REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
PÔRTO ALEGRE

Reitor Magnífico da Universidade do Rio Grande do Sul:

Prof. Alexandre Martins da Rosa

Diretor da Faculdade de Direito

Prof. José Salgado Martins

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

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

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

Elpídio Ferreira Paes — Catedrático — Direito Romano (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. Euclydes Henriques de Castro**

Universidade do Rio Grande do Sul

Revista da Faculdade de Direito

de

PÔRTO ALEGRE

Anais do
Congresso Jurídico
Comemorativo do Cinqüentenário da Faculdade

Vol. III

1951

Ano III N.º I

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE PÔRTO ALEGRE

COMISSÃO DE REDAÇÃO:

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

SECRETÁRIO DA REDAÇÃO:

Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto

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

7.ª SECÇÃO

INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO

COMISSÃO:

Prof. Dr. Armando Pereira da Câmara
Prof. Dr. Darcy Azambuja
Prof. Dr. Ernani Maria Fiori
Prof. Dr. José Salgado Martins

O MÉTODO NO DIREITO

José Salgado Martins

Catedrático de Direito Penal nas Faculdades de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul e da Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES SÔBRE O MÉTODO EM GERAL

§ 1.º

O estudo do método no direito merece ponderado exame e profunda reflexão, pois as desorientações e os erros que enfeiam tantas obras e construções jurídicas, derivam-se da ausência de uma idéia clara e de seguras diretrizes no tocante ao importante problema do método.

Muita confusão reina nesse domínio, fruto de uma delimitação imperfeita entre os vários ramos do conhecimento humano. Embora todos os conhecimentos se unifiquem na inteligência do homem, à qual atingem através da intuição, da observação, da pesquisa científica e da especulação filosófica, da análise e da síntese de umas e outras, distinguem-se, no entanto, pelo objeto e pelo método. (1).

Em última análise, o objeto das ciências empíricas é a realidade. Mas, como a realidade é multipla nos vários acidentes e aspectos que a modalizam, diversas são as ciências que a estudam, conforme o prisma ou o setor a que se aplica êsse estudo. Para que o homem possa apreendê-la e interpretá-la, submetendo-a às regras do seu pensamento conceitual, é necessário que adote um método, não só quanto à observação ou à intuição, como no que tange à ordenação dos conhecimentos que dela venha colhêr.

---

(1) Fouillée, L'avenir de la métaphysique, pág. 29, "apud" G. Renard. Introducción filosófica al studio del derecho, tomo II, nota 12, pág. 66, trad. argentina, Ediciones Desclée, Buenos Aires, 1947; G. Renard, ob. citada, t. cit., pág. 67. V. ainda G. Renard, ob. cit. *in* t. cit., págs. 60-61.

De logo, cumpre indagar o que significa a palavra *método* e quais as espécies fundamentais do método, tomada a palavra em sentido lato.

André Lalande (2) distingue três acepções: a) etimològicamente, esfôrço para atingir um fim, pesquisa, estudo, caminho pelo qual se chega a um certo resultado; b) processo técnico de cálculo ou de experimentação; c) sistema de classificação. Em nota ilustrativa, o mesmo autor, precisando o seu pensamento sôbre a idéia de método, escreve:

> "L'idée de méthode est toujour celle d'une direction définissable et régulièrement suivie dans une opération de l'esprit. Une méthode peut-elle être determinée a priori, et indépendemment de son application, être formulée par avance et servir de programme à des opérations qui ne commencent qu'après que les règles de la méthode ont eté formulées? Ou bien n'a-te-elle de valeur utile, et ne peut-elle être découverte que dans une opération effetive, dont elle est comme de schéma plus ou moins simplifié? C'est lá un débat doctrinal fort important, dans lequel se divisent les théoriciens de connaissance; mais qui porte, en principe tout ou moins, sur la formation de l'idée plutôt que sur sa signification".

Tomada a palavra em sentido amplo, *lato sensu,* a idéia de método está contida em qualquer noção científica ou filosófica, é um pressuposto necessário aplicado a qualquer ordem de conhecimentos.

Descartes, (3) inspirando-se na ciência matemática, pregou a adoção de um método geral, aplicável a tôdas ciências, cujos princípios normativos estão definidos nas seguintes regras:

1.ª — "Ne recevoir jamais aucune chose pour vraie, que je ne la reconnusse évidemment être telle, cést-à-dire d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention, et de ne comprendre rien de plus en mes jugements que se qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute".

2.ª — "Diviser chacune des difficultés que j'examinerais en autant de parcelles qu'il se pourrait, et qu'il serait requis pour les mieux résoudre".

3.ª — "Conduire pa rordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusques à la connaissance des plus composés, et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres".

4.ª — "Faire partout des dénombrements si entiers et des revues si générales que je fusse assuré de ne rien omettre".

(2) Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Paris, Librairie Félix Alcan, 1938. 4.ª edição, tomo I, páginas 463-65; V. L'Étude Comparée des Religions, Essai critique par H. Pinard de la Boullaye, S. J., Paris, 1929, 3.ª ed., vol. II, pág. 28, § 322. Êste 2.º volume da excelente obra de De La Boullaye é consagrado ao estudo dos métodos.

(3) Dircours de la Méthodet ed. publicada com introdução e notas por Louis Liard, Librairie Garnier Frères, Paris.

Em se tratando do método, em sentido geral, sempre se distinguíram duas espécies ou tipos principais de métodos: o indutivo e o dedutivo, cuja nota diferenciadora se acha no ponto de partida do conhecimento.

Houve tempo em que se pretendia classificar as ciências como indutivas e dedutivas, conforme a aplicação do método utilizado por umas e outras no sistema dos seus conhecimentos: ou se organizassem êstes pelo processo indutivo ou pelo processo dedutivo. Mas êsse traço de diferenciação não é específico às diversas esferas do conhecimento científico. As ciências tanto se servem de um quanto de outro método.

Há apenas, em alguns casos, simples prevalência, mas nunca exclusivismo, no tocante ao método adotado. (4).

Tôda ciência, digna dêsse nome, embora tenha sólida base na experiência, isto é, na observação empírica da realidade, pressupõe uma série de princípios gerais que presidem o seu sistema e que orientam a própria investigação empírica. Ora, êsses princípios gerais são obra do raciocínio dedutivo que meditou os dados da experiência, que os generalizou, na formulação de leis universais. A formulação da lei, a concepção do princípio geral não é fruto exclusivo da observação indutiva; a esta se associam elementos intelectuais de diversas origens. Tôda a cultura do observador, tôda a intuição de que êle seja capaz, todo o poder de raciocínio e abstração que animam o seu pensamento, conjugam-se no mesmo movimento ascensional para a verdade.

A indução e a dedução, funções lógicas do método, tendentes à aquisição do conhecimento, não se excluem (5). Combinam-se e concorrem para o mesmo fim. A idéia de oposição, que não corresponde à realidade, se filia à antítese clássica, já feita por Aristó-

1942. Enrique Luño Peña, Historia de la Filosofia del Derecho, Barcelona, 1949, tomo II, pág. 197.

(4) G. Del Vecchio, ob. cit. tomo I, pág. 17.

(5) G. Renard, ob. cit. tomo II, pág. 67-68.

teles, entre as duas operações lógicas, — passagem do particular ao geral, passagem do geral ao particular, as quais, no entanto, são conciliáveis, podendo o raciocínio ser, ao mesmo tempo, dedutivo e indutivo (6).

