes que desean trabajar en tal sentido a formar sociedades con fraude de la ley. De ahí surgió la necesidad de dar solución legal al problema, sin los trastornos que se observan en la práctica cuando alguien utiliza a prestanombres. Esa realidad no se debe olvidar y hay que permitir a la persona que quiere limitar su responsabilidad el poder hacerlo sin necesidad de eludir la ley.

Pero se dirá cuales son las ventajas que reportaría la reglamentación legislativa de este asunto? A solo que se ahonde el problema, aparecen sus conveniencias. Así, favorece la iniciativa privada, evita la burla de la ley y el funcionamiento de sociedades ficticias cuyos capitales se han concentrado en una sola mano; ampara, como decía, a todos los hombres que no se avienen por su carácter o por su temperamento a unir sus esfuerzos y sus capitales a los de los demás y para quienes, este tipo de empresa abriría amplios horizontes a sus actividades.

Es innegable la moderna orientación en materia de restricción de la responsabilidad en el campo de las obligaciones jurídicas: el beneficio de inventario en la aceptación de la herencia, el abandono en el derecho marítimo, las sociedades de Responsabilidad Limitada y la reciente concepción sobre ente individual de responsabilidad limitada, pendiente de sanción legislativa en el Congreso, son exponentes de esa tendencia. Nada obsta pues, a que esa restricción se extienda también a la empresa individual que constituiría una nueva modalidad de empleo de capitales en el comercio y en la industria

(4) Juan C. Sorondo. La responsabilidad en las sociedades de responsabilidad limitada. Bs. As. 1940. Pág. 11 (Publicac. del Seminario de la Fac. de Derecho de Bs. As. N.º XVI).

(5) Guillermo Ball Lima. “Afectación limitada del patrimonio”. Bs. As. 1940. Prefacio del Dr Francisco Orione.

Se evitarían así los espectáculos de ver a un comerciante que, deseando limitar su responsabilidad a una pequeña parte de su fortuna en un negocio, busca un prestanombre amigo o pariente que le sirve para aparecer asociado con él y actúa en realidad individualmente, con una responsabilidad limitada en base a una sociedad de las que admiten dicha limitación (6).

No debe olvidarse que las empresas de este tipo han tenido franco éxito en Inglaterra y en Alemania constituídas generalmente para apoyar el fomento comercial, cuando la industria objeto de la sociedad, presupone un riesgo de capital y resulta necesario limitarlo. Agregaré que las instituciones profesionales se han pronunciado también sobre este asunto; la 5.ª Conferencia Nacional de Abogados de Santa Fe 1940, en su resolución 7.ª declaró que: “es conveniente instituir en nuestra legislación como persona de existencia ideal la empresa individual de Responsabilidad Limitada” con el concepto de que “una persona física puede fundarla y responder con el capital que le asigne como patrimonio separado por las obligaciones derivadas de la explotación” (7).

El Primer Congreso de Derecho Comercial constituido por juristas, profesores, expertos y magistrados, reunido en Buenos Aires en 1940 bajo los auspicios de la Universidad de Buenos Aires, en su resolución 18 declaró: “que conviene propiciar la institución legal de la empresa unipersonal con responsabilidad limitada” (8).

Existen incluso, proyectos de leyes muy completos (9), de tal modo que, es de esperar una saludable reacción que convierta en sanción legislativa esta necesidad.

III

El comercio internacional alcanza en el curso de este siglo un desarrollo inusitado facilitado por la rapidez y seguridad de las comunicaciones y la posibilidad de transportar grandes cantidades de mercaderías (10). La transformación se ha operado sobre todo en las grandes velocidades buscadas por todos los intereses vinculados al comercio, con lo que se impulsa y facilitan las transacciones. Aunque en un futuro próximo la Aeronavegación supere y remplace el transporte marítimo, por ahora este sigue siendo el más importante y económico en el comercio internacional. Las instituciones del derecho

(6) Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial. Actas; Bs. As. 1940, t. II, pág. 418.

(7) Actas, pág. 444.

(8) Actas, t. II, pág. 458.

(9) G. Ball Lima, ob. cit. pág. 143-145. W. Arecha en Revista Derecho Comercial. Bs. As. 1942. Año III. N.º 6. pág. 123. Diputado M. Oscar Rosito (Cámara Diput.

(10) Pedro E. Torres. El crédito documentado. Bs. As. 1942, pág. 17. 11-9-1940, p. 2801). — A. Martins Filho: “Limitação da Responsabilidade”.

comercial han tenido siempre la elasticidad requerida para el progreso de los negocios y frente a un nuevo aspecto de las transacciones se han suministrado satisfactoriamente las bases jurídicas para organizarlo en forma adecuada a la realidad y conveniente para la economía.

A ello se suman las complicaciones originadas en el comercio exterior particularmente marítimo, por las guerras de 1914, 1939 (hundimientos); bloqueos; prohibiciones; escasez de materias primas, de envases y de bodegas etc. y quizás también — aunque en menor grado — ciertos empeoramientos de la moral comercial perturbando así, el ambiente de confianza internacional; todo lo cual ha hecho surgir una nueva institución: el crédito documentado; regido hoy por normas y prácticas mercantiles como las aprobadas en Viena en 1933 por la Cámara de Comercio Internacional (11).

El Comité de Bancos de la Capital Federal sometió a la Asociación de Bancos de nuestro país, 17 reglas que merecieron la aprobación correspondiente, expresando la última de ellas: “Los usos y costumbres establecidos en las normas anteriores se considerarán incorporados a toda orden de crédito precedentemente del extranjero en cuanto no fuesen expresamente modificados por dicha orden”.

También se pronunció en el sentido de sancionar prácticas obligatorias la Conferencia de Montevideo de 1941 para las asociaciones americanas de comercio y producción.

La 2.ª Conferencia Nacional de Abogados reunida en Córdoba en 1926 y la 1.ª Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires de 1943, dictaron igualmente la necesidad de una ley sobre la materia de carácter imperioso, afirmando que “la situación actual del comercio mantiene esa urgente necesidad pues el crédito documentado sólo se rige por normas bancarias que no llenan debidamente esa finalidad”.

Como es lógico se trata en el caso de proteger y ayudar al comerciante argentino frente a los importadores extranjeros.

Pero, en que consiste este crédito?

La forma más usual de su empleo en el comercio se produce cuando, un comprador que debe recibir la mercadería conviene con un banco que se obligue ante el remitente a pagarle una suma determinada contra la presentación de documentos representativos de la mercadería, garantizando ésta al Banco la reintegración de lo pagado, por parte del comprador.

Ocurre a veces que esa obligación la cumple el Banco por medio de otro Banco, el que se limita a ejecutar la obligación del Banco

(11) Juan Roth. “El problema del crédito documentado” en Regista de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1943, Pág. 7 a 55.

principal o a actuar en nombre del mismo o añadir su propia responsabilidad, tres situaciones diferentes y de distinta naturaleza jurídica para ese otro Banco que toma el nombre de Banco notificador.

Esa operación que sintéticamente acabo de explicar es conocida con el nombre de crédito documentador.

“Ninguna ingerencia se atribuye al Banco acreditante en la ejecución del contrato originario que liga al ordenante (comprador) y al beneficiario (vendedor). La función del Banco se limita a cumplir a nombre propio la convención celebrada con el ordenante y a su vez el Banco compromete con el beneficiario, o sea, el pago de una suma de dinero contra la presentación de documentos capaces de representar simbólicamente la mercadería y de transferir su dominio.

IV

“La existencia de la gran industria y del gran comercio, ya concentrado en un país para abastecer al mundo, ya diseminado en varios países para satisfacer necesidades comunes sólo se explica por la posibilidad de agrupar grandes capitales dedicados a una misma especulación industrial o comercial y con una dirección central común”.

La “acción” es la institución jurídica que ha permitido esa concentración de capitales base fundamental de la civilización mecánica (12).

En la actualidad se practica una nueva modalidad: las acciones de voto múltiple o plural que escapan a toda reglamentación legal y cuya práctica se difunde ante el silencio del código.

Con ella, es posible disponer de más de un voto, facilitando el manejo de la sociedad y acordando las siguientes ventajas:

- 1.º — Permitir la concentración comercial e industrial.
- 2.º — Garantizar a los fundadores la permanencia de su dirección e influencia asegurando de tal modo la posibilidad de una gestión continuada e uniforme, y la permanencia de una orientación en la empresa.
- 3.º — Justifica una retribución al mérito personal del fundador.
- 4.º — Se allanan las dificultades que plantean la ausencia de los accionistas especialmente de los pequeños.

Se impone por lo tanto la sanción de leyes que reglamenten su emisión y mecanismo.

En el Brasil conforme al texto del artículo 141 de la ley de 1891 sobre sociedades, ésta institución no habría sido admitida.

(12) I. Winizky. Acciones de voto privilegiado. Buenos Aires, 1936.

Mazeaud (13) sostiene que dicha disposición las prohíbe, principio que estaría ratificado por el decreto 21.536 de 1932.

Winizky (14) considera que la legislación la acepta, en virtud del artículo 3.º de dicho decreto.

CONCLUSION

Resumiendo todo lo expuesto podemos sentar las siguientes premisas:

- a) La regulación jurídica del comercio debe responder a las exigencias del momento y a las necesidades del ambiente;
- b) En Argentina y Brasil tres instituciones mercantiles practicadas y reconocidas por los usos reclaman imperiosamente una sanción legislativa ya sea por la reforma íntegra del Código de Comercio o mediante leyes especiales: la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, el Crédito documentado y las acciones de Voto Múltiple.

Esperemos que así suceda para bien del progreso jurídico-económico de las Naciones.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: HERNANI ESTRELLA

O Prof. SALVADOR R. PERROTTA, catedrático da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires, apresenta à consideração deste Congresso o trabalho ALGUNAS CUESTIONES MERCANTILES ANTE EL DERECHO, no qual, após deduzir lúcidas considerações sobre o progressivo e constante evoluer da exuberante vida mercantil, em contraste flagrante com a lentidão com que se processam as normas de direito positivo, que deveriam discipliná-la, sugere o estudo e ulterior consagração nos direitos mercantis argentino e brasileiro das seguintes instituições:

- 1.ª — Empresa individual de responsabilidade limitada;
- 2.ª — Crédito bancário confirmado;
- 3.ª — Ações de voto múltiplo ou plural.

(13) Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux. Paris 1929. 2.ª ed. p. 201.
(14) ob. cit. p. 65.

Na motivação que constitui pressuposto lógico-jurídico da conclusão, o autor lembra, com muita exatidão e propriedade, que, atento o caráter normativo do direito, este deve, tanto quanto possível, dar satisfação às exigências da realidade objetiva. E, em nenhuma outra ordem de relações, mais do que na esfera do tráfico, no mundo dos negócios, o jurista desempenha uma função, quase diríamos, puramente receptiva, eis que, na elaboração das normas de direito positivo, deve se ater às aquisições da prática contratual, dos usos e costumes, que vêm a ser, afinal, o fato gerador da norma e a própria razão de sua existência.

Dessarte, e no que tange a cada uma das instituições lembradas na comunicação em exame, cumpre não olvidar:

I) O progressivo alargamento do conceito de limitação do risco (*latu sensu*), tem sido aplicado com excelentes resultados e do mais variado modo. Assim, nas sociedades individualistas, através das formas comanditárias, acionárias e, ulteriormente, limitadas; de igual maneira e para o comércio marítimo, o abandono, o seguro, e, ainda, as cláusulas de franquia ou de exclusão da responsabilidade.

A generalização dessa tendência transpôs já o âmbito do direito mercantil, vindo a repercutir até mesmo no campo do direito público, como parece suceder, relativamente, à responsabilidade da pública administração, que, embora não liberta de todo em todo, cuida construí-la sob bases que se inspiram no propósito de mitigar a extensão dessa mesma responsabilidade.

É, porém, no comércio, pela própria álea a que está exposto, onde essa preocupação teve e vem tendo a mais larga aplicação. Todavia, aquela conhecida inércia jurídica, tão bem analisada por *Jhering*, faz com que o direito positivo só evolua lentamente, daqui que os instrumentos técnicos, as fórmulas por ele oferecidas não correspondam, em atualidade, às novas exigências da vida prática. Esta, porém, não se pode deter e, por isso, procura satisfação afeiçoando institutos já existentes às novas situações.

Fenômeno desta ordem é o que se verifica nos casos, cada vez mais frequentes, das chamadas *sociedades fictícias* ou *unipessoais*.

A insuficiência dos sistemas legislativos vigentes, por um lado, e, pelo outro, o desejo do comerciante singular de limitar o risco na exploração de empresa individual, geraram o problema que tão diversamente tem sido encarado pela doutrina.

Já em várias proposições legislativas, tem-se procurado resolvê-lo em termos de lei, seja proscrevendo-o de modo absoluto, seja admitindo-o, com maior ou menor amplitude.

Aliás, em certa medida, já está consagrado, nas legislações mais recentes, como no Código Civil italiano e na lei brasileira de 1940.

E' questão da maior relevância e assaz complexa.

Merece detido exame e sisuda meditação.

No caso presente, conviria apreciar a proposta do *Prof. Perrotta* juntamente com a sugestão idêntica, trazida a este Congresso.

II) No comércio internacional nasceu, desenvolveu-se e vem se aperfeiçoando a prática da compra e venda mediante crédito bancário confirmado. Dêste jeito, logra o vendedor assegurar-se do recebimento do preço, fugindo à fé do comprador e a todos os inconvenientes a que, não raro, ficava exposto, mesmo no sistema de pagamento contra documentos.

Muito se há discutido sobre qual a natureza jurídica de semelhante contrato.

Teorias várias urdiram-se, na tentativa de explicá-lo pelas figuras já conhecidas. Ainda aqui se faz sentir a influência da chamada lei de economia jurídica, apostada por *JHERING*, expediente por meio do qual, servindo-se de institutos já conhecidos, se intenta adaptá-los à nova situação.

Isto vem confirmar que os fatos andam sempre na frente do direito. A este cabe, pois, os encarar como fundamento de suas precauções.

Nesta ordem de considerações, propõe o *Prof. PERROTTA* que se considere a conveniência de trazer, para o quadro do direito mercantil argentino e brasileiro, o crédito *bancário confirmado*, dando-lhe adequada disciplina legal.

III) Como se sabe, as sociedades por ações têm, nos títulos de participação, o instrumento técnico-legal que concretiza *uti singuli* o complexo de direitos de cada um dos participantes. Essas organizações coletivas são, por motivos óbvios, dominadas pela lei do maior número.

Bem que muitas sejam as restrições que se opõem ao poder deliberante das maiorias, entretanto, várias são as hipóteses em que sua atuação é decisiva e inapelável. Exemplo disso, é a constante preocupação dos diversos sistemas legislativos por uma melhor tutela das minorias.

A conveniência da concentração comercial e também da garantia de permanência da direção da empresa nas mãos dos fundadores, ou de certo grupo particular, têm sugerido expedientes diversos, entre os quais o das ações de voto múltiplo ou plural.

Neste último sentido é a sugestão em análise, na qual se recorre a que, à margem da regulamentação, vem sendo difundida na prática.

Pelo que respeita ao direito brasileiro, a espécie está expressamente vedada. (Decretos-leis ns. 21.536, 15/6/1932 e 2.627, 26/9/1940, arts. 1.º, § 4.º e 8.º, § único).

Consoante o direito pátrio, estabelece-se aqui sinonímia entre.

voto plural e voto múltiplo, embora seja, talvez, mais correto distinguir as duas hipóteses que apresentam marcadas diferenças.

Apreciando, agora em conjunto, as três proposições contidas na tese, entende a Comissão:

a) que, considerando, por um lado, o fundo comum que inspira a legislação mercantil das Nações latino-americanas e, em razão disso, também, as muitas similitudes, que apresentam as respectivas leis e, por outro lado, considerando que instituições, como a do *crédito bancário confirmado*, têm acentuado enderêço *internacional*;

b) que muito poderia concerrar para o aprimoramento das salutaras relações, já existentes entre êsses países, a adoção de normas uniformes sôbre muitas matérias pertinentes ao comércio;

c) que são atendíveis, por oportunas e bem fundamentadas, as sugestões contidas na tese em aprêço, alvitra que o Congresso recomende a possível realização de uma conferência dos países latino-americanos, para o estudo e eventual adoção de regras uniformes acêrca daquelas instituições mercantis que, mais diretamente, possam convir ao fim colimado.

Sala das sessões da Comissão de Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado, na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

Pôrto Alegre, 12 de agosto de 1950.

Hernani Estrella — Relator
Júlio Cesar Bonazzola
Antônio Martins Filho
Henrique Rupp Júnior
Ney Wiedmann

DEBATES EM PLENÁRIO

(Deixa a presidência o sr. Júlio César Bonazzola, assumindo-a o sr. Waldemar Ferreira, que acabara de apresentar o seu trabalho sôbre “Centenário do Código Comercial do Brasil”).

O SR. PRESIDENTE — Vai se discutir, agora, a tese relatada pelo sr. professor Hernani Estrella. Tem a palavra o professor Hernani Estrella.

O SR. HERNANI ESTRELLA — Sr. professor Presidente, srs. professores congressistas, meus senhores, ilustrados colegas, queridos alunos:

Como um modesto professor desta Faculdade, integrando a Co-

missão de Direito Mercantil e Direito Mercantil Comparado, coube-me relatar a tese do laureado professor argentino, sr. Salvador Perrotta, catedrático da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires, que apresentou à consideração dêste Congresso o trabalho: *ALGUNAS CUESTIONES MERCANTILES ANTE EL DERECHO*.

Desejo salientar, à margem do parecer, que houve uma feliz coincidência entre a sugestão do ilustrado professor argentino e a do nosso patricio, laureado catedrático de Direito Comercial da conspícua Faculdade do Ceará, que nos honra com a sua presença e ilustra êste Congresso com a valia da sua cultura.

Êste eminente colega apresentou, a meu desvalioso juízo, o mais opulento e exaustivo trabalho que já se escreveu na língua pátria sôbre o tema em causa, isto é, a responsabilidade limitada da empresa comercial individual ou do sujeito singular comerciante, como preferiria eu, para não contrair compromissos com o conceito algo tanto equívoco de empresa.

Farei a leitura do modesto parecer. (*Lê*)

E' o parecer que mereceu a honra de ser aprovado por todos os membros da Comissão. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão o parecer com as suas respectivas conclusões. Acontece, entretanto, que a Comissão entendeu que a primeira parte da proposição do professor Salvador Perrotta, da República Argentina, coincidia exatamente com a mesma conclusão da tese apresentada pelo professor Martins Filho.

Nessas condições, esta primeira parte das proposições dos professores Salvador Perrotta e Martins Filho, foram discutidas conjuntamente. A Comissão chegou, neste particular, à seguinte conclusão:

“Conclusão: A Comissão aceita, em princípio, a conclusão da tese do professor Martins Filho, que é igual à tese do professor Salvador Perrotta, “empresa individual de responsabilidade limitada”, mas recomenda que o assunto seja estudado e resolvido de molde a assegurar convenientemente os direitos de terceiro”.

Foi esta, em resumo, a conclusão aprovada pela quase unanimidade de votos, porque houve um só divergente, que foi o meu, nestes têrmos: “Louvo o trabalho do professor Martins Filho, sôbre empresa individual de responsabilidade limitada, mas dirijo de sua conclusão, parecendo-me que a lei não deve sufragar tal instituto antes de tomar medidas que tutelem o crédito. Não compreendo que se limite a responsabilidade do comerciante sem que também se limite as suas possibilidades de contrair dívidas. De outro lado, não compreendo que se outorguem aos comerciantes vantagens de

que não gozam os não comerciantes, que exercitam atividades econômicas de maiores riscos, como por exemplo, as agrícolas”.

Eis a conclusão que está em debate. Darei a palavra a quem dela quiser fazer uso.

O SR. HERNANI ESTRELLA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. HERNANI ESTRELLA — Eu votei de acôrdo com a maioria, no sentido de que a proposição em causa devia ser oferecida, recomendada como objeto de legislação futura, com as ressalvas constantes da conclusão do parecer. Mas desejo esclarecer — e isto já fiz pessoalmente ao eminente autor da tese — que aceito esta conclusão com abstração da palavra “empêsa”. Eu não desejo contrair nenhum compromisso, nem mesmo fazer nenhuma insinuação ao legislador futuro, que deva legislar a respeito da emprêsa no sentido de “entidade”.

Esta ressalva já tive a lealdade de explicar ao ilustre autor da tese e eu a mantenho. Era o que desejava dizer.

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. JOSÉ LUIZ MARTINS COSTA — Sr. Presidente. Foi com a maior atenção que li o brilhante trabalho do professor Martins Filho. Fiquei verdadeiramente encantado pela maneira segura com que êle expôs a sua tese, e os conceitos interessantes que emitiu na sustentação da sua proposição.

Devo, entretanto, fazer alguns reparos com relação às conclusões. S. Excia. parece que sustenta que a responsabilidade limitada da emprêsa deve derivar necessariamente da personalidade jurídica da mesma. A meu ver não seria possível chegar a esta premissa, porque, dada a natureza do patrimônio, como verdadeiro atributo da personalidade e sua natureza indivisível, de tal forma que se transfere pela morte ao herdeiro, não compreenderia essa responsabilidade limitada sem a premissa da personalidade atribuída à emprêsa. Mas, aqui, exatamente, está a dificuldade que se me apresenta: — dar personalidade jurídica à emprêsa me parece de certo modo anômalo, data vênia, porque a personalidade jurídica sem o fim coletivo não me parece realizável. Pelo menos êsses são os conceitos clássicos que fundamentam êsse Instituto: vontade coletiva, órgão coletivo e fim coletivo. Com relação à vontade e a respeito da fundação, como que há uma ficção: a vontade do instituidor operando como estipulação em favor de terceiros, mas sempre o órgão coletivo e o fim coletivo se manifestam.

Quanto às demais figuras da personalidade, sempre vamos

encontrar êstes três requisitos: vontade coletiva, órgão coletivo e fim coletivo. Ora, relativamente à emprêsa particular não encontro êsse requisito, que considero fundamental, essencial, na personalidade jurídica.

Gostaria de ouvir o eminente professor a respeito desta dificuldade, para, se possível, aderir, com a maior satisfação, à sua conclusão.

Era o que eu tinha a salientar. (Palmas).

O SR. MARTINS FILHO — Peço a palavra.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o ilustre professor.

O SR. MARTINS FILHO — Oportunamente, quando for submetida à discussão a minha tese, que apresenta tantas afinidades com a do professor Perrota, responderei ao dr. Martins Costa, aduzindo os argumentos que parece confortarem a meu ponto de vista.

NECESSIDADE DA UNIDADE DE CRITÉRIO NA SUB-ROGAÇÃO LEGAL, EM FACE DO DIREITO CIVIL E DIREITO COMERCIAL

Ernesto Martins Vieira

Professor Catedrático de Direito Comercial da
Faculdade de Direito de Goiaz.

Longe de nós a pretensão de dissertar sobre sub-rogação, perante reunião de tão sábios membros.

Apenas queremos consignar a diversidade de princípios adotados no Direito Civil e no Direito Comercial, dar relêvo à extravagância e afinal propor a unidade de preceitos.

Não é justo que situações semelhantes, situações absolutamente idênticas tenham soluções diferentes, só pelo fato de se tratar de transação puramente civil ou exclusivamente comercial. As obrigações, sejam civis ou comerciais, no que tange à sua anatomia, fisiologia e patologia, pouca diferença apresentam, não sendo, portanto, razoável, que, nos efeitos produzidos por pagamento de terceiro, haja tão radical diversificação de preceitos.

Natural é que se adaptem as leis para uma uniformidade, perfeitamente consentânea com a moral e com os princípios gerais de Direito.

Não iremos historiar a vida do instituto, chamado sub-rogação, através os tempos. Nem apontaremos a deficiência do Direito Romano; nem os delineamentos avançados de Pothier, Dumoulin e Loyseau, fornecendo bases para o Código Napoleônico e da Sardenha; nem criticaremos os Madia, Grappe e Merlin confundindo sub-rogação com cessão ou com novação; também não examinaremos o art. 436 do Código Comercial onde se usa da aberrante expressão "cessionário sub-rogado". Deixaremos de parte a evolução do instituto para focalizá-lo frente aos Códigos modernos e aos ensinamentos dos juristas que ainda dão lições à atualidade, como Aubry et Rau, Laurent, Baudry Lacantinerie et Barde, Giorgio Giorgi, e, entre os nossos, os dois Carvalho Mendonça, Carvalho dos Santos, Beviláqua, Lacerda de Almeida, etc. etc.

Pelos ensinamentos dos mestres e pelo Código Civil, a sub-rogação pode ser legal ou convencional. Para que se opere a legal, é indispensável que haja um interesse na pessoa que efetua o pagamento. Sem que este interesse interfira, não caberá a sub-rogação legal; então só se poderá falar em sub-rogação convencional, que, como indica a expressão, resultará do assentimento expresso do credor pago, ou do devedor quando este recebe de terceiro dinheiro para pagar uma dívida com a condição declarada de que o fornecedor do numerário fique sub-rogado na dívida liquidada em face do credor originário.

A sub-rogação legal (este é o assunto principal deste trabalho) decorre somente de um pagamento por quem tivesse imediato interesse em fazê-lo, interesse ligado à própria dívida. Assim se estabelece em favor do "credor que paga a dívida do devedor comum ao credor, a quem competia o direito de preferência", "do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário" e finalmente do "terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte" (art. 985 do C. Civil.)

Fora destes estritos casos, em lei enumerados, não há como se falar em sub-rogação legal. Um terceiro que, sem qualquer dos interesses apontados naquele dispositivo legal, viesse a pagar uma dívida alheia, não se investiria em qualquer direito do credor satisfeito. Com base no pagamento somente poderá recuperar o dispendido por via da alegação do enriquecimento indébito.

Quem por liberalidade pagou, nenhum direito adquiriu proveniente da pessoa que recebeu. O direito, de que se reveste contra o devedor beneficiado pelo pagamento, só se estriba na proibição do locupletamento indébito.

Este é o princípio do Direito Civil.

Diferente é o Direito Comercial, quando institui as letras de câmbio e as notas promissórias.

A sub-rogação legal, no Direito Civil, só e exclusivamente, se funda no interesse que teria quem paga, na liquidação da dívida, pouco importando que varios sejam os devedores, pouco importando a natureza do elo obrigacional jungindo todos os co-devedores numa única obrigação.

O Direito Cambiário dispensa a interveniência do interesse, para que se opere a sub-rogação pleno jure. O simples fato do pagamento, nada mais, cria direitos a favor de quem pagou, sem que a menor sombra de interesse econômico o levasse àquela liberalidade.

O interveniente, no Direito Cambiário, é pessoa completamente estranha ao título, que, entretanto, aparece voluntariamente para pagar (falemos simplesmente da intervenção no pagamento e não no aceite) o valor expresso no título, sem que nenhum interesse, aparente ou escondido, o levasse à prática do ato.

Pelas regras do Direito Civil, o interveniente jamais se sub-ro-garia nos direitos expressos pelo título de dívida. Adquiria, quando muito e tão-sòmente, um direito de ressarcimento com base no enriquecimento indébito.

No Direito Cambiário há hipóteses em que o interventor muito legalmente se investe dos direitos consignados na letra de câmbio ou na nota promissória por êle paga.

O art. 35 da lei 2.044 institui, conforma e dá efeitos ao pagamento por interventor e o § 1.º, bem como e principalmente o § único do art. 40, indica o direito creditorial, em benefício do interventor, e por decorrência exclusiva do pagamento.

A sub-rogação legal está perfeitamente instituída pelo § único do art. 40: "O interveniente voluntário que paga, *fica sub-rogado* em todos os direitos daquele cuja firma foi por êle honrada".

Eis gritante a diversidade de princípios nos dois departamentos jurídicos.

Abramos um parêntesis para consignar que o momento não é oportuno para o exame da desinteligência que há entre nossos commercialistas no tocante à amplitude dessa sub-rogação. Entendem uns, com Magarinos Tôrres à frente, que o interveniente, sempre e invariavelmente se sub-roga nos direitos daquele credor que foi pago; entendem outros, chefiados por Whitacker, que a sub-rogação se dá nos direitos daquele, cuja firma foi honrada pelo interveniente. Para uns transmitem-se, pela sub-rogação legal, os direitos daquele a quem se pagou; para outros, os direitos daquele por quem se pagou. Os primeiros se escravizam ao Pacto Uniforme de Haya, os últimos só fitam o § único do art. 40. Temos para nós, ao que pese a unanimidade dos escritores, que ambas as doutrinas pecam. A dos primeiros é inteiramente fruto de um engano, ou melhor de uma preocupação absoluta de aplicar direito alienígena, embora repellido expressamente por nossa legislação. A dos segundos amplia conceitos e os estabelece rígidos e infrangíveis, quando a lei muito claramente distingue hipóteses diferentes para diferentes conseqüências. Se a intervenção surge quando o título está em protesto, ou seja em momento perigoso para o crédito e bom nome dos devedores, o interveniente sòmente "desonera da responsabilidade cambial todos os co-obrigados posteriores" à firma que foi por êle honrada. Portanto, se desobriga os posteriores sòmente, não desobriga positivamente a própria firma que foi honrada. Nesta hipótese, em conseqüência a sub-rogação abrange os direitos do portador do título, mas apenas compreendendo o devedor honrado e todos os co-devedores que lhe forem anteriores. Se, entretanto, a intervenção se dá por ato de absoluta liberalidade, sem qualquer premência a envolver os nomes dos obrigados (entendimento da expressão — voluntário — do § único do art. 40)

ficam de sob-rogados todos os devedores *desde o que fôra honrado* e os demais que lhe são posteriores. Persistem como obrigados os devedores anteriores àquele cuja firma foi honrada.

Para o trabalho atual não tem interêsse esta divergência de opiniões, pois que ela se projeta na maior ou menor amplitude dos direitos transmitidos pela sub-rogação. O que importa é frisar que no Direito Cambiário há a sub-rogação legal em favor de um pagador, sem qualquer interêsse na dívida paga. E importa muito também dar relêvo e repetir que tal conseqüência não se verificaria jamais perante o Direito Civil.

Ante a disparidade, é de se perguntar: para onde pender? para as regras do Direito Civil ou para as do Direito Cambiário?

Somos de opinião que se devam adotar os princípios do Direito Cambiário, tal como o nosso direito prescreve, abandonadas as normas gerais traçadas pelo Pacto Uniforme de Haya, a fim de se evitarem as criações de negócios vantajosos, quiçá perseguições, por parte de quem disponha de numerário, contra inimigos que sejam devedores perante terceiros.

Quem paga uma dívida alheia, sem que para tanto tivesse a mais remota obrigação, pratica um ato de liberalidade e, para que seja realmente liberalidade, êle não se investe de direitos contra a pessoa em cujo benefício efetuou o pagamento, mas assume a sua posição na relação obrigacional, sub-rogando-se nos seus direitos contra possíveis co-obrigados anteriores, e desonerando qualquer outro desobrigado posterior.

Deverá o interveniente determinar o nome do devedor que é honrado por seu pagamento e, se o não fizer, entender-se-á que beneficiou os devedores principais.

Esta regra deveria prevalecer em qualquer hipótese e em qualquer momento, estivessem ou não os devedores na iminência de protestos ou de execução, prevalecendo a opinião sustentada por José Maria Whitacker e decorrente do § único do art. 40 da lei 2.044, sem o restritivo da última parte do § 1.º do art. 35 da cit. lei.

Se o beneficiado fôr o devedor principal, sem portanto qualquer direito creditório em que possa se investir o interventor, restará a êste um crédito contra o favorecido, mas com exclusivo assento no enriquecimento indébito, sem nenhum traço ligando seu crédito com a dívida saldada.

Desta sorte, parece-nos, ficam respeitados todos os elementos, que concorrem ao inesperado e gracioso aparecimento do interventor.

A liberalidade não se transmuda em arma contra o beneficiado, evitados assim os temores de Giórgio Giórgi, ao mesmo passo que

a vontade de agraciar só recai na pessoa visada ou naqueles que, contra esta, poderiam usar do direito regressivo, mantendo simultaneamente vívida a obrigação dos que, contra quem, o beneficiado poderia agir para exigir a satisfação da obrigação.

A vontade do generoso interveniente ficará inteiramente respeitada e só limitada pela munificência amplamente interpretada.

No Brasil, quiçá na América Latina, se pode adotar semelhante doutrina, porque aqui se compreende e se admite a magnanimidade a distribuir manirrotamente favores, sem visar proveitos, sem especular vantagens. Somos um povo capaz de consignar, em 1908, um § único do art. 40 da lei 2.044, contrariando o espírito ganancioso e egoístico do europeu, estampado no Pacto Uniforme de Haya, de 1907, e na Conferência Internacional para Unificação do Direito Cambiário, de Genebra, de 1930.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: BRUNO DE MENDONÇA LIMA

O autor mostra a divergência que há entre as normas que disciplinam a sub-rogação legal, conforme se trate de dívida civil ou dívida cambial. Recorda a conhecida distinção entre sub-rogação legal e sub-rogação convencional. De acôrdo com a lei civil (Cód. Civ. art. 985), a sub-rogação legal só se opera, quando o terceiro que paga tem interesse ligado à própria dívida, como por exemplo, o adquirente do imóvel hipotecado que paga ao credor hipotecário. Fora de tais casos, o terceiro que paga por mera liberalidade, não se torna sub-rogado, e só tem contra o devedor ação de locupletamento. Em Direito Comercial, relativamente aos títulos cambiários, o pagamento feito por terceiro, tenha ou não algum interesse ligado à dívida, como o interveniente, opera a sub-rogação. Analisa os efeitos da intervenção, e as divergências existentes entre os doutos a respeito. Distingue a situação do interveniente que paga um título na iminência de protesto, da situação do que paga sem que haja essa situação de constrangimento.

Entende que deveria sempre prevalecer a regra segundo a qual o interveniente deverá determinar o nome do devedor que é honrado pelo pagamento de terceiro, e se o não fizer, entender-se-á que beneficiou o devedor principal. Mostra que a nossa lei cambial de 1908 admite a intervenção desinteressada e liberal, o que já não acontece com o Pacto da Lei Uniforme de Haia e com o que foi resolvido na Conferência Internacional para unificação do Direito Cambiário (Genebra, 1930).

Propõe o autor da tese que aquêle que paga dívida alheia, sem que tenha a mais remota obrigação de pagá-la, assuma posição na relação obrigacional, sub-rogando-se nos seus direitos contra possíveis co-obrigados anteriores, e desonerando qualquer outro desobrigado posterior, disciplinando-se a sub-rogação pelas mesmas regras, quer se trate de obrigação civil ou comercial, cambial ou não.

A tese aborda um dos muitos casos em que relações ou situações jurídicas idênticas são disciplinadas de modo diverso pelo Direito Civil e pelo Direito Comercial. É o que acontece também com diversos casos de prescrição e até com a admissibilidade da prova testemunhal.

Sem dúvida é aconselhável tais divergências irem desaparecendo e que se conservem apenas aquelas em que a índole dos institutos exija a distinção.

Assim, parece-me aceitável que o legislador estabeleça um critério único para a sub-rogação, quer se trate de obrigação civil, quer de obrigação comercial.

Bruno de Mendonça Lima
Faculdade de Direito de Pelotas.

Discutido e aprovado o parecer do sr. relator e recomendada a sua aprovação ao plenário.

Pôrto Alegre, 17 de agosto de 1950.

Antônio Martins Filho
Paulo Barbosa Lessa
José Baptista Neto

CÓDIGO DE OBRIGAÇÕES

Ernesto Martins Vieira

Professor Catedrático de Direito Comercial da
Faculdade de Direito de Goiaz.

Sob o império das Ordenações três vèzes seculares, viveu o Brasil até 1917, quando teve vigência o Código Civil, admirável monumento jurídico, para a época. Para 1850 o Código Comercial representa um trabalho que exalta seus confeccionadores.

Mas o mundo tem vivido com intensidade e a ciência, nestes últimos 50 anos, progrediu assombrosamente, indo ao extremo da produção da energia pela desintegração atômica. Com a transformação da matéria em energia, não se adquire um triunfo com repercussões de ordem puramente material. Um espantoso problema filosófico está pôsto ante a Humanidade, que sempre se calçou em um mundo de matéria em cata de pontos fixos na imobilidade. A nova civilização, que se anuncia através guerras cruentas e atrocíssimas para que dos escombros do passado se possa estruturar o futuro; a nova civilização terá apoio na energia, onde estará o ponto fixo das novas construções materiais e conceptuais. No setor do pensamento, ver-se-á que a verdade não se estratifica num ponto inerte do absoluto, mas se constitui de uma trajetória, sempre em busca de novos avanços, num transformismo constante, numa evolução sem descontinuar.

A lei ascende e se transmuda e, amanhã, a presente justiça, formal e coercitiva, passará a ser violação e agressão, porque novos e mais profundos equilíbrios serão descobertos à humanidade. A própria guerra, suprema manifestação da brutalidade dos povos atualmente, se diz justa e justa realmente é pelo único motivo de se constituir em esforço por alcançar maior perfeição, dentro da qual será possível sua radical supressão.

A evolução não cessa, não tem cansar, e, se parece amortecida e inerte, é porque está cristalizando forças para ganhar em intensidade o que perdeu em tempo. Sua ação recai nas coletividades e nos indivíduos, suprimindo sempre a violência e o egoísmo, por serem expressões emperradoras do evoluer crescente. Se da violência e do egoísmo, o indivíduo aufere vantagens, todavia sofre, si-

multâneamente, os seus danos, e êsses deixam funda impressão nos instintos, criando uma reação natural em prol da eliminação das causas de seus males. Eis surgente a idéia da utilidade coletiva com assento na supressão do abuso individual e, com ela, a progressiva, constante e reiterada eliminação dos ímpetos egoísticos. Esta a razão pela qual o direito se institui, se modifica e sempre adquire novas formas, impregnando-se cada vez mais de crescente dose de ética, dentro da qual culpa é retrocesso e virtude avanço.

A evolução persiste sempre, teimosa e renitente, e aí está a razão pela qual o Direito é uma formação contínua, sendo a codificação mera tentativa. Agora; mais que nunca, desponta a época em que o progresso jurídico se acentuará, com a filosofia mais espiritual, decorrente da nova civilização que dá à luz a Humanidade nestes estertores dolorosos de uma espetacular delivrance.

Não sabemos, nem é possível adivinhar-se qual o regulamento jurídico das porvindouras sociedades. Adotemos, por isso, o que de melhor houver para a atualidade, sem trancar as portas à penetração de idéias reformadoras. O que não é justo, o que é desarraçado, é que mantenhamos um Código Comercial de 100 anos; sua reforma se impõe.

Contudo, por quê conservar uma compilação só atinente a uma classe de indivíduos, quando em outro departamento jurídico há normas similares? Por quê não fundir um no outro, formando um só todo onde os princípios gerais e comuns apareçam enunciados uma só vez e onde as normas especialíssimas para a classe dos comerciantes possam existir, sem prejuízo do todo?

A similitude das normas que presidem as transações mercantis e aquelas que dominam as civis, é irrecusável. Onde se impuserem disposições especiais, inscrevam-se elas em capítulos especiais. Facilita-se assim o estudo do direito privado e sua aplicação sem maiores perigos de orientações diferentes tomadas pelo Poder Judiciário.

Ademais não há razões para que seja a hipoteca regulada exclusivamente por leis civis, quando é aquêle instituto muito empregado entre comerciantes e para fins somente mercantis. Também não procede que as letras de câmbio e as notas promissórias se submetam somente às leis comerciais, se hoje em dia são empregadas pelos banqueiros, largamente pelos não comerciantes, e não só excepcionalmente por êstes.

Já não queremos insistir na ampliação das concordatas para os que não sejam comerciantes, embora vejamos nisso uma imposição da realidade dos fatos, a que Inglez de Sousa deu tanto relêvo; e não queremos insistir porque o assunto, perante a presente tese, é mero detalhe.

A supressão de repetição dos mesmos princípios, em dois Códigos, é uma decorrência das condições modernas, e assume proporções de imperativo ante a necessidade proclamada e reconhecida de reforma nos dois Códigos, Civil e Comercial.

Que se faça a reforma geral por etapas, parceladamente, por via de modificações nos “livros” do Código Civil, dando a cada um a precisa autonomia, como também estabelecendo codificações especiais para as matérias que comportarem tais especializações, como as sociedades, os transportes.

A Parte Geral do Código Civil se constitui de normas gerais mais atinentes ao departamento das Obrigações, com reflexos excepcionais nas demais partes do Código Civil e, portanto, justo será que suas normas se enquadrem somente no Código das Obrigações, aliás atendendo-se à orientação germânica, cujo amor ao método nunca foi superado. As demais disposições da Parte Geral, que tenham referência a outros departamentos do Direito Civil, que sejam incluídas nos Códigos especiais da Propriedade e da Família e das Sociedades.

Pugnamos, pois, pela supressão dos Códigos Civil e Comercial, substituindo-os por vários Códigos que enfeixem os princípios reguladores da Propriedade, da Família e Sucessão, das Sociedades, das Obrigações, dos Transportes e das Falências e Concordatas. E somos de parecer que se deva atingir a meta final, paulatinamente, com as sucessivas vigências dos diferentes códigos novos, reformadores ou consolidadores da legislação atual.

Uma primeira tentativa se fez: — o projeto de Código de Obrigações, organizado por Orozimbo Nonato, Filadelfo de Azevedo e Hahnemann Guimarães, em 1941, e basta a citação de tais nomes, para que nos ponhamos em posição de homenagem, não menor que aquela, que estávamos habituados a prestar ao primeiro, desde quando, como Professor ou Desembargador, transformava Belo Horizonte em um templo de ensinamentos.

Não é possível que se perca tanto esforço, tanta inteligência, tamanha concentração de espírito. Preciso é que se conclua a obra, alargando-a aos novos Códigos. Os iniciadores aí estão, operosos e certamente com boa vontade. Outros juriconsultos com aguçado acume de sabedoria não faltarão e, neste Congresso, muitos estão presentes.

A mutação do cenário para fins justos não viria, com presteza, através a unificação de todo o Direito Privado e sim por via da do Direito de Obrigações.

O Direito Civil sempre foi um direito de autoridade (Laurent, De la Fusion du Dr. Civ. et du D. Com. pag. 21) emanado do poder público e impôsto aos jurisdicionados. O Direito Comercial, desde seu início, foi rumando para um direito de convenção, em

que a vontade dos jurisdicionados era a grande lei e a inesgotável fonte das relações jurídicas. Seu campo de ação originariamente restrito aos comerciantes, uns com os outros, ampliou-se, fortemente invadindo o território e as pessoas que somente o Direito Civil regia. Essa usurpação não cessou, mas, por uma natural reação, o Direito Civil recebeu os influxos do Direito Comercial e a vontade das partes passou a ser também ali o farto manancial das obrigações entre não comerciantes. Já na legislação aragonesa devia o julgador “stare semper et judicare ad chartam et secundum quod in ea continetur” (J. Costa, El problema de Derecho, pag. 47) só se esquivando dêste norteamento quando houvesse o impossível materialmente ou quando contrariasse o direito natural. Hoje em dia êsse mesmo princípio domina: — a vontade dos pactuantes é a grande criadora das obrigações e a lei só funciona quando a vontade omitiu qualquer manifestação a respeito. A vontade está sobreposta à lei, que pode mesmo, para casos concretos, ser derrogada por aquela (Daloz, Repert. § 672)

Assim, quer nas obrigações civis quer no Direito Comercial, é a vontade das partes senão a única, pelo menos quase a única geradora da grande maioria dos vínculos jurídicos que jungem pessoas para certas prestações.

Se a causa é a mesma, produzindo o mesmo efeito, por quê dividir as obrigações em naturezas diversas, em atenção às pessoas que nelas possam figurar? A obrigação, civil ou comercial, constitui um instituto jurídico único; suas origens não são diversas; possui a mesma anatomia; não se diferencia por suas funções; sua patologia, conquanto protéica, é a mesma para uma e outra espécie. Por quê diversificar a terapêutica? O exercício de profissões especializadas por seus agentes não é razão suficiente nem convincente.

Ademais, os princípios reguladores das Obrigações reunidos num só todo trazem a possibilidade, a facilidade de serem modificados e adaptados a novas exigências impostas pelo evoluir.

Há uma ânsia incontível nos povos para ministrar à coletividade poderes de coordenação e harmonia, tais que orientem as atividades individuais, sem hipertrofias, rivalidades ou competições, em que sempre os mais fracos são esmagados, anuladas capacidades em francas dispersões. As forças econômicas estão recebendo novos influxos; diferente orientação as impulsiona. E, se se atentar para o departamento do Direito Privado, na parte que prescreve as obrigações, se verá que é êle que mais de perto sofrerá a influência renovadora dêstes princípios, porque constitui, na realidade, a principal trama fundamental de toda relação jurídica. Seu conceito terá de modificar-se, a fim de adaptar-se à colaboração dos indivíduos, fugindo à luta que decorre inevitável do materialista *do ut des, do ut facias, facio ut facias*.

Na previsão muito antecipada de Stammler a obrigação pasará a ser “um vínculo jurídico para a cooperação social”. A autonomia da vontade nos contratos terá de ceder em parte, em face da função social destes.

A doutrina das Obrigações, decorrente da organização social, submete-se às imposições desta, mas também não se conserva em formas rígidas, porque reage e evolue com a evolução e maturação do homem. Se é uma consequência da organização social, tem também reações sobre si mesma, e se transmuda em causa da modificação daquela organização, porque inegavelmente esta nada mais é que o revestimento da coletividade, impôsto pelo estado psíquico dos indivíduos. Cada passo avante que o psiquismo der, nova organização será reclamada, porque em grande modificação estarão as relações individuais e, conseqüentemente, com outros delineamentos se apresentará a doutrina das obrigações.

Nesse entrosamento ininterrupto vivem o homem e a sociedade e se forma e se transforma o Direito de Obrigações. A interdependência é inegável.

A doutrina das Obrigações tem tal e tão palpável eficácia na coesão do organismo social que “é ela que paira mais próxima do ideal de justiça, centro de gravidade das leis e instituições” (Savigny, *Oblig.* § 4).

Não é, portanto, justo que, numa fase de renovação, como a em que vivemos, se conserve em dicotomia tão eloqüente fator social, constituindo dois corpos, como se fôsem estranhos ou divergentes. A unificação se impõe pelo imperativo das condições sociais modernas e das que se avizinham.

Não importa que o Projeto contenha falhas ou alguns excessos, não importa que se percebam nêle alguns defeitos. É um projeto, sujeito, portanto, a acréscimos, cortes e remates. E mínimas serão as adaptações, porque muitas são as suas excelências. Admirável é êle, não simplesmente por conter uniformidade de princípios, mas também porque corajosamente adota princípios, que a doutrina reclama e as leis teimam em não consignar. Assim a inexperiência e o estado de necessidade do pactuante a viciar o consentimento nas declarações de vontade; assim a predestinação dos contratos impressa nesses como latente cláusula resolutiva; assim a ampliação razoável do uso dos poderes pelo procurador; e acima de tudo a focalização nos atos jurídicos, não do concurso de vontades coincidentes, mas a declaração da vontade de cada pactuante, proclamando, assim, como fonte de qualquer consequência jurídica, uma vontade manifestada, embora unilateralmente.

Em conclusão: — propugnamos pelo aproveitamento e terminação do Código de Obrigações, cujo projeto parcial foi organizado por Orozimbo Nonato, Filadelfo de Azevedo e Hahnemann Guima-

rães, prosseguindo o trabalho planejado para a organização dos demais Códigos da Propriedade, da Família e Sucessões, das Sociedades, das Falências e Concordatas.

DEBATES EM PLENARIO

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola — Passa-se à discussão de novo trabalho: “Necessidade da unidade de critério na sub-rogação legal, em face do Direito Civil e do Direito Comercial”. Esta tese é da autoria do professor Ernesto Martins Vieira, catedrático da Faculdade de Goiás, sendo seu relator o professor Bruno de Mendonça Lima, a quem concedo a palavra.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — (Lê o Relatório e parecer e, finalizando) Êste parecer foi discutido e aprovado, e recomendada a sua aprovação ao plenário, pela Comissão de Direito Comercial. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — Submeto à consideração do plenário a tese da equivalência da sub-rogação legal do Direito Civil com o Direito Cambial. Como esta tese está fundamentalmente ligada a outra tese do mesmo autor, referente ao regime da Codificação do Direito das Obrigações, creio que poderíamos tratar simultaneamente do mesmo tema. Pediram-me que fizesse um relato sobre a tese; como porém eu nunca escrevo se não tenho a quem ditar, não o pude fazer. A tese é apresentada pelo mesmo autor, senhor Ernesto Martins Vieira. Eu peço ao senhor Secretário que leia as conclusões da segunda tese.

O SR. SECRETÁRIO — (lendo) Em conclusão: — propugnamos pelo aproveitamento e terminação do Código de Obrigações, cujo projeto parcial foi organizado por Orozimbo Nonato, Filadelfo de Azevedo e Hahnemann Guimarães, prosseguindo o trabalho planejado para a organização dos demais Códigos da Propriedade, da Família e Sucessões, das Sociedades, das Falências e Concordatas.

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a conclusão do parecer sobre a tese “Critério Único da Sub-rogação”.

Não havendo quem queira discuti-la, vou dá-la por aprovada. (Pausa.) Aprovada!

(Foi constatado que sobre a tese que versa sobre a “Autonomia do Direito das Obrigações”, não havia subido o respectivo parecer. Foi decidido, então, que o assunto fôsse submetido a um estudo mais acurado. A seguir foi encerrada a sessão.)

COMPRA E VENDA MERCANTIL E DUPLICATA

Paulo Barbosa Lessa

Bacharel em Direito. Assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Universidade do R. G. do Sul, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Católica do R. G. do Sul.

1 — Correntio é dizer-se que os títulos de crédito nasceram da necessidade de segurança e rapidez na movimentação dos valores. Da sentida carência de instrumentos possibilitadores de uma rápida movimentação dos créditos e de uma circulação dos direitos, mercê de acurados estudos, que afadigaram a mente dos estudiosos, surgiu tóda a teoria dos títulos de crédito, derogadora, por vêzes, dos princípios do direito comum (1).

O que hoje se apresenta aos olhos do observador como algo de uma simplicidade evidente, é, por vêzes, o resultado de longa e paciente elaboração, ponteada de reveses os mais sérios e variados. Tôdas as figuras ligadas à instituição geral dos títulos de crédito tiveram lento evolover, e sua prestância, eminentemente colorida pela adequação à prática dos negócios, é o resultado da filtragem de muitas tentativas através de experiências jurídicas as mais diversas.

Já foi observado que a teoria dos títulos de crédito pode ser apontada como uma das maiores contribuições da técnica jurídica para o progresso do mundo moderno (2). Verdade é que tais criações, tão fecundas e revolucionárias quanto às surgidas em outros quadrantes da ciência, passam despercebidas dos observadores não especializados. Jamais se sanou a injustiça da não inclusão do nome dos juristas exímios entre os daqueles que contribuíram, decisivamente, para o aprimoramento da civilização humana (3).

E, no entanto, o continuado aperfeiçoamento das figuras ligadas à cessão dos créditos, e que culminaram com a pujante construção da teoria geral e especial dos títulos de crédito, liga-se, fundamentalmente, às profundas transformações de estrutura por que tem passado, nos últimos séculos, o mundo das relações econômicas e sociais. Pode di-

zer-se que, sem as valiosas conquistas do pensamento jurídico acêrca dos títulos-valores, estaria frustrado, em boa parte, o desenvolvimento econômico e financeiro do mundo contemporâneo. E difícil, senão impossível, seria a resposta aos intrincados problemas que o mundo dos negócios modernos foi tão pródigo em apresentar.

2 — Foram, de feito, necessidades apremiantes da prática dos negócios as responsáveis pelo aparecimento da duplicata mercantil. Título de crédito específico do direito luso-brasileiro, a duplicata mercantil diz bem da capacidade criadora de nossa cultura jurídica. Com ela, o legislador luso-brasileiro veio solucionar um problema comum a todos os povos, de uma segura e elegante maneira.

Prende-se a duplicata, precipuamente, à necessidade de movimentar os créditos comerciais. Capital imobilizado assemelha-se pêso morto no giro dos negócios mercantís. A especulação comercial incompreende-se, mesmo, sem a rapidez e a segurança da circulação dos valores nela empenhados. Capital que circula é capital duplicado. E é do volume dos negócios que surge, já a prosperidade do comerciante individualmente entrevisto, já a do comércio da nação (4).

Muitas décadas passadas sôbre a feitura do nosso Código de Comércio, ainda não possuía a classe dos comerciantes um instrumento hábil a atender às exigências da movimentação dos créditos surgidos no meneio dos negócios. Não se generalizara na prática comercial brasileira o recurso à emissão de cambiais, tão ao gôsto dos comerciantes europeus (5). Talvez o clima de exagerada suscetibilidade do comércio brasileiro a isso não propiciasse. De outro lado, quiçá, possa explicar-se o fenômeno pelo não interêsse dos compradores em assumir obrigações tão onerosas quais as derivadas dos títulos cambiários (6).

Dispusera a respeito, em verdade, o Código, com a sagacidade habitual aos seus construtores (7). Obrigara o vendedor a apresentar e ao comprador a assinar a fatura ou conta dos gêneros vendidos, extraída em duas vias, em duplicata portanto, de molde a ficarem ambos os contratantes com um dos exemplares probatórios do negócio realizado. Não se verificando reclamação, dentro dos dez dias em que o Código fixara o prazo para a alegação de vícios de quantidade ou qualidade da mercadoria vendida, tinha-se documento probatório de obrigação líquida (8).

Estava-se, ainda, em fase de cristalização de documento probatório. De título de crédito, pròpriamente dito, ainda não se cogitava. En-

1) Hernani Estrella — Da ação de locupletamento no direito cambiário, 1943, cap. IV, pg. 72, n.º 33.

2) Túlio Ascarelli — Teoria Geral dos Títulos de Crédito, 1943, pg. 3.

3) Carnelutti — Metodologia del diritto, 1939, pg. 34.

4) Fábio Nunes Leal, apud Waldemar Ferreira.

5) Ascarelli, Panorama do Direito Comercial, pg. 137.

6) Waldemar Ferreira, Compêndio das Sociedades Mercantis, 3.º v., pg. 75 — Jean Escarra, Manuel de droit commercial, 2.º v., 714.

7) Waldemar Ferreira, ob. cit., pg. 71.

8) Cód. Com., art. 219; Reg. 737, art. 247, § 7.º.

tanto, essa disposição seria o ponto de partida para a criação do instituto posteriormente plasmado, em diverso molde. De certo modo se haveria de percorrer a trilha costumeira de evolução dos títulos-valores: do documento probatório chegar-se-ia ao documento de índole constitutiva, necessário para o exercício do direito que nêle se contenha.

Em verdade, porém, o expediente criado pelo Código não vingou. Foi descumprido pelos interessados, de tal sorte que, nem sequer esse instrumento um tanto primitivo possuía o comércio brasileiro para amparar as suas justas pretensões. Essa a razão por que, por intervenção do próprio comércio, foi o legislador solicitado a engendrar documento prestante à satisfação dos seus interesses. Desejava-se título circulável facilmente, e que, obrigatoriamente, fôsse impôsto aos compradores recalcitrantes. Desejava-se título, além do mais, provido de exigibilidade judicial rápida, mercê de processo adequado (9).

Dessa exigência surgiu a duplicata, e com ela se obteve título descontável, prestante à segura e pronta circulação dos créditos comerciais, dotado, de resto, de fôrça executiva, graças a um procedimento judicial célere.

No entretanto, e aqui teve o instituto brasileiro um aliado do português desconhecido, o Fisco, interessado na cobrança do impôsto sobre vendas mercantis, viu no título instrumento seguro no evitar a fuga do contribuinte. E, em várias disposições da lei, se atendeu, porisso, às aspirações do erário público. Dessa influência se tem ressentido a estrutura da figura jurídica, numa infiltração que, por vêzes, tem dificultado a adequada compreensão e análise do instrumento de crédito, que, fundamentalmente, o é para os estudiosos do direito comercial (10).

3 — Necessário parece que se não perca de vista a origem histórica da duplicata brasileira, e a dúplici exigência a que atendeu. Perigoso é tratar a sistemática da figura jurídica, sem atentar para a dupla finalidade que a engendrou, e sem separar, portanto, os princípios privativos que a informam, daquelas contribuições cristalizadas na lei no exclusivo interesse público de arrecadação do impôsto.

Parece, de outro lado, deselegante, isolar a figura jurídica do sistema geral dos títulos de crédito, levando, dessarte, assaz longe a constatação da especificidade do título ao direito luso-brasileiro. Atendendo, de um lado, às exigências do texto brasileiro e do especial campo de ação coberto pela duplicata, e, de outro lado, não desconhecendo, também, as contribuições da teoria geral dos títulos de crédito, usando, ainda, da comparação interna e externa, melhor se compreenderá a na-

9) Waldemar Ferreira, *Compêndio*, loc. cit., pg. 81.

10) Lei 187, caps. V, VI e VII. V. Esbôço de anteprojeto de Código Comercial, in Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 29, art. 715, observação.

tureza do título. Respeitada será a sua especificidade, mas harmônicamente às construções e conquistas do direito cambiário (11).

4 — Numa definição, que tem foros de incontestável cidadania no direito dos títulos-valores, tem-se assinalado que título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo que nêle se contém (12).

Autonomia e literalidade, são, destarte, atributos comuns a todos os títulos de crédito, conceituados tais. Qualidades que, de resto, não podem ser confundidas, e que atendem a aspectos diversos da problemática jurídica.

A literalidade prende-se à necessidade de segurança, quanto ao conteúdo do título, quanto ao objeto da obrigação. A par de uma relação fundamental que tenha motivado a existência do título, surge nova relação, literal, dita cartular, confinada “exclusivamente ao que expressa e diretamente” no título se contém. O objeto da relação fica assim estereotipado no dizer literal que o título evidencia (13).

A autonomia liga-se à necessidade de segurança, quanto ao lado subjetivo da obrigação. Graças a ela, as exceções fundadas em relações pessoais se não transmitem à obrigação no título consubstanciada. Cada titular tem uma posição autônoma na relação, independente da posição do anterior titular. E, por isso, “não pode ser oposta pelo devedor exceção decorrente das suas relações com os possuidores precedentes”. Transmitida a titularidade sobre o próprio título, tem-se a transmissão da titularidade sobre a obrigação nêle contida (14).

Vale, pois, reafirmar que a moderna doutrina tem constatado encerrarem os títulos de crédito obrigações dotadas dêsse duplo atributo: literalidade e autonomia.

5 — Onde, porém, ainda hoje se pode notar certa vacilação, e mesmo acesa disputa, é na conceituação de um outro atributo que sóem alguns títulos, ou as obrigações nêle contidas, posuir. Trata-se da consideração da abstração nos títulos de crédito.

Não há necessidade de penetrar, para os fins dêste estudo, no âmago do controvertido problema da causa obrigacional (15). Sabido é que o sistema do Código Civil brasileiro se filiou à doutrina anti-causalista, com defensores de escol também na doutrina internacional. Contudo, daí se não conclua ser o problema irrelevante face o nosso direito (16).

11) Francesco Carnelutti, ob. cit., pg. 81.

12) Vivante, *Tratado de Derecho Comercial*, trad. esp., vol. 3.º, pg. 136.

13) Vivante, ob. cit., vol. cit., pg. 136; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4.ª ed., vol. 5.º, parte 2.ª, pg. 51.

14) Vivante, ob. cit., pg. 136; Carvalho de Mendonça, ob. cit., pg. 51.

15) V. p. ex. a respeito Georges Ripert, *Traité Élémentaire de droit civil*, vol. 2.º, pags. 101 e segs; para o direito brasileiro, p. ex. Eduardo Espinola, *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. 2.º, tomo 2.º, pags. 115 e segs.

16) Espinola, ob. cit., pag. 115.

Basta aqui notar ser a causa uma figura engendrada a fim de assegurar efetiva tutela ao devedor. Afinal, o efeito que se quer obter com o ato deve ser consentido pela ordem jurídica. Donde se conclui o interesse desta pelo que se tem conceituado ser a razão extrínseca do negócio.

Casos existem, entanto, em que, atendendo à peculiar natureza dos mesmos, a ordem jurídica admite uma ruptura do nexa causal, considerando-o, de tal sorte, irrelevante, pelo menos de uma forma direta. Atende-se, no caso, notadamente, a segurança do comércio, e, fundamentalmente, à consideração de que o destinatário do negócio pode ser indeterminado. Coincide, em regra, tal consideração com a de que à figura tal corresponde estandarização documental, em que a forma assume especial relevância. Nesses casos a forma vem a desempenhar o papel normalmente representado pela causa, e o título em que a obrigação se exterioriza constitui como que um molde suscetível de ser aproveitado pelos mais diversos negócios jurídicos (17).

O problema assume particular interesse no campo dos títulos-valores. Da consideração de sua natureza, chegou-se, em alguns casos, à constatação do caráter abstrato, já do título, já das obrigações nele contidas, atendendo a que a causa, em casos tais, ou nem sequer é mencionada, ou, se mencionada, permanece irrelevante.

Porisso fala a doutrina de títulos causais e títulos abstratos. Porisso se ocupa a doutrina, mormente a mais nova, da causalidade e da abstração das obrigações oriundas de título de crédito. E aqui se assinala a incorporação à obrigação cartular, ou não, da “causa debendi”, suscetível, ou não, de circular com o título, mercê da sua literalidade.

6 — Classifica, pois, a doutrina os títulos de crédito como causais ou abstratos. Conceituar o que seja título causal e o que seja título abstrato é, ainda hoje, problema árduo e sobre o qual a doutrina ainda não chegou a acôrdo. Seja-nos lícito destacar, no interesse deste ensaio, duas posições tomadas a respeito (18).

Segundo a primeira, que se poderia chamar tradicional, a distinção entre título de crédito causal e abstrato, estaria, pura e simplesmente, na causalidade da obrigação principal do título. Donde se deduzia que, por terem alguns títulos de crédito um expresso liame a uma causa, os vícios desta deviam considerar-se oponíveis a qualquer credor. A obrigação cartular seria, nesses casos, uma obrigação causal. O título que a continha, porisso mesmo, causal seria (19).

Para a segunda, insta que se faça distinção preliminar. Já de muito se notara uma dúplici noção de causalidade ou abstração das

obrigações. Dever-se-ia atentar tanto para a causa que havia dado existência ao título, como também para a em virtude da qual são negociados. (20). Agora, se faz aceno para a distinção entre causa do negócio e causa da atribuição patrimonial. Por esta se entenderia a disposição patrimonial que se realiza entre dois sujeitos privados por efeito de um negócio ou de um ato jurídico; por aquela se visaria a função do negócio, ou seja o interesse que com o negócio se quer satisfazer, o escopo que com êle se quer atingir. Donde se teriam também duas noções de abstração: a atribuição patrimonial seria abstrata, quando a ordem jurídica renunciasse à valoração causal, e desse como válida a atribuição, qualquer que fôsse a sua causa, ou ainda mesmo se esta faltasse; e o negócio jurídico seria abstrato quando engendrado de molde a excluir qualquer referência a uma específica “causa negocialis”, permitindo que sua concreta função fôsse preenchida de modo variado e só determinável pela constatação de um precedente distinto negócio entre as partes e da correlativa relação jurídica. Admite-se, assim, a não coincidência dos dois conceitos: negócios jurídicos abstratos poderão dar lugar a atribuições patrimoniais causais; negócios jurídicos causais poderão gerar atribuições patrimoniais abstratas. Feita essa distinção, sustenta-se que a classificação dos títulos em causais e abstratos repousa unicamente na consideração de causa do negócio. Temos assim que nos títulos causais a relação cartular só é compatível com uma determinada relação fundamental; nos títulos abstratos, ao contrário, ela se harmoniza com qualquer relação fundamental. Como se vê, tal solução deixa por resolver a natureza, abstrata ou não, das obrigações nos títulos, de uma e outra ordem, consubstanciadas (21).

7 — I A doutrina tradicional tem, como vimos, sustentado que, nos títulos causais, causais são as obrigações principais nele contidas. Conseqüência desse princípio, é a de que a causa circula com o título, e poderá ser oposta aos terceiros possuidores. Pode mesmo dizer-se que, em tal hipótese, a causa faz parte da relação cartular, caracterizando-se, assim, a exceção causal como uma exceção cartular.

Porisso, tem-se doutrinado: “juridicamente a distinção entre títulos causais e abstratos é importante, porque, enquanto nos títulos causais existe a possibilidade de invocar cláusulas do contrato em virtude do qual o título foi emitido, diversa é a posição do emitente de um título abstrato. Só ao primeiro tomador poderá excepcionar que a causa é falsa, ou não existe, ou é ilícita: aos outros todos possuidores, esta exceção e tôdas as mais exceções da relação fundamental não podem ser opostas” (22).

17) V. Espinola, cit. vol. 1.º, pg. 561/2; H. Estrella, cit. cap. 4.º.

18) Adriano Fiorentino, in Rivista di Diritto Commerciale, 1946, pg. 552.

19) Francesco Messineo, I titoli di credito, 1934, vol. 1.º, pg. 141.

20) Vivante, Tratado, cit., vol. 3.º, pg. 138.

21) Fiorentino, art. cit., pgs. 553/554; Ascarelli, in Rivista di Diritto Commerciale, 1932, pg. 392.

22) Luigi Lordi, Istituzioni di Diritto Commerciale, vol. 3.º, pg. 209/210.

Esta teoria tem merecido a preferência da doutrina brasileira, que, força é confessar, não tem aprofundado na pesquisa nesse particular (23).

8 — II. A concepção causal, em sua integridade, dá como resultados não apenas a possibilidade de invocar a falsidade ou a ausência de causa frente aos terceiros possuidores, como também, em derradeira dedução, a afirmação da nulidade do título, nas hipóteses referidas emitido (24).

Atendendo aos resultados práticos que a concepção causalista, necessariamente, desencadeia, tem sido tentada explicação equívoca que, sem abandonar os conceitos tradicionais, leva ao abrandamento dos efeitos normalmente exurgentes de um rígido desdobrar dos princípios.

Assim uma posição eclética tem sido tentada, a fim de desviar as conseqüências da tese tradicional, amparada em considerações atinentes à autonomia das obrigações tituladas, ou à tutela da boa-fé de terceiro, ou, ainda, à tutela da aparência jurídica.

A. Tem-se negado o apêlo àquela exceção causal, porisso, atendendo-se às exigências da autonomia titular: as obrigações são válidas, ainda que a causa inexista, porque as obrigações constantes do título são autônomas.

Parece-nos, contudo, que tal explicação é inexata. Já se viu que a autonomia se prende ao problema da segurança da circulação atendendo à mutabilidade dos sujeitos. Autonomia quer dizer não valia da exceção pessoal que porventura se possua contra anterior possuidor do título. É uma aplicação do princípio “a respeito dos móveis, posse de boa-fé vale título”. Única e apenasmente isso. Numa cambial, em verdade, a incapacidade do aceitante não invalida o aval nela lançado. Mas, o exemplo no caso não colhe. A obrigação cambiária, é pacífico, sobre ser autônoma é abstrata. Lançada a assinatura, só por isso, o avalista se obriga. Num título causal, entendida essencial a êle a causalidade da obrigação cartular, ter-se-ia aval lançado no vácuo, em título inábil para o receber. A só autonomia não poderia ter, jamais, êsse poder a ela estranho de dar existência jurídica a título eivado de nulidade (25).

B. Querem outros ver, na hipótese, uma particular aplicação dos princípios que tutelam a aparência jurídica. Deve notar-se que tal fundamentação se prende àquela outra tese mais geral que alicerça a

23) Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, vol. 1.º, n.º 55; Carvalho dos Santos, Código do Processo Civil Interpretado, vol. 4.º, pgs. 220/221; Edgar Ribas Carneiro, Direito Comercial Brasileiro, pg. 291; José M. Whitaker, in Diário Oficial da União, de 25-6-1931; Alexandre Delfino Amorim Lima, Código do Processo Civil Brasileiro, vol. 2.º, pg. 71.

24) Túlio Ascarelli, Causalidade e abstração na duplicata, in Revista Forense, vol. 108, pg. 235.

25) Messineo, cit., pgs. 143 e 154.

razão de ser da literalidade na tutela da aparência jurídica. Mas, nem a tutela da aparência jurídica explica a literalidade — porque esta funciona ainda contra o interesse do terceiro possuidor, a que aquela visaria proteger —, e nem a literalidade equívoca à abstração, não se prestando de per si a vedar as exceções causais. (26).

C. Tem-se, finalmente, procurado explicar a validade das operações, em título causal exaradas, mesmo na carência de causa, salientando-se a proteção da boa-fé do terceiro interveniente. A observação é em si exata quando com ela se exprime a orientação geral da disciplina dos títulos de crédito, mas é insuficiente, porque ao jurista cabe, precisamente, averiguar quais os conceitos técnicos por meio dos quais essa exigência foi tecnicamente realizada. O apêlo a formulação assim genérica põe a descoberto a insuficiência dos recursos técnicos antes engendrados. Mas, o que é mais grave, repousa sobre um erro de perspectiva, através do qual são colocados em primeira plana os primeiros intervenientes e subestimadas as exigências de circulação dos valores. A boa-fé, segundo parece, pode ser fundamento valiosíssimo para autorizar recursos de direito comum, v. g., a ação de locupletamento, mas seria frágil arrimo para a configuração de direitos cartulares (27).

9 — III. Corrente existe, todavia, que sustenta não serem necessariamente causais as obrigações vasadas em título causal. Atende essa construção às exigências da circulação dos valores. Prende-se ao princípio fundamental de que a obrigação cartular advém da subscrição do título. Ampara-se no rigor formal do documento.

Embora formalismo e abstração se não confundam, há uma íntima conexão, teórica e prática, entre os dois conceitos. Sabe-se que o sistema jurídico pode regulamentar negócios cuja função não é especificada, mas que se podem adatar a qualquer fim desejado pelas partes. O elemento distintivo desses negócios não pode ser, então, a causa, mas somente a forma, que é, porisso mesmo, rigorosamente determinada pela ordem jurídica (28).

Destarte doutrinadores têm sustentado existirem alguns títulos de crédito, rigorosamente formais, dos quais é excluída qualquer referência à causa — pelo menos, com relevância — e que, conseqüentemente, proibido está o devedor de opor vícios oriundos da causa, donde a conclusão de que a obrigação, nesses casos, é abstrata. Mas, o que é mais importante, é que a doutrina mais recente tem salientado não ser válida a conclusão a contrário: a de que, explícita ou implicitamente constante do título a causa, deva ser ela considerada oponível ao terceiro

26) Vivante, Tratado, cit. n.º 1469; Carvalho de Mendonça, Tratado cit., pg. 43; Ascarelli, Teoria Geral, cit. pg. 58/59.

27) Ascarelli, Teoria Geral, cit., pgs. 113/115.

28) Ascarelli, Teoria Geral, cit., pgs. 89/90; Ripert, Traité, cit., vol. 2.º, pg. 116.

possuidor. Salienta-se, então, que a adoção daquela forma especial de documentação, que é o título de crédito, produz uma “formalização” da causa, e, pois, substancialmente, uma certa “abstração” dela. Atendendo aos interesses da circulação, revelados pela eminente “indeterminação do credor cartular” se tem concluído não existir, do ângulo da natureza jurídica das obrigações no título contidas, uma diferença essencial entre os dois tipos de títulos de crédito (29). Ou, para ser mais preciso, a doutrina mais recente tem admitido a possibilidade de existirem obrigações abstratas consubstanciadas em títulos ditos causais, já que só quanto à causa do negócio se poderá falar em título causal ou abstrato. (30).

Atendidas seriam, assim, certas exigências da prática da circulação dos valores, sem quebra alguma dos princípios informadores da disciplina geral dos títulos de crédito.

10 — Assentados êsses pressupostos, de índole geral, é oportuno tratar dos característicos jurídicos da duplicata brasileira.