Se pelo método indutivo, o investigador se aproxima da realidade, fundando-se no dado concreto, pela dedução êle incorpora êste ao seu sistema científico, descobrindo as correlações com outros fenômenos, demarcando a sua órbita de influência, transformando-o em ponto de partida para novas induções e deduções (7).

O método varia de acôrdo com o objeto da ciência. Pode-se mesmo dizer que o método está em função do objeto. Assim há um método próprio à ciência matemática; à ciência física; à ciência biológica; à ciência histórica e social.

Na matemática, o método aplicável é o lógico-abstrato, pois a noção de número que constitui o fundamento lógico dessa ciência é uma pura noção do espírito. O pensamento matemático é o resultado da razão pura do homem e o gráu mais elevado da abstração (8).

Outro é o método exigido pela natureza do objeto a que se aplica a ciência física. O conhecimento dos fenômenos físicos e químicos têm a sua fonte nos sentidos, na experiência. Por isso, as ciências que os estudam, têm uma larga base indutiva, que, — conquanto não exclua o raciocínio dedutivo, — lhes assinala a índole e lhes proporciona a acumulação de dados concretos, sôbre os quais se vai exercer o anseio decifrador das leis que os explicam, permitindo ao homem o poder de previsão sôbre o surgir de fenômenos análogos, sob condições semelhantes às registradas pelo observador. A observação cuidadosa e completa, associada à experimentação, é , pois, o princípio básico de tôda a ciência natural. As noções e os conceitos construídos no domínio das ciências naturais erigem-se sôbre os dados colhidos pela observação e comprovados pela experiência. Aplicadas sôbre a produção de um fenômeno, procuram determinar as condições em que êle se realiza, os fatôres presentes no processo causal, as relações que o ligam a outros fenômenos e o situam no campo da fenomenologia natural. Realizada a investigação indutiva, que se conisderará completa quando se estender à totalidade dos fenômenos da mesma espécie, pode o investigador sub-

(6) André Lalande, Las Teorias de la Inducción y de la Experimentación, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1944, pág. 21.
(7) G. Del Vecchio e Recasens Siches, ob. cit., tomo I, pág. 18.
(8) S. M. Neuschlosz, Análisis del Conocimiento Científico, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1914, pág. 95; G. Renard, ob. cit., tomo II, pág. 68: "Las matemáticas son el prototipo de la ciência (son la "ciência pura"), porque no tienen sino un ligero soporte en la tierra de las realidades tangibles y prontamente se emancipan de él en el cielo de la abstracción".

meter a observação ao contrôle da experiência. Nesse caso, procurará repetir a produção do fenômeno, criando artificialmente as condições naturais registradas pela sua observação. Se esta tiver sido exata, no registro dessas condições e fatôres, o fenômeno se produzirá, comprovando-a. Caso contrário ou a experiência não se processou com rigor técnico, omitindo alguns dos elementos observados, ou a observação induzida não correspondia à realidade do fenômeno.

Combinando-se experiência e observação, estará, então, o investigador em condições de formular o princípio geral ou a lei universal, em cuja enunciação combinam-se os elementos indutivos da experiência e os elementos dedutivos da pura razão.

Meditando sôbre a formulação das leis naturais, compreende-se que elas não resultam exclusivamente do raciocínio indutivo, embora lhe caiba o predomínio. E isso porque, por mais completa que seja a observação, há, na própria fenomenologia aparente e sensível, fatôres que escapam ao registro dos sentidos do observador.

Ora, se não fôssem os recursos da razão, através do pensamento intuitivo e lógico-abstrato, não seria possível a estruturação científica e sistemática dos princípios gerais. Uma teoria científica é um resumo incompleto, aproximado apenas, da realidade complexa dos fenômenos.

Vimos que o método está em íntima relação com a estrutura lógica do objeto de cada ciência. Na matemática, o método por excelência é o método lógico-abstrato, pois a matemática é a ciência que tem por objeto não os sêres sensíveis e tangíveis do mundo real, mas as abstrações do mundo ideal dos números e dos valores de grandeza. Nas ciências físicas, o método, por excelência, se baseia na indução e na experimentação, por fôrça do seu objeto que é a realidade apreendida pelos sentidos.

Na ciência biológica, cujo objeto são os sêres vivos, do mesmo modo o método deve afeiçoar-se à estrutura dêsse objeto.

A diferença fundamental que existe entre os sêres vivos e os sêres do mundo inorgânico, — fato universalmente conhecido, — determinou diversidade substancial nos processos de observação e de estudo dos fenômenos relativos às duas ordens científicas.

Observa-se que, enquanto no mundo dos sêres inorgânicos domina o princípio de necessidade, no mundo dos sêres vivos há a considerar o princípio de finalidade. No primeiro, a preocupação reside no desvendar o processo causal do fenômeno, explicando-lhe os fatôres determinantes. Relativamente ao último, surge o justificado anseio de prescrutar o mistério da vida, de interpretá-lo

à luz de um princípio teleológico, de saber para que ou para quem tendem os fenômenos vitais (9).

Embora o método no campo das ciências biológicas continue a se processar, com base na indução e na experimentação, há, no entanto, o acréscimo de um elemento novo: a interpretação teleológica de alguns fenômenos biológicos, o que não é necessàriamente incompatível com a sua explicação dinâmico-causal (10).

Além disso, de modo diferente se realizam a indução e a experiência, quando têm por objeto os sêres vivos. A complexidade e a variedade dos fenômenos vitais determinam dificuldades maiores na sua observação e na determinação dos fatôres de seu dinamismo causal, que está dotado de máxima mobilidade e mutabilidade, reagindo sob o influxo do ambiente cósmico, com cujas variações há íntima correspondência.

Por isso, quando fôsse possível à ciência reunir todos os dados particulares de um fenômeno próprio ao organismo vivo, a formulação da lei, resultado da mais completa indução, não poderia oferecer a rigidez de uma lei inerente ao mundo físico, porque neste a uniformidade é a regra, ao passo que naquele a extrema variedade dos fenômenos é o princípio dominante.

Do mesmo modo, quanto à experiência. Em se tratando de fenômeno físico e químico, a experiência pode realizar-se em condições quase perfeitas; ao passo que, quando o seu objeto fôr os fenômenos da vida, complica-se a experiência e, devido à mobilidade e mutabilidade do fenômeno, não poderá oferecer o mesmo gráu de rigor científico.

No domínio da sciências biológicas, o investigador deve possuir, mais do que em outras esferas científicas, de enderêço naturalista, ao lado da cultura especializada, uma grande cópia de idéias gerais. Os dados verificados e comprovados pela experiência devem ser generalizados pela dedução de princípios gerais, capazes de explicar certos fatos que transcendem à experiência. A experimentação mental é um dos recursos de que, não raro, se serve o biólogo que, conquanto se possa verificar nas ciências físicas, tem aplicação mais ampla e adequada nas ciências biológicas, a que se aplica também a indução amplificadora (11).

Passando ao estudo das ciências histórico-sociais, outro há-de ser o método aplicável.