Pacífica é, na doutrina brasileira, a asseveração de que a duplicata se configura como autêntico título de crédito. Título de crédito, em verdade, ela o é. Não apenas mero documento probatório do contrato de compra-e-venda que lhe deu origem. Nela se insere a promessa de pagamento do preço. A cláusula à ordem, que a torna circulável mediante endosso. Mandou, além do mais, a lei que a ela se apliquem os institutos da lei cambiária, em tudo quanto seja compatível com a sua natureza (31).

Título de crédito, em verdade, se tem. Autônomas e literais, portanto, as obrigações que nêle se consubstanciam. À duplicata se aplicam as normas cambiárias respeitantes à responsabilidade de regresso, ao endosso, ao aval, às formalidades quanto ao protesto, à ação executiva, à autonomia e literalidade das obrigações cambiárias. Peculiaridades a ela são os preceitos atinentes aos requisitos do título e aos prazos para protesto (32).

Trata-se de “título de crédito, à ordem, para o pagamento do preço de mercadoria, objeto de uma compra-e-venda mercantil” (33).

Lícito é que nela, duplicata, figurem disposições outras além das necessárias. Como disposições facultativas se conceituam. Assim se poderá mencionar o crédito e o líquido, se o comprador possuir algum outro crédito contra o vendedor, líquido que deverá, então, ser reco-

29) Fiorentino, art. cit., pgs. 561/563.

30) Fiorentino, art. cit., pg. 558; Ascarelli, Causalidade e abstração, cit., pg. 235.

31) Lei 187, arts. 3.º, 4.º, e 23; Waldemar Ferreira, Instituições, cit. vol. 2.º, pgs. 490/491.

32) Art. 20 e segs. da Lei 187; Waldemar Ferreira, Instituições, cit. vol. 2.º, pg. 491; Ascarelli, Causalidade e abstração, cit., pg. 233.

33) Ascarelli, Causalidade e abstração, cit., 233. Semelhante é a definição dada por Waldemar Ferreira, Instituições, vol. 2.º, pg. 491.

nhecido. De promessa de pagamento do preço sempre se cuidará. Outras, de resto, poderá conter, desde que compatíveis com a natureza de título creditício que possui. Assim, as atinentes a juros, por exemplo (34).

Assinalou a lei, ainda, dever sempre a duplicata corresponder a uma efetiva entrega de mercadorias vendidas (35). O título nasce, pois, não do contrato de compra-e-venda pura e simplesmente, mas de sua execução. Com a expedição da mercadoria contratada surge a possibilidade e impõe-se o dever de emitir-se a duplicata. Antes, não. Se o vendedor necessitar de título descontável, antes de exercitada a entrega, real ou simbolicamente, poderá lançar mão de cambial, não de duplicata. A possibilidade de regular emissão desta surge com a expedição da mercadoria.

Porque oriunda de contrato de compra-e-venda de mercadorias deve a duplicata corresponder ao patuado, cabendo extrair uma duplicata por fatura, e, de um ponto de vista formal, conterá exatas indicações do número da fatura, e da folha do livro copiador (36).

Exsurge, pois, a duplicata de compra-e-venda de mercadorias a prazo. Mas não representa a mercadoria. Não atribui a titularidade da duplicata, titularidade sobre a mercadoria negociada. Nela se insere obrigações de pagar o preço. Inscreve-se nela direito literal, constituído pelo montante da dívida reconhecida, submetido, de resto, às demais cláusulas no título contidas, por patuadas, se compatíveis com sua natureza. Introduzido no giro da circulação, mediante endosso, aceitante e endossante se obrigam solidariamente pela quantia prometida, no dia do vencimento (37).

É, outrossim, título de emissão e reconhecimento obrigatórios, segundo os dispositivos legais, que marcam prazo para sua efetivação (38). Dotada está, por fim, a dívida assim tornada líquida, de exigibilidade judicial por via executiva, fenômeno secundário, mas comum, nos títulos de crédito em geral.

11 — Acentuados, descritivamente, os característicos do título, cabe dizer de sua causalidade.

Como título de crédito causal tem sido apresentado, unânimemente, pela doutrina brasileira. A etiqueta é exata, mas não soluciona os apremiantes problemas, só desvendáveis pela análise da natureza jurídica das obrigações nêle plasmadas, e de contínua presença na prática dos negócios e na barra dos tribunais.

34) Waldemar Ferreira, Instituições, cit., vol. 2.º, pg. 491; Alcântara Avelar, Promissórias e Duplicatas, pg. 117 e 138 segs.

35) Lei 187, art. 1.º, § 4.º V. a nova redação dada pelo Anteprojeto, art. 718, pg. 244.

36) Lei 187, arts. 1.º e 3.º.

37) Lei 187, arts. 19 e 22; Waldemar Ferreira, Instituições, cit., vol. 2.º, pg. 491.

Apresentado o problema no âmbito geral, cabe atender aos direitos contidos na duplicata.

Já se viu que a maioria da doutrina brasileira sustenta a causalidade das obrigações contidas em duplicata, levada por interpretação literal da lei (38).

Contudo, sérias objeções poderão ser levantadas, se atenta à evolução histórica do título, ao formalismo com que é plasmado, à função a que visa preencher, e, finalmente, ao apêlo constante da lei às figuras do direito cambiário (40).

Passaremos ao exame de alguns problemas de cunho prático, ricos de conteúdo, e onde se possam trazer à lume soluções da jurisprudência. Cremos apresentarem sólido conteúdo os problemas ligados à validade ou não da duplicata a que não correspondeu efetiva entrega de mercadorias; a validade ou não de endosso em duplicata não aceita; a exigibilidade de duplicata não aceita.

12 — A lei exige, de feito, para que surja a possibilidade, pelo menos regular, de emissão de duplicata, a entrega de mercadoria vendida, real ou simbolicamente (41).

Entanto, a prática tem conhecimento da emissão de títulos tais, sem que haja a entrega efetiva das mercadorias, e, o que é pior, sem que contrato de compra-e-venda tenha sido sequer patuado. São os chamados “papagaios” da praxe dos negócios. A duplicata, plasmada com finalidade comensurada à efetiva representação do preço de venda a prazo de mercadorias, transforma-se em instrumento irregular de crédito. O recurso a continuadas letras de câmbio ou promissórias pode trazer o abalo ao crédito, já de si ressentido, do comerciante. Daí o apêlo às duplicatas irregulares, com o assentimento, talvez, de pessoa amiga, a fim de que o crédito bancário, por despercebido do fenômeno, se não retráia.

Face ao emissor do título, é bem de ver, poderá o aceitante discutir a sua causa, de vez que estão ambos em relação direta. O princípio da compensação, o princípio da economia processual, são suficientemente seguros para a sustentação da tese (42). A situação torna-se complexa e de estudo interessante, quando o titular, apresentante do documento, é um terceiro.

A. Partindo dos pressupostos da doutrina tradicional, acentuada a causalidade da obrigação no título consubstanciada, dever-se-ia afirmar a invalidade do título por sua não adequação ao texto da lei; e, coerentemente, o pleno cabimento da alegação dessa invalidade ou des-

38) Lei 187, arts. 10 e segs.

39) Vide nota 23.

40) Lei 187, art. 23; Ascarelli, Causalidade e abstração, cit., pg. 231.

41) Lei 187, art. 1.º, § 4.º.

sa exceção causal face ao terceiro credor, pelo aceitante do título e, quiçá, pelo seu emitente (43).

Solução tal tem encontrado apoio numa interpretação, absolutamente, literal da lei. De feito, esta, além de punir a emissão de duplicata simulada, isto é a que não corresponda a uma efetiva entrega de mercadorias, real ou simbolicamente feita, ainda salienta, expressamente, “que não se pode extrair duplicata” em tais condições (44). Verdade é, também, que o interesse fiscal levaria a conclusão semelhante. Esses os motivos que têm amparado boa parte da doutrina.

E’ certo que, em geral, os títulos causais são títulos não independentes, no sentido de que poderão ser integrados pela referência expressa a outro documento. Valha o exemplo da ação, título atributivo de qualidade de sócio, que dá, “verbi gratia”, direito a um dividendo, de cuja quantidade ou efetividade dirá o balanço social apurado de acordo com os estatutos da sociedade. A questão, porém, é saber se todo o título ligado a um determinado contrato — causal, porisso, em sua origem — mantém essa mesma causalidade, em toda a sua vigência, quanto às obrigações nêle consignadas.

Cabe realçar que, em caso de dependência, a ordem jurídica toma amplas medidas publicitárias, a fim de resguardar a seriedade dos negócios. No caso das sociedades, por exemplo, existe um registro público de comércio, de ampla e pronta consulta. Quanto à duplicata publicidade tal inexistente. O título em estudo se apresentaria, pois, excessivamente preocupado com a tutela do devedor, e, poderia constituir uma autêntica caixa de surpresa para os terceiros intervenientes nessa relação cartular (45).

B. Procurando mitigar os resultados a que a doutrina tradicional fatalmente leva, os nossos tribunais têm aceito aquelas sugestões intermediárias, antes ressaltadas, em várias decisões (46). Contudo, e já se viu, as explicações urdidas não têm a força que se lhes pretende dar.

C. Admitida, porém, a possibilidade de existirem obrigações abstratas, vinculadas aos títulos causais, poder-se-á sem quebra de princípios, sustentar a validade da duplicata irregularmente emitida, por não corresponder à efetiva entrega de mercadoria vendida.

Em primeiro lugar, a própria lei exige, taxativamente, um acentuado rigor formal para o título. Diz as cláusulas que deve conter. As-

42) Messineo, ob. cit., pg. 173; Ascarelli, Teoria Geral, cit., pg. 128.

43) Carvalho dos Santos, Código do Processo Civil Interpretado, vol. 4.º, pgs. 220/221. Acórdão do T. A. D. F., in Revista Forense, vol. 110, pg. 79.

44) Lei 187, art. 1.º, § 4.º.

45) Vivante, Tratado, cit., pg. 135.

46) Revista dos Tribunais, vol. 170, pg. 684; vol. 169, pg. 175. Revista Forense, vol. 116, pg. 134. V. Alcântara Avelar, ob. cit., pg. 47.

sinala as facultativas. Manda aplicar, de resto, ao título assim plasmado tôdas aquelas figuras do direito cambiário compatíveis com a sua natureza ⁽⁴⁷⁾.

A origem histórica do título, se se prende ao dispositivo do Código regulador da compra-e-venda mercantil, é certo traz algo de muito expressivo. Enquanto o documento se prendeu apenas a uma função probatória, permaneceu quase inutilizado pelo comércio. Não bastou a garantia de procedimento judicial célere, qual era a chamada assinatura de dez dias ⁽⁴⁸⁾. Foi preciso que, além disso, se plasmasse título circulante, título descontável nos estabelecimentos de crédito, título preocupado, porisso mesmo, com a tutela do terceiro portador.

Permanece inalterada essa função prática exercitada pelo título. Atende à necessidade de movimentar os valores empatados em negócios a prazo. Nêle, como naqueles títulos aptos a engendrar obrigações tipicamente abstratas, há uma "igual indeterminação do terceiro portador".

Se se quiser ir ao terreno da comparação, notar-se-á, ademais, que o campo de incidência da duplicata é coberto, em outros direitos, pela própria cambial. No direito francês, além do mais, a cambial comercial é de emissão e aceite obrigatórios, tal como a duplicata brasileira. Todos aquêles sistemas que ressaltam o requisito da provisão cambiária, têm admitido ser ela um requisito da regularidade do título, mas não de sua validade. E, em todos os sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro, a provisão é requisito do cheque, que, aliás, se prende a uma operação comercial especificada. E, entanto, o requisito da existência de fundos disponíveis liga-se à regularidade do cheque, não o invalidando porém. Admite-se, de resto, que os direitos consubstanciados em cheque são abstratos ⁽⁴⁹⁾.

O legislador, no afã de preservar a regularidade de utilização do título, pode e deve armar o sistema jurídico com sanções eficientes. Assim fez o nosso legislador, engendrando sanções, já fiscais, já penais. Mas, por que se prendem elas à tutela de um diverso interesse, a um interesse de ordem pública, não se conclua pela invalidade do título na órbita das relações interindividuais, privadas. Pois conclusão tal levaria ao acolhimento legal da irresponsabilidade no cumprimento de obrigações livremente assumidas.

Face ao problema em exame, pode-se, pois, licitamente, concluir que a efetiva entrega de mercadorias é mera condição de regularidade na utilização da duplicata; e que êsse título é hábil para conter obri-

47) Arts. 3.º, 3.º, § 1.º e 23.

48) Reg. 737, art. 247, § 7.º.

49) Waldemar Ferreira, Instituições, cit., vol. 2.º, pg. 384; Carvalho de Mendonça, Tratado cit., vol. 5.º, parte 2.ª, pgs. 502 e 555.

gações abstratas, sem, por isso, deixar de ser o que em realidade o é: um título causal.

Tais conclusões, prestigiadas por teóricos de monta, permitem explicar, sem quebra de princípios, o mecanismo da duplicata. E justificam as conquistas da jurisprudência, bastante sensível no registrar as necessidades da tutela do crédito e do terceiro possuidor de boa-fé ⁽⁵⁰⁾.

13 — Salieta a lei serem alicáveis à duplicata aquelas figuras cambiárias com a sua estrutura compatíveis. E' ponto vencido, em nossa doutrina, serem as obrigações constantes de duplicata suscetíveis de garantia por aval, bem como é pacífico ser o título transmissível por endosso, mercê de cláusula a ordem nêle, expressamente, exarada.

Porque se assemelhasse a duplicata à promissória, nela surpreendendo promessa de pagamento a esta semelhante, foi sustentado, face aos primitivos textos legais, não ser ela avalizável ou endossável antes da assinatura do comprador ⁽⁵¹⁾.

Face ao vigente texto de lei, dúvida é incabível ⁽⁵²⁾. Aval e endosso assim engendrados têm sido considerados válidos, em conformidade, aliás, com as exigências da circulação dos valores. Assim, em realidade, se age. Enviadas as mercadorias, extraída porisso mesmo a duplicata, endossa-se o título em estabelecimento bancário, descontando-se a importância nela consignada. Encarrega-se, destarte, o banco de apresentar, por seu serviço de agências, o título ao comprador para que o aceite.

Parece indubitável afirmar que tôdas essas operações são outras tantas afirmações da abstração da obrigação contida em duplicata, apesar de ser ela peculiar à compra-e-venda de mercadorias a prazo. As operações assim engendradas surgem de novas relações fundamentais, que jazem sob a capa dessas novas obrigações cartulares, cuja transferência pode ser "pro soluto" ou "pro solvendo". A aplicabilidade das disposições da lei cambiária ao caso, dá um colorido nitidamente abstrato às obrigações assim plasmadas. Outrossim, parece ser lícito também sustentar ser abstrata a obrigação decorrente do aceite da duplicata, como o é a obrigação assumida pelo vendedor endossante ⁽⁵³⁾.

Assim conceituados, tais princípios são férteis em corolários. Face ao terceiro de boa-fé, não poderá o devedor, aceite o título, alegar qualquer vício oriundo do contrato de compra-e-venda inicial, seu cumprimento no todo ou em parte, falta de entrega das mercadorias, falta de quantidade, vícios redibitórios, ou inadequação ao fim para o

50) V. acórdãos na Revista dos Tribunais, 169, pg. 175; 175, pg. 294; Revista Forense, vol. 110, pg. 79; 113, pg. 442; 116, pg. 184; 128, pg. 119.

51) Alexandre Delfino de Amorim Lima, Código do Processo Civil Brasileiro, vol. 2.º, pg. 72.

52) Lei 187, art. 22, § 3.º.

53) Ascarelli, Causalidade e abstração, cit., pg. 234.

qual foram adquiridas. Aceito o título, as obrigações dêle decorrentes, via-de-regra, destacam-se das decorrentes da relação fundamental de compra-e-venda que lhe deu causa. Vencido o título, é o valor nêle exarado exigível. E, se, porventura, discussão houver entre comprador e vendedor a respeito do contrato fundamental, res inter alios o é, para os terceiros possuidores de boa-fé da duplicata. Declarada resolvida a venda, por ação própria, o preço pago se devolverá, com perdas e danos se fôr o caso. Mas tal acontecimento não atinge os endossatários de boa-fé da duplicata. Não devolverão êles quantia alguma. E, se não pagos da importância titulada, poderão exigir do devedor da obrigação cartular o adimplemento dela. Não pago no vencimento, o credor por duplicata extrairá o protesto, necessário, no primeiro dia útil seguinte ao do vencimento, a fim de garantir seu direito de regresso contra os anteriores possuidores do título ⁽⁵⁴⁾.

Não aceito o título, o comprador não se vincula às obrigações consubstanciadas na duplicata ⁽⁵⁵⁾. E se ela tiver sido endossada, caberá ao endossatário tirar o protesto, necessário também, no dia subsequente ao da falta de aceite, a fim de garantir seu direito de regresso.

O protesto, nesses dois casos, por ser de rigor, e em obediência aos preceitos da lei, não dá ao comprador, por maiores que sejam as razões do não aceite, e ainda que as tenha por via de notificação levado ao conhecimento do titular, direito a perdas e danos de qualquer tomo. E isso porque o uso regular de um direito, por ser regular, não responsabiliza ninguém por perdas e danos ⁽⁵⁶⁾.

14 — Dotou a lei de rápida exigibilidade judicial às obrigações oriundas das duplicatas. Mandou processar as ações nelas fundadas segundo o rito executivo. Dúvida não pode caber a respeito. Aceitante, avalista, emitente endossante, demais endossantes, todos, se vinculam por obrigações exigíveis por procedimento executivo.

Tem havido, contudo, controvérsia no tocante à executoriedade de obrigação assumida pelo comprador, quando não tenha êle reconhecido a exatidão da duplicata. Ainda que a maioria da doutrina, e uma jurisprudência compacta sustentem o descabimento do rito executivo, quando se funde a ação em duplicata não aceita, contudo, a questão não é de tratamento deslegante, de vez que a tese contrária tem os seus sustentadores e tem sido levada à solução dos tribunais.

54) Alfredo Russel, in Revista do Direito, vol. 99, pg. 491; Waldemar Ferreira, Instituições, cit., pg. 499/502; Acórdão do T. A. S. P., in Revista dos Tribunais, vol. 170, pg. 684.

55) Revista dos Tribunais, vo. 179, pg. 789; vol. 176, pg. 693; Revista Forense, vol. 110, pg. 449; vol. 111, pg. 448.

56) Laudo de Camargo, in Revista Forense, vol. 128, pg. 119; Clóvis Beviláqua, Pareceres, 2.º vol., pg. 205.

Acórdão do C. S. Magistratura de S. Paulo, in Revista dos Tribunais, vol. 166, pg. 363; Contra, Acórdão do T. A. S. P., in Revista dos Tribunais, vol. 179, pg. 789. Excetua-se, é óbvio, a hipótese de dolo.

Cifrando-se o problema, exclusivamente, ao terreno das obrigações consubstanciadas na duplicata, parece que a resposta deva ser a negativa. Mas, mesmo colocando o problema face a lei processual, ainda assim, a doutrina tem respondido negativamente.

Em que pese a sutileza dos argumentos contrários ⁽⁵⁷⁾ à proposição, cingindo-nos aos princípios antes exarados, parece indubitoso o descabimento da ação executiva na espécie. Considerada abstrata a obrigação resultante do aceite da duplicata, a sua razão de ser repousa, unicamente, na aposição da assinatura ⁽⁵⁸⁾. Em faltando esta, obrigações não se assumiram. Inútil e perigoso procurar no contrato de compra-e-venda razões adversas. A obrigação de aceitar a duplicata, quando razões idôneas não justifiquem a atitude contrária, está na lei. É uma obrigação nitidamente causal, que se prende, no final de contas, à assunção das obrigações derivadas do contrato de compra-e-venda preexistente ⁽⁵⁹⁾. Mas, procurar na disciplina do título fundamento que autorize a existência de obrigação cartular é, em tal hipótese, improficuo. Não aceita a duplicata, nenhuma obrigação cartular existe face ao sacado. A obrigação literal, a obrigação cartular, a obrigação abstrata de pagamento do preço, digamos tudo, toma vida somente mediante a assinatura do comprador. Só depois é possível falar em obrigação oriunda de duplicata.

Antes, não. Basta pensar na possibilidade de ser a compra-e-venda completamente fictícia. O vendedor, fraudulentamente, extrai duplicata em que figura como pseudo-comprador firma absolutamente idônea. Figure-se, ao demais, ser o título endossado. A admitir a cobrança, por via executiva, qualquer que fôsse a hipótese, ter-se-ia um impasse. Se o título tivesse tal poder, o pseudo-comprador, vítima de inominável farsa, veria seus bens penhorados, ou teria de depositar a quantia constante do título, a fim de fazer valer seus direitos. E, talvez, contrangido a um pagamento indevido, de que a repetição seria problemática. Baste o assinalar o fenômeno, para que se evidencie o seu descabimento.

Tem-se procurado, em verdade, fazer apêlo à existência das faturas, ou das notas de entrega. Conjuntas as duas, ou as três, duplicata, fatura e nota de entrega, ter-se-ia fundamento para a pretensão, por via executiva. É de notar, porém que o terceiro possuidor não se poderia valer desses documentos, estranho que foi à primitiva relação. A autonomia das obrigações tituladas basta para afastar o problema do âmbito puramente cambiário.

57) Alcântara Avelar, ob. cit., pg. 368 segs.

58) Fiorentino, art. cit., pg. 557; Revista dos Tribunais, vol. 179, pg. 789; vol. 176, pg. 693; Revista Forense, vol. 113, pg. 442.

59) Ascarelli, Causalidade e abstração, cit., pg. 234.

Analisando, pois, a questão do ângulo do terceiro possuidor, nítidos se tornam os traços, e bem se podem compreender as obrigações constantes da duplicata. Por via do título, nenhum direito cabe contra o comprador não aceitante. Ele não figura em nenhuma relação cartular. Considerada dentro da realidade, que os problemas atinentes aos títulos de crédito suscitam, tal obrigação é inexistente. A duplicata, não assinada pelo comprador, não dá ao beneficiário, contra ele, nem ação executiva, nem qualquer outra ação, já que nela nenhuma obrigação existe à cargo do provável comprador sacado que não reconheceu o seu valor ⁽⁶⁰⁾.

Verdade é que a lei exarou a obrigatoriedade do reconhecimento. Não só a nossa. A lei portuguesa também, quando se não tenha feito apêlo à cambial. A lei francesa, a respeito da cambial comercial, assim também dispôs ⁽⁶¹⁾. Mas, em todos êsses casos, a sanção pelo descumprimento da obrigação, que repousa na lei, mas que se prende ao contrato subjacente, é a perda do prazo para o pagamento das mercadorias adquiridas. Essa, parece-nos, a sanção privatística para o inadimplemento da obrigação legal ⁽⁶²⁾. Daí se nota que as obrigações oriundas do contrato de compra-e-venda, e as obrigações consubstanciadas na duplicata não são idênticas, nem têm a mesma índole.

Fundado, então, no próprio contrato comercial é que o vendedor poderá intentar a ação de cobrança do preço das mercadorias entregues, quando a duplicata não tenha sido reconhecida. A extração da duplicata serve como um indício da seriedade da operação, mas, já nesse instante se desbordou do campo dos títulos de crédito. Impe-ram os preceitos do direito comum. E' o direito comum do comércio que resolverá a questão.

Se essa ação é ordinária ou executiva, cabe aos estudiosos do processo responder. A nossa doutrina tem, contudo, dado pela im- procedência da ação executiva. Segundo a melhor opinião, a ação na espécie cabível é a ordinária ⁽⁶³⁾. Funda-se ela no contrato de compra-e-venda mercantil e não na duplicata, pelo vendedor, porventura, emitida. Pois que, em derradeiro, compra-e-venda mercantil e duplicata são cousas diferentes. E duplicata não assinada nem sequer documento probatório de compra-e-venda, de per si, é ⁽⁶⁴⁾.

60) Revista dos Tribunais, vol. 176, pg. 693; Revista Forense, vol. 128, pg. 119.

61) D. Lei de 2-5-1938, in Code de Commerce, ed. Dalloz, pg. 228.

62) Georges Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, pg. 676; Jean Escarra, Manuel de droit commercial, vol. 2.º, pg. 714.

63) Inocêncio Borges da Rosa, Processo Civil e Comercial, v. 2.º, pg. 33; Plácido e Silva, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1.º, pg. 301; Carvalho dos Santos, Código do Processo Civil Interpretado, vol. 4.º, pgs. 220/221; Acórdãos in Revista Forense, vol. 110, pg. 449; vol. 111, pg. 448.

64) Revista dos Tribunais, vol. 176, pg. 693.

15 — Ponderados os argumentos levantados, parece-nos lícito concluir:

I — A duplicata é título causal, no sentido de que se deve prender a uma relação fundamental típica: a compra-e-venda mercantil.

II — A duplicata é título formal, suscetível de engendrar obrigações abstratas.

III — A falta de efetiva entrega de mercadorias não invalida a duplicata: é mera condição de irregularidade.

IV — O possuidor deve, obrigatoriamente, protestar a duplicata por falta de aceite, a fim de garantir o direito de regresso contra emitente e endossador;

V — A sanção, de ordem privada, pela falta do aceite, é a perda do prazo de vencimento, em vista de que a obrigação — oriunda do contrato de compra-e-venda — se torna desde logo exigível.

VI — O comprador, não tendo reconhecido a exatidão do título, não se obriga por via de duplicata, que, de si só, não legitima ação, executiva ou não.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: BRUNO DE MENDONÇA LIMA

A tese, que o autor modestamente chama de ensaio, se intitula "COMPRA E VENDA MERCANTIL E DUPLICATA".

Expõe o autor como surgiu entre nós a *duplicata* e como êsse título se configura entre os demais títulos de crédito. Mostra como a chamada duplicata se originou das faturas ou contas assinadas, previstas no Código Comercial, mas demonstra a maior utilidade da duplicata, dado que ela não ficou reduzida a um simples meio de prova do contrato comercial de compra-e-venda, mas se transformou em um eficiente e prático título de crédito.

Refere-se à classificação dos títulos de crédito, como causais ou abstratos, e mostra as dificuldades até hoje existentes quanto ao critério classificador. Expõe a distinção entre causa do negócio e causa de atribuição patrimonial.

Estabelece as conseqüências teóricas e práticas que decorrem da causalidade do título. E salienta a corrente que sustenta não serem necessariamente causais as obrigações vasada em título causal.

Depois de expostos assim princípios gerais relativos aos títulos

de crédito, passa a tratar das características da duplicata no Direito Brasileiro. Classifica-a como um título de crédito à ordem para o pagamento do preço da mercadoria, objeto de uma compra-e-venda mercantil, segundo a definição de Ascarelli. Acentua os característicos do título e estuda a sua causalidade, fazendo menção das controvérsias existentes a êsse respeito.

Examina as conseqüências de duplicatas irregulares, isto é, daquelas que, aparentemente perfeitas, não correspondem a verdadeiras vendas mercantis. Sustenta a validade dessas duplicatas e das obrigações abstratas nelas lançadas, para o efeito de não poder opor a terceiro de boa-fé a falta de entrega da mercadoria ou a inexistência de um contrato de compra e venda. Mas adverte que a responsabilidade do comprador, ou daquele como tal indicado, decorre do aceite, e não da emissão do título.

Expõe a dúvida relativa ao cabimento da ação executiva para a cobrança de duplicata não aceita, e resolve, pela negativa. Estabelece que duplicata não aceita não gera ação alguma contra o sacado. A ação do vendedor contra o comprador se fundará no contrato de compra-e-venda e não na duplicata.

Como sanção da falta de aceite de duplicata legítima, sugere o vencimento imediato da obrigação de pagar o preço. E opta pela ação ordinária para fazer valer tal obrigação.

E como conseqüência lógica, rigorosamente deduzida de tôda a exposição, chega às seguintes conclusões:

I — A duplicata é título causal, no sentido de que se deve prender a uma relação fundamental típica: a compra-e-venda mercantil.

II — A duplicata é título formal, suscetível de engendrar obrigações abstratas.

III — falta de efetiva entrega de mercadorias não invalida a duplicata: é mera condição de irregularidade.

IV — O possuidor deve, obrigatoriamente, protestar a duplicata por falta de aceite, a fim de garantir o direito de regresso contra o emitente e endossador.

V — A sanção de ordem privada, pela falta do aceite, é a perda do prazo do vencimento, em vista do que a obrigação oriunda do contrato de compra-e-venda se torna desde logo exigível.

VI — O comprador, não tendo reconhecido a exatidão do título, não se obriga por via de duplicata, que, de si só, não legitima ação, executiva ou não.

O trabalho apresentado, pelo seu jovem autor, que é um dos grandes valores da nova geração, é um trabalho completo. Grande preci-

são de linguagem, segurança de raciocínio, notável poder de síntese. As suas conclusões assentam em premissas firmemente estabelecidas na doutrina e no Direito Positivo. Além do valor doutrinário do trabalho é êle fecundo em aplicações práticas. As suas conclusões me parecem rigorosamente exatas. Não quero concluir sem salientar que a leitura da tese em exame não deixaria descobrir que seu autor é um jovem, com poucos anos de exercício profissional, pois o seu trabalho revela não só apreciável saber como até mesmo experiência no trato de assuntos jurídicos.

Sou de parecer que as conclusões merecem a aprovação do Congresso e que o trabalho seja considerado como relevante contribuição.

Pôrto Alegre, 16 de agosto de 1950.

Bruno de Mendonça Lima — Relator
Antônio Martins Filho
José Baptista Neto
Henrique Rupp Junior
Ernesto Martins Vieira.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins. — Vou submeter agora à aprovação do plenário a tese “Compra-e-Venda Mercantil e Duplicata”, de autoria do dr. Paulo Barbosa Lessa, sendo relator o professor Bruno de Mendonça Lima.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Exmo. Senhor Presidente, senhores Congressistas, meus senhores.

Passo a ler o parecer elaborado sôbre a tese n.º 29, apresentada pelo senhor Paulo Barbosa Lessa.

(LÊ)

A êste parecer a Comissão acrescenta ainda uma proposta do nosso colega Martins Filho: é que êste trabalho venha a ser desenvolvido numa monografia mais vasta, relativa à duplicata, não só dada a carência de livros especializados nesta matéria, como pelo modo preciso, seguro, com que a matéria foi abordada na tese, que, como já disse, o autor denomina modestamente de ensaio, mas que é um trabalho de valor relevante. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a tese: “Compra-e-Venda Mercantil e Duplicata”, de autoria do dr. Paulo Barbosa Lessa.

O SR. MARTINS FILHO — Sr. Presidente, peço a palavra.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. MARTINS FILHO — Sr. Presidente, srs. Congressistas.

Já na Comissão de Direito Mercantil Comparado, tive ensêjo de manifestar a minha alegria em vendo um jurista novo realizar com tanta proficiência um assunto dêste quilate.

Ocorre, porém, que ainda me parece haver um equívoco por parte do ilustre autor da tese, ao classificar a duplicata como título causal, no sentido de que deve se prender a uma relação fundamental, típica à compra e venda mercantil.

A duplicata, em verdade, é um título de crédito genuinamente brasileiro, representando uma conquista da nossa doutrina. Mas a natureza jurídica da duplicata ainda não foi precisamente definida, dado o caráter sui generis de que o título se reveste.

Efetivamente, tôda duplicata pode ser considerada um título causal, mas só no momento da sua expedição. Desde que ela é aceita, perde êste caráter de título causal e passa a ser considerada título abstrato, isto é, um título que vale por tudo aquilo e tão-sòmente por tudo aquilo especificado no seu conteúdo literal.

De mais a mais, esta primeira conclusão me parece estar em contradição com a terceira, que diz: “a falta efetiva de entrega de mercadorias não invalida a duplicata em seus efeitos crediários”, segundo acentua o autor da tese. “E’ mera condição de irregularidade”.

E’ que, senhores, mesmo antes do aceite, a duplicata já começa a exercer, na vida comercial, funções de título abstrato, isso em relação ao emitente e aos sucessivos portadores do título.

Dêste modo, parece-me que o autor da tese necessita modificar essa sua primeira conclusão, porque, em verdade, a duplicata só é título causal no momento da sua expedição. Logo que é aceita, passa a ser um título abstrato e mesmo antes de ser aceita, já exerce funções de título abstrato, quando passa da mão do sacador para os sucessivos portadores.

Esta a objeção que desejo fazer ao trabalho muito interessante do professor Paulo Barbosa Lessa, que, como já tive ensêjo de dizer, não apenas é uma promessa, mas já a revelação de uma cultura jurídica equilibrada e digna de encômios. (Palmas.)

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre Congressista.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Sr. Presidente e srs. Congressistas.

Tive oportunidade de acompanhar o estudo e o exame desta tese na Comissão, e também, com o professor Martins Filho e demais membros da Comissão que também teceram hosanas ao autor da tese, eu

proclamei o seu valor e os seus conhecimentos. Permitam-me agora, muito especialmente o professor Martins Filho, a quem rendo as maiores homenagens e a quem já estou habituado a reseitar a sua cultura, permita, entretanto, o eminente professor, que estabeleça pequena discordância do seu ponto de vista, para mais firmar, para mais profundamente firmar, para manter em todos os seus têrmos a tese apresentada pelo professor desta Faculdade. Não há mais dúvida que a duplicata, como acentuou o próprio professor Martins Filho, é causal, mesmo, como disse S. Excia., simplesmente no momento em que o título é expedido, é emitido. Tenho profunda admiração pelo estudo do Direito das Obrigações, tenho um culto extraordinário por êste departamento do Direito, graças à influência do meu velho professor Lacerda-Amado, e até hoje, muito embora esteja aplicando a minha atividade noutro ramo de Direito, não cesso um só instante sequer de estudar o Direito das Obrigações, porque neste encontro atrativos, justamente porque traz sutilezas extraordinárias e justamente nestas sutilezas, nestas faces diferentes, é que se apresenta o Direito das Obrigações.

Nós vemos numa duplicata, duas feições imediatamente: ela é formal e causal a um só tempo, desde o momento em que é expedida. Numa duplicata interferem várias pessoas; a primeira pessoa que apresenta, é o vendedor, aquêle que emite o título; e o comprador, aquêle contra quem é emitido o título. Entre estas duas pessoas que aparecem desde logo na duplicata, ela é um título exclusivamente causal, porque a sua vida, a sua idoneidade, a sua eficiência ficará na dependência do contrato de compra e venda que se realize.

Portanto, esta dependência é que faz com que o título se submeta a uma causa preexistente. Se, entretanto, êste vendedor emitindo a duplicata a endossa a terceiros, põe o “pague-se a outra pessoa”, já vem interferir uma terceira pessoa no título, já tornou êste título formal, muito embora ainda não esteja aceite. Êste título que era causal, em face do comprador se transforma, se constitui simultâneamente, concomitantemente, em título puramente formal em face desta terceira pessoa, valendo aí pelo que expressa, pelo que nêle se contém, sem nenhuma relação com as causas anteriores, com a sua origem.

Vejo, portanto, que o título assume estas duas feições diversas, aparentemente contraditórias. Mas o Direito das Obrigações permite esta coincidência dessas duas feições diversas num só ato, ao mesmo tempo, concomitantemente, sem que haja conflito, nem causal em face de uma pessoa, nem formal em face da outra.

Êste título nestas mesmas condições, com estas duas qualidades simultâneas permanece até o momento que é levado ao aceite. Uma vez que é aceite, transforma-se, daí em diante, num título absolutamente formal, absolutamente abstrato, mesmo contra o comprador, aquêle a

cujo respeito, frente ao qual, era genuinamente causal. Portanto, senhor Presidente e senhores Congressistas, eu queria firmar bem esta distinção, essa concorrência dessas duas qualidades, dessas duas condições no mesmo título, a um só tempo, para dar maior firmeza, maior clareza, maior exatidão à tese. Eu não vejo, portanto, nenhuma contradição entre essa natureza da obrigação oriunda de uma duplicata com a terceira conclusão da tese. A falta de efetiva entrega da mercadoria não invalida a duplicata. É mera condição de regularidade.