(9) S. M. Neuschlosz, ob. cit., págs. 177, 78-79; Raoul Pictet, citado por G. Renard, observa agudamente que os "por quês" formulam-se como questões cada vez mais imperiosas à medida que os objetos de observação se aproximam do homem. A preocupação da finalidade nasce a partir da biologia; trata-se aí ainda de uma finalidade inconsciente. Com o homem e a razão comecam a finalidade consciente e a liberdade. in G. Renard, ob. cit., tomo II pág. 76, Nota 27.

(10) S. M. Neuchlosz, ob. cit., pág. 178.

(11) Andr. Lalande, Las Teorias de la Inducción y de la Experimentación, pág. 229.

No domínio do histórico e do social, assume outra feição o processo indutivo, excluindo-se tôda possibilidade de experimentação a cujo emprêgo as ciências físico-naturais devem os melhores êxitos (12).

O processo indutivo consistirá simplesmente na observação e na análise dos acontecimentos sociais, no estudo das correlações entre os fatôres que os produziram, possibilitando a determinação de princípios gerais sob cuja ação, dotada de máxima flexibilidade, se teria produzido o fato social.

A verificação indutiva de tais relações jamais poderá ser formulada em leis ou em princípios gerais rígidos, pois, no centro dos acontecimentos, como seu agente, está o homem, dotado de consciência e de liberdade.

O fato social é caracterizado pela singularidade, o que lhe empresta sempre uma nota distinta em confronto com fato social idêntico. Duas conseqüências dimanam dessa característica essencial: a máxima complexidade do fato social e a impossibilidade de reprodução para submetê-lo à experiência.

Por isso, as ciências histórico-sociais exigem um tratamento predominantemente idiográfico, isto é, o estudo do fato singular, do acontecimento social de características próprias, individuais, sem similaridade com outros acontecimentos (13).

Embora já se realizem no campo do histórico e do social tentativas para dar ao seu estudo uma estruturação científica, de caráter nomotético, o estabelecimento de princípios gerais concernentes aos fenômenos sociais, de tão imensa variedade e complexidade, só será a resultante remota de vastos estudos idiográficos, da formidável acumulação de observações sociais, pelo método monográfico e estatístico.

O sonho de uma pura teoria sociológica, hostórica, econômica, política, etc., com leis e princípios predeterminados, parece não ser realizável no atual estado de cultura da humanidade.

* * *

Rickert, (14) colocando defronte das ciências da natureza as da cultura, estuda os métodos que as diferenciam e sinala o conflito que, não raro, irrompe entre os dois setores do conhecimento humano.

Todos os investigadores, escreve Rickert, tanto os filósofos quanto os especialistas, parece que estão de acôrdo em considerar

(12) S. M. Neuschlosz, ob. cit., pág. 212-13.

(13) S. M. Neuschlosz. ob. cit., pág. 221.
— H. Rickert, Ciencia Cultural y Ciencia Natural, Espasa Galpe Arg., S. A., Buenos Aires, 1945, págs. 92, 93 e 114.

(14) H. Rickert, ob. cit.

que as ciências particulares se dividem em dois grandes grupos (ciência cultural e ciência natural) e que os teólogos e os juristas, os historiadores e os filósofos se acham unidos por interêsses comuns, do mesmo modo que os físicos e os químicos, os anatomistas e os fisiologistas.

A oposição entre natureza e espírito, estabelecida pela filosofia da sua época, não pode oferecer — conclui Rickert — um critério metodológico de diferenciação entre as inúmeras ciências particulares, porque a realidade que serve de objeto da sciências, compreende o conjunto de tôda existência corporal e espiritual; logo o critério diferenciador não está na simples oposição *material* dos objetos, mas sobretudo na oposição *formal* do método de tratamento da ciência.

"Da realidade otal, destaca-se um certo número de causas e problemas que possuem para nós uma especial significação e importância e nos quais vemos algo mais que simples "natureza".

"Diante dêsses objetos, revestidos de valor, mostra-se insuficiente a exposição naturalista, porque êles nos sugerem interrogações e problemas que não cabem nos limites das cousas naturais. Êsses objetos formam o domínio da cultura, erigido intencionalmente pelo homem sôbre a natureza, em atenção aos valores que nêles residem". A distinção entre as ciências, segundo Rickert, se baseia antes no critério axiológico (determinado pelo método), do que no critério lógico (ditado pelo objeto). Daí, a sua distinção entre ciência natural e ciência cultural, aquela compreendendo a natureza como realidade total, concebida por modo generalizado e indiferente aos valores; esta tratando dos objetos que são referidos a valores culurais, cujo estudo ela procede de modo individualizado.

Conhecer a natureza significa enunciar juízos absolutamente universais sôbre a realidade, traduzidos em leis naturais, em cuja essência lógica não entra qualquer nota específica a processos singulares e individuais.

"A ciência natural confecciona, para usar uma feliz comparação de Bergson, *trajes feitos* que servem indiferentemente a Pedro e a Paulo, porque não se acomodam particularmente à figura de nenhum dêles".

A ciência cultural, que tem na história uma das suas expressões típicas, exige outro método de estudo, o método histórico individualizador. Aqui, o inerêsse da ciência se dirige ao particular e individual. Com efeito, a significação cultural de um objeto, enquanto êle é considerado com um *todo,* não está nas notas comuns que o mesmo guarda com outras realidades senão justamente naquilo que o distingue dos outros objetos. A significação cultural

de um processo aumenta à medida em que o respectivo valor *cultura* se encontre, de modo mais exclusivo, enlaçado com sua configuração individual. Não há dúvida, afirma Rickert, que a significação do processo cultural depende inteiramente de sua peculiaridade individual e, portanto, a ciência cultural histórica não pode visar o estabeelcimento de sua "natureza" universal, porque ela deve proceder por individualização. Outro caráter peculiar às ciências culturais é o princípio valorizador, isto é, o estudo da realidade a que o homem emprestou determinado valor.

Esta nota característica se manifesta na ciência histórica, quando o historiador sabe distinguir o que é essencial ou não à exposição histórica. Se falta referência aos valores que residem nos bens da cultura, os acontecimentos carecem de significação e de interêsse, e devem ser desprezados pelo historiador, porque nenhuma influência exercem no desenvolvimento do processo cultural.

Os valores — escreve Rickert — não são realidades, nem físicas, nem psíquicas. Sua essência consiste em sua *vigência,* não na sua real *facticidade.* Mas os valores se enlaçam com as realidades e já conhecemos dois modos por que se operam essas vinculações. Em primeiro lugar, pode o valor residir em um objeto, transformando-o assim em um *bem,* e pode, além disso, estar unido ao ato de um sujeito de tal maneira que êsse ato se transforme em uma *valorização.* Os bens e as valorizações podem ser estudados, inquirindo-se a vigência dos valores que estão unidos a êles. e, logo, tratando de estabelecer se um bem merece realmente o nome de bem ou se uma valorização se constituiu com justiça.

A posição de Rickert que se filia à corrente do logicismo axiológico de inspiração néo-kantiana, está hoje superada na filosofia dos valores. Ela conduz ao relativismo e ao subjetivismo dos valores. Não concebe os valores como realidades ônticas.

* * *

O direito é uma ciência cultural, assumindo diante da realidade uma posição inquiridora sôbre os valores que residem nos bens e nos atos do homem.