O SR. MARTINS FILHO — Em seus efeitos cambiários.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Justamente neste ponto, o professor Antônio Martins Filho, com muita felicidade, lembra êsse acréscimo que todos nós aceitamos e o próprio autor da tese foi o primeiro que concorreu para aceitar essa lembrança, êsse acréscimo para tornar mais precisa a idéia. Portanto, eu não vejo contradição, porque a falta de entrega da mercadoria não invalida a duplicata nos seus efeitos cambiais. Justamente não invalida em face de terceiros, porque aí é um título meramente formal.

É mera condição de regularidade, e condição de regularidade entre êsse emitente e o comprador. É questão que não afeta, absolutamente, a terceiros e não afeta absolutamente a consignação manifestada pelo título da dívida.

Era o que eu tinha a dizer. (Palmas.)

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Peço a palavra, senhor Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre Congressista.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Senhor Presidente. Senhores Congressistas.

O ilustre professor Ernesto Martins Vieira me oferece ensêjo de, talvez, exteriorizar, de um modo melhor e mais preciso, o meu pensamento.

Em primeiro lugar, permita S. Excia. que eu diga, que título formal e título abstrato não são expressões que signifiquem a mesma coisa.

Qualquer título de crédito é formal, no sentido de que está adstrito a uma determinada forma que a lei estabelece, e o título de crédito é abstrato, porque vale na extensão do seu conteúdo literal.

De modo que, em relação à duplicata, que é instituto genuinamente brasileiro, nós verificamos uma dificuldade, até para se estabelecer um critério de classificação.

A duplicata surge de uma compra-e-venda de mercadorias. O vendedor é obrigado a emitir uma fatura e, também, uma duplicata. O título, nesta primeira fase, é causal, porque traz em seu conteúdo a especificação do negócio fundamental. Tanto assim é, que qualquer

duplicata emitida no Brasil, tem, por exemplo, o seguinte conteúdo: “O ilustríssimo senhor Antônio Pereira de Souza, residente na cidade de Pelotas, no Rio Grande do Sul, comprou a Antônio Martins Filho, comerciante residente em Fortaleza, a importância de tanto, valor da fatura tal, de tal data, registrada no coprador tal, a fôlhas tais”. Aí passa-se um traço no título e vem a segunda parte do título: “Reconheço a exatidão da presente duplicata, que pagarei ao Sr. Martins Filho, na praça de Fortaleza, ou à sua ordem, no dia tal, de tal mês e ano.” De modo que temos um instrumento de crédito muito original, em que originariamente o início é causal, está especificada em seu conteúdo a causa do negócio que justifica sua emissão. Mas, desde o momento em que o título de crédito é aceito pelo comprador, já se desprende completamente dessa causa originária e assume, aí, natureza jurídica de um título abstrato, isto é, de um título que vale tudo aquilo, e tão-somente, nêle mencionado. Vamos admitir a hipótese de uma duplicata ser aceita sem a respectiva entrega de mercadoria; a circunstância de a mercadoria não ter sido entregue não invalida o que está especificado no título. Ele está completo em tôdas as suas fases. Trata-se de um título abstrato, de um título a respeito do qual não temos de investigar o negócio fundamental, ou seja, a causa da causa. De modo que reafirmo o meu ponto de vista: na sua fase de emissão até o aceite, nas relações estabelecidas entre o sacador e o sacado, a duplicata assume a natureza jurídica de título causal. Quanto aos seus efeitos cambiários, mesmo antes do aceite, a duplicata reveste a natureza jurídica de título abstrato.

O SR. ERNESTO MARTINS VIEIRA — Não há discordância entre nós.

O SR. MARTINS FILHO — Então, não havia razão para fazer esta exposição, porque desde o começo, pelo menos quiz dizer isto. Um título não é causal em virtude da relação estabelecida entre o comprador e o devedor, é causal e específico no seu conteúdo, no negócio.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Sempre é causal entre dois, mas depois de aceite, o devedor pode invocar a causa para levantar a hipótese de que a mercadoria não estava em condições, mas em relação ao emitente do título ela é sempre causal, a duplicata é sempre causal.

O SR. MARTINS FILHO — Eu aceito uma teoria que não é exatamente essa. É que uma vez aceita a duplicata, trata-se de um título abstrato pelo fato do aceite...

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Não precisa causa para valer, mas não exclui a alegação.

O SR. MARTINS FILHO — Mas, entre o sacador, numa lin-

guagem que se ajusta melhor à hipótese, e o sacado, mesmo assim trata-se de um título abstrato. A questão da entrega ou não da mercadoria é questão que terá que ser discutida posteriormente.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — No própria nota promissória se suscita êsse problema, que não é peculiar à duplicata.

O SR. MARTINS FILHO — Não é peculiar. A duplicata é um título, podemos dizer, "sui generis", reveste esta dupla modalidade de título abstrato e título causal pelo fato de um negócio estabelecido entre A e B ter uma causa, que é o negócio determinante.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — O que se entende por título causal? Sempre que é possível ao devedor investigar a causa, êle é causal. Agora, os intermediários, os endossantes em relação aos respectivos endossatários não podem invocar a causa, porque o título, a obrigação, nasce no fato do endosso.

Afora, parece-me que em relação ao emitente êle é sempre causal, se é que se entende por causal aquêle título cuja validade depende de causa, não vale sem causa. Não será isso? Seria o caso de se esclarecer bem o que se entende por título causal.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Título causal é aquêle para o qual fundamental é a causa. Em que esta é elemento integrante do título. E' o caso da apólice de uma companhia seguradora. Esta, a apólice, é sempre um título causal. E a distinção que dei não é minha, é do professor Ascarelli.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Perguntaria se V. Excia. distingue entre título causal e título que comporte investigação de causa, porque a própria promissória não exclui a investigação de causa. Não declara a causa, mas não exclui a investigação do conteúdo. O título não é causal, repito, mas comporta a investigação de causa. E' causal no sentido de que pode o devedor mostrar que não houve causa para a emissão.

Eu diria que o título é sempre causal em relação ao emitente e não quanto aos endossantes em relação aos respectivos endossatários.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — O título causal, segundo a melhor teoria que aceito, é aquêle que tem como requisito essencial a causa, ou melhor, em que o negócio fundamental que determinou a sua expedição é parte integrante do título, porque a validade dêste está dependendo da validade do seu conteúdo, daquela causa específica.

Agora, o título é abstrato quando sua validade está apenas na observância da disciplina estabelecida para êle. E' o caso da letra de câmbio e da nota promissória.

Efetivamente, existe ou deve ter existido a presunção de um negócio anterior à expedição do título, mas se expeço uma nota promissória,

assino-a e a passo a uma segunda pessoa, a minha obrigação permanece enquanto permanecer em circulação dita nota promissória. E' um título, portanto, abstrato, em virtude do princípio da literalidade.

Os títulos abstratos têm como requisito essencial a causa ou o negócio fundamental que determinou a sua expedição, causa que poderá ser examinada em qualquer momento.

Agora, o título abstrato se desprende completamente do negócio que determinou a sua expedição e passa a circular, preenchendo sua finalidade na ordem econômica como se fôsse moeda.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Então, V. Excia. não admite a investigação de causa nos títulos formais?

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Admito nos títulos abstratos, desde que a investigação seja em relação ao emitente e o primeiro tomador. Entrando o título em circulação e passando a terceiro adquirente de boa fé, é que vem o princípio da inocuidade das exceções, justamente uma construção técnica muito segura, que visa a garantia do terceiro.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Na corrente dos endossos não há investigação de causa.

O SR. MARTINS FILHO — Há investigação da causa ou negócio fundamental, desde que o título não tenha entrado ainda em circulação e passe das mãos do sujeito da obrigação para o respectivo titular dêle. Nesta fase é possível a investigação da causa, ainda mesmo em se tratando de título abstrato. Há, porém, uma exceção no processo de falência, dada a multiplicidade de interesses que precisam ali ser titulados. Mas, mesmo assim, já tive o ensêjo de sustentar a tese de que o título pode ser originariamente viciado, por ter sido adquirido de boa fé, pode haver ciência desta falha originária e mesmo assim deve o juiz admitir na falência, com caráter de obrigação líquida, êste título, em respeito à boa fé do exame. Isto no pressuposto de que a causa pode ser examinada, seja qual seja a natureza dos títulos entre o emitente e o primeiro tomador.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Esta, em relação ao emitente é sempre causal, mesmo depois do aceite.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Então já está esclarecido o meu ponto de vista, em relação à duplicata. Foi um ponto que passou despercebido na Comissão, porque senão, com muito prazer, teríamos discutido o assunto com luxo de detalhes e tenho quase convicção de que o autor da tese aceitaria esta minha explicação sobre classificação de duplicatas.

O SR. PRESIDENTE — Continua em discussão.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o sr. Congressista.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Não se achando presente, no momento, o autor da tese, eu me considero curador da mesma, para dar as explicações que foram sugeridas pela intervenção do eminente colega, professor Martins Filho. Uma nota promissória nós todos consideramos como título abstrato. Mas abstrato não por que não tenha causa; o professor explica que há algo que determinou a expedição desta promissória. Pode ser um presente que alguém queira fazer a outrem e porisso assinou esta promissória. O que acontece é que a causa não precisa estar mencionada no título nem precisamos saber qual seja a causa. Tanto é que se faz a promissória e ela vale, sem que se tenha declarado porque foi feita. Não é preciso que a causa seja mencionada numa promissória.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Neste caso o título vale só pelo seu conteúdo literário.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Exatamente. Numa duplicata é necessário mencionar a causa.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Presume-se que a causa seja a origem da duplicata. Então a duplicata é um título causal, porque é necessário que se mencione a causa.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Mas admite o seguinte, êste título causal admite que nêle se lance assinatura ou que nêle se estabeleçam obrigações de caráter abstrato. Estou dando a explicação porque me parece que, a rigor, não há uma divergência entre o professor Martins Filho e a tese. E' mais um modo de dizer do professor Martins Filho.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Nas conclusões afirma o autor, categoricamente, no primeiro ítem, que a duplicata é um título causal.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — E é.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Mas só na fase da sua circulação, até o aceite. Até aí está certo. Mas, depois do aceite não é mais um título causal.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Mas com relação ao emitente é.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Êle, autor, explica o seguinte: que na própria duplicata, embora sendo um título causal, é possível lançar obrigações abstratas, porque uma vez que a duplicata, esteja aceita ou não, é negociada, é descontada e, naturalmente, o portador já não está mais prêso à causa, seja verdadeira ou não; caso exista ou não, êsse terceiro que adquiriu a duplicata no Banco, que

negociou a duplicata, não está adstrito nem a verificar nem a provar a causa. Diz então o autor da tese, que, embora a duplicata seja um título causal, porque é obrigação mencionar-se a causa, contudo admite êsse título que nêle se lancem obrigações de caráter abstrato.

Por isso a duplicata difere da nota promissória, que é abstrata sempre. Portanto, não há nenhuma contradição. A duplicata, que é título causal, admite essa peculiaridade que é a causa entre o vendedor e o comprador, mas não entre o tomador, o endossante, etc. Portanto, parece-me que não há contradição entre o que está dito, que ela apesar de ser causal tenha obrigações abstratas até sua efetiva entrega, o que não invalida a duplicata para efeitos cambiais não relativos a obrigações abstratas, que foram contraídas naquele título. Não existe propriamente contradição. Êle é causal.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Pelo menos precisa acrescentar aí, qualquer cousa, porque afirmar categoricamente que se trata de um título causal parece que é avançar um pouco, e é também difícil provar do ponto de vista doutrinário.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Mas, de qualquer forma, causa deve existir entre comprador e devedor. Suponhamos, e é aliás o que acontece, até com muita freqüência, que um comerciante recebe pelo correio uma duplicata para aceitar. O comprador, na esperança de que venha a mercadoria, e como não quer pôr dificuldades na realização do negócio, aceita o negócio. Não veio, porém, a mercadoria, e acabou mesmo não vindo. Foi vítima de um desses tantos papagaios (risos) que se conhecem. Mas, por uma omissão qualquer, o vendedor não embarcou a mercadoria e êle tem o direito, quando lhe fôr cobrado executivamente êsse título, que aceitou em boa-fé, de disputar a causa, vai mostrar que aceitou a duplicata convencido de que a mercadoria fôsse embarcada, e, apesar da duplicata já aceita, não recebeu a mercadoria. Êle ainda vai vencer a demanda.

Agora, em relação aos outros interessados nessa duplicata, o Banco que negociou a duplicata, não interessa, êle terá que pagar o Banco se a cobrança foi feita. Depois que vá discutir com o vendedor, mas se não fôr diretamente entre vendedor e comprador o título continua válido. Estou certo de que se o autor da tese estivesse presente a defenderia melhor do que êste curador de ausentes, papel que desempenho no momento. (risos) De qualquer forma me julgo no dever de dar essa explicação na ausência do autor da tese. Tenho a impressão de que não há, propriamente, essa contradição, em dizer que o título é causal. Mas, a falta efetiva da entrega da mercadoria não invalida a duplicata para efeitos cambiais. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE — Continua em discussão. Como não há

quem queira discutir, vou submeter a votação as conclusões, que peço ao sr. Secretário ler.

O SR. SECRETÁRIO — (lendo):

I — A duplicata é título causal, no sentido de que se deve prender a uma relação fundamental típica: a compra-e-venda mercantil.

II — A duplicata é título formal, suscetível de engendrar obrigações abstratas.

III — A falta de efeiva entrega de mercadorias não invalida a duplicata: é mera condição de irregularidade.

IV — O possuidor deve, obrigatòriamente, protestar a duplicata por falta de aceite, a fim de garantir o direito de regresso contra emittente e endossador.

V — A sanção, de ordem privada, pela falta do aceite, é a perda do prazo de vencimento, em vista de que a obrigação oriunda do contrato de compra e venda se torna desde logo exigível.

VI — O comprador, não tendo reconhecido a exatidão do título, não se obriga por via de duplicata, que, de si só, não legitima ação, executiva ou não.

O SR. PRESIDENTE — Os srs. Congressistas que aprovarem a tese queiram manter-se sentados. (Pausa.) Aprovada.

O SR. ANTÔNIO MARTINS FILHO — Pela ordem, sr. Presidente.

Aprovo tôdas as conclusões, apenas ressaltando meu ponto de vista com relação às duplicatas, porque realmente falta qualquer coisa, como tive ocasião de expor.

CONTRA QUEM DEVE SER PROTESTADO O TÍTULO CAMBIAL

Oscar Martins Gomes

Catedrático de Direito Internacional Privado da Universidade do Paraná.

1 — Assunto gerador de dúvidas, ocasionando, freqüentemente, na prática cotidiana, erros e inconveniências, quer entre portadores de títulos cambiais, quer da parte de serventuários, é êsse de saber *contra quem* devem ser protestados os títulos cambiais, se sòmente contra o sacado ou o aceitante, ou se deve o protesto estender-se também ao sacador, aos endossantes e aos avalistas.

2 — O conceito do protesto e um melhor conhecimento das razões que o explicam esclarecerão o tema. Eis, a propósito, a lição do eminente comercialista CARVALHO DE MENDONÇA:

“O protesto, para os efeitos cambiais, é a formalidade extra-judicial, mas solene, destinada a *servir de prova da apresentação da letra de câmbio*, no tempo devido, para o *aceite* e para o *pagamento*, não tendo o portador, apesar de sua diligência, obtido êste ou aquêle.

Êle se justifica pela necessidade de ser oferecida aos obrigados em via de regresso prova segura e, ao mesmo tempo, simples e uniforme, de qualquer dêsses fatos, que efetivam a sua responsabilidade.

O protesto cambial vem assim a constituir elemento fundamental, para o exercício do *direito de regresso*. — Sem êle não é possível ao possuidor da letra de câmbio exercer êsse direito *contra os coobrigados regressivos* e nem a qualquer dêstes, oportunamente, contra os seus antecessores.” (Trat. de Dir. Com. Bras. vol. V, 2.^a parte, ns. 870 e 871).

3 — As formalidades com que o protesto deve ser tirado e seus efeitos vêm expressos nos arts. 28 e 32 da lei cambial (n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908). Ali se declara que o instrumento de protesto deve conter, entre outros requisitos, “a certidão da inti-

mação ao *sacado* ou ao *aceitante*.” (art. 29, n.º III), ou “de não haver sido encontrada ou de ser desconhecida a pessoa indicada para *aceitar* ou *pagar* (art. 29, n.º IV).

Em face do art. 30 da mencionada lei, ao *portador* é que compete dar *aviso do protesto* ao último endossador, dentro de dois dias, contados do instrumento do protesto, quando declarado no título o domicílio do mesmo.

E o art. 32 é terminante ao dispor que “o portador que não tira, em tempo útil e forma regular, o instrumento de protesto da letra, perde o direito de regresso contra o *sacador*, *endossadores* e *avalistas*.”

Aquêle citado comercialista entende mesmo que o protesto é uma providência instituída mais em *benefício dos coobrigados* do que do próprio portador da letra de câmbio, porque denuncia a mora do obrigado e dá a conhecer a “cada um dos devedores de regresso que surgiu a sua responsabilidade e assim, sem surpresa, permitir-lhes preparar a soma para o pagamento da letra, poupando despesas com a ação cambial ou o ressaque” (ob. cit., ns. 871 e 889).

4 — De tãda oportunidade é a decisão proferida pelo Tribunal de Minas Gerais e assim resumida: “Não é necessário que o protesto por não pagamento contenha a certidão de intimação a todos os coobrigados. Ao *aceitante* ou *emitente* da letra ou da promissória, é que deve ser intimado o protesto.” (Brasil-Acórdãos, vol. X, n.º 26.215, ac. de 20/1/17).

Também o Tribunal de Pernambuco, em acórdão de 17 de dezembro de 1937, decidiu que o protesto “*basta ser notificado ao obrigado principal*, valendo a intimação ou notificação para a conservação dos direitos regressivos contra os *coobrigados*.” (Rv. For. vol. 75, pg. 366).

5 — As normas relativas ao protesto da letra de câmbio são aplicáveis, com as modificações necessárias, à nota promissória, aquiparado o emitente desta ao *aceitante* daquela (lei n.º 2.044, art. 56), e, com as alterações expressas, à duplicata de fatura (lei n.º 187, de março de 1936 art. 20 e 23), na qual o comprador se assemelha ao *sacado*, ou ao *aceitante* da letra.

Não se cogita do protesto especial para efeito de falência (art. 11 da lei n.º 5.746, de 9/12/1929).

MAGARINOS TÔRRES, com abundância de argumentos e apoiado em CARVALHO DE MENDONÇA e PAULO DE LACERDA, sustenta idéia, aliás vencedora, sem maior controvérsia, de que o protesto *não deve ser intimado ao sacador, endossadores e avalistas*, já porque a lei tal não determinou, impondo somente, sob pena de nulidade, a intimação do *primeiro obrigado*, já porque residindo muitas vezes os coobrigados em praças diferentes impossível

se tornaria a apresentação do título a todos ao mesmo tempo, a fim de não perder o portador o direito regressivo. (“Nota Promissória”, 4.ª edição, ns. 150 e 216 e notas).

6 — A Associação Bancária do Rio de Janeiro reclamou, há muitos anos, contra a praxe seguida pelos oficiais de protesto de letras, que avisavam, além do *sacado* ou *aceitante*, os *endossadores* e *outros coobrigados*, por meio de cartas e editais.

CARVALHO DE MENDONÇA, respeitada autoridade na matéria, emitiu então um parecer, datado de 23 de junho de 1925, dizendo ser “justíssima a reclamação sobre a *irregularidade* que se tem infiltrado nos protestos”, explicando que do protesto deve ser intimado *apenas o sacado ou o aceitante*, e acrescenta: “Os *endossadores não são intimados* pelo oficial público, nem pessoalmente nem pela imprensa”.

Mais tarde, êsse acatado comercialista, em novo parecer de 25 de novembro de 1926, reportando-se ao anterior, escreveu: “A lei n.º 2.044, no art. 29, assinala as menções que deve conter o protesto e daí se vê que são apenas notificados para aceitar ou pagar o *sacado* ou o *aceitante*. Ante tão claros princípios não se pode compreender como se estabeleceu a praxe ilegal de tirar o protesto contra outros *coobrigados*. — Contra esta *corruptela* já elaborei o parecer de 25 de junho de 1925, cuja cópia junto ao presente.”

Êsses pareceres se encontram publicados sob nrs. 58 e 82 no volume de *Pareceres de Carvalho de Mendonça*, edição do Banco do Brasil, 1941.

Quanto ao avalista do *aceitante* da letra de câmbio ou do emitente da nota promissória, a circunstância de não se livrar da responsabilidade pela falta do protesto do título ainda melhor explica porque não há necessidade de intimar-lhe o protesto, quando tirado.

7 — O professor JOÃO EUNÁPIO BORGES, em judicioso estudo publicado na Revista Forense, vol. 24, de 1949, págs. 605 a 608, após aludir a equívocos e a superstições em matéria de protesto, mostra que, de acôrdo com a *lei* e a doutrina, a intimação do protesto deve ser feita “*apenas ao sacado ou aceitante na letra de câmbio ou ao emitente na nota promissória*.” Escreve ainda o douto jurista: “É erro, pois, e grave, pelo qual o oficial do protesto pode ser responsabilizado pelos danos a que der causa, o de se fazer a intimação para pagar, quase sempre por meio de editais publicados pela imprensa, a todos os *coobrigados* no título cambial. É erro também muito comum darem os portadores instruções ao oficial no sentido de ser feito o protesto apenas *contra certos coobrigados*, excluindo êsse ou aquêle. São recomendações inúteis e supérfluas. O protesto não se faz, em rigor, contra ninguém.” Também WHI-

TAKER, na sua compulsada obra "Letra de Câmbio", 3.^a edição, pág. 229, explica que, no protesto só ao sacado se intima, tenha ou não aceitado a letra, e acrescenta: "A notificação aos coobrigados subsidiários (sacador e endossante) não incumbe ao oficial de protestos, mas ao próprio portador, sob pena de responder por perdas e danos."

8 — O instituto do protesto ressent-se, em verdade, de falhas, que precisam de ser corrigidas mediante lei especial, mantida embora a lei cambial atual, ou adotada a Lei Uniforme aprovada na conferência internacional de Genebra, de acôrdo com as convenções ali assinadas em 7 de junho de 1930 e relativas à letra de câmbio e à nota promissória, inclusive as reservas permitidas, bem assim a alguns conflitos que ainda possam surgir a respeito e ao impôsto do sêlo devido por tais títulos.

A suscinta apreciação seguinte põe em destaque os pontos capitais do instituto no âmbito do direito internacional privado.

9 — O Tratado de Montevideu de 1889 e o Código Bustamante de 1928, arts. 26 e 263 respectivamente, na enumeração dos atos subordinados à regra *locus regit actum*, incluíram também o protesto, com referência especial, porém, só à sua forma, porque outro dispositivo do citado Código (art. 270) determinou expressamente que os prazos e formalidades para o aceite, pagamento e protesto submetem-se à lei local.

A lei brasileira (n.º 2.044, art. 47), num preceito que é de direito internacional privado, manda regular pela lei do lugar onde a obrigação foi firmada a substância, os efeitos, a forma extrínseca e os meios de prova da obrigação cambial, sem referência ao protesto, a rigor tirado no lugar da aceitação ou no do pagamento, quando êste ou aquela falham, pois o protesto visa documentar a apresentação do título para aceite ou pagamento.

A convenção sôbre conflitos votada em Genebra apenas dispôs acêrca da forma e dos prazos do protesto e da forma dos atos necessários ao exercício e à conservação dos direitos, mandando que sejam regulados, os prazos e a forma, pela lei do Estado onde fôr tirado o protesto ou realizado o ato indicado.

Eis o texto original:

Art. 8.º — La forme e les délais du protêt, ainsi que la forme des autres actes nécessaires à l'exercice ou à la conservation des droits en matière de lettre de change ou de billet à ordre, sont réglés par les lois du pays sur le territoire duquel doit être dressé le protêt ou passé l'acte en question."

Pela aplicação da regra *locus regit actum*, as notificações, os avisos acauteladores, o protesto, assim como os prazos dêste, obedecem à lei do lugar onde devem êsses atos ser levados a efeito. São providências necessárias ao exercício do direito regressivo, competindo ao julgador verificar se a lei estrangeira foi devidamente aplicada, em cada caso.

10 — J. PERCEROU e J. BOUTERON demonstram que a contradição que se possa enxergar entre o art. 8.º e o art. 5.º da Convenção é apenas aparente, pois êste é extremamente limitado no seu objeto, visando só os prazos do exercício da ação de regresso, para os quais foi adotada a lei do lugar da criação do título, e acrescenta: "L'article 8 ao contraire, qui a une portée beaucoup plus large, n'est que l'application de la règle *locus regit actum* pour toutes les diligences qui, dans l'exercice du recours, ne sont pas les délais euxmêms de l'exercice de ce recours. (Lettre de Change etc., Paris, 1937, pag. 201).

11 — PONTES DE MIRANDA levanta interessante questão: "Há a cláusula "sem protesto", empregada pelo sacador, ou pelo endossante, e discute-se qual a lei que o regula, — a lei do Estado do pagamento do título cambial, a lei do Estado onde o protesto será necessário, ou a lei de cada obrigação para a persistência da qual seria de mister o protesto. — Houve quem quisesse o estatuto do lugar em que se criou a cambial, com o que se obteria disciplina única. — ARRIGO CAVAGLIERI pugnou pela lei do Estado onde o legítimo possuidor do título cambial exigiu, inútilmente, se bem que tempestivamente, o pagamento, ao obrigado principal. — A Convenção de Genebra não anuiu em que o protesto dependesse da lei do lugar em que se devesse protestar o título, quanto à forma e aos prazos. É muito diferente de ter deixado a tal lei dispensar o protesto ou não, ou não admitir ou proibir a cláusula "sem protesto". (Nota promissória, pag. 300).

12 — Em verdade, numa das reservas (art. 8.º) que formam o anexo II da Convenção de Genebra contendo a Lei Uniforme, vem expressa a faculdade concedida aos Estados contratantes de prescreverem que os protestos que devem ser tirados no seu território possam ser substituídos por uma declaração datada e escrita sôbre a própria letra de câmbio e assinada pelo sacado, salvo no caso em que o sacador exija no texto da letra de câmbio um protesto por ato autêntico. Facultado ficou ainda aos Estados contratantes, pela mesma "reserva", prescrever que a citada declaração seja transcrita no registro público dentro do prazo fixado para o protesto.

Não há, pois, nas convenções genebresas admissão, como não há também proibição expressa, da cláusula "sem protesto".

As reservas constituem derrogações às prescrições estabelecidas na lei comum, e as concernentes à matéria de protesto formam o maior número delas no citado anexo II, para uso de cada país na órbita da sua legislação interna. Daí os conflitos de leis, para a solução dos quais a Conferência de Genebra votou a Convenção apropriada, como normas de direito positivo para os Estados que a retificaram e como normas de orientação doutrinária para os demais Estados.

13 — Num estudo comparativo, BAYALOVITCH acha o sistema anglo-americano superior ao sistema chamado continental (Lei Uniforme), sob diversos aspectos, entre os quais o concernente à regulamentação das formalidades para a conservação ou o exercício dos direitos cambiais, principalmente na determinação da importância de cada uma delas. E diz: "La notification et le protêt du droit cambiaire anglo-américain ont une valeur respective exactement inverse de celle qui leur est attribuée par le droit dit *continental*. Les lois anglaise et américaine se sont pliées aux réalités de la pratique commerciale en reconnaissant comme une formalité indispensable la notification et en laissant un caractère facultatif à la formalité lourde et compliquée qu'est le protêt." (Le Droit International du Change, Paris, 1935, (pág. 497).

14 — Seria de acolher uma inovação na atual lei cambial brasileira, independentemente de sua substituição integral por outra, visando apenas os meios tendentes a assegurar os direitos cambiais sem a necessidade exclusiva do protesto, como, ex., permitir a cláusula "sem protesto", a ser aposta pelo sacador ou pelo endossante, ou permitir uma declaração feita pelo sacado, ou aceitante, na letra de câmbio, ou pelo emitente, na nota promissória, não abolido o protesto por ato solene e público, para quando o portador preferir essa forma.

15 — A explanação até aqui desenvolvida e os pontos de vista concomitantemente sustentados levam às seguintes

CONCLUSÕES

- a) Em face do direito brasileiro vigente, o protesto, documentando de forma solene a apresentação do título cambial para aceite ou para pagamento, deve ser intimado apenas ao *obligado principal* ou direto, ou sejam o sacado ou o aceitante, na letra de câmbio, ou o emitente, na nota promissória, sem que a singularidade da intimação deixe de surtir os efeitos próprios a êsse ato público, notadamente os concernentes a garantir o direito regressivo.

- b) É aconselhável, consoante se verifica em outras legislações, como a alemã, a suíça, a italiana, introduzir no direito brasileiro, independentemente de maior reforma da lei cambial, fórmulas sucedâneas do atual protesto, sem exclusão deste, mas de modo a permitir a cláusula "sem protesto" no título ou a declaração formal nêle de recusa de aceite ou de pagamento, quando apresentado, produzindo os mesmos efeitos do protesto.

Curitiba, 31 de Julho de 1950.

RELATÓRIO

Relator: JOSÉ BAPTISTA NETO

O Ilustrado Professor OSCAR MARTINS GOMES, Catedrático de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito do Paraná, contribui, para êste Congresso, com a concisa e bem elaborada tese de sua autoria, intitulada — CONTRA QUEM DEVE SER PROTESTADO O TÍTULO CAMBIAL.

Divisamos, no interessante trabalho do Prof. Martins Gomes, duas partes distintas. A primeira contém um estudo interpretativo da lei brasileira n.º 2044, de 31 de dezembro de 1908; ao passo que a segunda destina-se a fundamentar a sua proposição no sentido de ser alterada essa mesma lei.

Dividindo, no plano geral, o seu trabalho em quinze itens, dedicou os sete primeiros à primeira parte, que se enquadra perfeitamente na denominação da tese, uma vez que aí é que examina propriamente, "contra quem deve ser protestado o título cambial".

Começa por afirmar que se trata de assunto gerador de dúvidas e, assim, de erros e inconveniências, tanto por parte dos portadores dos títulos como de parte dos serventuários encarregados do protesto.

Passa, a seguir, a demonstrar que, do protesto, devem ser intimados apenas o sacado ou o aceitante da letra de câmbio e o emitente da nota promissória. Enuncia o conceito de protesto, afirmando ser o ato solene pelo qual fica documentada a apresentação do título para aceite ou para pagamento.

Citando dispositivos da lei 2044 e trazendo, em abono de sua tese, os ensinamentos de tratadistas, como Carvalho de Mendonça, Magarinos Tôrres, Paulo de Lacerda e Whitaker, a opinião do Prof. João Eunápio Borges, bem como acórdãos dos Tribunais de Minas Gerais e de Pernambuco, — conclui que, do protesto, devem ser in-

timados apenas o sacado ou o aceitante da letra de câmbio bem como o emitente da nota promissória, e que os avisos aos demais coobrigados (endossantes) devem ser dados pela parte interessada, nos termos da lei 2044, art. 30.

Tratando, nos itens n.º 8 e seguintes, da segunda parte de sua tese, começa o autor por afirmar que o instituto do protesto ressent-se de falhas que necessitam de correção por lei especial, mantida embora a lei cambial atual, ou adotada a lei uniforme aprovada na Conferência Internacional de Genebra, de acôrdo com as convenções ali assinadas em 7 de junho de 1930.

Confronta, a seguir, o art. 26 do tratado de Montevideú de 1889; os arts. 263 e 270 do Código Bustamante; o art. 47 da lei brasileira 2044, e o art. 8.º da Convenção sôbre Conflitos, adotada em Genebra, — assinalando que, na matéria atinente ao protesto, dispõe esta apenas quanto ao prazo e à forma, mandando que sejam regulados de conformidade com a lei do país onde deva ser lavrado o protesto.

Afirma que, “pela aplicação da regra *locus regit actum*, as notificações, os avisos acauteladores, o protesto, assim como os prazos dêste, obedecem à lei do lugar onde êsses atos devem ser levados a efeito.” “São providências necessárias ao exercício do direito regressivo, competindo ao julgador verificar se a lei estrangeira foi devidamente aplicada, em cada caso” — diz o autor.

Traz, depois, a questão levantada por Pontes de Miranda, no sentido de se saber qual a lei aplicável quando, pelo sacador ou pelo endossante, fôr empregada a cláusula “sem protesto”, — “se é a lei do Estado do pagamento, a lei do Estado onde o protesto será necessário ou a lei de cada obrigação para cuja persistência seria mister o protesto”.

Cita a seguir o Anexo II, art. 8.º, à Convenção de Genebra, onde se faculta aos Estados contratantes a determinação de que os protestos a serem tirados em seu território possam ser substituídos por uma declaração escrita, datada e assinada pelo sacado, na própria letra de câmbio, da recusa do aceite ou do pagamento, salvo o caso em que o sacador exija, na própria letra de câmbio, o protesto por ato autêntico, e que, no mesmo artigo, ficou também facultado prescreverem, os mesmos Estados, que essa declaração seja transcrita no registro público. Esclarece, logo em seguida, que nas convenções de Genebra, não há proibição nem admissão expressa da cláusula “sem protesto”.

Lembra, também, que as leis inglesa e norte-americana dispensam a formalidade do protesto, dando-lhe um caráter facultativo, embora reconheçam a notificação como formalidade indispensável, transcrevendo o elogio que Bayalovich tece a êsse sistema.

Conclui que, na legislação brasileira, se deverá introduzir mo-

dificações no sentido de ser permitida a cláusula “sem protesto”, a ser aposta no título pelo sacador ou pelo endossante, ou permitir uma declaração feita pelo sacado ou aceitante da letra de câmbio, ou pelo emitente da nota promissória, no próprio título, da recusa do aceite ou do pagamento, mas não abolindo o protesto, por ato solene e público, quando o portador o preferir.

No desenvolver do seu trabalho, deixa o seu autor transparecer claramente a louvável intenção que o animou, no sentido de uniformizar a matéria no âmbito do Direito Internacional, o que conseguiria, entretanto, apenas se todos os países anuissem na uniformização, ainda mais que a própria Convenção de Genebra, reconhecendo a existência de diversidade entre as legislações, ditou regras com a intenção de resolver os conflitos.

Com a devida vênia, porém, temos fortes reservas contra uma alteração que visasse permitir cláusulas no título cambiário, o que viria certamente perturbar as suas excelentes condições de certeza, literalidade e fácil circulabilidade, conseguidas por uma lei que vigora há mais de quarenta anos, cujo rigor se manifesta, nesse sentido, ao considerar não escrita para os efeitos cambiais, até a cláusula de juros.

Passamos, pois, a propor a aceitação das conclusões anexas.

PARECER

Conclui o relator com o ponto de vista de que deverá ser aprovada a 1.ª conclusão da tese no sentido de que do protesto deve ser intimado apenas o obrigado principal pelo título cambiário, ou seja o emitente da nota promissória, ou em se tratando de letras de câmbio, o sacado ou aceitante valendo a intimação suficientemente para o exercício do direito de regresso contra os demais coobrigados.

Quanto à segunda conclusão sugerida pelo autor, discorda o relator com a devida vênia por não entender conveniente ou oportuna a adoção dos sucedâneos do protesto ou sejam a “cláusula sem protesto” ou a declaração formal no próprio título da recusa do aceite ou do pagamento, pôsto que tais declarações viriam ferir os requisitos de certeza e segurança essenciais aos títulos creditórios.

José Baptista Neto

Discutido e aprovado o parecer e recomendado a sua aprovação ao plenário.

Pôrto Alegre, 17 de agosto de 1950.

Antônio Martins Filho
Paulo Barbosa Lessa

O BALANÇO NAS SOCIEDADES POR AÇÕES COMO FATOR DE SEGURANÇA

Júlio Paulo Wanner

Professor Catedrático de “Estruturação e Análises de Balanços” na Faculdade de Economia e Administração da Universidade do Rio Grande do Sul. Bacharel em Ciências Econômicas e Comerciais. Contador.

Asseveram ilustres mestres que, das criações jurídicas, no terreno econômico, uma das mais úteis e que permite, por sua vez, uma expansão dos negócios com empreendimentos de vulto, é sem dúvida alguma a sociedade por ações ⁽¹⁾. E, precisamente por esta circunstância, é também a que, com mais facilidade tem probabilidades, para esta sua expansão, de arrecadar, no seio das populações, não só capitais que se colocam a serviço do respectivo rendimento, mas também, pequenas economias.

Decorre dessa circunstância serem elas um meio para transformar as economias de vastas camadas da população em capital industrial, razão por que surgem problemas decorrentes das conexões entre sociedades e institutos financeiros e da necessidade de tutelar os subscritores das ações ⁽²⁾.

Entre êsses problemas avulta por sua indiscutível importância o da realização do “Balanço” e sua forma de colocar ao conhecimento geral, com a sinceridade que se faz necessária, o estado de fortuna dessas entidades, quer estejam elas subordinadas a uma fiscalização do poder competente, motivada por determinações especiais, como ocorre com os estabelecimentos bancários e de seguros e capitalizações, quer em razão de sua própria natureza como sociedades de capitais.

Com efeito.

ESCÔRÇO HISTÓRICO

A preocupação de tornar pública a situação das entidades de capitais, observando regras para o procedimento do balanço e uma técnica para a sua apresentação, pela qual se permita, e até certo ponto se facilite, o conhecimento real do estado econômico, finan-

1) Gudesteu Pires — Manual das Sociedades Anônimas.

2) Prof. Túlio Ascarelli — Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.

ceiro e patrimonial da empresa, e, bem assim, a possibilidade de aquilatar-se da boa ou má administração, data de há muito.

Uma das primeiras providências neste sentido foi, sem dúvida, a tomada pela Suíça, dispondo expressamente em sua lei de 14 de Junho do ano de 1881 que “os estatutos devem determinar especialmente: o modo de estabelecer e examinar o balanço, como também, prescrever as regras para calcular e distribuir os benefícios”, embora como se está a ver, tal disposição desse ainda grande liberdade à confecção do balanço.

Mas, o que se nos afigura indiscutível, é que a idéia da unificação dos balanços das sociedades por ações, surgiu na Bélgica, por decisão tomada pelo Governo, em 3 de Dezembro do ano de 1893, encarregando uma Comissão especial, extra-parlamentar, da missão de procurar os meios a serem postos em prática para coibir os abusos que, na ocasião, se verificavam nos negócios da bolsa e nas operações comerciais ⁽³⁾.

Para que se possa ter uma impressão sobre o alcance da medida tomada, basta que se passe em revista os nomes das notabilidades indicadas para fazer parte da citada Comissão: Presidente: Paepe, conselheiro da Côrte de Cassação; Secretário: Beeckmann, diretor geral do Ministério da Justiça; Membros: Rougé, primeiro advogado na Côrte de Apelação; Delbeke, advogado, membro da Câmara dos Representantes; Edmond Picard, advogado na Côrte de Apelação e senador; François Rosseels, presidente da Comissão da Bolsa, e, Van Cleemputte, advogado, membro da Câmara dos Representantes.

Esta comissão Especial extra-parlamentar, atendendo à importância do encargo e às razões de sua motivação, após ouvir três peritos em contabilidade, entre os quais encontravam-se dois professores, ofereceu uma “fórmula de balanço”, indicando, detalhadamente, a classificação dos elementos patrimoniais e, bem assim, também uma fórmula para a apresentação da conta Lucros e Perdas, como ainda, as regras para a sua confecção e distribuição dos lucros auferidos ⁽⁴⁾.

E, desta maneira, classificava:

O “ATIVO” em:

IMOBILIZADO
REALIZÁVEL A LONGO PRAZO
REALIZÁVEL A CURTO PRAZO OU DISPONÍVEL

3) Prof. Eugène Léauté — *Traité des Inventaires e des Bilans.*

4) Prof. Eugène Léauté — *ob. cit.*

e dêle fazendo parte:

— no *IMOBILIZADO* os bens necessários à exploração e destinados a serem conservados na duração da sociedade, salvo os casos de deterioração ou desgaste, e, não poderiam ser alienados em parte, a menos que viessem a ser substituídos imediatamente, se interrompessem a exploração. Como sejam: As despesas de organização; as concessões; os privilégios; os terrenos e construções destinados à exploração; as máquinas e ferramentas; o material; os móveis sociais e valores diversos.

— no *REALIZÁVEL A LONGO PRAZO* os bens que, sem serem disponíveis imediatamente ou facilmente realizáveis em curto prazo, possam, no entanto, serem realizados em um momento dado sem contrapor-se ao fim social. Como sejam: Créditos; valores comprometidos; propriedades diversas e créditos duvidosos.

— no *REALIZÁVEL A CURTO PRAZO OU DISPONÍVEL* enquadrar-se-iam duas categorias: o “ativo mobilizável” rapidamente liquidável, no exercício comercial, dentro dos 12 meses, e, o “ativo disponível” cuja liquidação far-se-ia no ato, incontinenti. Como sejam: as mercadorias; os devedores (com garantias de qualquer espécie ou mesmo sem garantia alguma e dívidas da administração); letras; valores de bolsa; acionistas; valores da reserva e espécies em caixa.

O “*PASSIVO*” em:

DÍVIDAS DA SOCIEDADE COM ELA PRÓPRIA
DÍVIDAS A LONGO PRAZO
DÍVIDAS EXIGÍVEIS OU A CURTO PRAZO

e dêle fazendo parte:

— nas *DÍVIDAS DA SOCIEDADE COM ELA PRÓPRIA* todos os valores que a sociedade não pode considerar para o cálculo dos benefícios e que por isto encontram-se reservados. Como sejam: o capital social; as amortizações efetuadas durante os exercícios anteriores, e, as reservas.

— nas *DÍVIDAS A LONGO PRAZO* tôdas cujos vencimentos excedessem a 12 meses.

— nas *DÍVIDAS EXIGÍVEIS OU A CURTO PRAZO* tôdas cujos vencimentos se verificassem antes de 12 meses.

No que se refere à apresentação da conta de *LUCROS E PERDAS* a Comissão adotou uma fórmula pela qual permitia conhecer-se os detalhes da administração, e, assim determinou a seguinte discriminação:

A DÉBITO

- Saldo do prejuízo do exercício anterior
- Despesas Gerais
- Despesas da Direção
- Despesas com Administradores e Comissários
- Serviço financeiro
- Juros
- Despesas Judiciárias
- Amortizações
- Sinistros
- Benefício líquido a distribuir.

A CRÉDITO

- Saldo dos lucros não aplicado no exercício anterior
- Lucros brutos sôbre as operações determinadas pelos estatutos
- Recuperações de créditos amortizados
- *Produto de operações fora do objeto social*
- Saldo do prejuízo

EMPREGO E DISTRIBUIÇÃO DO BENEFÍCIO LÍQUIDO

- para o déficit sôbre o capital social
- para as reservas legais ou estatutárias
- para as reservas complementares
- para os administradores, comissários, etc.
- para os acionistas (dividendo ..%)
- saldo

Convém salientar que, ao comentar a fórmula de apresentação do balanço e bem assim da conta Lucros e Perdas, a referida Comissão declarou que “embora se procurasse evitar u’a minúcia excessiva, se fazia contudo necessário que os interessados não fôssem

colocados em presença de documentos enigmáticos, obscuros e difficilmente decifráveis”.

Também não foram outras as razões que levaram, no início d'êste século, no ano de 1902, o Ministro da Justiça da França, Sr. Vallé, a instituir uma Comissão extra-parlamentar, composta de juriconsultos e economistas, conferindo-lhe a missão de estudar as reformas que porventura conviessem ser introduzidas na legislação das sociedades por ações.

Já em suas primeiras reuniões a Comissão foi atraída para a questão da elaboração dos inventários e respectivos balanços, e após as devidas considerações sobre a matéria, decidiu que a lei deveria determinar as regras que presidiriam a confecção dos citados inventários e balanços dessas sociedades, reconhecendo, no entanto, que tal determinação deveria ser objeto de uma lei especial.

Dada a complexidade do assunto, decidiu ainda, como medida preliminar, que fôsse organizado um questionário sobre a espécie, no qual fôsem focados todos os pontos principais a serem examinados, de modo a ser possível, após a devida apreciação, resolver sobre os termos da lei cogitada.

A unificação dos balanços era, sem dúvida, o objeto, e, convém acentuar que, tão importante reputou a Comissão esta questão que, Reymarck, seu secretário-relator esclareceu naquela ocasião ter a Comissão sentido que, depois do ato da constituição das sociedades por ações, que é o que lhe dá vida, nada há de mais importante no curso de sua existência comercial que os inventários e balanços. Afirmou mais, ser o inventário o levantamento completo da situação de uma sociedade, nêle figurando, detalhadamente, todos os elementos do “ativo” e “passivo” social, o qual, por sua vez, servirá de fundamento ao contrôlle e confecção do balanço, e destarte, por seu turno, ser o balanço o espelho do inventário, devendo por isso dizer a verdade, com todos os elementos exatos e sinceros, atendendo a que a falta dessas duas condições, que reputava indispensáveis, a função d'êsse documento não seria mais que um engodo. (5)

Embora reconhecendo a existência de algumas regras para a confecção de tais documentos, como também, que as sociedades na ocasião usavam práticas diversas para idênticos fins, o eminente juriconsulto e professor Lyon-Caen, presidente da Comissão, entregou o encargo de organizar o questionário ao secretário-relator, o já referido Sr. Neymarck.

Ocorre no entanto que, um ano antes da constituição dessa Comissão, uma questão semelhante havia sido levantada pelo Insti-

tuto Internacional de Estatística, no Congresso que se realizou em Budapest no ano de 1901, e, o mesmo Sr. Neymarck, que exercia as funções de secretário d'êsse Instituto, foi encarregado de fazer uma investigação sobre o melhor modo a ser indicado, sob o ponto de vista da estatística internacional, para a confecção dos balanços das sociedades anônimas.

O Instituto Internacional de Estatística, decidido a encontrar a melhor maneira de confeccionar os balanços daquelas sociedades, tomava assim a iniciativa que, no ano seguinte, a Comissão extra-parlamentar francesa resolvera estudar.

E, destarte, tanto um como a outra, tomaram a si o interesse de determinar uma fórmula única para a confecção dos balanços.

Os questionários foram elaborados, e tanto o do Instituto Internacional de Estatística como da Comissão extra-parlamentar francesa, consubstanciavam as mesmas idéias e as mesmas questões.

Indagava êle como deveriam ser entendidas as expressões “ativo” e “passivo” de uma sociedade, e bem assim, de quais os elementos se deveriam compor; se o excedente do ativo sobre o passivo constituía um lucro distribuível e, contrariamente, o do passivo sobre o ativo um prejuízo; como devia ser elaborado o balanço de uma sociedade por ações, e bem assim, quais as regras a serem seguidas; se o material, as mercadorias, os imóveis, deveriam ser tomados pelo preço de compra ou pelo preço pelo qual poderiam ser realizados; se os valores mobiliários, rendas, ações e obrigações, deveriam ser computados pelo preço de compra ou pelo valor das cotações em Bôlsas no momento do encerramento do exercício social; se as despesas de constituição da sociedade, e bem assim as de organização, deveriam ser amortizadas anualmente ou imediatamente; se conviria indicar no balanço detalhando as quantidades dos valores mobiliários que pertencessem à sociedade, ou contrariamente, englobadamente; se as reservas criadas no curso da sociedade, sob diversas denominações, tais como “reserva especial, extraordinária, fundo de previsão”, deveriam ser discriminadas nos balanços, com a indicação dos valores destinados a essas reservas; e, se seria possível estabelecer um balanço sobre modelo uniforme, para tôdas as sociedades, indicando o modelo aconselhável e, da mesma forma, citando quais as regras a serem recomendadas para a elaboração dos referidos balanços.

Entre as respostas que foram dadas, figurou a do eminente professor francês Eugène Léautey, então diretor do Instituto de Contabilidade de Paris.

Tanto êste professor, como o secretário-relator da Comissão, foram unânimes em sustentar não parecer-lhes insolúvel a questão da unificação dos balanços das sociedades por ações, e assim enten-

5) Eugène Léautey — Unificacion des Bilans des Sociétés par actions.

dendo, ofereceu o seu plano que o denominou de Fórmula de Balanço Racional e Integral. Isto, quanto ao modelo uniforme que fôra pedido.

No que dizia respeito às regras a serem recomendadas para a elaboração do balanço opinava que os materiais, as mercadorias e os imóveis deveriam ser tomados pelo preço de custo líquido; as ações, títulos de renda, obrigações e participações sociais, pelos preços de Bôlsa; entretanto, as diferenças que fôssem verificadas para maior sôbre o preço de custo, deveriam ser levadas a uma conta, não se fazendo delas distribuição alguma; as despesas de constituição e organização das sociedades deveriam ser indicadas englobadamente; e, finalmente, as reservas deveriam ser indicadas especificadamente de acôrdo com a sua natureza, porém sem indicação dos valores a elas destinados, no "ativo".

Mas, máu grado todos os estudos feitos e as mais preciosas colaborações jurídico-contábeis apresentadas, não logrou êxito algum a idéia da Comissão extra-parlamentar de ser elaborada uma lei regulando a espécie tratada. Sômente no ano de 1935, a França, por via de um decreto-lei, foi que modificou a lei de 1867, impondo, no que se refere ao balanço das sociedades por ações, a obrigação, sob pena de condenação, das contas serem representadas, cada ano, da mesma forma que os anos anteriores, e que os métodos de avaliação serem imutáveis, isto para facilitar os acionistas ao conhecimento dos balanços. Foi tudo o que ali se fêz sob tão magno assunto.

Mas o insucesso não arrefeceu o entusiasmo dos mestres e, embora na primeira oportunidade que se lhes ofereceu não ter logrado êxito tão salutar idéia, prosseguiram ministrando os seus conhecimentos sôbre a espécie e demonstrando através de brilhantes monografias a imperiosa necessidade de um critério acertado na confecção dos balanços e respectivas classificações dos bens, estudando tudo tanto sob o aspecto jurídico, como no comercial, fiscal e contábil.

Por outro lado, nos Congressos de Contabilidade, as teses sôbre a padronização dos balanços figuraram sempre entre os trabalhos que despertavam o maior interêsse.

No Terceiro Congresso Internacional de Contabilidade em Gand, no ano de 1913, foi aprovado e recomendado um modelo de balanço, dividindo tanto o "ativo" como o "passivo" em cinco grandes grupos, a saber:

ATIVO

- 1 — DISPONÍVEL
- 2 — REALIZÁVEL
 - Imediato
 - A prazo

3 — VALORES HIPOTECADOS

- 4 — IMÓVEIS
 - De produção
 - De renda

5 — RESULTADOS

- Por ordem
- Consignações
- Hipotecas
- Depósitos etc.
- Contra-partidas passivas

PASSIVO

1 — EXIGÍVEL

- a) Dívidas com garantias
 - Imediato (1 a 30 dias)
 - A curto prazo (30 dias a 6 meses)
 - A longo prazo (mais de 6 meses)
- b) Dívidas sem garantias
 - Imediato (1 a 30 dias)
 - A curto prazo (30 dias a 6 meses)
 - A longo prazo (mais de 6 meses)

2 — CAPITAL

3 — RESERVAS OU PROVISÕES NÃO ESPECIFICADAS

4 — AMORTIZAÇÕES

5 — RESULTADOS

- Por ordem
-
-
- Contra-partidas ativas

Este modelo foi novamente recomendado pelo quarto e quinto Congresso Internacional de Contabilidade realizados, respectivamente, em Barcelona e em Bruxelas.

Não ficaram, por sua vez, os Congressos Brasileiros de Contabilidade, alheios ao assunto.

No segundo Congresso que realizou-se no Rio de Janeiro, brilhantes trabalhos foram apresentados, entre êles, cumpre-nos fazer menção especial, os da autoria do Professor Francisco d'Auria e dos Drs. Ivo Thomas Gomes e Adolfo Gredilha.

Estudadas as teses e discutida amplamente a questão, foi deliberado que, sendo "conhecida a fórmula básica do balanço-tipo

aprovada pelos Congressos Internacionais de Gand, Bruxelas e Barcelona, adota esta fórmula como elemento de estudo preliminar para a solução definitiva da questão da Padronização dos Balanços, e considera como outros tantos subsídios para êsse estudo as teses no mesmo sentido apresentadas neste Congresso”.

Já no terceiro Congresso levado a efeito no ano de 1934, na cidade de São Paulo, foi aprovado o esquema que se segue, o qual teve por fundamento o trabalho apresentado pelo saudoso Professor Hermann Júnior que, por sua vez, em sua fórmula refundiu os grupos constantes das teses apresentadas ao 2.º Congresso já referido pelo Professor Francisco d'Auria e Dr. Ivo Thomaz Gomes e também por êle próprio:

ATIVO

1 — IMOBILIZAÇÕES

- Valor original
- (—) Amortizações
- (+) Superveniências

2 — VALORES EM CIRCULAÇÃO

- a) Lenta
- b) Corrente

3 — DISPONIBILIDADES

4 — CONTAS DE EXERCÍCIO

5 — PREJUÍZOS DO EXERCÍCIO

6 — PREJUÍZO A AMORTIZAR

7 — CONTAS DE COMPENSAÇÃO

PASSIVO

8 — PATRIMÔNIO LÍQUIDO

- a) Capital realizado
- b) Reservas

9 — DÍVIDAS A PRAZO LONGO

10 — DÍVIDAS A PRAZO CURTO

11 — CONTAS DE EXERCÍCIO

12 — LUCROS DO EXERCÍCIO

13 — LUCROS ACUMULADOS

14 — CONTAS DE COMPENSAÇÃO

6) Anais do 2.º Congresso Brasileiro de Contabilidade.

Seguiu-se assim o critério de liquidez crescente do ativo e da exigibilidade crescente do passivo, abandonando-se as resoluções, para êste fim, dos Congressos realizados em Barcelona e Bruxelas (7).

É agradável dizer-se que, em nosso País, os debates nos Congressos de Contabilidade em tôrno da “padronização dos balanços” frutificou e, se não foi adotado um “padrão único” de balanços para tôdas as entidades, o foi, no entanto, com ligeiras modificações, exigido para a maioria das emprêsas e em caráter obrigatório.

E, assim, em 1937, foi estabelecida a padronização das contas e modelo de balanços para as emprêsas ferroviárias; em 1940 para as entidades públicas; e, no mesmo ano de 1940, para as sociedades por ações.

De idêntica maneira procedeu o legislador argentino, o qual pela Lei que tomou o número 5.125, regulou a fórmula de apresentação dos balanços das sociedades anônimas e dispôs expressamente a maneira de classificação das contas e quais os valores que devem nelas figurar. Excluiu dessa regulamentação as sociedades de seguro e os estabelecimentos bancários, porém, subordinou-os a uma outra fórmula de balanço, como aliás também ocorre em nosso País.

Sem entrarmos na apreciação do acêrto ou não do critério seguido pelo legislador do Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de Setembro de 1940 (Lei das Sociedades Anônimas) (8) no que tange ao padrão para os balanços dessas sociedades, determinando a aceitação de um esquema apresentado ao 2.º Congresso Brasileiro de Contabilidade e que não foi adotado nem recomendado, em vez de utilizar o aprovado pelo 3.º Congresso supra referido, lícito seja reconhecer-se quanto de produtivo já foi feito na matéria.

Mas, precisamente pelo fato do balanço das sociedades por ações já encontrar-se enquadrado em disposições legais, não cabendo destarte qualquer discussão da possibilidade ou não da lei prescrever regras para a elaboração desses balanços, é que se nos afigura sempre oportuno primar pelo seu aperfeiçoamento, no sentido de que seja para os interessados, êsse documento, um fator de confiança e de segurança quanto à veracidade dos elementos e valores que nêle encontram-se representados, razão por que faremos, preliminarmente,

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

que se nos parecem indispensáveis para a devida apreciação do tema.

Fácil é compreender-se que não foi somente por uma questão exclusivamente de ordem técnica ou de representação gráfica de

7) Frederico Hermann Júnior — Tese 23 — Anais do 3.º Congresso Brasileiro de Contabilidade.

8) Art.ºs 135 e 136.

um documento, o desejo por várias vezes manifestado em todos os Congressos de Contabilidade, quer internacionais como nacionais, como também por Governos como o da Bélgica e da França, e, por fim, pelo Congresso Internacional de Estatística, de serem exigido as regras para a elaboração dos balanços das sociedades por ações e, bem assim, de sua representação gráfica.

Como também, não teria sido apenas por uma questão puramente técnica, as providências legais já tomadas quer com relação aos padrões para os balanços das empresas ferroviárias, de seguros, bancárias e entidades públicas.

Jamais ocorreu, evidentemente, quer ao Instituto Internacional de Estatística expondo a questão a debate, como à Comissão extra-parlamentar francesa, a qual compunha-se somente de juriconsultos e economistas tendo à frente, como seu presidente, o eminente Lyon-Caen, de estudar um modelo uniforme para os balanços das sociedades por ações, com o exclusivo fim de ser observada uma ordem técnica.

Isto o comprova, sem qualquer sombra de dúvida, a maneira como o secretário-relator da Comissão redigiu o questionário para ser presente aos mestres, quer em contabilidade como em economia, e mais ainda a afirmativa feita e já aludida, da Comissão reputar, depois do ato de constituição da sociedade, ser o mais importante, no curso da sua existência, a elaboração dos seus inventários e balanços.

Dêste modo, estruturar um balanço não consiste, exclusivamente, em estabelecer esta ou aquela fórmula para representação gráfica dos valores patrimoniais da empresa, enquadrando as inúmeras contas representativas das forças "ativas" e "passivas", em tal ou qual ordenação, conforme apresentem os seus saldos, sem investigação alguma sobre a sua procedência ou não, e quer traduzam ou não, com fidelidade, o valor que elas representam.

Confessamos que, assim fôsse entendido, seria atribuir-se à estruturação do balanço uma função muito aquém do que dela deve ser esperado e exigido, admitindo por única finalidade a representação gráfica dos valores resultantes de fatos administrativos realizados, quer estivessem eles certos ou errados, e quer fôssem reais ou fictícios, com a indicação de resultados apurados em uma gestão, estribados em elementos eivados de incorreções e apresentando assim um balanço que de modo algum traduziria a real situação da entidade a que correspondesse.

De modo algum poder-se-ia concordar com semelhante conclusão. Estruturar um balanço é representar os bens, direitos e obrigações de uma entidade, num conjunto de contas devidamente classificadas por sua espécie, pelo seu valor real.

É preciso que, observadas as prescrições legais quanto às regras e classificações, tenha-se a certeza de que os bens, em cujas contas estão representados, o seu valor exista ou possa ser apurado; a sua exigibilidade seja viável; a sua realização não seja um mito.

No que tange às inversões ou aplicações para fins do próprio desenvolvimento comercial ou industrial, quer em caráter definitivo de imobilização ou temporário, quer na transitoriedade pela provável extinção futura; quer decorrente de situações obtidas pelo trabalho, sejam sempre valores que, embora venham a sofrer ligeiras modificações, a expectativa de apuração muito se aproxime do importe que lhes foi atribuído ou dispendido. Que os bens compreendidos no objetivo comercial ou industrial figurem pelos seus preços de aquisição ou de mercado quando este fôr inferior a aquêle, e que os direitos porventura a serem adquiridos em razão de satisfação de compromissos assumidos, possam tornar-se realidade no sentido econômico; que as obrigações provenham de operações reais e que, por último, a parcela representativa do "ativo líquido" que venha a ser apurada, seja, em tôda a sua plenitude, soma que possa se transformar em espécie, em bens com valor econômico.

Vê-se assim como entendemos o que seja estruturar um balanço e que o conhecimento dêste, gere a convicção aos acionistas da exatidão do número de bens e seus valores que, no documento, se encontre expressado.

E mais ainda, êste balanço deverá espelhar a máxima exatidão de seus valores e a sinceridade do estado que realmente representa. É a convicção de não haver fraude, de ser tudo verdadeiro, real e exato.

Dessa estruturação, com a classificação ordenada dos bens, e dado a eles o justo valor econômico que representam, ter-se-á um balanço facilmente analisável, ou em outras palavras, a sua leitura tornar-se-á possível, com a certeza de conclusões reais.

Assim, o objetivo de um "padrão" para os balanços das sociedades por ações, é sem dúvida, nortear a forma de sua elaboração, apresentação gráfica e reconhecimento da veracidade dos valores indicados, dizendo assim respeito à forma, à avaliação, à autenticidade (9).

A lei vigente regula a maneira de avaliação dos bens ativos (10) e classifica os valores dando-lhe uma nomenclatura (11). Quanto à autenticidade, a sua prova somente se faz exigível para satisfação

9) Prof. Francisco d'Auria — Tese 7 — Anais de 2.º Congresso Bras. Contabilidade.
10) Ubaldo Lobo — in Frederico Hermann Júnior — Tese 23 — ob. cit.
11) Art.º 129, § único e suas letras da Lei das Sociedades Anônimas.

de determinação fiscal ⁽¹²⁾, ou quando, como documento, tenha que produzir efeitos em Juízo ⁽¹³⁾.

Impõe-se, assim, procurarmos os meios para que, possa-se levar aos interessados, em qualquer momento, os elementos que os capacite da situação do patrimônio; a fazer um juízo seguro da administração, e, bem assim, da situação econômica-financeira da empresa.

As sociedades por ações têm, na ordem econômica, como já afirmamos, função de real importância, permitindo, pela sua forma, a possibilidade de notáveis empreendimentos, muitos de elevado vulto, os quais, de outra maneira, não poderiam ser levados a efeito.

Decorre daí que, também são inúmeras as entidades desse tipo jurídico que amealham o capital de pequenas economias, as quais carecem e são dignas de uma tutela.

Se bem que o Poder Público, para algumas dessas empresas, como sejam Bancos e Seguros, instituiu órgãos fiscalizadores, de maneira a prevenir acontecimentos de maior monta, com o consequente perecimento dessas economias, somente por via de uma "padronização dos balanços" para as demais sociedades, será possível, ainda que indiretamente, acautelar os interesses dos portadores de ações, dando-lhes os elementos e as oportunidades para julgarem da situação da entidade.

A única maneira de alcançar-se o desejado, será prescrever regras para a elaboração do balanço, e, determinar um "padrão" no qual se disponham os valores "ativos" e "passivos" com toda a clareza e bem classificados, de modo a que mesmo aqueles que não possuam conhecimentos de contabilidade, estejam capacitados a sentir e constatar a situação e possibilidade de sua sociedade ou daquelas que venham a interessar-lhes de seu quadro social participarem.

Dar-se-á, deste modo, ao balanço, o fim precípuo a que se destina, permitindo o conhecimento de que se compõe, em realidade, o "ativo" e o "passivo" de uma empresa, com a possível determinação do capital investido no negócio ⁽¹⁴⁾, bem assim, a maneira como é utilizado ⁽¹⁵⁾ e, por fim, a noção do equilíbrio existente entre essas duas forças ⁽¹⁶⁾, além da situação econômica e financeira.

Mas, por outro lado, não se poderá esquecer que, a prática usada nestes dez últimos anos, de elaborar-se e classificar-se o balanço da maneira determinada pela legislação aludida, conduziu, como é facilmente compreensível, a uma aprendizagem por parte

12) Art.º 39 — Regulamento do Imposto de Renda.

13) Decreto n.º 21.033 de 1932.

14) H. G. Stokwell — Interpretacion y Estudio Critico de Balances y Estados Financieros.

15) Georges Roche — De la Relativité des Bilans.

16) Lei 5.125 da República Argentina.

dos interessados, sendo, destarte, aconselhável ser seguida a mesma orientação, porém com a aplicação de outras regras mais eficazes e dando-se maior clareza, com mais especificações, quer no que tange às discriminações do "ativo" e "passivo", como também no que diga respeito ao "Demonstrativo da conta de Lucros e Perdas".

Destarte, guardando a própria terminologia clássica, como ainda, a mesma forma gráfica de enunciá-la, retirando dos mestres os ensinamentos; da nossa legislação vigente, a forma; de outras legislações, o que se nos parecer bom e aproveitável ⁽¹⁷⁾; faremos a aplicação com as modificações que se nos afigurarem aconselháveis e úteis.

Daremos, desta forma à lei a capacidade suprema de, sem tolher a administração dessas entidades, limitar a ação no que se refira à avaliação dos bens que compreendem o "ativo"; aquilatar das immobilizações feitas, quer sejam técnicas, produtivas ou suntuárias; julgar da orientação seguida no campo do crédito, quer seja na sua obtenção como na concessão; e, bem assim, do emprêgo do capital em bens intangíveis; as reservas formadas; o montante das provisões; o alcance das previsões; as liberalidades praticadas, e, finalmente, o estado econômico e financeiro da empresa. Isto para o balanço.

No que se refere ao demonstrativo da conta de "Lucros e Perdas", não só ser pôsto em evidência o "lucro" ou "prejuízo" apurado, mas, e principalmente qual foi a fonte desse lucro, se fruto das operações sociais ou de rendas de bens não empregados nas transações; quais os encargos do exercício; as reservas, provisões e previsões feitas; e, finalmente, a forma da distribuição do lucro líquido auferido ou a cobertura ou não de prejuízos constatados. Destarte, em valores, o resumo da administração.

Enfim, dar ao balanço o valor probante e a segurança que os valores que êle indica devem merecer, quando é certo que a sua clareza dependerá da separação dos valores e sua correta classificação, evitando-se que de sua leitura extraiam-se proposições contrárias às reais. E, ao demonstrativo da conta de Lucros e Perdas, a função de esclarecer os resultados obtidos pela administração, quaisquer que sejam.

De todo o exposto impõem-se:

- A — a necessidade da lei determinar as regras para a elaboração dos balanços das sociedades por ações;
- B — que a lei fixe um "padrão" para os balanços dessas sociedades que, guardando a nomenclatura clássica, seja mais

17) Lei Argentina cit.

detalhado, de modo a facilitar aos fins a que se destinam, isto é, ao conhecimento da situação patrimonial, econômica e financeira; e,

- C — que a lei estenda à conta de Lucros e Perdas idênticas medidas, ou melhor, seja-lhe dado um “padrão” que permita conhecer-se, com facilidade, quais as despesas efetuadas, indicação das fontes de lucros, a distribuição dos lucros líquidos apurados ou a cobertura dos prejuízos constatados; a recuperação dos prejuízos e as reversões das provisões e previsões; e, finalmente, as reservas, provisões e previsões formadas.

E, por tudo isso, tornar-seá necessário:

1.º — Quanto às regras para a elaboração do balanço, com a correspondente apuração dos lucros ou prejuízos:

- a — que os bens destinados à exploração industrial ou de uso da empresa, deverão ser avaliados pelo custo de aquisição;
- b — os bens mobiliários objeto do negócio; matérias-primas, produtos manufaturados e em elaboração serão estimados pelo preço de custo ou corrente na Bôlsa ou mercado, se êstes forem inferiores àquele;
- c — não serão computados os créditos prescritos e de difícil liquidação;
- d — as despesas de instalação, incluídas nestas os juros pagos aos acionistas a uma taxa nunca superior a 6% ao ano, não poderão exceder à percentagem de 10% do capital social integralizado, e deverão ser amortizados, anualmente, de modo a que fiquem extintas em cinco anos;
- e — formar-se-ão, anualmente e obrigatoriamente, provisões para devedores duvidosos, numa percentagem nunca inferior a 10% sôbre o valor total dos créditos da empresa na ocasião do balanço, e em qualquer que seja o título. Far-se-á a reversão das provisões feitas no ano anterior, formando-se novas em cada ano, no mesmo limite mínimo citado;
- f — formar-se-ão, anual e obrigatoriamente, provisões para fazer frente a possíveis oscilações de preço, numa percentagem nunca inferior a 5% sôbre o montante dos bens mobiliários, matérias-primas, produtos manufaturados e em elaboração, objetos do negócio e, bem assim, outros desde que destinados à alienação;

- g — a formação de provisões para cobrir eventuais substituições, desgastes ou perecimento de móveis, utensílios, máquinas, acessórios, ferramentas, veículos, semoventes e benfeitorias em bens de propriedade alheia, até o limite do valor constante para os mesmos no ativo social;
- h — a formação de um fundo para atender aos encargos decorrentes de leis sociais, o qual deverá apresentar sempre um saldo equivalente às responsabilidades da empresa para com seus empregados e operários, na ocasião da elaboração do balanço. Os excessos que se verificarem nesse fundo, reverterão, por ocasião do balanço, para a apuração do lucro;
- i — as despesas com a aquisição de marcas de fábrica, patentes de invenção, quando não se reputarem realizáveis, e fundo de comércio, serão amortizadas, de modo a que as importâncias despendidas desapareçam do ativo social ao término de cinco anos;
- j — quando se valorizarem bens ativos ou mesmo marca de fábrica, patentes de invenção ou fundo de comércio, o seu equivalente deverá ser levado a uma conta de “Reserva Especial”, somente podendo ser distribuído entre os acionistas, quer como dividendos, bônus ou mesmo para integralização do capital social ou aumento dêste, após decorridos quatro anos;
- k — os títulos de renda deverão ser tomados pela cotação de Bôlsa. As diferenças, quando para mais, serão levadas, anualmente, a crédito de uma conta de provisão, cujo saldo anterior, por ocasião do balanço, reverterá para a apuração do lucro do exercício, formando-se uma outra nova provisão referente à diferença que existir.

2.º — Quanto à representação gráfica do balanço, as sociedades por ações sejam obrigadas a adotar um “padrão”, com a observância da seguinte nomenclatura:

No “ATIVO”

- A — 1 DISPONÍVEL
- 2 CIRCULANTE
- 3 EXIGÍVEL

A Curto Prazo
Garantidos
Não Garantidos

A Longo Prazo
Garantidos
Não Garantidos

4 REALIZAVEL
A Curto Prazo
A Longo Prazo

B — 5 FIXO
6 VINCULADO
7 NOMINAL

C — 8 TRANSITÓRIO
9 DE RESULTADOS PENDENTES
10 DE COMPENSAÇÃO
Direitos
Contas de Ordem

No "PASSIVO"

D — 11 EXIGÍVEL
A Curto Prazo
Garantidos
Não Garantidos
A Longo Prazo
Garantidos
Não Garantidos

E — 12 NÃO EXIGÍVEL
Capital
Reservas
Previsões
Provisões

13 VINCULADO
14 DE RESULTADOS PENDENTES

F — 15 DE COMPENSAÇÃO
Obrigações
Contas de Ordem

3.º — Que nos grupos indicados sejam classificados os seguintes bens, direitos e obrigações:

ATIVO DISPONÍVEL

Neste, serão classificados o numerário em Caixa e nos Bancos.

ATIVO CIRCULANTE

Classificar-se-á neste os bens e valores que constituam o objeto da sociedade ou se destinem à alienação, troca ou produção.

Ex.: Mercadorias, Matérias-Primas, Produtos Manufaturados, Produtos em elaboração, Almojarifado, etc.

ATIVO EXIGÍVEL

Compreenderá os créditos a favor da empresa, devendo ser esclarecido se a liquidação será a curto ou longo prazo, entendendo-se para o primeiro vencimentos até 6 meses e, para o segundo, vencimentos além de 6 meses, e, bem assim, se acham-se ou não garantidos, e quer essa garantia seja real ou pignoratícia.

Ex.: Duplicatas a Receber, Títulos a Receber, Devedores, Acionistas, Debenturistas, etc.

ATIVO REALIZAVEL

Incluir-se-ão os haveres da sociedade representados por títulos, cuja venda promova-se na Bôlsa de Fundos Públicos, especificando-se se a realização será a curto ou longo prazo, de conformidade com o grau de interesse que exista sobre tais títulos.

Ex.: Obrigações de Guerra, Apólices, Ações, Debêntures.

ATIVO FIXO

Compreenderá todos os bens, móveis e imóveis, adquiridos para fins de uso da sociedade ou para utilizá-los na exploração do negócio.

Ex.: Imóveis, móveis e utensílios, máquinas, ferramentas, acessórios, veículos, semoventes, etc.

ATIVO VINCULADO

Constituir-se-á de valores cuja exigibilidade ou realização dependa da extinção de uma condição ou da efetivação de um evento.

Ex.: Depósitos Judiciais, Cauções, Depósitos Administrativos, Participações sociais, etc.

ATIVO NOMINAL

Compreenderá todos os bens de natureza intangíveis, porém, desde que seja possível a realização de seus valores.