Os valores que o direito deve realizar, na esfera das relações sociais, não estão subordinados aos caprichos do subjetivismo do sujeito nem ao relativismo de concepções sociais, porventura vigentes, mas são os autênticos valores que constituem "essencialmente um mundo supra-individual e objetivo" e que deitam raízes profundas nos sentimentos de justiça da criatura humana.

§ 2.º

O problema do método está ìntimamente relacionado com a teoria do conhecimento. Pode-se mesmo dizer que a metodologia, no fundo, não é um problema lógico e sim um problema gnoseológico, porque o método não vale pelos aspectos formais de que se reveste ,isto é, pelas técnicas da indução, da dedução, da experimentação, da análise, da síntese, etc., mas pela íntima e profunda adequação à estrutra psicológica do homem face à natureza do objeto de sua investigação (15). Daí, a importância do método e as especialidades que êle assume, de acôrdo com a particularidade de cada ciência.

O êxito da investigação científica, a descoberta do conhecimento depende ìntimamente do método adotado. O progresso da ciência está condicionado ao acêrto do método a à sua perfeita adaptação à natureza do objeto.

Estudados os diversos modos de comportamento do método frente aos vários grupos de ciências, é oportuno, agora, aludir ao método, segundo as diferentes posições filosóficas assumidas no que tange ao valor do conhecimento humano.

O racionalismo funda no pensamento, na razão, a fonte do conhecimento. O pensamento age com absoluta independência de tôda a experiência, obedecendo exclusivamente às próprias leis.

Necessário é que o conhecimento se revista de necessidade lógica e de validade universal. O conhecimento verdadeiro é aquêle que se impõe à própria razão, com evidência tal que não admite outro que, segundo as leis da mesma razão, se lhe possa contrapor.

Uma forma determinada do conhecimento serviu evidentemente de modêlo à interpretação recionalista do conhecimento, o conhecimento matemático. Êste é, com efeito, um conhecimento predominantemente conceitual e dedutivo. Na geometria, por exemplo, todos os conhecimentos derivam de alguns conceitos e axiomas supremos (16).

Em oposição ao racionalismo, está o empirismo que coloca tôda a fonte do conhecimento na experiência. Na opinião do empirismo, não há nenhum patrimônio "a priori" da razão. A consciência cognocente não extrai os seus conteúdos da razão, mas exclusivamente da experiência. O espírito humano está por natureza vazio: é uma "tàbula rasa", uma fôlha por escrever e na qual sòmente a experiência escreve. Todos os conceitos, inclusive os mais gerais e abstratos, procedem da experiência.

(15) G. Renard, ob. cit., tomo I, à pág. 11, escreve: "El orden metodico es el que corresponde a la estructura de nuestra inteligência; el método es una herramienta, y la buena herramienta es la que conviene a las aptitudes e ineptitudes del obrero. "Ora bien, el obrero, o sea nuestra inteligencia procede de lo particular a lo general; esta es su ley constitucional".

(16) J. Hessen, Teoria del Conocimiento, Editorial Losada S,. A., Buenos Aires, 1938, págs. 56-57.

Posição radicalmente empírica é a adotada pela filosofia de Comte. Tanto o positivismo quanto o evolucionismo naturalista negam a possibilidade do conhecimento, além dos dados recolhidos pelos sentidos.

Considerando Comte que todo o conhecimento passa por três estados sucessivos: teológico, metafísico e positivo, só a êste atribuía a dignidade de ciência. Rcconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia o espírito positivo a busca da origem e destinação do universo e ao conhecimento das causas íntimas dos fenômenos, para consagrar-se ùnicamente à descoberta, pelo uso combinado do raciocínio e da observação, de suas leis, isto é, das relações invariáveis de sucessão e de similitude (17).

Essas duas posições extremas — o racionalismo e o empirismo — implicam, como se vê, em uma metodologia. Para o primeiro, o dedutivismo, servido pelo método lógico-abstrato, é o caminho pelo qual se constrói o conhecimento das cousas; para o último, é o processo indutivo, servido pela observação e pela experimentação, o instrumento do conhecimento.

Entre a posição racionalista e a empirista, duas tentativas de conciliação merecem ser mencionadas: o intelectualismo e o apriorismo.

O intelectualismo, aceitando como fatôres de produção do conhecimento tanto a razão como a experiência, sustenta que há juízos lògicamente necessários e universalmente válidos, não só quanto aos objetos ideais mas também quanto aos objetos reais, mas os faz derivar da experiência ao invés de constituírem um patrimônio "a priori" da razão.

Segundo o seu próprio nome (inteligenre de intus legere = ler no interior) a consciência cognocente lê na experiência e dela extrai os seus conceitos (18).

O apriorismo é outra tentativa de mediação entre o racionalismo e o empirismo. Fundador dessa posição é Kant (19).

Repercutiram sôbre o direito essas diversas filosofias, criando escolas e pontos de vista que fazem aplicação das diretrizes filosóficas daqueles sistemas ao campo da especulação jurídica.

(17) Cours de Philosophie Positive, 4.ª ed., Paris, 1877, vol. 1.º, págs. 9 e 10.

(18) J. Hessen, Ob. cit., pág. 62.

(19) Crítica de la Razón Pura (Estetica Trascedental y Analitica Trascendental), Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1943, edição precedida por um estudo de Kuno Fischer sôbre a vida de Kant e a história das origens da Filosofia Crítica. Obra traduzida diretamente do alemão por José Del Perojo.

Como reflexo do empirismo no direito, temos, v. g., a teoria de Duguit; do mesmo modo que as teorias de Kelsen, de Stammler e outros são repercussões no campo do direito da filosofia de Kant.

No Brasil, o positivismo teve partidários ilustres, como Pedro Lessa (20) e Sílvio Romero, (21) bem como a filosofia crítica de Kant influenciou alguns dos nossos juristas, como o demonstra, em dois excelentes ensaios, o sr. Miguel Reale (22).

CAPÍTULO II

O MÉTODO NO DIREITO

O problema do método no direito, para ser exatamente equacionado, exige que se tenha em aprêço três momentos fundamentais: o momento da identificação do direito no complexo dos fatos humanos e sociais; o momento de sua elaboração técnica; e o momento em que êle, aplicado às condições sociais, se transforma em norma jurídica positiva.

§ 1.º

Giórgio Del Vecchio, em um antigo trabalho sôbre "Os pressupostos filosóficos da noção do direito", observava que o caráter de intuição simples e imediata (23) com que o direito se manifesta na consciência, parecendo constituir uma idéia inteligível por si mesma, é a razão pela qual, ordinàriamente, não se sente a necessidade de definir metòdicamente o seu significado.

Encontrar-se-á, nesse fato psicológico, a causa por que, durante algum tempo, foram menosprezados por certos juristas os estudos em tôrno da noção geral e científica daquilo que constitui a essência perene do direito?

Parece-nos que a simples inteligibilidade vulgar do direito não explicaria a ausência de uma investigação metódica em tôrno do seu objeto, se efetivamente semelhante atitude de abstenção intelectual por parte de filósofos e juristas se tivesse verificado.