Ex.: Marcas de fábrica ou de comércio, Patentes de invenção, etc.

ATIVO TRANSITÓRIO

Neste se classificarão as despesas de organização e instalação da sociedade; de transferências de locais ou de aquisição de fundo de comércio; as marcas de fábrica ou de comércio e patentes de invenção, desde o momento que os seus valores não possam ser realizáveis.

ATIVO DE RESULTADOS PENDENTES

Neste incluir-se-ão as despesas que, embora pagas no exercício, pertençam aos exercícios seguintes.

Ex.: Seguros, Descontos, etc.

ATIVO DE COMPENSAÇÃO

Classificar-se-ão as contra-partidas passivas, quer exprimam prováveis direitos em razão de cumprimento de obrigações assumidas como principal pagador ou não, ou puramente contas de ordem, devendo-se distinguir aquelas destas.

Ex.:

Direitos:

Avais, Afiançados, Endossos.

Contas de Ordem:

Bancos c/Cobranças, Bancos c/Cauções, Ações Caucionadas, etc.

PASSIVO EXIGÍVEL

Compreenderá as dívidas da sociedade a favor de terceiros, devendo esclarecer-se se a sua exigibilidade é a curto ou longo prazo, entendendo-se para o primeiro vencimentos até 6 meses, e, para o segundo vencimentos além de 6 meses, e bem assim, se estão ou não garantidos, e quer essa garantia seja real ou pignoratícia.

Ex.: Títulos a Pagar, Credores, Duplicatas a Pagar, Fornecedores, Financiadores, Bancos, Debêntures etc.

PASSIVO NÃO EXIGÍVEL

Neste classificar-se-ão o capital subscrito; as reservas legais, estatutárias ou facultativas; as provisões e as provisões, as duas últimas especificadamente a que força ativa se destinam.

Ex.:

Capital:

Capital subscrito

Reservas:

Fundo de Reserva Legal

Fundo de Reserva Especial

Fundo para Aumento do Capital

Fundo para garantia dos dividendos futuros etc.

Previsões:

Previsão para Oscilação de Preços

Provisões:

Provisão para Móveis e Utensílios

Provisão para Máquinas e Acessórios

Provisão para Veículos

Provisão para Devedores Duvidosos, etc.

PASSIVO VINCULADO

Compreenderá as reservas que se formem com o fim de assegurar a liquidação de responsabilidades decorrentes de disposições de leis sociais.

Ex.: Fundo Leis Sociais, etc.

PASSIVO DE RESULTADOS PENDENTES

Incluir-se-á neste as contas que registrem lucros ou rendas pertencentes aos exercícios seguintes:

Ex.: Vendas a prestações, Juros recebidos antecipadamente, etc.

PASSIVO DE COMPENSAÇÃO

Classificar-se-á neste as contra-partidas ativas, quer correspondam a obrigações assumidas como principal pagador ou não, como também as puramente contas de ordem.

Ex.:

Obrigações:

Títulos Avalizados

Credores por Fianças

Títulos Endossados

Contas de Ordem:

Títulos em Cobrança

Títulos Caucionados

Caução da Diretoria etc.

3.º — Quanto à demonstração da conta de “Lucros e Perdas”, sejam essas sociedades obrigadas a elaborá-la observando a seguinte distribuição:

I — A DÉBITO

- a — Saldo anterior
- b — Encargos do Exercício
- c — Perdas Diversas
- d — Amortizações
- e — Provisões
- f — Distribuição do saldo:
 - Reserva Legal
 - Reservas Estatutárias
 - Previsões
 - Dividendo a Distribuir
 - Percentagem da Diretoria
 - Saldo para o exercício seguinte
 - À disposição ou da Assembléia

II — A CRÉDITO

- a — Saldo anterior
- b — Reversão de Provisões variáveis
- c — Reversão de Provisões
- d — Recuperações
- e — Produto das Operações Sociais
- f — Rendas de Bens e Capitais não empregados nas operações sociais
- g — Resultados Diversos
- h — Prejuízo a ser transportado para o exercício seguinte ou
Conta que cobriu o prejuízo.

4.º — Que as sociedades por ações que descontarem seus títulos de crédito, sejam obrigadas a deduzir do montante dos respectivos títulos do “ativo” o valor descontado, criando, concomitantemente, as devidas contas no “Ativo e Passivo de Compensação”, de modo a que fiquem classificadas as obrigações e os prováveis direitos.

Ex.:

No *ATIVO EXIGÍVEL*
TÍTULOS A RECEBER.....

A deduzir
TÍTULOS NEGOCIADOS

No *ATIVO DE COMPENSAÇÃO*

Direitos:
Endossos

No *PASSIVO DE COMPENSAÇÃO*

Obrigações:
Títulos Endossados

Em face do que ficou demonstrado, chega-se, irrefutavelmente, à seguinte

CONCLUSÃO

1.º — Que a lei deve prescrever as regras para a elaboração dos balanços das sociedades por ações, determinando, expressamente, a forma de avaliação do “ativo”; a formação de “provisões” para assegurar a reposição, substituição e reparação de bens que se destinem ao uso ou exploração industrial, e, bem assim, para cobrir possíveis prejuízos quanto a créditos; a formação de “previsões” para garantir possíveis danos decorrentes da instabilidade dos mercados no que se refira aos valores dos bens do objeto social ou destinados a alienação; a constituição de reservas para assegurar a integridade do capital social, bem como, para cobertura das responsabilidades no que tange às determinações provenientes de leis sociais; a “depreciação” obrigatória, até a sua completa extinção e em prazo certo, dos valores despendidos na constituição da sociedade, sua instalação e organização e na aquisição de bens intangíveis; e, finalmente, a não distribuição, por qualquer que seja o título, das parcelas provindas de valorizações de bens ativos sem a decorrência de um prazo pelo qual se possa aquilatar de sua procedência;

2.º — Que a lei também prescreva um “padrão” para a representação gráfica do BALANÇO, pelo qual se possa, com facilidade, conhecer a verdadeira situação econômica e financeira da empresa, a exemplo do que ocorre com o esquema apresentado — ANEXO I —; e

3.º — Que a lei também determine a apresentação da demonstração da conta de Lucros e Perdas, ordenando a forma de distribuição das parcelas correspondentes aos encargos e rendas, como aos lucros e prejuízos e suas distribuições, tudo especificadamente, a exemplo da fórmula ora apresentada — ANEXO II —.

A observância desses preceitos conduzirá à compreensão real e verdadeira do estado econômico e financeiro das sociedades por ações, capacitando os acionistas à prática de uma fiscalização de seus interesses; de julgarem da boa ou má administração que venha sendo imprimida aos negócios da sociedade; animar aquêles que desejarem contribuir com as suas economias para a expansão de certas emprêsas e constituição de outras carecedoras de vultosos capitais para alcançarem seus objetivos, tudo do interesse imediato da Nação, tornando-se, assim, sem dúvida alguma, o Balanço nas sociedades por ações, um fator decisivo de segurança.

Pôrto Alegre, 2 de Agôsto de 1950.

Júlio Paulo Wannner

BALANÇO GERAL

ANEXO 1

Em..... de de 19.....

A T I V O

P A S S I V O

A — 1 — DISPONÍVEL

Caixa	Cr\$	
Bancos	Cr\$	Cr\$

2 — CIRCULANTE

Mercadorias	Cr\$	
Matérias-Primas	Cr\$	
Produtos Manufaturados	Cr\$	Cr\$

3 — EXIGÍVEL

A CURTO PRAZO

TÍTULOS a Receber.....	Cr\$	
------------------------	------------	--

NÃO GARANTIDOS

Acionistas	Cr\$	
Devedores	Cr\$	
Títulos a Receber..	Cr\$	

A deduzir

Títulos Negociados.	Cr\$	Cr\$	Cr\$	Cr\$
---------------------	------------	------------	------------	------------

A LONGO PRAZO

TÍTULOS a Receber.....	Cr\$	
------------------------	------------	--

NÃO GARANTIDOS

Títulos a Receber.....	Cr\$	Cr\$	Cr\$	Cr\$
------------------------	------------	------------	------------	------------

4 — REALIZÁVEL

A CURTO PRAZO

Apólices	Cr\$	
Debêntures	Cr\$	Cr\$

A LONGO PRAZO

Ações	Cr\$	Cr\$	Cr\$	Cr\$
-------------	------------	------------	------------	------------

B — 5 — FIXO

Imóveis	Cr\$		Cr\$...
Móveis e Utensílios	Cr\$		
Máquinas e Acessórios	Cr\$		
Semoventes	Cr\$		
Veículos	Cr\$	Cr\$	

6 — VINCULADO

Cauções	Cr\$	
Depósitos Judiciais	Cr\$	
Participações Sociais		
A... B... & Cia. c/Capital.....	Cr\$	
B... D... & Cia. Ltd. c/Capital.....	Cr\$	Cr\$

7 — NOMINAL

Marcas de Fábrica	Cr\$	
Patentes de Invenção.....	Cr\$	Cr\$
		Cr\$

C — 8 — TRANSITÓRIO

Despesas de Instalação	Cr\$	
Fundo de Comércio	Cr\$	
Marcas de Fábrica	Cr\$	Cr\$

9 — DE RESULTADOS PENDENTES

Seguros	Cr\$	
Descontos	Cr\$	Cr\$

10 — DE COMPENSAÇÃO

DIREITOS

Aval	Cr\$	
Afiançados	Cr\$	
Endossos.....	Cr\$	Cr\$

CONTAS DE ORDEM

Bancos c/Cobranças.....	Cr\$	
Bancos s/Caução	Cr\$	
Ações Caucionadas	Cr\$	Cr\$
		Cr\$

Cr\$

D — 11 — EXIGÍVEL

A CURTO PRAZO

GARANTIDOS

Títulos a Pagar	Cr\$	
-----------------------	------------	--

NÃO GARANTIDOS

Títulos a Pagar	Cr\$	Cr\$
-----------------------	------------	------------

A LONGO PRAZO

GARANTIDOS

Credores	Cr\$	
----------------	------------	--

NÃO GARANTIDOS

Credores	Cr\$	Cr\$	Cr\$
			Cr\$...

E — 12 — NÃO EXIGÍVEL

CAPITAL

Capital Subscrito	Cr\$	
-------------------------	------------	--

RESERVAS

Fundo de Reserva Legal.....	Cr\$	
Fundo de Reserva Especial.....	Cr\$	
Fundo para Aumento de Capital.....	Cr\$	
Reserva para Dividendos Futuros.....	Cr\$	Cr\$

PREVISÕES

Provisão para Oscilação de Preços.....	Cr\$	
--	------------	--

PROVISÕES

Provisão para Móveis e Utensílios....	Cr\$	
Provisão para Máquinas e Acessórios..	Cr\$	
Provisão para Veículos	Cr\$	
Provisão para Devedores Duvidosos....	Cr\$	Cr\$

13 — VINCULADO

Fundo Leis Sociais.....	Cr\$	
-------------------------	------------	--

14 — DE RESULTADOS PENDENTES

Juros recebidos antecipadamente.....	Cr\$	Cr\$
		Cr\$

F — 15 — DE COMPENSAÇÃO

OBRIGAÇÕES

Títulos Avalizados	Cr\$	
Títulos Endossados	Cr\$	
Fianças	Cr\$	

CONTAS DE ORDEM

Títulos em Cobrança.....	Cr\$	
Títulos Caucionados	Cr\$	
Caução da Diretoria	Cr\$	Cr\$
		Cr\$

DEMONSTRATIVO DA CONTA DE "LUCROS E PERDAS"

ANEXO II

Em..... de..... de 19.....

D É B I T O	C R É D I T O
Saldo anterior Cr\$	Saldo anterior Cr\$
ENCARGOS DO EXERCÍCIO	REVERSÃO DE PREVISÕES
Despesas Gerais, Impostos, Juros, Descontos, Alugueres, Publicidade, etc. Cr\$	Previsão para Oscilação de Preços Cr\$
Salários e Gratificações Cr\$	Previsão Leis Sociais... (excesso) Cr\$
PERDAS DIVERSAS	RECUPERAÇÕES
Títulos a Receber, e Devedores..... Cr\$	Devedores Cr\$
AMORTIZAÇÕES	PRODUTO DAS OPERAÇÕES SOCIAIS
Despesas de Instalação Cr\$	Mercadorias..... Cr\$
PROVISÕES	RENDAS DE BENS E CAPITAIS NÃO EMPREGADOS NAS OPERAÇÕES SOCIAIS
Provisão para Móveis e Utensílios.. Cr\$	Alugueres, Juros de Debêntures, Dividendos..... Cr\$
Provisão p. ^a Máquinas e Acessórios Cr\$	RESULTADOS DIVERSOS
Provisão para Veículos..... Cr\$	Comissões Cr\$
Provisão para Semoventes..... Cr\$	Prejuízo a ser transportado para o exercício seguinte
Provisão para Devedores Duvidosos Cr\$	ou
	Conta que cobriu o prejuízo..... Cr\$
DISTRIBUIÇÃO DO SALDO	
Fundo de Reserva Legal..... Cr\$	
Fundo de Reserva Especial..... Cr\$	
Fundo para Aumento de Capital.. Cr\$	
Fundo Leis Sociais..... Cr\$	
Previsão para Oscilação de Preços Cr\$	
Dividendo a Distribuir..... Cr\$	
Percentagem da Diretoria..... Cr\$	
À disposição da Assembléia..... Cr\$	

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ERNESTO MARTINS VIEIRA

A tese disserta longamente sobre balanços, sua eficácia como meio rápido e seguro de se conhecer da situação econômica de qualquer empresa. Dá relêvo à sua importância acentuando que dos esclarecimentos deles emanados pode decorrer a fomentação das sociedades, principalmente das sociedades anônimas, congregando capitais para largos empreendimentos úteis.

Distende-se o ilustre Autor no modo das confecções dos balanços e alvitra modelos, que, ao seu parecer, de pronto indicariam aos menos espertos no assunto a verdadeira e exata situação econômica da entidade que os pusesse em prática.

Revela o Autor, inegavelmente, um profundo conhecimento de Contabilidade e conclui pela necessidade de uma lei

1.º) que prescreva as regras para a elaboração dos balanços, descendo a detalhes sobre a formação do “Ativo” e do “Passivo”; constituição de provisões várias para múltiplos fins; criação de reservas para protéticas finalidades; e a proibição de distribuição de lucros provenientes de valorizações, salvo após o decurso de tempo tal que permitisse terem-se como efetivas e permanentes tais valorizações.

2.º) A lei também, na opinião do Autor, deveria prescrever um padrão infrangível, imutável para a representação gráfica do Balanço e oferece, no Anexo 1, o competente modelo.

3.º) Ainda a mesma lei deveria exigir a apresentação da conta de Lucros e Perdas, ordenando a forma de distribuição das parcelas e o Autor enriquece seu trabalho com um modelo, constante do Anexo 2.

Somos de parecer que a 3.ª Comissão reconheça e proclame o valor do trabalho, índice seguro dos conhecimentos sólidos do ilustre Autor da Tese, recomendando-a como elemento altamente elucidativo quando se elaborarem estudos para a finalidade prevista na tese.

Mas, sem descer aos pormenores da confecção dos balanços, através os anexos oferecidos, assunto que escapa aos juristas e se objetiva nos Contabilistas, opinamos no sentido da 3.ª Comissão e, posteriormente, o brilhante Congresso Jurídico adotar a seguinte conclusão:

— E' necessário que a lei prescreva norma padronizada e regras para os balanços das Sociedades por Ações,

dos quais resulte o imediato conhecimento da situação econômica das Sociedades, mesmo para aquêles que não sejam profundos conhecedores de Contabilidade, e assegurando a inexistência de fraudes.

Pôrto Alegre, 16 de agosto de 1950.

Ernesto Martins Vieira — Relator

DECISÃO DA COMISSÃO

A Comissão resolveu aprovar e recomendar à aprovação do plenário as conclusões a que chegou o eminente Autor da brilhante tese, frisando a sua oportunidade.

A Comissão absteve-se de analisar os gráficos anexos ao excelente trabalho, produto dos conhecimentos altamente especializados do seu Autor, reconhecendo entretanto a necessidade de que a lei estabeleça critério uniforme destinado a facilitar a clara interpretação dos balanços, mesmo por aquêles que não possuam conhecimentos técnicos especializados.

A Comissão, finalmente, reconhece também a conveniência da observância dessas normas no âmbito do Direito Comercial Internacional.

Pôrto Alegre, 16 de agosto de 1950.

Antônio Martins Filho
Paulo Barbosa Lessa
José Baptista Neto
Bruno de Mendonça Lima

DEBATES EM PLENÁRIO:

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola.

A tese seguinte é do dr. Júlio Paulo Wanner e se intitula "Balanço das sociedades por ações como fator de segurança". É relator o dr. José Batista Netto.

O SR. JOSÉ BATISTA NETTO — Exmo. Senhor Presidente. Senhores Congressistas.

O professor Júlio Paulo Wanner, com rara maestria, pois é professor da cadeira de Estrutura e Análise de Balanços na Faculdade de

Economia e Administração da Universidade, e advogado de raros predicados como nós todos conhecemos, apresentou um trabalho de palpitante atualidade, qual seja "O balanço das sociedades por ações como fator de segurança".

Esta matéria, que trata da apresentação dos balanços das sociedades por ações e sua publicação, constitui, hoje, anseio geral.

Sabemos todos, que nesta época, principalmente na América, onde muita coisa está por fazer, onde temos natureza em quantidade — um dos fatores da produção — mas onde difícil tem sido canalizar capitais para aproveitar essa natureza, as sociedades por ações desempenharão, por certo, um papel relevante, como têm desempenhado em outros países, mormente na América do Norte e na Europa.

A verdadeira sociedade anônima é aquela que canaliza, para o empreendimento, capitais de grande número de pessoas, ou seja, a sociedade anônima por subscrição pública, coisa que, entretanto, raramente acontece entre nós.

Mas, temos já grandes companhias e estamos em via de um incremento dêsse tipo de sociedades.

Em recente Conferência Continental da Bôlsa de Valores, realizada em Santos, o assunto foi ventilado, sendo relator, em plenário, o brilhante orador e professor de Direito Comercial na Argentina, o dr. Atilio de Loro, o qual obteve aprovação unânime dos presentes para o seu trabalho.

Há necessidade de padronização dos balanços. Há necessidade de que os balanços traduzam, fielmente, o estado econômico e financeiro das emprêsas, o seu estado patrimonial, de maneira que os tomadores de ações tenham, permanentemente, informações sôbre a situação da sociedade, dando ensêjo a que as ações possam circular livremente, sem riscos para aquêles que as adquiram.

Tem sido, pois, objeto de vários debates êste assunto e consta também que o professor Paulo Wanner já tenha tomado parte em conferências de grande monta, nesse sentido, conferências de contabilistas, realizadas neste país.

O professor Júlio Paulo Wanner começou assinalando o papel das sociedades anônimas no terreno jurídico e econômico e demonstrou, a seguir, a necessidade de se estabelecerem regras práticas para o balanço.

Desenvolve seu trabalho ilustrando com exemplos e às suas conclusões êle anexa gráficos de suma relevância. Saliêta, que, na França, comissões de juristas têm debatido o assunto. Traça um histórico, referindo-se à lei de 14 de junho de 1881, na Suíça, que êle considera uma das primeiras providências para estabelecer-se essa padronização de balanços, de maneira a traduzirem fielmente o estado das emprêsas.

No seio da Comissão a tese foi debatida, aliás um tanto apressadamente, pois um trabalho desta monta exigiria um relatório mais completo, que espelhasse o seu verdadeiro valor e que penetrasse mais nos conceitos emitidos, aliás brilhantemente, pelo seu autor.

Foi relator, na Comissão, o professor de Goiás, sr. Ernesto Vieira, que, por motivo de seu regresso, a Comissão designou-me para relatar "ad-hoc", e agora, depois de ter feito estas considerações preliminares, vou ler o relatório sobre o original trabalho do professor Júlio Paulo Wanner.

(LÊ O RELATÓRIO E PARECER)

Eu devo esclarecer, que a Comissão não aceitou propriamente aquela quase ressalva do parecer, que afirma ser objetivo dos contabilistas a apreciação dos anexos. Apenas a Comissão, pela premência de tempo, talvez não os tenha apreciado, não chegasse a apreciá-los. Juristas se têm reunido, a fim de estabelecer regras e normas para balanço, entrando mesmo nos detalhes dos modelos. A decisão da Comissão é a seguinte:

(LÊ A DECISÃO DA COMISSÃO)

Era o que me cabia dizer, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Está em consideração o parecer da Comissão.

O SR. JÚLIO PAULO WANNER — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. JÚLIO PAULO WANNER — Sr. Presidente. O trabalho visa as regras de elaboração do balanço das sociedades por ação, de maneira a determinar-se a confiança aos tomadores da ação. Este assunto já tem sido objeto de congressos internacionais. Em 1897, na Bélgica, o governo belga, sentindo a necessidade de uma fiscalização nas sociedades por ação, constituiu uma comissão composta de eminentes juristas para estudar regras positivas para a elaboração dos balanços das sociedades por ação. Em 1901, no Congresso Internacional de Estatística de Budapest, novamente o plenário manifestou-se pela necessidade de fiscalizar estes capitais de pequenas economias, exigindo meios legais, regras positivas para a elaboração dos balanços das sociedades por ação. Em 1902, o Ministro da Justiça da França nomeava uma comissão extra-parlamentar, composta exclusivamente de juristas e economistas, tendo como presidente o eminente e consa-

grado professor francês, Leon Cahen, a fim de estudar as regras para a elaboração dos balanços das sociedades por ação.

E' natural que estes eminentes professores se louvassem nalguns elementos de ordem técnica, porém as regras de elaboração são jurídicas e não contábeis. Neste modesto trabalho que apresento à consideração deste egrégio Congresso, dou uma noção histórica e faço um desenvolvimento, demonstrando como a comissão extra-parlamentar francesa lançou o problema e, finalmente, o que colheu de professores, inclusive de Eugéne Lautin, o eminente professor contabilista francês, sobre a maneira de unificar os balanços das sociedades por ação.

E' natural que os contabilistas chamassem, nos seus congressos, também a si a faculdade de colaborar no mesmo sentido. Em congressos internacionais, como os de Gand, Bruxelas e Madrid, foi ventilada padronização dos balanços das sociedades por ação. Nos congressos nacionais de contabilidade, o primeiro no Rio de Janeiro, o segundo em São Paulo, o terceiro novamente no Rio e, agora, neste último mês de julho, em Belo Horizonte, fez parte dos seus temários, como é natural, a padronização dos balanços, esse desejo de unificação do balanço das sociedades por ações.

Mas, já antes de 1940 o legislador brasileiro determinou as regras para a elaboração dos balanços. As primeiras que fez visaram as empresas ferroviárias. Depois, foi levado a fazer para os estabelecimentos bancários. A seguir, para as sociedades de seguro e, finalmente, em 1940, as estabeleceu na própria lei das sociedades anônimas.

O artigo 129 da lei das sociedades anônimas determina as regras para a elaboração do balanço. São, ao meu ver, deficientes. Não determinam, de maneira categórica, a elaboração precisa de um ativo social. Por outro lado, não encarece previsões para cobrir certos desgastes, certas improvisações próprias do ato mercantil, próprias dessa evolução do negócio, e muito mais ainda, quando a lei nem sequer faz alusão a qualquer previsão para atender imposições de lei social.

Por conseguinte, ao propor a este egrégio Congresso, regras para a elaboração dos balanços, não fiz mais do que dar mais expansão às já existentes, às que já estão no artigo 129 e que, conseqüentemente, não são mais questões de contabilidade, mas sim, regras de direito, hoje normas jurídicas.

E' natural que se classifiquem as contas. E se dirá: são também regras de contabilidade. Não. Os artigos 135 e 136 da lei das sociedades anônimas, prescrevem a classificação das contas, tanto no ativo como no passivo. Também a minha terceira proposição de apresentar uma padronização para o demonstrativo das contas de lucros e perdas, é a maneira de se sentir a administração, os seus encargos, os resultados do exercício e outras informações necessárias. Também não visa

regras de contabilidade. Atualmente são regras de direito, porque o artigo 137 da lei das sociedades anônimas prescreve o que deva constar no crédito e no débito, no demonstrativo das contas de lucros e perdas que será apresentado.

Por conseguinte, o parecer do ilustre professor de Goiás, ao pretender, com essa proposição ao Congresso, indicar normas, vem propor a êste egrégio Plenário, menos do que existe, hoje, na própria lei, onde já há regras de elaboração e normas precisas.

Agora, só desejo esclarecer a V. Excia., que estas, como é natural, são um adendo ao trabalho. A lei das sociedades anônimas exige a publicação do balanço e do demonstrativo da conta lucros e perdas; a lei não fixa anexos, como é natural, mas a qualquer um de nós, que somos dados a êstes estudos de sociedades anônimas, a apresentação do balanço, transparece a utilidade de se confeccionar o quadro e êsses anexos, porque a própria lei classifica “ativo disponível”, “ativo realizável”, “ativo imobilizado”, “passivo exigível”, “passivo não exigível”, etc. Por conseguinte, teremos que colocar o ativo e o passivo de acôrdo com a própria lei. Daí aconselhar-se um pouco mais com a apresentação dos anexos, justamente para esclarecimento dos leigos, daqueles que não conhecem contabilidade — e é justamente o que o brilhante professor Leon Cahen declarou por ocasião de presidir a comissão já referida, que não bastava que se apresentasse a êsses tomadores de ações um quadro inexpressivo e que à primeira vista não desvendasse o que ali se encontra. Em atenção a êsses que possuem poucos conhecimentos de contabilidade, elaborei um anexo em que se divisa, a meu ver, em primeiro plano, e, aliás, isto não escapou ao ilustre professor de Goiás, sr. Martins Vieira, divisa-se de imediato, pela sua soma, a situação financeira, e, a seguir, a situação econômica da empresa. Portanto, desejo com estas regras, com estas normas, que já existem na lei, dar unicamente segurança ao balanço, fazer com que o que nêle se encontra seja a expressão da verdade, que esteja feito em consonância com a lei, que a sua apresentação permita aos leigos o conhecimento exato do estado econômico e financeiro da empresa.

Era o esclarecimento que queria dar.

O SR. PRESIDENTE — Está em consideração a proposição da Comissão.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Sr. Presidente, peço a palavra.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Lamento ter que me levantar pela segunda vez para divergir, em parte, de parecer de comissões. Mas, frente à brilhante exposição que acabamos de ouvir do Ilmo. Sr. Júlio Paulo Wanner, chega-se à conclusão que outra solução não temos senão votar pelas conclusões da tese. Não é desconhecido o fato

de que a legislação sobre sociedades anônimas tem propiciado uma série de fraudes, que vêm atingir as economias dos pequenos, que, atraídos por ampla publicidade, por publicidade nem sempre verdadeira, vêm depositar suas magras economias, contando com futuros dividendos e lucros. Tenho a impressão que a segurança desses balanços, na forma que foi apresentada brilhantemente pela tese e pela exposição que acabamos agora de ouvir, virá minorar ou contribuir para minorar êsse perigo de fraude.

Por isso, Sr. Presidente, voto favoravelmente às conclusões da tese.

O SR. JOSÉ BATISTA NETO — Sr. Presidente. Não vejo em que haja divergência entre as conclusões da tese e as conclusões da Comissão. A Comissão apenas absteve-se de examinar os anexos e emitir parecer sobre os mesmos. Os anexos ilustram a tese. Isto foi o que entendeu a Comissão. No mais, está de pleno acôrdo com as conclusões da tese, não há restrição alguma. As próprias conclusões da tese apenas fazem remissão aos anexos, como exemplo. Quanto àquela referência do relatório que diz que é matéria de contabilistas esta parte do balanço, nós dela discordamos e discordamos porque a lei, como há pouco acabou de justificar o brilhante autor da tese, estabelece normas para a feitura do balanço. Mas, note-se a maneira como têm sido feitos êsses balanços, que são mais, por assim dizer, balanços subjetivos, pois, muitas vezes, somente a própria empresa é que conhece o balanço. Uma pessoa medianamente avisada, muitas vezes não é capaz de analisar e interpretar êsses balanços. É natural que o balanço não possa ser interpretado por qualquer apedeuta, mas, por uma pessoa medianamente esclarecida tem de ser interpretado.

Justamente, a louvável tese do dr. Júlio Paulo Wanner é nesse sentido, de que a lei estabeleça normas mais concretas, mais precisas, e que os balanços, pelas correspondentes rubricas do ativo e do passivo, interpretem a situação econômica, financeira e patrimonial da empresa.

De sorte que a Comissão louva o trabalho e o julga de alta valia. É um trabalho que vem justamente ao encontro dos anseios de todos aquêles que se interessam pelo progresso e desenvolvimento econômico das nações.

A Comissão vota pela aprovação da tese, sem restrições.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Eu me permitiria lembrar que pelo fato de ser de contabilidade, não deixa de ser Direito. Trata-se do Direito penetrar êsse domínio da técnica. Porque é uma das manifestações características dos Estados modernos, esta penetração do Direito nos vários domínios até então chamados “brancos”. Mas, o que

se quer é que seja consagrado pelo Direito, para que seja norma legal. E' contabilidade, mas é Direito, também. E' Direito Financeiro na técnica e cria normas coativas.

O SR. JOSÉ BATISTA NETO — Apenas o autor da tese se portou com mais maestria, por isso que é altamente versado no assunto, e reúne as duas qualidades, é jurista e é contabilista. Entrou com mais profundidade no assunto.

O SR. PRESIDENTE — Vou pôr em votação a proposição da Comissão. Os srs. congressistas que a aprovam, queiram ficar sentados. (Pausa) Aprovada.

BÔLSAS DE VALORES MOBILIÁRIOS — ESTRUTURA E NATUREZA JURÍDICA

José Batista Neto

Advogado em Pôrto Alegre.

(Consultor Jurídico da Bôlsa de Fundos Públicos de Pôrto Alegre).

— I —

1 — As Bôlsas de Valores são mercados organizados que, pela concentração da oferta e da procura dos títulos da dívida pública, dos emitidos pelas sociedades por ações (ações, debêntures, letras hipotecárias, partes beneficiárias), do câmbio e de outros valores mobiliários, bem como pela disciplina e registro das respectivas operações, facilitam extremamente a circulação desses valores, regulam as suas cotações e dão grande segurança aos negócios sobre os mesmos realizados.

2 — A sua atuação no crédito a longo prazo é de suma relevância, pois facilitam a sua conversão, praticamente, em crédito a prazo curto, uma vez que os mutuantes, ou tomadores dos títulos, encontram, no mecanismo bolsístico, grande facilidade em reduzir a número os títulos tomados, superando, assim, as dificuldades encontradas na difusão do crédito a longo prazo, sobre o que magistralmente discorre o Prof. EUGÊNIO GUDIN, em seus "Princípios de Economia Monetária" (Rio, 2.^a edição, pag. 79).

E TÚLIO ASCARELLI: "É assim que, enquanto o problema dos títulos de crédito que chamaremos a longo prazo, se relaciona com o das bôlsas, os dos títulos de crédito a curto prazo se relaciona com o problema dos bancos de depósito". ("Teoria Geral dos Títulos de Crédito", São Paulo, 1943, página 13, nota n.º I).

Difere essencialmente, porém, a atuação desses institutos, pois enquanto os bancos operam diretamente, tomando e fornecendo cré-

dito, a função das bolsas é a do catalizador, facilitando e estimulando as operações. Aí, quem opera são terceiros, os compradores e vendedores de títulos, por intermédio dos corretores e sob a disciplina bolsística.

Assim, pois, as Bolsas de Valores estão intimamente ligadas com o problema de um dos fatores da produção — o capital — mormente se considerarmos a formação, por subscrição pública, de sociedades por ações, coexistentes, em grande número, com o desenvolvimento industrial dos países mais adiantados do mundo. Ainda TÚLIO ASCARELLI, em conferência pronunciada na Associação Comercial de Porto Alegre, transcrita no “Boletim” de 31 de janeiro de 1945, páginas 35 a 47, lembrou que “O problema da organização de um mercado de capitais diz respeito à organização e ao efetivo funcionamento de uma bolsa de valores”.

3 — O registro das operações, tanto na Secretaria da Bolsa como nos livros legais do corretor, dão, às mesmas, grande segurança, em favor dos operadores, e, como exemplo, podemos citar o art. 340 do Código de Processo Civil que, aliás, no que tange à recuperação dos títulos ao portador, reproduz, mais precisamente, o conteúdo do parágrafo único do art. 521 do Cód. Civil.

4 — Decorrente da atuação a que podemos chamar centrípeta — a de concentrar a oferta e a procura dos valores mobiliários — ficam as Bolsas em posição vantajosa no campo das pesquisas econômicas e financeiras, permitindo a extração de estatísticas e outras informações orientadoras, sendo, freqüentemente, apelidadas de “termômetros do crédito público”.

5 — É conhecido o relevante papel que, tanto na América como na Europa, têm desempenhado as Bolsas de Valores. “Et la Bourse de Paris sut jouer son rôle dans cette oeuvre de développement économique de la France, en disciplinant les affaires, et en multipliant le crédit par des opérations au comptant et à terme. Badon-Pascal écrit à ce propos: “... c’est elle qui a fondé le credit de l’Etat, fait les chemins de fers, développé le commerce et l’industrie et subvenu aux travaux de la paix comme aux rançons de la guerre”. (“In” ABELARDO VERGUEIRO CESAR, “La Bourse de Paris et son influence au Brésil”, São Paulo, 1946, página 15).

6 — Os males que alguns vêem nas Bolsas não são do instituto, mas da deturpação de sua finalidade. Grande desvirtuamento desta é o chamado “jogo de bolsa”, malsinado, aliás, pelo art. 1479 do Cód. Civil, que equipara ao jogo os contratos sobre títulos de bolsa em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste.

E’ na deturpação do instituto que se fundam aquêles que ali-

mentam preconceitos contra as Bolsas. “Tinha razão THALLER em afirmar que as fantasias contadas a respeito das Bolsas não revelam outra cousa que a ignorância da função que elas exercem — (*Traité élémentaire de droit commercial*, 5.^a ed., n.º 829)”. As bolsas são hoje indispensáveis, como a máquina a vapor, a eletricidade ou qualquer aparelho aperfeiçoado”. (CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 3.^a parte, n.º 1586).

No mesmo sentido — DESCARTES MAGALHÃES (“*Direito Comercial*”, vol. I, 2.^a edição, 1924, páginas 565 e segs., n.º 44); OCTAVIO MENDES (“*Direito Comercial Terrestre*”, 1930, páginas 202 e segs.).

7 — Embora muito antiga a reunião de comerciantes para realizarem seus negócios, como o “*Collegium Mercatorum*”, dos romanos, as Bolsas de Valores, com a feição atual, tiveram seu desenvolvimento a partir do século dezesseis e cujo apogeu coincidiu com o surto industrial do século XIX. “La Bourse est donc une institution d’origine récente, puisque les valeurs mobilières n’ont vu le jour qu’à une époque relativement rapprochée et, surtout, qu’elles n’ont acquis leur plain développement q’au cours du XIX e (juntas aos algarismos romanos) siècle”. (ALFRED COLLING, “*La Prodigieuse Histoire de la Bourse*”, Paris, 1949, página 8).

8 — As Bolsas de Valores são espécie do gênero Bolsas de Comércio, que compreendem também as Bolsas de Mercadorias (cereais, café, algodão, etc.) e outras. Sobre as mesmas, porém, se destacam aquelas, em face da natureza do objeto de suas operações, dando lugar, em muitos países, a cuidadosa regulamentação. “Les Bourses de Valeurs Mobilières doivent être distinguées des autres bourses; en raison de l’importance des transactions dont les valeurs sont l’objet et de certaines particularités des opérations, ces bourses ont donné lieu à des règles spéciales”. (A. WAHL, “*Précis Théorique e Pratique de Droit Commercial*”, Paris, 1922, n.º 1583).

— II —

9 — Embora com a mesma função e finalidade, dividem-se as Bolsas de Valores em dois tipos principais: — Bolsas Livres, que são entidades de Direito Privado, e Bolsas Oficiais, que são entidades de Direito Público. Num e noutro caso, porém, são coletividades de pessoas, ou corporações, para enquadrá-las na classificação adotada por FERRARA, em sua “*Teoria de las Personas Jurídicas*”. (Tradução da segunda edição italiana, Madrid, 1929). Compõem essas corporações os corretores que nelas labutam.

10 — No primeiro caso, temos, como padrão, as Bolsas de Londres e de Nova York, que são associações civis, adotando, porém, re-

gulamentação rigorosa na admissão dos membros componentes, com um número limitado de vagas, rigor que se verifica também na admissão de valores à cotação.

No Uruguai e no Chile, as Bôlsas são entidades de Direito Privado. O mesmo acontecendo na Argentina, onde, entretanto, sofrem mais intenso contrôle estatal. "Según nuestro Código de Comercio se ha seguido el sistema de la Bolsa libre, pero con tales limitaciones, como vamos a verlo, que en definitiva el Estado busca garantir el interés social. Efectivamente: el Art. 76 establece que sólo pueden fundarse las Bolsas bajo cualesquiera de las formas de las sociedades mercantiles, inscribiendo y publicando sus documentos constitutivos". (ALBERTO CASSAGNE SERRES, "Bolsa de Comercio", Buenos Aires, 1921, pag. 15) "Estas razones han inducido a la comisión de letrados a dar a la Bolsa la forma de sociedad anónima, a fin de concordar con las prescripciones del Art. 76 del Código de Comercio e de reglamentar la actuación de los corredores que en las operaciones intervienen". (idem, idem). "Sólo corresponde dejar establecido, que entre la bolsa libre y la bolsa oficial, nuestra legislación ha desechado la segunda; y que la tendencia hacia la intervención oficial en la constitución y funcionamiento de las bolsas, no pone a nuestro país en el camino de abrazar el sistema de la bolsa oficial, sino de la bolsa fiscalizada en su constitución y funcionamiento, como sucede ya con las citadas disposiciones de la ley 12.253, a la cual, em cualquier momento, podrían agregarse nuevas leyes fundadas en el interés general de la Nación". (MARIO RIVAROLA, "Tratado de Derecho Comercial Argentino", Buenos Aires, 1938, Tomo I, n.º 136).

Como vemos, nem sempre é própria a designação de Bolsa Livre, para diferenciá-la da Bolsa Oficial. E' que esta, como entidade autárquica, poderá gozar, no seu funcionamento, de tanta liberdade quanto a primeira, mormente quando esta sofre fiscalização estatal intensa.

11 — Do tipo Bolsa Oficial temos como padrão a de Paris. Na Itália as Bôlsas também são do tipo oficial, criadas por decreto governamental, mediante proposta da Câmara de Comércio da respectiva praça. (G. DROUETS, "L'Organisacion & le Fontionnement des Bourses de Valeurs en Italie", Paris, 1924, n.º 15). Posteriormente, a competência para propor criação de Bôlsas passou para o "Consiglio dell'Economia". (LORENZO MOSSA, "Diritto Commerciale", Milão, 1937, 1.º vol., pág. 47). Na Espanha, com a legislação posterior a 18 de julho de 1936, tôdas as Bôlsas devem ser oficiais, tendo, antes, existido concomitantemente os dois tpos, e cabendo às Câmaras de Comércio a facultade privativa de fundar Bôlsas. (ANTONIO RODRIGUEZ SASTRE, "Operaciones de Bolsa", Madrid, 1944, págs. 53 e segs.).

12 — No Brasil as Bôlsas são, também, do tipo oficial, tendo seguido, originariamente, o modelo francês. As leis do tempo do Império, embora regulassem a profissão do corretor e se referissem à Praça de Comércio, como o fez o Código Comercial de 1850, não mencionaram a palavra Bolsa.

Em 16 de dezembro de 1895, foi promulgada a lei federal n.º 354, reorganizando a corporação dos corretores de fundos públicos do Distrito Federal e providenciando sobre as operações por êles realizadas na Bolsa. Essa lei foi regulamentada pelo decreto federal n.º 2475, de 13 de março de 1897. A cargo dos Estados federados ficou a criação de outras Bôlsas, que adotaram as mesmas normas estabelecidas para a do Distrito Federal, com ligeiras adaptações regulamentares. Em 13 de junho de 1939, o decreto-lei federal n.º 1344, estendeu a todo o país princípios sobre Bolsa e operações bolsísticas, reconhecendo, porém, a vigência das leis estaduais sobre a matéria (art. 50), também declarando, nos termos do seu art. 59, em vigor o regulamento baixado com o decreto federal 2475, de 1897. Esse decreto-lei 1344 alterou a denominação de Bôlsas de Fundos Públicos para Bôlsas de Valores, que é a correta e universalmente adotada.

Atualmente, existem Bôlsas de Valores nas seguintes cidades do Brasil: — Rio de Janeiro, São Paulo, Santos, Pôrto Alegre, Recife, Bahia, Belo Horizonte e Curitiba. A de Pôrto Alegre foi criada pelo decreto estadual n.º 4847, de 19 de agosto de 1931.

13 — Criadas por ato do Estado, adquirem as Bôlsas autonomia administrativa, estando a administração de cada Bolsa a cargo da respectiva Câmara Sindical, cujos membros são, anualmente, eleitos dentre os próprios corretores, por assembléia geral dêstes e mediante votação secreta, forma por que, na mesma ocasião, são eleitos os corretores componentes da Comissão de Contabilidade, que é o órgão interno de contrôle da economia da Corporação.

Cada Bolsa tem o seu patrimônio próprio, formado principalmente com as taxas remuneradoras dos serviços que presta e com os emolumentos pagos pelos corretores, mediante percentagens sobre as comissões que percebem no exercício de sua profissão.

Uma vez criadas por ato do Estado, adquirem as Bôlsas o poder de elaborar e alterar os seus regimentos internos, que, entretanto, passam a vigorar somente após a respectiva aprovação pelo Ministro da Fazenda ou pelo competente Secretário de Estado, respectivamente para as Bôlsas do Rio de Janeiro ou dos Estados.

Dentro das normas dos seus regimentos internos são as próprias Bôlsas que nomeiam, pagam, etc., os seus funcionários; que elaboram os seus orçamentos e exercem todos os demais atos que atinam com a personalidade jurídica que possuem. A sua representação, em

quaisquer atos judiciais ou extra-judiciais compete ao Síndico, que é o presidente da Câmara Sindical e eleito conjuntamente com esta.

14 — A ação do Estado sobre as Bôlsas de Valores é das que caracterizam a entidade autárquica, pois podemos contar, entre os autores, quem se limite a apontar, como elementos extrínsecos das pessoas jurídicas dêsse gênero, a sua criação por ato do Estado e a ação tutelar exercida por êste sobre a entidade criada. (TITO PRA-
TES DA FONSECA, “Lições de Direito Administrativo, 1943, n.º 51).

Já no ato da sua criação, o Estado traça-lhes diretrizes que devem ser observadas para a fiel consecução do fim a que se destinam, e, durante o seu funcionamento, a tutela se manifesta por diversos modos. Assim, é o Estado que nomeia os corretores, membros da corporação, após a habilitação dos mesmos perante a Câmara Sindical; os regimentos internos, elaborados pelas próprias Bôlsas, só entram em vigor após a sua aprovação por ato do competente Secretário de Estado; para êste, cabe recurso das decisões da Câmara Sindical; é por decisão do mesmo que são admitidos à cotação, na Bôlsa, os títulos da dívida pública, tronando-se necessária, porém, no tocante aos títulos estaduais e municipais, a audiência prévia da Câmara Sindical.

15 — Não se deve confundir o estudo da estrutura e da natureza jurídica da Bôlsa, com as operações que ela centraliza e disciplina nem com a mediação exercida pelos corretores.

CARVALHO DE MENDONÇA, estudando, no seu clássico e magistral “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, as operações de Bôlsa e a natureza jurídica da profissão do corretor de fundos públicos e particulares, não define a natureza jurídica das Bôlsas de Valores, reconhecendo, entretanto, que a matéria não pertence inteiramente ao plano dos Códigos Comerciais, mas também ao quadro do Direito Público. (Vol. VI, 3.ª parte, n.º 1584).

Em nosso país, portanto, como em todos aquêles que adotam o tipo “Bôlsa Oficial”, as Bôlsas de Valores não se confundem com as sociedades comerciais. A sua natureza não pertence ao âmbito do Direito Civil nem do Direito Comercial, mas do Direito Administrativo. São pessoas jurídicas de Direito Público e não de Direito Privado.

“Além da União e dos Estados e Municípios, ainda outras pessoas administrativas existem, entre as quais serviços públicos importantes são repartidos. Denominam-se essas pessoas administrativas entidades autárquicas, quer dizer, entidades que a si próprias se governam”. (RUY CIRNE LIMA, “Princípios de Direito Administrativo Brasileiro”, Pôrto Alegre, 1939, pág. 51). “São as entidades autárquicas pessoas de direito público” (Idem idem).

Essas pessoas jurídicas são criadas pelo Estado, em obediência

ao princípio da divisão do trabalho, administrando, com maior conveniência, setores de suma importância e interesse coletivo. Trata-se de uma das formas da descentralização administrativa estatal, consistente na “distribuição de funções estatais a pessoas jurídicas “ad hoc” criadas pelo Estado, porém distintas dêste”. (Ob. cit. pág. 139).

16 — Vimos, assim, serem as Bôlsas Oficiais produtos da descentralização administrativa, com personalidade jurídica de direito público, ou sejam entidades autárquicas. Enquadrêmo-las, porém, mais especificamente.

Consultando as diversas obras de Direito Administrativo Brasileiro, encontrámos, nesse sentido, como classificação mais completa, jurídica e sistemática, a que, fundando-se, em princípio, na de FERRARA, divide as entidades autárquicas de conformidade com a respectiva estrutura interna, em três tipos fundamentais:

- a) a CORPORAÇÃO, que é a personificação de uma coletividade de pessoas;
- b) A FUNDAÇÃO, que é a personificação de uma coletividade de bens;
- c) o ESTABELECIMENTO PÚBLICO que “é o serviço público a que se reconhece personalidade jurídica”.

Cada um dêsse tipos divide-se, por sua vez, em subtipos, de acôrdo com o seu objeto ou finalidade. (RUY CIRNE LIMA, ob. cit. págs. 51 a 55).

Assim, as CORPORAÇÕES de direito público, como tipo estrutural de entidade autárquica, subdividem-se em vários subtipos, dos quais destacamos as Corporações de Disciplina Profissional, tendo como modelo a Ordem dos Advogados do Brasil e cujos membros componentes são todos os advogados nela inscritos, e as corporações de Disciplina Mercantil, que são as Bôlsas de Valores, cujos membros são os Corretores de Fundos Públicos e Particulares, nomeados para formarem os respectivos quadros. E a própria legislação reconhece a existência dessas Corporações, v. g., a lei federal 354, de 1895 (ementa e art. 7.º, letra b), bem como o decreto estadual n.º 4847, de 1931 (art. 70, n.º 13). Sua finalidade é como vimos, a disciplina do mercado dos valores mobiliários, com a intervenção dos corretores nas operações, estendendo, aos mesmos, a atividade disciplinar.

“As Bôlsas de Fundos Públicos são pessoas jurídicas, nascidas da descentralização; são corporações de disciplina mercantil (V. § 6, n.º 3, supra). Dos atos de suas Câmaras Sindicais, contudo, cabe recurso para o Governo Federal (no Distrito Federal), ou para o Governo Estadual (nos Estados). Tais recursos, a par de outras formas

de contrôle, são manifestação do que se denomina a tutela administrativa do Estado". (RUY CIRNE LIMA, ob. cit., pág. 140).

A estrutura corporativa das Bôlsas é também reconhecida por autores estrangeiros, relativamente aos respectivos países. Assim, temos LORENZO MOSSA: — "La Borsa ha carattere corporativo, ha quindi una sua autonomia, che giunge ad ampi effetti". (Vol. cit., pág. 47).

Entretanto, existem ainda os que confundem as Bôlsas de Valores com as respectivas Câmaras Sindicais, tomando, impròpriamente, o órgão pela entidade; corruptela que, aliás, não é exclusividade desse setor, mas também encontra-se alhures, sendo vulgar, por exemplo, mencionar-se o Governo pelo Estado, a Prefeitura pelo Município, etc.

17 — Em face do exposto e adotando a classificação que consideramos a única jurídica, concluímos, em resumo, que, no Brasil, as Bôlsas de Valores são ENTIDADES AUTARQUICAS (federal a do Rio de Janeiro, e estaduais as outras) e, dentre os mencionados tipos e respectivas subdivisões, conceituam-se como CORPORAÇÕES DE DISCIPLINA MERCANTIL.

Pôrto Alegre, 10 de agosto de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: HOMERO MARTINS BATISTA

Por forma segura e ordenada, elaborou o Dr. José Baptista Neto a sua tese sobre Bôlsas de Valores Mobiliários, assinalando a sua estrutura e natureza jurídica.

Conceitua-as, inicialmente, como mercados organizados que, pela concentração da oferta e da procura de títulos da dívida pública, e dos emitidos pelas sociedades por ações, do câmbio e de outros valores mobiliários, bem como pela disciplina e registro das respectivas operações, facilitam a circulação desses valores, regulam as suas cotações e proporcionam segurança aos negócios sobre os mesmos realizados. Nota-lhes o seu benéfico reflexo no crédito a longo prazo, ao ensejar a transformação deste, praticamente, em crédito a prazo curto, dada a facilidade que proporcionam essas BÔLSAS na redução dos títulos em numerário, aspecto sob o qual se encontram intimamente ligadas com o problema de um dos fatores da produção — o capital. Põe em relêvo a segurança decorrente do registro das operações na Secretaria da Bôlsa e nos livros legais dos

corretores, com que favorece os operadores. Assinala o seu papel como "termômetro do crédito publico", como são apelidadas essas bôlsas, por possibilitarem, devido à concentração da oferta e procura dos valores mobiliários, a organização de estatísticas e informes orientadores das pesquisas econômicas e financeiras. Evidencia, enfim, o relevante papel que desempenham as BÔLSAS DE VALORES, sem esquecer as reservas que a elas opõem alguns autores, atribuindo-as, todavia, à deturpação das finalidades do instituto, exemplificando com o chamado "jôgo de bôlsa". Seja, porém, como fôr, são elas hoje indispensáveis, como as consideram Carvalho de Mendonça, Descartes Magalhães e Otávio Mendes.

Nota o autor, que as Bôlsas de Valores, com a feição atual, tiveram o seu desenvolvimento a partir do século XVI, e ter coincido o seu apogeu com o surto industrial do século XIX.

Filia as Bôlsas de Valores, como espécies, às Bôlsas do Comércio, que constituem o gênero, distribuindo-as em dois tipos principais: BÔLSAS LIVRES e BÔLSAS OFICIAIS, considerando-as entidades, respectivamente, de direito privado e de direito público. Especifica os países onde são elas adotadas, apresentando como padrões, do primeiro tipo, as Bôlsas de Londres e Nova York e, do segundo, a de Paris.

Passa, então, ao estudo das Bôlsas, no Brasil, acentuando, de início, serem do tipo oficial, e terem obedecido, originariamente, o modelo francês. Faz a resenha legislativa, de sua criação, depois de notar que as leis do Império, embora regulassem a profissão de corretor e se referissem à Praça do Comércio, como o fez o Código Comercial de 1850, não mencionam a palavra BÔLSA. Destaca, como seu primeiro assento legal, a lei n.º 354, de 16 de dezembro de 1895, que reorganizou a corporação dos corretores de fundos públicos do Distrito Federal, providenciando sobre as operações por eles realizadas na BÔLSA, e que foi regulamentada pelo decreto federal n.º 2475, de 13 de março de 1897. Conferida aos Estados federados a criação de outras BÔLSAS, teriam êles adotado as mesmas normas prescritas para o Distrito Federal, com ligeiras adaptações regulamentares. O decreto-lei federal n.º 1.344, de 13 de junho de 1939, estendeu a todo país os princípios sobre BÔLSAS e suas operações, reconhecendo, contudo, a vigência das leis estaduais a respeito da matéria, sobre manter em vigor o regulamento baixado pelo decreto federal n.º 2.475 referido. E encerra este escôrço, relacionando as cidades do Brasil, inclusive a de Pôrto Alegre, onde existem BÔLSAS DE VALORES, tendo, a desta última, sido criada pelo decreto estadual n.º 4.847, de 19 de agosto de 1931.

Passa, então, pròpriamente, à matéria da tese, estudando a estrutura e a natureza jurídica das BÔLSAS DE VALORES. Estuda,

primeiro, assinalando a sua autonomia, a administração das BÔLSAS, a cargo da respectiva Câmara Sindical, constituída por membros eleitos anualmente, dentre os próprios corretores, em assembléa geral dêstes e mediante votação secreta, forma por que, na mesma ocasião, são eleitos os corretores que integram a Comissão de Contabilidade, órgão interno de contrôle da economia da Corporação. Investiga, a seguir, a formação do patrimônio das Bôlsas, caracterizando-o como próprio, de cada uma delas. Menciona a faculdade que a tôdas elas assiste, de eloborarem e alterarem os seus regimentos internos, sob a dependência, embora, da aprovação do Ministro da Fazenda, ou do Secretário de Estado a quem competir, em se tratando, respectivamente, de BÔLSAS do Rio de Janeiro ou dos Estados. Salienta, depois, que são as próprias BÔLSAS, dentro das normas dos seus regimentos, que nomeiam, pagam, etc., os seus funcionários; que elaboram os seus orçamentos e exercem todos os demais atos que se relacionam com a pessoa jurídica que possuem, especialmente a sua representação em quaisquer atos judiciais ou extra-judiciais, exercida pelo Síndico, que é o presidente da Câmara Sindical, com a qual é eleito.

Examinando a ação do Estado em relação às BÔLSAS de VALORES, aponta-a o autor, como daquelas que caracterizam a entidade autárquica, pois como elementos extrínsecos das pessoas jurídicas dêsse gênero, bastam a sua criação por ato do Estado e a ação tutelar por êste exercida sôbre a entidade criada, conforme a lição de Tito Prates da Fonseca. (Direito Administrativo, 1943, n.º 51). Pormenoriza, então, os diversos modos pelos quais se manifesta essa tutela, sôbre assinalar que, já no ato de criação dessas entidades, traça-lhes o Estado diretrizes visando a fiel consecução dos fins que objetivam.

Previne o Autor, se não deve confundir o estudo da estrutura e da natureza jurídica da BÔLSA, com as operações que ela centraliza e disciplina, nem com a mediação exercida pelos corretores. E observa que, conquanto não houvesse Carvalho de Mendonça, em seu clássico e magistral Tratado, definido a natureza jurídica das BÔLSAS, reconheceu, contudo, que a matéria não pertence inteiramente ao plano dos Códigos Comerciais, pois participa dos quadros do Direito Público. Inconfundíveis com as sociedades comerciais, as BÔLSAS DE VALORES, por sua natureza, refogem ao âmbito do Direito Comercial e ao do Direito Civil, incidindo na esfera do Direito Administrativo, constituindo pessoa jurídica de Direito Público e não de Direito Privado. Em prol desta assertiva, menciona o Autor ensinamentos hauridos nos "Princípios de Direito Administrativo Brasileiro" de Ruy Cirne Lima, segundo os quais "Além da União e dos Estados e dos Municípios, ainda outras pessoas administrativas exis-

tem, entre as quais serviços públicos importantes são repartidos. Denominam-se essas pessoas administrativas entidades autárquicas, quer dizer, entidades que a si próprias se governam. São as entidades autárquicas pessoas de direito público". Trata-se de uma das formas de descentralização administrativa, estatal, consistente na "distribuição de funções estatais a pessoas jurídicas "ad-hoc" criadas pelo Estado", na lição do mesmo autor.

Não satisfeito em demonstrar serem as BÔLSAS oficiais produtos da descentralização administrativa, com personalidade de DIREITO PÚBLICO, ou sejam entidades autárquicas, remata o Autor o seu trabalho, enquadrando-as ainda mais especificamente, como CORPORAÇÕES DE DISCIPLINA MERCANTIL, ou seja em um dos subtipos em que se dividem as CORPORAÇÕES de Direito Público, com tipo estrutural de entidade autárquica, para concluir que, no Brasil, as BÔLSAS de VALORES são ENTIDADES AUTÁRQUICAS (federal, a do Rio de Janeiro, e estaduais as demais) e conceituam-se como CORPORAÇÕES DE DISCIPLINA MERCANTIL.

Como relator, não tenho dúvida alguma em adotar estas conclusões, como decorrência lógica das doutrinas e princípios legais expostos pelo Autor, sendo de parecer que a douta Comissão deva recomendá-la à aprovação plenária, do Congresso Jurídico.

Assim me pronuncio por ter como irrecusável que as BÔLSAS de VALORES, oficiais, são entidades coletivas, titulares de direitos e obrigações, com autonomia administrativa e financeira, com jurisdição exclusiva, no tocante aos serviços a seu cargo, dentro das circunscrições territoriais que lhes são correspondentes. Sua administração incumbe à Câmara Sindical, eleita normalmente pela Assembléa dos Corretores, e responsável, através de seus membros, pelas faltas e erros cometidos nas atividades que lhe são peculiares. Tem patrimônio próprio, enfeixado na Caixa de Garantia e Previdência. Dentre as múltiplas atribuições do Síndico, sobrelevam às demais, a representação das Bôlsas e da Caixa, em juízo e fora dêste, e a manutenção de relações com as Bôlsas e instituições comerciais estrangeiras. Para a consecução de seus fins, acham-se as BÔLSAS investidas de atribuições e poderes de ordem pública, que lhes conferem a exclusividade do exercício, por intermédio dos seus corretores, seus membros, da compra e venda e transferência de quaisquer títulos ou fundos públicos e particulares admitidos à negociação e cotação na BÔLSA; a negociação de letras de câmbio e empréstimos por meio de debêntures, etc. Têm, assim, direitos e obrigações próprias, não se lhes podendo, portanto, recusar a personalidade. Conquanto não estejam enumeradas entre as pessoas de direito público interno, arroladas pelo art. 14 do Código Civil, também não é possível se lhes ne-

gar êsse caráter, instituídas que são pelo próprio Estado, como emanação de seu poder. São estabelecimentos públicos autônomos, ou autarquias atuando em lugar do Estado, no sentido de interesses revestidos de caráter público, valendo a sua vontade como a vontade do Estado, de que são criações. De resto, a sua constituição corporativa, e a natureza das atividades públicas a seu cargo, justificam a sua classificação entre as CORPORAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO, como CORPORAÇÕES de DISCIPLINA MERCANTIL.

Pôrto Alegre, 15 de agosto de 1950.

Homero Martins Baptista — Relator
Antônio Martins Filho

DEBATES EM PLENÁRIO:

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — Vamos passar ao relatório da tese “Bôlsas de Valores Mobiliários — Estatuto e Natureza Jurídica”, de autoria do senhor José Batista Neto. E’ relator o senhor desembargador Homero Martins Batista, a quem concedo a palavra.

O SR. HOMERO BATISTA — Sr. Presidente, srs. Congressistas.

Tenho a honra de dar conhecimento a esta douta assembléia, do relatório e do parecer por mim elaborados em relação à tese apresentada pelo distinto colega José Batista Neto, sobre bôlsas de valores mobiliários — estrutura e natureza jurídica.

(LÊ O RELATÓRIO E O PARECER)

Êste parecer foi aprovado por unanimidade pela Comissão, tendo o ilustre professor Bonazzola ressalvado no tocante ao Direito Comercial Comparado, por isso que, na Argentina, as Bôlsas de Valores não são oficiais: são pessoas de Direito Privado. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão o parecer. Não havendo quem queira discutí-lo, vou pôr em votação. Os senhores que o aprovam queiram ficar sentados. (Pausa) Aprovado.

AVERIA COMUN

SU CARACTERIZACION MEDIANTE EL ESTUDIO COMPARATIVO DEL CODIGO Y DE LAS REGLAS DE YORK Y AMBERES 1924 (*)

M. SIVORI e J. C. BONAZZOLA

Catedráticos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Ayres.

Para caracterizar mediante el estudio comparativo de las disposiciones del Código y las Reglas de York — Amberes debo señalar la filiación de los textos que han de servirme para inducir las conclusiones encomendadas. Y por ser el tema concreto entro a examinarlo, atendiendo el afán de ceñirme a él.

Nuestro Código habla de avería en muchas de sus disposiciones del Libro III, y con conceptos distintos, no descartando ni el vulgar: el de mercadería averiada por deficiencias propias de la misma: ejemplo, en el artículo 913, pero siempre con un criterio jurídico preciso. En el artículo 1316 cuyas fuentes directas son el artículo 1816 del Código Portugués y el art. 976 del Código Español, el que más interesa en esta oportunidad. El texto del art. 1316 lo reproduce el art. 1476 del Proyecto de los Doctores Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, preparado por éste y revisado por aquél, sin que

(*) “AÑO DEL LIBERTADOR GENERAL SAN MARTIN”, Buenos Aires, 20 de Julio de 1950.

Al Ilmo. y Excmo. Señor Decano de la Facultad de Derecho de Pôrto Alegre. Universidad do Rio Grande do Sul, Pôrto Alegre (Brasil).

Los que suscriben miembros de la delegación designada por la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de Buenos Aires, para concurrir al Congreso Jurídico que se realizará bajo el auspicio de esa Facultad en el próximo mes de agosto, tienen el honor de dirigirse a V.E. para hacer llegar su contribución a esa jornada de estudio, con la ponencia y antecedentes que expresan a continuación.

Los países de Latino América cumplen una honrosa trayectoria de tradición jurídica y son exponentes de una insuperable legislación política constitucional. El Código de Comercio de Brasil despunta su centenario y el de la República Argentina que naciera en el año 1862 en la Provincia de Buenos Aires, por inspiración del entonces Presidente de La Confederación, General Bertolomé J. Mitre, y obra de Vélez Sarsfield, en colaboración con Acevedo dan pruebas del sentido monitor que tuvieron en su ordenación jurídica.

Obras ambas de un esfuerzo digno de encomio, como las del resto de Sudamérica, no sólo por el significado en su época sino también por la profundidad de sus previ-

ello signifique una reducción en la misión del último, por no sermos ignorado que llevó la iniciativa en algunas disposiciones y especialmente en el capítulo de la letra de cambio. De aquel proyecto, que substituyó para nosotros, los argentinos, las Ordenanzas de Bilbao, surgió el Código de la Provincia de Buenos Aires sancionado en 1859, y por ley de 12 de Septiembre de 1862, el primer Código de Comercio de la República Argentina. Fué un Código adelantado para su época; adolecía, sin embargo, de un defecto excusable. Muchas de sus disposiciones invadían los dominios del derecho civil, porque sus autores elaboraron un código para un país que aún no lo poseía. A eliminar esas disposiciones, ajenas a la materia, respondieron las reformas de 1873 y claro que para acompasar la ley a los adelantos legislativos y a las necesidades creadas por la evolución precipitada de nuestro ambiente. Sin embargo, en materia de derecho marítimo, excepto en caracterizaciones ausentes del Código de 1859, más acentuada perfilación jurídica y obligaciones del Capitan, modificaciones de los fletamentos, ampliaciones certeras y necesarias en materia de pasajeros, seguros, choques y abordajes, y la incorporación de la hipoteca naval, todo lo demás, en su estructura esencial, subsistió por lo que afirmaban, sobre base de una verdad reconocida, los autores de las proyectadas reformas: "Los buques y todo lo que con ellos relacionado en la parte marítima, es puede decirse un capital igual en todos los Códigos; circunstancia que se explica por la índole cosmopolita del comercio marítimo". Por ello, el Código en vigor, sancionado el 5 de Octubre de 1889, en esos capítulos, ha mantenido, con numeración distinta, el antiguo art. 1476 concordante con los arts. 699 del C. de Holanda; el 764 del Código del Brasil; el 400 del Código Francés; el 1486 del C. del Uruguay; el 1476 del C. de Paraguay (igual que el nuestro); los arts. 1089 y 1090 del C. de Chile; el 1347 del Código de Méjico; el 640 del Código de Italia; el art 708 del

siones, la seriedad de sus principios y la armonía de su contexto. Pero el tiempo, gran nivelador de la conducta humana, ha creado en el hecho fenómenos renovadores, urgidos por los progresos de la técnica y la evolución del pensamiento, que no se han acompasado en todas las circunstancias con las normas jurídicas, las que han quedado en cierto modo en receso.

Eso es lo que pasa con las legislaciones particulares de las naciones sobre avería común y en particular con el código argentino.

El comercio marítimo internacional, que fué una avanzada en la civilización de todos los tiempos y lugares propicios, para la formación de la conciencia de los pueblos, según nos cuenta Plutarco en la vida de Solón, progresó en la materia más allá de las propias disposiciones de los códigos. Las necesidades del gran comercio fué creando la necesidad de encontrar normas rápidas de reparación, de conceptos. Las Reglas de York-Amberes del año 1924 persiguieron una finalidad: establecer con claridad y firmeza el concepto de avería, el modo de liquidarlos y sus valores estimativos con un sentido de uniformidad internacional. Las nuevas reglas de que llevarán el aditamento de 1950, no obstante estar aprobadas en 1949, en razón de que serán puestas en vigencia después de adoptadas por la International Law Association, han actualizado las normas precedentes. La regla preliminar de interpretación, los nuevos textos en lo que concierne a los gastos y demás disposiciones contenidas en todas las reglas que forman su contenido obligan a pensar que las legislaciones particulares la adopten por vía de convención internacional o la incorporen en sus legislaciones particulares, pues eso dará a la materia un sentido de uniformidad internacional, recto y claro como son sus dis-

Código de Alemania; los arts. 102 y 103 del Código de Bélgica; y art. 969 y 970 del Código del Perú.

He traído los antecedentes del art. 1316 de nuestro Código, por cuanto la época de su adopción favorece el desempeño de mi cometido. Las reglas de York-Amberes son de 1924; y claro que no entra en mis propósitos relacionarlas en el sentido de una coetaneidad imposible con el texto argentino. Lo hago desde otro punto de vista. *La National Association for the promotion of social science*, fundada en 1857, en el deseo de uniformar las reglas sobre las averías comunes, por una circular distribuida el 3 de Marzo de 1890, logró reunir una conferencia internacional de las Cámaras de Comercio y las asociaciones de armadores en Glasgow. La conferencia se inauguró presidida por Lord Brougham y constituyó una sección: *General average department* y adoptó, luego de cinco días de estudios y discusiones once resoluciones, conocidas con el nombre de Glasgow Resolutions 1860. Esa primera tentativa de uniformar el derecho marítimo en uno de sus aspectos fundamentales, obtuvo rápida repercusión. Así había de esperarse por haber intervenido en su elaboración los representantes de compañías nacieras y ser la sede de la Conferencia un puerto del Reino Unido, la nación que entonces y después por mucho tiempo ejerció la tal asocracia en el mundo. Las once resoluciones de Glasgow se las consideró más como prácticas que como inspiradas en principios doctrinarios. Lo que se perseguía era encontrarle soluciones precisas a cuestiones repetidamente suscitadas y decididas con distintas modalidades en los diversos países y a la luz de textos y costumbres particulares diferentes. El Consejo (committee) de la Internacional, al que se le confió la tarea de redactar un nuevo reglamento internacional de las averías comunes, redactó un proyecto minucioso — contenía 125 artículos — fundándolo en un extenso memorial. Repartido entre las instituciones adherentes, fué discutido en la

posiciones, y honesto porque habrá puesto en consonancia los códigos de la materia con estas reglas, que son en hecho normas ya que son básicas en las contrataciones y en las pólizas pertinentes.

El coautor de esta ponencia es autor de un estudio retrospectivo discriminativo sobre la avería común en su caracterización mediante el estudio comparativo del Código argentino y de las reglas de York-Amberes de 1924 y que pese a su señalada factura, retrospectiva, será publicada a su pedido en la Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Buenos Aires, (posiblemente n.º 20), pues estima que puede ser un antecedente interesante para su cotejo con las nuevas normas y para la actualización de un nuevo estudio de comparaciones, siendo de todo punto de vista evidente la conveniencia de uniformar criterios, para que el hecho y el derecho se acompasen, para que la realidad y la técnica vivan un mismo diapasón, para evitar que la realidad contractual se aleje de las previsiones legales y porque, como se señala en la aludida colaboración, para que el derecho cumpla su misión de ordenación jurídica que es en definitiva el concepto de la función y justicia social.

Rogamos a V.E. quiera dar a esta presentación y al trabajo anexo el trámite correspondiente y aceptar el testimonio de nuestra más alta consideración y respeto.

Acompañamos como elemento de información a Facultad copia del trabajo mencionado para que a su vez pueda servir de elemento informativo del propósito enunciado.

M. Sivori
J. C. Bonazzola

Conferencia de 1862, a la que no asistieron sin embargo los representantes del Lloyd, la famosa y gran institución inglesa, por lo que la segunda Conferencia perdió ese apoyo decisivo. Los iniciadores no se desanimaron a pesar de esa ausencia elocuente de la empresa y se limitaron a adoptar del proyecto sólo algunas cláusulas esenciales, relegando por inoportuno todo lo que fuese reglamentario o especificado, y a proteger para una reunión que se celebraría convocada por un nuevo comité, elegido por la Asamblea, una otra Conferencia. La nueva Conferencia, que abrió sus sesiones en York y las celebró del 26 al 28 de Septiembre de 1864, adoptó las conocidas once reglas con el nombre de reglas de York, revisando las resoluciones de Glasgow, aumentadas en número y de texto más amplio. A la Conferencia de York no asistió el Lloyd, que mantuvo su disidencia, ya expuesta en una reunión intermedia celebrada en Londres en 1860 y reafirmada en 1862 en la oportunidad que he expresado; en cambio, concurrieron representantes oficiales de gobiernos, por lo que la Conferencia quedaba oficializada para algunas naciones. Esas reglas de York fueron redactadas por los delegados belgas Engels, miembro de la Cámara de Comercio de Amberes, y van Perborgh, liquidador de averías en esa misma ciudad, adoptadas por la Cámara de Comercio de Amberes en Septiembre de 1862 y elevadas con un informe fundado. Las reglas de York son, pues, posteriores al proyecto de los doctores Acevedo y Vélez. Y para honor de tan eminentes juristas, que han honrado con su versación a las repúblicas de ambas orillas del Plata, bueno es consignar que las veinte y tres reglas de su art. 1476, ahora el 1316, son más completas. Ello se explica, aparte del espíritu abierto de nuestros autores, el haberse ellos inspirado en las tradiciones de pueblos que como el español y el portugués habían con sus naves surcado todos los mares del mundo con la ambición gloriosa de llevar la civilización, vinculándola al afán progresista de comerciar con los hombres de todas las latitudes y asegurar del continuo y pacífico trato.

Las reglas de York eran insuficientes. Necesitaban ser por lo pronto, de inmediato, complementadas. Se explica así que al año siguiente, en 1865 en Scheffield, en una Conferencia Internacional se trataran las reglas del Contrato de Fletamento. Obra de Engels y van Perborgh, fueron los diez principios que ellos proyectaron. De ellos, el cuarto, el quinto, el séptimo y el décimo se ralaracionan directamente con las reglas de York. Transcurrió tiempo sin que el comercio marítimo mostrara interés en la modificación de los textos adoptados. En 1873, la *Association for the reforme and codification of the Law of nations* se empeñó en reiniciar los estudios. En Amberes del 29 de Agosto al 1.º de Septiembre de 1877, de la Conferencia celebrada surgieron las reglas en adelante conocidas por las Reglas de York-Am-

beres y que las compañías navieras hicieron obligatorias por sus contratos y sus pólizas a partir del 1.º de Enero de 1879. El Lloyd persistió en no admitir-las. Los motivos los reproduce Berlinghieri en su obra, pág. 3, nota I. Si se leen con detenimiento, se advierte que su disidencia es como Corporación por considerar que por las obligaciones que esas reglas derivan habían de aumentarse las primas de seguro y que no la tacha a las reglas de ilógicas y mucho menos de injustas. Ha de observarse también que mientras el Lloyd, en su carácter de Corporación aseguradora, discrepaba de las reglas por la causal que acabo de detallar, en Francia y en Italia, los armadores las resistían por ser dichas reglas menos favorables que las Legislaciones locales. Esa resistencia no se prolongó, por reconocerse que la uniformidad internacional aparejaba enormes ventajas y el procurarla con los textos adoptados, aceptándolos en su integridad, valía más que los reparos. Las reglas de York-Amberes continuaban siendo incompletas. En la Conferencia de Amberes de 1885, en la de Bruselas de 1888, en la de Liverpool de 1890, que muy importante por agregarle otras y aumentar-las a diez y ocho; la de Génova de 1892, en la de Amberes de 1903, y en la de Estocolmo de 1924, llegamos a la redacción actual, (1924) a la que añadiríamos la de Viena celebrada en 1926, que estableció las llamadas "Reglas de Viena", que se concretan a seis principios que zanján los conflictos de monedas diferentes a aplicarse en los reglamentos sobre avéreas, imponiendo la moneda valor oro y las fechas para los cálculos de aplicación y su conversión por los cursos de cambio; y que son indiferentes, en cierto modo, a nuestro cometido. La parte histórica de las reglas de York-Amberes exigiría otros detalles. Los expuestos son los principales y los que jalonan en sus líneas su adopción.