(20) Estudos de Filosofia do Direito, Liv. Francisco Alves, Rio, 1916.
(21) Ensaio de Filosofia do Direito, Liv. Francisco Alves, Rio, 1908.
(22) A Doutrina de Kant no Brasil — Dois Ensaios — S. Paulo, 1949. O ilustre professor Miguel Reale, contestando a assertiva de Clóvis Bevilqáua de que as idéias de Kant não foram das que mais fortemente influíram o pensamento jurídico brasileiro, mostra que "foi sob o signo das idéias de Kant que tiveram início os estudos jurídicos no Brasil, onde, entretanto só chegaram os princípios do filósofo, como bem notou Clovis, através de fontes que lhe alteraram a substância crítica".
(23) Passível de crítica é a expressão de Del Vecchio, quando admite como objeto de intuição o conceito do direito. Sendo o direito uma realidade exterior ao sujeito, só pode ser apreendida, conhecida e conceituada pela inteligência e não pela intuição.

A noção e a essência do direito têm constituído, em todos os tempos, tema fundamntal não só para os filósofos que se consagraram especialmente ao setor jurídico da realidade universal, como para filósofos não juristas, como Aristóteles, S. Tomás de Aquino, Kant e tantos outros.

O criticismo kantiano (24) não é senão tôda uma metodologia para a construção do conhecimento das cousas, entre as quais se encontra também o fenômeno do direito.

A justificação de Del Vecchio não procede.

O que explica, não a ausência da necessidade de definir metòdicamente o significado do direito, porque esta sempre existiu e se impôs ao pensamento especulativo, mas — sim — a balbúrdia que se estabeleceu, determinando enorme variação no conceito do direito e nos princípios gerais da ciência jurídica, foi a ruptura da continuidade da investigação filosófica que, inicada na antigüidade clássica pelos gênios de Platão, de Aristóteles e de muitos juristas romanos, recebeu singular desenvolvimento na filosofia escolástica e cristã.

A dois sistemas filosóficos cabe a parcela maior da responsabilidade por essa anarquia mental: ao apriorismo formal de Kant, desgarrando para um idealismo subjetivo exagerado, e à reação do empirismo naturalista.

A negação do direito natural, em que fraternizaram várias escolas filosóficas, foi o grande equívoco que transviou o pensamento jurídico e o esterilizou na consideração formal ou empírica do direito positivo e do seu evolver na realidade histórica. Confundiu-se a variação acidental do direito positivo, no espaço e no tempo, através das peculiaridades regionais de cada povo e das suas contingências históricas, com a suposta variação da essência do fenômeno jurídico, reduzido a um simples dado empírico da realidade social. Daí, a grande mutabilidade do conceito do direito em função de cada sistema positivo e de cada atitude filosófica assumida pelo jurista, mais como simples *diletantismo* do que como fruto de profunda meditação espiritual.

A determinação do conceito do direito só pode ser alcançada pelo exame de sua natureza. Admitir a natureza constante do direito e a existência de notas essenciais e específicas ao fenômeno jurídico, de modo a individualizá-lo entre os outros fenômenos sociais, constitui passo fundamental para se empreender e realizar um estudo sistemático e científico do próprio direito.

(24) O próprio Kant confessava que o seu sistema filosófico constituía "uma disciplina, um cânon, uma arquitetônica da razão pura". Ob. cit., pág. 43. À pág. 133, escreve Kant: "A Crítica da Razão Pura é um tratado do método e não um sistema de ciência, conquanto determine os seus contornos, bem como os seus limites e tôda a sua estrutura interior".

O direito constitui, em seus primeiros princípios, uma relação de justiça derivada da natureza substancial das cousas, de que faz parte a natureza moral e racional do homem.

Tôdas as cousas que constituem o universo estão submetidas a leis constantes e sábias. O equilíbrio de miríades de estrêlas no espaço infinito só se realiza graças à ordenação legal do Cosmos. Se assim acontece no plano do mundo físico, não se compreenderia que o mundo moral, muito mais complexo nas suas relações causais, dominado pelo princípio da razão e da liberdade, se pudesse furtar à influência de leis anteriores e superiores às combinações humanas. A própria experiência subjetiva de cada homem, pelo sentimento de justiça que emerge das profundidades do ser moral, evidencia a existência dessas noções naturais sôbre o bem e o mal, sôbre o justo e o injusto, sôbre o que deve apetecer e o que deve evitar.

> "C'est dans la nature humaine, espirituelle et corporelle, dans la chair et dans l'esprit de l'homme que se trouve gravée la loi de sa conduite, les principes directeurs de toute son activité.
>
> Mais ceci suppose, évidemment, que la nature humaine, qui n'est qu'un concept, ne soit pas un concept vide de réalité. Et c'est le premier point à considérer: y a-t-il une nature humaine, commune à tous les hommes et particulière à l'homme? D'accord avec le sens commun et l'experience vulgaire, les Anciens répondaient que oui. Ils croyaient que tous les êtres auxquels nous donnos le nom d'homme — et nous appelons ainsi nos seulement le proche, parent ou compatriote, mais l'étranger, l'homme d'une autre race, civilisé ou barbare — ne méritent ce nom commun qu'en raison de certains traits communs, qui, par delà les différences individuelles, les rattachent à un même "genre" humain. Ils croyaient aussi — d'accord toujours avec le sens commun et l'expérience qu'à côté de certains traits communs à l'homme et à d'autres créatures, animées ou inanimées, le "genre" humain possède en propre certaines notes spécifiques caractérisant l'"espèce" humaine et permettant de distinguer l'homme des autres créatures et de lui donner un nim propre.
>
> En quoi consiste donc cette nature humaine spécifique? Assurément, l'homme peut toujours progresser dans la science de la nature humaine, physique et morale, par les voies de la biologie, de la psychologie, de la sociologie. Mais, pour l'objet ici visé, une connaissance approfondie de la nature humaine n'est point requise; il ne s'agit que de relever les traits fondamentaux, ceux qui apparaissent d'emblée à l'observateur, ceux que tout homme peut, en quelque sorte, expérimenter et sentir. Or — nous disent les Anciens, — il est facile de voir que l'homme est un être complexe: à la fois esprit et matière, — assujetti par son corps à toutes les servitudes de la vie animale, mais doué de raison et de liberté, capable de se connaître soi-même et de se diriger; à la fois individuel et social, — ayant une fin personnelle, qui est son propre honneur, mais trop faible pour y atteindre par lui-même et, dès lors, obligé de compter sur l'aide de ses semblables (échanges, associations volontaires) et même de s'insérer avec eux dans des cadres sociaux permanents (cadre familial, cadre politique)" (25).

Esta concepção da natureza humana que os antigos colocavam na base do direito natural e que Jean Dabin magistralmente resumiu, parece-nos fundamentalmente exata.

Compreendendo o direito natural como emanação dos primeiros princípios da vida moral inerente à natureza do homem, impõe-se a conclusão de sua invariabilidade no tempo e no espaço, sejam quais forem as vicissitudes por que passar a consciência humana através da história.

Cumpre, no entanto, distinguir o que é essencial ao direito natural e não confundir as suas prescrições gerais com as aplicações concretas e variáveis que elas recebem através do direito positivo.

As concepções de Stammler sôbre um direito natural de conteúdo variável e a de Renard sôbre um direito natural de conteúdo progressivo constituem conceitos feridos de antinomia substancial, — *contradictio in adjecto*.