Al objeto que persigo, creo que los expuestos reponen a mi tarea, por serme la confiada el arrancar de la existencia del texto actual de las Reglas y distinguir las semejanzas, apartamiento y la caracterización de la disposición del texto argentino.

Debo consignar, por ser indispensable, que al referirme, en el transcurso de esta monografía, a las Reglas de York-Amberes lo haré siguiendo la traducción del Dr. Juan A. Roth, editada en Buenos Aires en 1928. Es la mejor se ajusta al texto adoptado por la trigésima tercera Conferencia de la International Law Association. Cotejada con la traducción presentada a la Conferencia de Abogados celebrada en Córdoba en 1926 y que no es igual a la publicada, con anterioridad, en 1925, en la *Revista de Derecho Marítimo y Legislación Comercial*, tomo II, pág. 62 y sig. igualmente errónea, median diferencias y algunas de suma importancia, tanto que alteran substancialmente el texto de York-Anweep Rules 1924 como lo ha publicado la

Marine Insurance and General Average. He tenido a la vista además la traducción al francés de Fernad Schaulb en su libro *Les Regles d'York et d'Anvers 1924 sur l'averie commune*, pág. 15 y sig. París 1933; y la italiana de Francesco Berlinghieri, *Le Regole di York e d'Anversa 1924*, pág. 209 y sig., Génova 1933. El Dr. Roth señala en un breve prólogo los fundamentales errores de la traducción impugnada. "Al comparar esta traducción — disse el Dr. Roth, aludiendo a la suya — con los textos oficiales, inglés y francés, he podido comprobar que el autor de esta traducción, (habla de la aceptada por la Conferencia de Abogados de Córdoba) no dominando el inglés, se ha valido del francés, pero ya la regla G ("el reglamento") demuestra que no ha sabido descifrarla, por falta de conocimientos jurídicos y lingüísticos a la vez. No es de extrañar que, además de los errores que comete en la traducción, reproduce algunos cometidos por los redactores del texto francés. Si es de sentir — agrega — que una pieza de tanta importancia se ha presentado a la Conferencia de Córdoba tan completamente desfigurada, no lo es menos el hecho de que la "Revista de Derecho Marítimo y Legislación Comercial", nos ofrece otra traducción de las mismas reglas de York-Amberes tan deficiente y errónea como la ya criticada más arriba". Mi opción, entonces, por la traducción del Dr. Roth, queda del todo justificada, y aparte de preferida por más exacta, dados los títulos del traductor y los argumentos valederos que invoca, ha de ampararme su autoridad en las citas que deba hacer en el transcurso de mi trabajo.

Las Reglas de York-Amberes, 1924, son las diez y ocho de Liverpool, modificadas las reglas III, V, IX y XII añadida la XIII por la Conferencia de Génova, añadida luego en 1903 la Regla de Amberes y precedidas, en la Conferencia de Estocolmo, por todas las reglas que se singularizan por letras alfabéticas y reformadas las Reglas II, III, IV, VI, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVIII, y suprimida la XVIII cambiándose la numeración a las sucesivas. Son las aplicadas por las compañías navieras en sus relaciones y en su tráfico. Ha de advertirse que al insistir en ellas, dándoles nuevas formas en algunos casos y ampliándolas en otros, los conferencistas de Estocolmo discutieron como *cuestión previa* y llamaríamos perentoria si debía o no mantenerse la institución jurídica de la avería. La resolvieron por la *afirmativa*. Natural es que adoptada esa opinión, la necesidad de persistir y procurar una reglamentación uniforme para el comercio marítimo internacional no quedaba dudosa. A ello precisamente habían respondido todas las Conferencias celebradas y motivaba la reunión solemne en que intervenían. Para esa supresión de la institución jurídica de las averías una tendencia doctrinaria se había perfilado con el apoyo de algunos corporaciones y algunos tratadistas. El Lloyd en la Conferencia de Amberes de 1877 sostuvo por medio de

sus representantes, la supresión lisa y llana de las averías comunes (v. Berlinghieri, 1.^a edición, pág. 67, nota, y 3.^a edición, pág. 82 y sig.). Por lo pronto, a la supresión de las averías como institución jurídica, obstan, fuera de una secular tradición, todas las legislaciones que la mantienen sin pensarse alterar su consagración. Los autores que se han enrolado en esa tendencia son los menos, aunque algunos de gran reputación científica. La inmensa mayoría no solo abogan por su mantenimiento sino que defienden con calor que el principio que ha inspirado desde la antigüedad hasta el presente la institución de la avería, ha de extenderse a otros dominios del derecho nuevo; por ejemplo al derecho aeronáutico. Más aún; los hay que con el concepto del *riesgo imprevisible*, que responde a una razón nutrida de realidad viviente, consideran por altas nociones de justicia social, que todo perjuicio soportado por causas que *no dependen exclusivamente de la voluntad contractual*, claramente especificada, ha de soportarse por los vinculados a la *cosa perjudicada*; y que todo sacrificio consumado para evitar un mal mayor ha de merecer *compensación*. Esa doctrina que abre brecha sin más resistencia y no es poca, por la poderosa gravitación de la inercia—que la de un modo de pensar rutinario, aparece enunciada por los tratadistas medioevales y halla un exponente eximio en algunas páginas de Santo Tomás de Aquino. *Suprime* hasta las *excensiones relativas* del *caso fortuito* y las más *absolutas de, la fuerza mayor*. *Substituye la injusticia del enriquecimiento sin causa*, hoy atenuada por abundante jurisprudencia y los textos de algunas leyes contemporáneas y que ciertos autores invocan para afianzar la institución de las averías comunes, por el todavía tímido pero ya definido principio de que ha de *repararse todo empobrecimiento sin causa*, imputable al sujeto empobrecido, que es más amplio más fecundo y más humano. Son insospechadas las apasionantes perspectivas que a la organización social y a las personas les repara la aplicación de ese concepto removedor del derecho.

No todos los autores partidarios de la supresión de las averías comunes, la sostienen completamente. Recuerda Berlinghieri en la nota que he citado, al autor Procos que distingue las averías en tres clases: *a)* averías necesarias, que derivan del estado de necesidad y de legítima defensa en el interés de la nave; *b)* averías delictuosas o casi delictuosas o sean derivadas por culpa del propietario del barco, del capitán, del equipaje, del cargador y aún de un tercero; y *c)* averías fortuitas, ocasionadas por caso fortuito y no imputables a persona alguna. Las averías necesarias, según Procos, han de resarcirse en un *tercio* por el propietario de la nave y sin que esa proporción pueda exceder del *sexto del* valor de la nave en el puerto de descarga solo en el caso de ser sufridas por la carga o por los pasajeros. En los demás casos, no. Claro que Procos hace *responsables di-*

erectos a los autores de las *averías delictuosas o casi delictuosas*. Reemplaza, entonces, Procos las averías comunes en su sistema secular por otro sistema que no es equitativo ni es tampoco fácil de aplicar, lo que no deja de ser un grave inconveniente, porque en materia de averías, si mucho valen los conceptos, no menos vale su aplicación sencilla y su practicabilidad inmediata. Se ha dicho, desde otro punto de vista, que conviene *limitar* el concepto de las averías comunes a las únicas consecuencias de los proveimientos de la *salvación común* y *suprimir* el concepto de la *venta o beneficio común*. En otros términos, adoptar el principio del *common Safety* y no admitir el del *common benefit* para usar las fórmulas verbales de los autores ingleses. Nuestro Código habla al respecto de *salvación común* de las *personas* o del *buque y cargamento, conjunta o separadamente*, eligiendo lo que las viejas leyes repetían y encontramos reconocido en casi todos los Códigos modernos. El *common benefit* y así lo señalan los autores, empujea la institución a la *subalternidad* de la *gestión útil* en asunto en que la nave y todo lo que transporta soporta en su inminencia y en sus fuerzas desatadas, los peligros del mar. Por eso, en la Regla "A" de las Reglas York-Amberes se habla de "safety" que puede traducirse por *seguridad* — así lo hace Roth o *salvamento, resguardo, excensión de cualquier mal, daño o perjuicio*. En la versión oficial francesa se lee: *Salut commun*. No resta duda, pues, sobre el concepto. Al mantenerse la institución jurídica de la avería común, hay autores que oponen a los sostenedores de su supresión, un argumento simple y efectista. Renuncien las partes insertando en los contratos la cláusula "*franco de avería recíproca*" y la oposición se satisface. Pero esta solución no es viable. *Voluntariamente* puede acordarse: *imponerla es más difícil* porque se requiere un acuerdo de voluntades a las veces inútil de gestionar. La Conferencia de Estocolmo se pronunció por el mantenimiento de una institución que no ha perdido la razón de su existencia jurídica, porque cabe añadir que casi todos los argumentos que esgrimen para suprimirla, elaborados en base a las siempre mayores seguridades que la navegación alcanza, no consiguen destruir, aunque disminuyan, la previsión del peligro y mientras esa probabilidad no desaparezca en absoluto, dejando de ser probabilidad siquiera mínima, el derecho ha de seguir resignado a las *contingencias de la fatalidad*.

Militan otra clase de argumentos que no dependen de las mayores seguridades de la navegación moderna. Se habla, por ejemplo de *actos dolosos*, tendientes a *aprovecharse* de la institución de la *avería común* para lograr *beneficios ilícitos*. No existe casi institución jurídica que no flanquee esas posibilidades al dolo. No por ello han de suprimirse. Medios hay de prever y de reprimir, no con éxito absoluto, pero sí con restricciones normativas. Por otra parte,

nuestro Código, en su art. 1313 se aplica en defecto de *convenciones especiales* expresadas en las pólizas de fletamento o en los conocimientos y nada incomoda que aleccionadas las compañías por su experiencias propia y ajena, acepten o no, con amplitud o sin ella, los textos legales y las reglas vigentes. Ese artículo de *nuestro Código*, que tiene por fuente el art. 1814 del Código de Portugal, lo encontramos análogo en casi todos los demás códigos y en las costumbres arraigadas de la navegación marítima en todos los tiempos. La *oposición del Lloyd*, que en la Conferencia de Estocolmo, se prolongaba atenuada y no era ya la disidencia franca y total que hemos visto en las originarias reuniones, respondía más que a un *criterio jurídico*, a un *criterio puramente mercantil*, muy respetable si se quiere, y del todo ajeno a la ciencia del derecho. Más importante fué la resistencia provocada en los ambientes marítimos de Alemania, Holanda y Estados Unidos a las Reglas de York-Amberes 1924 que no proponían, en ninguna forma, y ni hablaban de la supresión de la avería común. Esa resistencia provocada por sus prácticas y motivada en la diferencia del concepto de lo que debía entenderse por avería común. Todo ello se refleja en discusiones que no han cesado porque el derecho jamás se estanca, pero las *Reglas dieron una unidad internacional* perseguida, deseada y conquistada, y primam en los actos y en los hechos, lo que no deja de ser un triunfo arrancado al tiempo, por los iniciadores de la Conferencia de Glasgow; y una *exteriorización de la voluntad jurídica*, afirmada con la colaboración de una estable permanencia.

La regla A define la avería común. Lo mismo el primer párrafo del art. 1316 de nuestro Código. La deficiencia del Código Español, cuyo art. 936, es fuente del nuestro, dice así: "Averías gruesas o comunes son generalmente todos los daños y gastos que se causan deliberadamente para salvar el buque, su cargamento o algunos efectos de este de un riesgo conocido o efectivo". La de nuestro Código es *muy completa*, agrega el momento de la ocasión de *producirse* hasta el de su cese, *prefija* en nexo de *causalidad inmediata*, y *distingue* el buque, el cargamento que lleva y las personas que lo sirven o transporta *con la unidad resultante* e como los componentes de una *entidad marítima y en movimiento*. La Regla "A" de York-Amberes solo de preservar de un peligro los bienes comprometidos en una aventura común de mar (*Common maritime adventure*). Por la Regla "A" pareciera que las averías producen sus efectos únicamente en los casos de navegación regularizada y no en todos al decir de ciertos autores. En la regla "A" se lee que el acto de avería ha de ser *intencionalmente* y *razonablemente* efectuado; en nuestro texto: *deliberadamente*. Deliberar es definir por, *operación previa de mente la intención dirigida hacia una finalidad*. Co-

mo la deliberación ha de tender la *propósito*, de la salvación común y ha de ser *motivada*, va de suyo que la *intención* provoca la deliberación y encuadra en los resultados de esa deliberación. *En caso de peligro*, dice nuestra ley. El peligro ha de ser *actual*, en potencia o manifiesto, de gravedad *prevista* o de gravedad *resaltante*. La ley no exige esperar que el peligro se declare cuando es, por la lógica efectual, cierto, sin necesidad de más, porque sí los actos de averías tienden a *disminuirlo* o a *conjurarlo*, sería absurdo adoptarse cuando el peligro no pueda ser ya vencido; o permitir que se acreciente, obligando a que los actos de averías multipliquem los daños. Basta que el estado de peligro exista y que ese peligro amenace el barco, la casa o las personas. *Removendi communis pericoli causa*, se lee en el Digesto, 14,2,3. El peligro que amenace a la entidad navegante y actos que respondan a la seguridad común (Regla A); a la *salvación común* (art. 1316, primer párrafo del Código de Comercio). Los actos de averías son *actos de necesidad*; por ello, el peligro no ha de ser hipotético ni futuro *por no concebirse la necesidad*, que es un estado *presente*, imperiosos por circunstancia sin que esa necesidad surja. No es preciso que el peligro sea inminente, sobra con ser *cierto grave* y en ánimo del capitán presentado como inevitable. En la Conferencia de Estocolmo, se habló del requisito de la inminencia. No prevaleció ese difícil requisito que de esperarse su cumplimiento conduciría quizás a la imposibilidad por inútil del sacrificio y a hacer desaparecer cualquier probabilidad por tardía, de la *commun safety*. Humberto Pippia en su artículo Avaria ha estudiado muy bien este punto. *Enciclopedia giuridica italiana*, tomo I, parte V, pág. 755. También Antonio Brunetti, *Dritto marittimo privato italiano*, tomo III, pág. 29 y sig; y T. Haralambidis, *Des caracteres distinctifs des Avaries communes*, que dedica un capítulo, el primero, y abundantes páginas, 99 y sig. Creo, como Haralambidis, que basta el *temor racional* del *peligro grave* y que en lugar de establecer condicionales a las formas de exteriorización de ese peligro, han de apreciarse los actos por las circunstancias. El mar oculta y diferencia sus terribles sorpresas conjurado con los elementos desencadenados. Un capitán es siempre y cada vez más un hombre dotado de conocimientos y de una serena estimación de sus enormes responsabilidades, a las que se confían el valor de los cargamentos y el más apreciable de la vida de los pasajeros y tripulantes. “La determinación del capitán, en presencia del peligro, enseña G. Castelli-Avoli, es una determinación discrecional, que escapa a una exacta evaluación. Pero es la resultante de una rápida visión del peligro y del daño previsible, de la posibilidad de evitarlo, de los medios idóneos a aplicarse para conjurar el uno y disminuir el otro: “c’est en lá” escribe De Courcy, “que consiste

l’habilité professionnelle du capitaine” (De Courcy *Questions de droit maritime*, I pág. 277) (pág. 126 in fine y 127). Algunos autores han elegido para obviar este problema de la *subjetividad* en la noción del peligro como elemento determinante y aceptable en los actos de averías la norma de entre dos males, el menos, e entre dos males, elegir el menor. Esta norma nunca ha sido una norma jurídica; es una máxima práctica que a nada conduce y nada resuelve. Con aplicarla se justificarian hechos inculpables. La nave, su carga, los hombres que conduce no son nunca un mal y su valorización puede cotizarse en cuanto al barco y a sus bienes transportados, pero no así lo que representan las personas. Tampoco sería aplicable porque siempre lo sacrificado aparejaría menos de lo intentado salvar, aunque esto último no se lograra. Además el capitán no se coloca nunca en trance de hacer evaluaciones frente al peligro. Para atender la salvación común arbitra medios que supone por su pericia y por su capacidad suficiente, o por lo menos, conducentes. Se trata de *conjurar* y de conjurar con acierto. No es cuestión de estimar consecuencia; es sólo cuestión de *evitar* una sola: la pérdida de la nave. De ahí que haya que reconocerse que es la noción *subjetiva* de un peligro y la *deliberación racional* que esa noción provoque la que há de contemplarse y apreciarse, con prescindencia de cualquier otro factor ajeno a un estado de cosas que solo vivéndolo habilita a darse cuenta de lo que significa, aconseja y obliga.

La deliberación en el acto o lo intencional y racional del acto interesa con igual eficacia distinta porque los actos que no son voluntarios no se incluyen en la institución. Los daños que ocasionen *han de ser deliberados y los gastos que se produzcan igualmente*. Lisandro Segovia en su nota al art. 1316, expresa el sentido de deliberación, “como un acto deliberado del capitán” y “no como acuerdo previo celebrado entre el capitán, principales de la tripulación y las personas interesadas” al decir de Carlos C. Malagarriga en su coment. al art. cit., coincidente a su vez, con las enseñanzas del Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Leopoldo Melo, según las versiones taquigráficas de sus conferencias Aparicio y Malg. 2.^a Ed. 1927 y sin que “deba someterse a la opinión del equipaje” como lo requiere Juan C. Carlomagno, en su *Manual de Derecho Marítimo* p. 483 ed. 1923. Ha de ser la acción humana que obra ante la fuerza mayor. De no mediar esa acción *deliberada y ejecutada, no hay averías*. Refiriendo-se a gastos incurridos para la seguridad común, la Regla “A” York-Amberes los califica de *extraordinario*; nuestro art. 1316, primer párrafo no los adjetiva así; ello no quiere decir que no lo sean, porque el caso de peligro es siempre extraordinario y gastos que se efectúen en esas circunstancias lo son sin excepción. Todo gasto no previsto en lo que es empresa

regular y que exigen circunstancias sorprendivas e necesidades urgentes se prevenidas y que han de atenderse es un gasto extraordinario. En ese sentido, coinciden los textos. Más fácil es extremar la deliberación en los gastos que la deliberación en los actos, si bien ordenarlos es un acto. Nuestro Código distingue por su art. 1318, que tiene por fuente el art. 1817 del Código de Portugal, los gastos causados por vicios internos del buque, por innavegabilidad, o por falta y negligencia del capitán o individuos de la tripulación, los que no se reputan avería gruesa, aunque hayan sido hechos voluntariamente y en virtud de deliberaciones motivadas para beneficio del buque y cargamento. Análoga disposición encontramos en el Código italiano, arts. 643 y 646, pár. 3 y 4; en el art. 700 del Cód. de Holanda y en otros textos. Por la Regla "D" York-Amberes esos gastos excluidos por nuestra ley, pueden en ciertas hipótesis comprenderse por averías. Nuestra cláusula *no ha de subordinarse* a una interpretación estricta en cuanto a sus consecuencias. El artículo se refiere exclusivamente, a los gastos ocasionados por los motivos que enuncia, pero si surge un peligro, por ejemplo una tempestad y el capitán frente a sus efectos, ha de adoptar medidas extraordinarias para su salvación del buque o su carga, los autores sostienen que es preciso discriminar lo que es de la naturaleza de las cosas y ha agravado los vicios, la falta e la negligencia iniciales. Leído con detenimiento el artículo citado no prohíbe esa interpretación lógica. Nuestros comentaristas no examinan el punto. No há de extrañarnos porque el derecho marítimo, entre nosotros, cuenta con más cultores que se dedican a la atención ilustrada de la cátedra que a escribir libros y editar monografías. No poseíamos una marina mercante propia año 1924-1939 y la navegación interna que se realiza por compañías locales ofrece muchas seguridades que suprimen la casuística en los Tribunales. Nuestro derecho marítimo, que ha acogido los principios y consagrado los textos, sin la influencia casi siempre perturbadora de los intereses creados, responde a una tradición honrosa. Aún antes, con mucha anterioridad a la Ordenanza francesa para la marina de 1681, España contó con ordenanzas ejemplares. Pueden leerse en la Recopilación de Pardessus y son recordadas con elogio por todos los juristas. En las costumbres de Valencia, en Las Partidas que recogen inspiraciones de los Roles de Olerón, en el Consulado del Mar, en los Cuotumbeos de Tortosa, en la Ordenanza de Carlos V y en las Ordenanzas de Bilbao, y nombro al pasar, alguno de los documentos principales, los autores de nuestro Código, aparte de su versación y conocimiento de las legislaciones a ellos contemporáneas, hallaron sugerencias, enseñanzas y elementos de juicio los más completos. No sorprende, y no deja de halagar, que Haralambidis, en su libro recordado, al colocar la Tabla de

Concordancia de los códigos y las reglas York-Amberes, haga figurar el nuestro con llamativa distinción, junto a los más adelantados y que señalan rumbos a los progresos jurídicos. Comparado el Código con las Reglas York-Amberes, los *méritos* para la época de su redacción de nuestro texto son evidentes. Verdad es que las Reglas predominan en los documentos de carga pero se obtiene ese resultado por elegir los armadores que las imponen. Es innegable que un texto internacional único en materia de averías apareja beneficios de todo orden. De incorporar este texto a los Códigos vigentes en los países civilizados la jurisprudencia animaría las disposiciones del mismo y la marina mundial se desenvolvería al amparo de los mismos principios. Nuestra República debiera interesarse por un asunto que a todos nos importa por ser una realidad palpitante, que *supera la aplicabilidad del Código*. El día que se acondicione a esa aspiración y esa aspiración se cumpla, al reemplazarse los artículos del Título XIV del Código argentino, no substituiríamos, en la realidad, principios anticuados por principios nuevos; modernizaríamos lo que en su tiempo consultó las necesidades de una época apresurándonos a acercarnos a las de otra y que las transformaciones de nuestro medio por lo fundamentales exigen que respondamos a ella.

Al expresárenos en el primer párrafo del art. 1316 que son averías gruesas los daños sufridos como *consecuencia inmediata de los sucesos* — palabra de significado más extenso sin dejar de ser más preciso — hace concordante a la Regla "C" York-Amberes en su parte que "solo admite como avería común los daños, pérdidas o gastos que son la consecuencia directa del acto de avería común". La Regla "C" añade un segundo párrafo, por el que demora en el viaje, y las pérdidas indirectas debidas a esta misma causa, tales como sobreestadias y pérdidas de mercado, no serán admitidas como averías común". Esta aclaración, que algunos consideran como una excepción a lo estatuido en el primer párrafo, en mi modo de ver tiende más a evitar dificultades de interpretación que a rectificar la doctrina jurídica tradicional de la avería. No se ocasionan esos daños o pérdidas sino por causas imputables a la condición del buque, pericia de su personal, accidentes naturales del mar, o fluctuaciones de mercado, que nada tienen que hacer ni ver con los casos de peligro, ni son consecuencia de medidas de salvamento. Claro que si la demora há obedecido a otra causa, el principio aplicable es otro, tratándose de casos especiales y previstos por normas también especiales. El segundo párrafo de la Regla "C" York-Amberes ha de interpretarse por la Regla XI y a consecuencia de la Regla X (a). Pero insisto en que el caso es *especial* y no el vulgar. Adviértase que la Regla "C", segundo párrafo, no habla de los gastos y si solo de

daños o pérdidas. Cabe aquí repetir lo que he adelantado al hablar del art. 1318 del Código y observar que este segundo párrafo de la Regla "C" ha sido muy discutido por tratadistas como Harolambidis que disiente; y defendido por Berlinghieri. Es indudable que la causa cuando la forman parcial o totalmente, mercaderías a las que la demora daña o destruye, y esa demora fué debida a una razón de defensa común, que la avería existe. Pero esa clase de mercaderías no es frecuente y los buques cuentan con dispositivos internos de conservación que se aplican y funcionan desde el comienzo de todo viaje de durabilidad calculada. Además, los transportes marítimos modernos se hacen cada vez más rápidos y las demoras, por muy rara excepción, no son excesivas. Suprimir el segundo párrafo de la Regla "C" favorecía mil pleitos. Consagrada, los elimina. Por eso, los argumentos de Berlinghieri me parecen decisivos; y de plantearse casos muy singulares, los magistrados podrían, con una interpretación meditada, reconocer la equidad de un reclamo abonado.

No está de más manifestar de paso que en la interpretación de las Reglas York-Amberes, algunos tribunales han sostenido que las *reglas literales priman sobre las reglas numerales* — en materia de doctrina y que éstas no pueden contradecir la contenida en aquellas. Esas interpretaciones, unas pocas y casi todas emanadas de jueces norte-americanos, han provocado animados debates. Esa interpretación no es la correcta. Los *principios generales* han de servir para *afirmar los principios particulares y nunca impedir su aplicación*. Lo inverso sería lo absurdo. Son particulares por haberlos considerado su autor armonizados a una realidad que no es frecuente o reviste modalidades dignas de contemplarse concretamente y darle una solución diferencial. Nuestro Código, en su art. 1316, declara, a semejanza de otros Códigos, casos especiales de avería común. En las Reglas, en las indicadas por números figuran también algunos como admisibles — algunos como admitidos. Nuestra ley, en cambio, es imperativa al respecto. Claro que no son todos idénticos los casos del Código y los de las Reglas; sin embargo, en los que lo son, los verbos — empleados no son siempre los mismos. Las Reglas han de interpretarse teniendo muy en vista que no se ha intentado al adoptarlas alterar la tecnología jurídica, prestigiada por seculares aplicaciones a contar de la Lex Rodhia. Las Reglas no han creado nada en materia de derecho; *han uniformado el derecho* — de ahí la importancia señalada en mis disertaciones, de estudiar las legislaciones ya históricas del Derecho Marítimo. Su interpretación corresponde por lo que significan y de hallarse contradicciones, que en mi entender no existen la doctrina de las Reglas

conocidas con letras del alfabeto no ha desfigurarse nunca el principio desenvuelto en las Reglas detalladas con signos aritméticos.

La Regla "D", que reproduce textualmente la Regla Amberes 1903 la encontramos en el art. 191 de las leyes marítimas escandinavas y en el art. 702 del Código Alemán. Era admitida en los documentos marítimos antes de su adopción por la Conferencia. Responde a la estricta lógica de las normas, tanto que los tratadistas consideran que el Código italiana la habilita (Berlinghieri, pág. 122) y Schaub también dentro del art. 400 del Código francés. Responde la Regla "D" a la permisa de que las averías son independientes de las circunstancias que las han hecho necesarias, lo que no impide hacer recaer luego las responsabilidades. Podríamos extender esas opiniones a nuestro art. 1318 que ratifico alude a los gastos, los únicos que excluye de las averías. Este artículo nuestro que concuerda con el último párrafo del art. 643 del Código italiano y el art. 403 do Código francés, y el 148 del Código Belga, *circumscribe* a los daños sufridos por la nave y no a los daños sufridos por otros. Que la culpa o negligencia cargan sobre su causante es lo justo, pero nunca sobre los demás. Es punto que ha estudiado, agotando el tema, Bousquet en el trabajo — que dedican a la Regla Amberes, 1903. A los responsables se les exige repondam a la acción pero a los perjudicados no se les niega — ni puede negárseles el derecho a la contribución.

La Regla "E" que es de *orden de la prueba* consulta los principios seculares de *orden procesal*. La inversión del principio de quién demanda, ha de demostrar el derecho que ensaya ejercitar es siempre *excepcional*. Sólo por presunciones justificadísimas se la há aceptado. Por nuestra ley habrá de seguirse igual norma, en caso de contestación y de no contestación a la mandada por la Regla "E" tan es así que encontramos disposiciones que responden a las varias hipótesis. Esa prueba es exigida, con harta mayor razón, por concurrir intereses diversos a la contribución por concepto de avería. Esos intereses no se definirían con equidad y en la proporción sin la Regla "E". Lo que hace *nuestra ley* es recordar los elementos y los medios de justificación de prueba. Ya en las funciones del Capitán le ha indicado, entre las que ha de llenar, los *cuidados* sobre la calidad de la carga. Por los reglamentos de Marina, en uso en todos lo países, el Capitán ha de formular sus declaraciones a las autoridades de los puertos de arribo pro los *sucesos extraordinarios* de la travesía. Sobre esas obligaciones del Capitán en las Ordenanzas y Leyes, Dino Vidali acaba de publicar una monografía con referencias minuciosas. Se intitula "*L'accertamento del sinistro di mare nel diritto intermedio*" (Padova, 1938). Su análisis no puede ser más completo. La Regla "E" es por, consiguiente, una Regla que acoge

lo que siempre ha sido y reviste un carácter de *precaucionalidad jurídica* que no ha de poder soblear cualquier reparo de cualquier naturaleza que se pretenda.

La Regla "F" York-Amberes ha consagrado la teoría de lo que llaman los autores ingleses doctrinas de los *substituted expenses* y de práctica corriente. Nada más justo. Son gastos que de no hacerse habrían ocasionado daños o por ello se han evitado daños, lógico es que se los admita como avería gruesa. Han de ser gastos *suplementarios si*, pero no los que respondan a *necesidades regulares*. Reclaman que favorezcan la misión del barco y que no excedan a la pérdida por la avería. Un caso de aplicación de la Regla "F" la tenemos concretada en la Regla X (d), que ha de tenerse como interpretativa para situaciones similares. Ciertos casos que responden a esta *clase de erogaciones* los encontramos enumerados en el *art. 1316*. Invertir dinero para evitar daños y saldarle es aparte de justo, cómodo. La ley no ha podido dejar sin compensación esa clase de actos. La Regla "F" por nuestra ley, sería ampliamente respetada y múltiples razones acreditarían en su apoyo si es que no existieran principios escritos que la fortalecen elementales del derecho que la proclaman.

La Regla "G", que concuerda con las Reglas XVI y XVII y ha sido completada por las Reglas Viena, tiene en nuestro Código cláusulas concordantes (arts. 1335, 1338, 1339 y 1340, por ejemplo). Sin embargo, respecto a los valores, hay diferencias con los de la Regla "G". El párrafo segundo habla de valor de compra. Esa Regla "G" responde a evitar discusiones sean las que fuere. No lo consigue totalmente como lo demuestra Schaub. Muchas descarta y ello ya es bastante. No olvidamos que las Reglas York-Amberes persiguen una finalidad: ser *claro el concepto de las averías*, ser claro el modo de *liquidarlas* y ser claros los *valores estimativos*, todo y siempre dentro de una uniformidad internacional. Se ha conseguido en gran parte. El esfuerzo de sus iniciadores se há coronado. Si algo, y es mucho, resta por hacer, que era lo fundamental. Lo que falta es algunos aspectos, lo complementario.

Las nuevas Reglas, con sus modificaciones han venido a satisfacerlo. Su análisis permitirá decir en que medida se ha cumplido el esfuerzo inicial, se amparan los legítimos intereses de armadores, cargadores y aseguradores y se satisfacen las preocupaciones de los juristas.

De esta manera el derecho habrá cumplido su misión de amparo y protección que es en definitiva su función social.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: VICENTE MARQUES SANTIAGO

Porpõem os eminentes mestres da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires — Professôres Sívori e J. C. Bonazzola — em brilhante indicação apresentada a êste Congresso, sejam adotadas pelas legislações particulares as Regras de York e Antuérpia, em sua redação atual, resultante de alterações aprovadas pela conferência internacional realizada no ano de 1949, sob os auspícios da "National Association for the Promotion of Social Science".

Bem justificam os eméritos professôres sua proposição, ante "la conveniencia de uniformar criterios, para que el hecho y el derecho se acompasen, para que la realidad y la technica vivan un mismo diapason, para evitar que la realidad contractual se aleje de las previsiones legales y porque el derecho cumpla su mision de ordenacion juridica que es en definitiva el concepto de la funcion y justiça social".

Acompanha essa brilhante proposição, primoroso estudo do professor J. C. Bonazzola, sôbre a caracterização da avaria comum, mediante o confronto dos preceitos do Código Comercial Argentino e das mencionadas Regras de York e Antuérpia, de 1924.

Objetivam, assim, os insignes autores da proposição referida, dar às avarias comuns uma conceituação uniforme e geral.

Merece todo o nosso aplauso dita indicação.

Não é que se afirme, de tal sorte, a incapacidade das legislações particulares para dar justa solução às delicadas questões que se situam no conceito, regulação e liquidação das avarias comuns; os códigos de comércio do Brasil e da Argentina, centenário aquêle e quase nonagenário êste, são atestação brilhante da segurança de doutrina que orientou os legisladores de um e outro País. Mas os progressos da técnica e a evolução do pensamento estão a exigir nova formulação.

O comércio marítimo é eminentemente internacional. Entrelaça os povos e liga os continentes, na realização de função econômica cujo relêvo dispensa comprovação. Por obra dêle, aqui aportam navios das mais variadas procedências, desde a nobre Nação Argentina — a mais próxima pelo coração e pelo espaço — até os longínquos e quase lendários países nórdicos, cujos intrépidos navegadores disputam a primazia da chegada ao Continente Americano.

No emaranhado de relações que resulta de um intercâmbio de tal intensidade, graves inconvenientes decorrem da variedade de legislações. Urge, pois, a respectiva unificação.

As Regras de York e Antuérpia proporcionam a solução consensual com a complexidade da questão.

Reconhece o Brasil, através o art. 762 do Código Comercial, o caráter supletório dos preceitos relativos à avaria grossa, enumerados no artigo 764, admitindo ampla autonomia dos contratantes quanto à qualificação e regulação respectiva.

Da mesma forma procede a lei argentina, no artigo 1313, orientando-se ambas em conformidade com o direito dos povos de comércio marítimo de maior desenvolvimento.

Daí o reconhecimento da validade da cláusula dos conhecimentos dispondo sobre a aplicação das Regras de York e Antuérpia.

A evolução do direito das obrigações, ante a intervenção crescente do Estado nas relações de direito privado, parece, porém, aconselhar que as legislações particulares adotem ditas regras, por via de convenção internacional ou mediante incorporação em seu direito positivo, “pues eso dará a la matéria — muito bem o afirmam os mestres citados — un sentido de uniformidad internacional, recto y claro como son sus disposiciones, y honesto porque habrá puesto en consonancia los códigos de la matéria con estas reglas, que son en el hecho normas ya que son básicas en las contrataciones y en las pólizas pertinentes”.

É a recomendação proposta e que adoto integralmente.

Pôrto Alegre, 14 de agosto de 1950.

APRESENTAÇÃO EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonazzola — Passamos a discutir a tese “Averia Comun”, apresentada em forma de UMA INDICAÇÃO pelos Professores argentinos Drs. Sivori e Bonazzola, relatada pelo eminente Professor Vicente Marques Santiago. Como o ilustre relator não se encontra presente, concedo a palavra ao dr. Paulo Barbosa Lessa, pedindo-lhe se digne ler o relatório.

O SR. PAULO BARBOSA LESSA — Sr. Presidente e meus Senhores. Limitar-me-ei, ante a unanimidade com que foi aceito o parecer na Comissão de Direito Comercial, a proceder a leitura do mesmo.

(Lê o Relatório).

Esta a recomendação proposta e que adoto integralmente. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão. Não havendo quem queira discutí-la, vou dá-la por aprovada. (Pausa). Aprovada.