A moderna lição de Dabin resume a posição correta diante do delicado problema:

> "La vérité, c'est que le contenu du droit naturel ne varie ni ne progresse: les premiers principes de la moralité furent tels dès l'origine et ils resteront tels jusqu'à la fin — en dépit des applications erronées ou régressives que nous montre l'histoire. Par exemple, il fut et il restera toujours vrai, sans atténuation ni changement, que l'homme doit être juste envers l'homme et qu'il faut rendre à chacun ce qui lui est dù. Seules sont soumises à la loi du progrès les conclusions que l'on tire de l'idée de justice, ainsi que les déterminations nécessaires. C'est en ce sens

(25) Jean Dabin, La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif, Paris, 1929, págs. 260-261.

relatif qu'il est permis de parler d'une justice progressive: en soi, la justice est ce qu'elle et elle est parfaite; mais ses réalisations sont toujours suscepibles de perfectionnement. Dans l'esprit des hommes d'abord, car l'idée n'est donnée qu'à l'état brut et il s'agit d'en clarifier, d'en approfondir et d'en répandre la notion, grâce au travail de la réflexion et de l'éducation; dans les faits ensuite — comme conséquence de l'idée-force et d'une meilleure conscience, — par la pénétration de l'idée de justice dans tous les rapports humains, spécialement économiques, et au bénéfice de tous, spécialement des plus faibles" (26).

Consagra o mesmo entendimento a lição de Le Fur:

"Le droit naturel proprement dit n'est pas variable, car il ne contient que les applications immédiates de ce sens de la justice, universel chez l'homme, ce qui précisément lui a fait donner le nom de naturel, conforme à sa nature.

Il ne comprend essentiellement que deux règles de fond, qui peuvent même, à la rigueur, se ramener à une seule. La première est l'obligation de respecter les engagements librement pris. Il s'agit, bien entendu, de contrats honnêtes, passés conformément à la morale, en dehors de laquelle des contrats ne sauraient être obligatoires, et parfois même l'obligation peut être de ne pas les exécuter".

. . . . . .

"La seconde règle est l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé; et celle-ci encore nous apparaît comme une conséquence directe, immédiate, du principe de justice universel, dont elle est en quelque sorte la transcription en droit positif. Aussi est-elle non moins universellement admise" (27).

Se não fôsse admitida a existência de um princípio fundamental, invariável e especificador do direito, como se poderia afirmar a justiça ou injustiça de uma lei jurídica e como se identificaria, na complexidade da fenomenologia social, o aparecimento do direito?

Êste, que pode surgir em qualquer setor da realidade social, no setor econômico, no político, no das relações familiares e privadas, tem sempre uma característica moral e reflete sempre uma relação *ad alterum*.

(26) Ob. cit., pág. 289.
(27) La Théorie Du Droit Naturel depuis le XVII siècle et la Doctrine Moderne, *in* "Recueil Des Cours" de la Académie de Droit International, Paris, 1927, pág. 389.

Traduzindo sempre a natureza racional do homem, o direito surge como regra de vida moral destinada a descobrir nas relações humanas o ponto de equilíbrio dos interêsses, de acôrdo com as exigências do bem comum.

Sobreleva aos demais em complexidade e sutileza o momento em que se trata de, através de um método adequado, descobrir os primeiros princípios do direito, aquêles que formam a estrutura íntima e ontológica do jusnaturalismo.

Êsses princípios fundamenais radicam na natureza moral do homem e a sua refração na realidade social vivifica os costumes, organiza as concepções éticas e orienta a conduta humana pelo reconhecimento de valores em que se realiza a finalidade do ser.

Na determinação dêsses princípios, o método assume um sentido de profunda investigação filosófica, pois a realidade à qual êle se aplica, embora objetiva, é imanente e ao mesmo tempo transcendente ao ser.

O processo metodológico começa pela introspecção, isto é, o homem se debruça sôbre si mesmo, para descobrir no âmago da sua consciência os vestígios da lei natural e eterna. Passa depois, pela indagação racional, a identificar os princípios que se impõem na sua própria evidência: por exemplo, dar a cada um o que é seu, não causar qualquer injúria a outrem, respeitar os contratos livremente concertados e conforme a justiça, indenizar o prejuízo injustamente causado, não fazer a outrem aquilo que não deseja que lhe seja feito, etc. Ainda nesse momento de identificação do direito, cabem raciocínios dedutivos que se aplicam à determinação dos princípios que decorrem lògicamente do jusnaturalismo, em suas aplicações práticas e normativas, e raciocínios indutivos que, voltando-se para a realidade histórico-social, consegue apanhar a refração do direito natural, nas instituições civis, nos costumes e nas leis positivas.

§ 2.º

Passemos agora ao segundo momento a que o método se aplica.

Determinado o conteúdo do direito natural e a sua influência ordenadora e retificadora do direito positivo, em cuja pesquisa o método se plasticiza de acôrdo com a estrutura do objeto, vejamos agora como êle procede e se orienta na elaboração técnica do direito, através dos dados recolhidos pela razão no domínio da natureza moral do homem.

Na primeira fase a investigação assume predominante sentido filosófico.

"Après une période de negation de tout droit autre que le droit positif, on a fini par s'apercevoir qu'on ne

peut pas faire du droit sans un minimum de philosophie et même, nous le verrons, de métaphysique" (28).

Daí, preponderar, naquele primeiro momento, o raciocínio lógico-abstrato e os princípios evidentes.

A observação indutiva sôbre as manifestações do direito natural na realidade histórico-social funciona como espécie de contraprova da influência perene, inafastável, dos primeiros princípios sôbre a ordem jurídica positiva.

Agora, no terreno da construção técnica do direito positivo, o jurista, (neste caso, o legislador), age sôbre os pressupostos da ordem jurídica natural.

Cumpre-lhe a aplicação do dado natural, invariável na sua essência ética, à multiforme realidade social eminentemente mutável. Ao elemento moral, próprio à norma natural do direito, associa-se o elemento objetivo, útil, pragmático, em que se consubstancia o interêsse da sociedade e o bem comum.

> "Matière spirituelle évidemment, consistant dans une certaine idée de devoir être (sollen), assumée par le droit, et que le juriste a pour tâche de traduire en régle positivo. C'est ainsi, pour donner immédiatement quelques exemples, qu'à base du statut classique de la responsabilité civile repose cette idée que les hommes sont tenus de réparer les dommages causés à autrui par leur faute, — à la base du régime des biens et des contrats, cette idée que l'économie doit être libre et que les richesses doivent pouvoir circuler sans entrave, — à la base du système des incapacités (d'exercice), cette idée que les faibles méritent une protection spéciale en raison des dangers auxquels les expose leur faiblesse, etc... Chaque institution juridique porte ainsi son idée fondamentale, qui, parfois, dépasse le contenu immédiat de son texte, mais néanmoins commande tout le mécanisme et constitue l'âme du système" (29).

Há um modêlo ideal que inspira e atrái o pensamento do legislador, mas, ao mesmo tempo, o sentido prático e objetivo da realidade o aproxima das contingências sociais a que a regra jurídica se deverá adaptar.

Pressupostos os primeiros princípios, ao legislador se apresenta o panorama social em suas três dimensões temporais: o passado, o presente e o futuro.

A regra jurídica, de cuja elaboração se ocupa, destina-se a reger os fatos futuros, mas não se pode furtar à influência estabi-

(28) Le Fur, ob. cit., pág. 263.
(29) Jean Dabin, La Technique de l'Elaboration du Droit Positif, 1935, pág. 12.

lizadora da tradição jurídica, representada pelo passado, nem à eficácia dos interêsses legìtimamente assegurados pela vigência do direito existente.

Dêsse modo, o legislador deve ter em aprêço inúmeros dados que constituem a matéria social a que vai imprimir forma jurídica. Fatôres de tôda ordem a condicionam: espirituais, religiosos, históricos geográficos, econômicos, políticos, internacionais, étnicos, demográficos, etc. A observação indutiva recolherá todos êsses fatôres para submetê-los depois à reflexão do legislador, a fim de que possa deduzir os princípios gerais que os regem, e, por sua vez, também os condicionam à realidade social.

Nesse trabalho não pode o legislador perder de vista o fim a que se destina a regra ou o instituto jurídico, no conjunto de todo o sistema jurídico vigente, tanto nacional como internacional E' o criério teleológico, essencial ao raciocínio jurídico.

> "Remarquons d'abord que le droit positif, qui n'existe pas par lui-même, n'existe pas nen plus *pour* lui-même, comme une fin en soi. La formule de l'art pour l'art trouve sans doute une justification, en ce sens que l'artiste n'a pas à se préoccuper d'autre chose que de la réalistion d'un idéal d'art (bien entendu sous réserve des lois générales de la moralité). Mais, appliquée au droit, la formule perdrait toute signification, car l'ordennance juridique n'est qu'un instrument au service d'une fin qu'on appellera, suivant la philosophie morale et sociale (ou simplemente la méthode) adoptée, la liberté humaine conditionnée par de l'ordre social et de la justice (HAURIOU), l'ordre social ou la justice (sociale) (GÉNY), la justice combinée avec la sécurité (RENARD), le droit juste (STAMMLER), l'idée directrice du "système social" (HAESAERT), ou mieux, le bien commun temporal des hommes vivant en société" (30).

A interpretação da matéria social se realiza na base indutiva; mas, determinados os dados reais e particulares da situação social em exame, êles só poderão ser assimilados pelo direito e elaborados tècnicamente, à luz dos primeiros princípios de justiça, constituídos de substância moral, e sob a ação dos princípios diretores em que se unificam as disposições do sistema jurídico positivo.

No campo da elaboração técnica do direito, os raciocínios dedutivo e indutivo corrigem-se mùtuamente. Aquêle deduzindo os princípios gerais que regem o sistema, como um edifício de linhas estruturais harmoniosas; o último verificando se as regras e insti-

(30) J. Dabin, ob. cit., págs. 16-17.

tutos particulares são aplicações corretas e lógicas dos princípios deduzidos pela razão abstrata.

Figure-se a hipótese de um projeto de lei que se destina a regular a intervenção do Estado no setor econômico da produção.

A primeira providência do legislador deve ser a de observar minuciosa e indutivamente como se passam os fatos na realidade social e quais as relações que guardam os fatos da produção com os outros fatos e condições sociais.

> "San doute encore, le juriste opère sur des "donnés" préalables — physiques, économiques, sociologiques, historiques, morales..., — qui lui sont fournies par les sciences auxiliaires du droit, sous la forme de faits classés ou de "lois" — physiques, économiques, sociologiques, historiques, morales..." (31).

É o domínio do sociólogo, do moralista, do filósofo social, enfim, do verdadeiro homem de Estado. São atividades preparatórias e fundamentais da tarefa jurídica, que surge posteriormente, quando da transformação dêsses dados nas normas de direito.

O inquérito social e o processo estatístico constituem dois instrumentos de verificação indutiva e preliminar para o legislador.

Possuídos êsses dados, passam a ser pelo legislador relacionados à finalidade social que perseguem no regime jurídico vigente, o qual se projeta modificar ou substituir pela nova lei em elaboração.

Realizado assim um juízo de valor sôbre êsses mesmos dados, agora em relação às novas necessidades sociais e ao bem comum, ao legislador cumpre, então, afeiçoá-los à nova construção jurídica.

Nesse esfôrço de entrosagem técnica da regra de vida no sistema jurídico, o legislador deve estar animado pelo sentimento de unidade, não esquecendo as idéias diretrizes do sistema e procurando, como um *virtuose,* afinar o seu instrumento com o ritmo e a harmonia que sobem do côro das vozes, que no caso é o côro uníssono das disposições normativas.

> "L'élaboration juridique est, ainsi, le résultat d'une fusion, d'un dosage de points de vues divers, que l'en peut grouper autour de ces deux axes: point de vue social-politique d'une part, juridique et réglementaire d'autre part" (32).

A elaboração da lei é o resultado de processos diversos, em que se conjugam a ciência e a arte. E, portanto, vários elementos meto-

(31) J. Dabin, ob. cit. pág. 23.
(32) Ob. cit., pág. 37.

dológicos são postos em prática, desde a experiência até a pura abstração racional. A indagação científica que a prepara e que precede à técnica, compreende também a ciência do direito, através da doutrina e da jurisprudência. A doutrina, estudando a estrutura jurídica dos institutos, os princípios que os presidem, a sua evolução histórica e aplicando o método comparativo aos vários sistemas jurídicos nacionais, fornece ao legislador elementos valiosos para conhecer da oportunidaed de certas inovações e adotar certas formas de regulação já aprovadas pela experiência jurídica dos povos civilizados. A jurisprudência, aplicando a regra aos casos concretos dá a medida da utilidade da lei e da sua eficácia na solução dos conflitos jurídicos. Logo, ao legislador, a jurisprudência servirá como uma espécie de aparelho registrador da necessidade de ajustar a lei às novas contingências sociais.

Recapitulando e resumindo, diremos que, na elaboração técnica do direito, o legislador utiliza os seguintes elementos ordenadores do método:

a) observação indutiva da realidade social e sua interpretação científica à luz de critérios sociológicos, psicológicos, morais, econômicos, políticos, jurídicos, etc.
b) raciocínios dedutivos quanto à determinação dos princípios diretores da ordem jurídica, tanto natural quanto positiva.
c) juízos teleológicos ou de finalidade, relacionando-se os dados recolhidos pela experiência jurídica com as exigências do bem comum a que a nova lei se destina satisfazer;
d) elementos comparativos entre os vários sistemas jurídicos dos países civilizados.
e) elementos fornecidos pela elaboração doutrinária e jurisprudencial do direito.

§ 3.º

Estudado o método nos dois momentos em que se manifesta o direito, isto é, através da ordem jurídica natural e na elaboração técnica do direito positivo, vejamos agora o método aplicável ao tereciro momento de manifestação do direito, isto é, ao estudo do direito constituído, como norma reguladora da conduta humana e imposta coercitivamente pelo Estado.

Aqui, o método tem por objeto a realidade das normas jurídicas positivas. E' uma realidade que se situa no plano ideal dos valores; que pode ser induzida ou deduzida, mas que se não percebe pelos sentidos.

Diz, com o brilho que lhe é peculiar, o eminente Carnelutti (33) que devemos considerar a norma jurídica como objeto de nosso estudo, porque esta e não outra é a matéria do Direito; "deve ficar bem claro — acrescenta o mestre italiano — que êste é um objeto inteligível, não um objeto sensível e que não podemos chegar ao seu conhecimento senão através da observação e da elaboração dos dados. Aí culmina a dificuldade contra a qual há-de lutar a ciência do Direito, porque o seu dado é de tal natureza que não se chega a êle pelos sentidos. Outras ciências se encontram na aparência diante de igual dificuldade. O seu dado, porém, é sempre um fenômeno, ainda que infinitamente pequeno, infinitamente distante e impenetràvelmente escondido. Construído o aparelho que auxilia os sentidos, pela microscopia, telescopia ou radioscopia, o dado chega a ser visto. Diferentemente, ocorre no domínio jurídico. As lentes dos juristas para alcançar o dado chamam-se razão e intuição".

Por outro lado, o mundo do jurista é o mundo do "dever ser" e não o do "ser".

> "La investigacion de la realidad social, el estudio estadístico de los hechos sociales, el de las caracteristicas psíquicas y orgánicas del hombre, son importantes para el derecho, por cuanto el mundo de las normas debe asentarse firmemente en la realidad, tanto para que la ley sea justa como para que sea eficaz. Pero el momento estrictamente juridico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados como valiosos e no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados. La ley, por lo tanto, regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de eses hechos.
>
> Esas normas son reguladoras de conducta, no comprobaciones de hechos; su contenido es una exigencia, un *deber ser*, no una realidad, un *ser*. Lo que una ley natural predice es algo que, en sus líneas generales efectivamente tiene que ocurrir; lo que una norma juridica dispone, puede, de hecho, no ocurrir. La ley juridica puede ser, efectivamente, transgredida" (34).

Sendo, além disso, todo conceito jurídico um conceito de função, isto é, um conceito cujo sentido só alcança a sua plenitude quando se lhe descobre a exata posição no ordenamento jurídico geral, é tarefa imprescindível ao raciocínio jurídico determinar pela razão e pela intuição os princípios jurídicos universais e, a seguir, os princípios gerais do direito legislado, segundo cada sistema nacional.

(33) Metodologia del Derecho, trad. espanhola, México, 1940, págs. 31-32.
(34) S. Soler, Derecho Penal Arg., B. Aires, 1945, tomo I, pág. 38.

Determinados êsses princípios, cumpre estabelecer dedutivamente as conseqüências que êles comportam, dentro das relações lógicas do sistema e verificar as aplicações que êles recebem através da legislação.

É também possível partir da particularidade dos preceitos ou instintos jurídicos e subir indutivamente até os princípios diretores do sistema ou da instituição.

Vemos assim que os raciocínios dedutivo e indutivo prestam-se recíproca ajuda no estudo do direito. Mas ao processo da dedução cabe, sem dúvida, influência mais relevante, como um dos elementos principais do método jurídico, porque já o próprio preceito legal, considerado isoladamente, se apresenta como um conceito genérico e abstrato, que é o resultado da elaboração reflexiva do dado, e do qual, por fôrça de sua generalidade, podem ser deduzidas conseqüências capazes de construir um sistema.

O dado que entra na elaboração da norma jurídica não é apreciado apenas indutivamente, na sua singularidade. É relacionado a finalidade e a princípios gerais; é valorizado. No conjunto do ordenamento jurídico vai caber-lhe uma função disciplinadora de interêsses relevantes e valiosos para a vida social.

A lei jurídica, ao contrário da lei natural, não é a enunciação do modo por que se comportam fenômenos ou acontecimentos naturais. Não exprime um juízo de existência, mas um juízo de valor. A lei jurídica é a enunciação de uma norma que, pressupondo a liberdade do homem, se destina a elevar os atos humanos a um nível moral a que se possa afeiçoar, no sentido do bem comum, a generalidade dêles. Tende, pois, a estabelecer um padrão que o direito considera abstratamente, como um ideal de comportamento humano a realizar, pela disciplina das vontades à observância da normatividade jurídica.

Diante dessa realidade modelada pelo direito, não podemos empregar como método de estudo o instrumento do naturalista ou mesmo o do sociólogo. Um vê o fenômeno no seu mecanismo causal, denro da natureza física; o outro o aprecia na natureza social, submetendo à observação direta a matéria social ainda não elaborada pelo direito.

Os fatos, processos e relações sociais constituem — como observa F. Grispigni (36) — o conteúdo das normas jurídicas particulares, no sentido de que as normas jurídicas se exprimem por meio de conceitos com os quais se deseja indicar fatos e relações da vida

social. Portanto, se é exato o pensamento de Kelsen, segundo o qual os conceitos da ciência jurídica não têm por substrato fatos reais mas exclusivamente normas jurídicas, não é menos verdadeiro que os conceitos, não já da ciência, senão das mesmas normas jurídicas, têm por substrato fatos reais. Modificando o conceito de Kelsen quando diz que "conceber alguma cousa jurìdicamente significa concebê-la como direito", Grispigni escreve que "conceber alguma cousa jurìdicamente quer dizer concebê-la, não como direito, porém segundo o modo como ela é concebida pelo direito".

De vez que o direito — ainda é de Grispigni ([36]) a lição — não é conhecimento da realidade objetiva senão regulação de atividades humanas, de vez que não é um ato intelectivo senão volitivo, os seus conceitos podem não ser, no todo ou em parte, a cópia do real. Conseqüentemente, os conceitos jurídicos podem ser diferentes dos conceitos naturalistas. Enquanto êsses últimos estão vinculados à realidade objetiva, os conceitos jurídicos, ao contrário, são de certo modo livres e arbitrários, são conceitos parcialmente convencionais.

* * *

Sendo o conjunto do direito positivo um sistema harmônico e hierárquico de normas, é necessário que sejam determinados os princípios fundamentais, aquêles princípios que comandam todo o sistema, para se poder, afinal, deduzir se as regras jurídicas particulares correspondem àqueles princípios, dão-lhe aplicação correta, no setor de cada espécie ou relação jurídica singular.

E' necessário combinar o geral e o particular, cujo nexo recíproco, como diz Del Vecchio, ([37]) não destrói a hierarquia efetiva dos valores lógicos nem significa a convertibilidade ou equivalência mecânica de ambos os têrmos. Se abstratamente, discorre o eminente filósofo do direito, — se pode admitir a plenitude e a continuidade da série que conduz do geral ao particular, na realidade os casos particulares da experiência jurídica não representam outra cousa senão fragmentos dispersos, capazes, por último, de encaminhar a uma construção ideal do todo, porém não certamente de realizá-la. Para isto se exige a intervenção da razão, a qual, na busca dos princípios gerais do direito, encontra certo auxílio no exame das normas particulares, porém deve referir-se também, em último têrmo, à fonte viva que possui em si mesma, uma vez que do próprio sujeito emanam originàriamente os princípios da verdade jurídica em geral, que

(35) Derecho Penal Italiano, trad. esp., pelo prof. Isidoro de Benedetti, Ed. Depalma, B. Aires, 1948, vol. 1.º, Introdução, pág. 19.
(36) Ob. cit., pág. 20.
(37) Los Principios Generales Del Derecho, trad. esp., Barcelona, 2.ª edição, 1948, pág. 65.

depois se refletem de distinto modo e com diversa intensidade, nas formas concretas da experiência ([37-a]).

O método jurídico se serve indistintamente de todos os procedimentos lógicos, isto é, tanto da análise como da síntese, da indução como da dedução. Mas à medida em que progride a dogmática jurídica mais profundo caráter dedutivista adquirem as operações lógicas do raciocínio jurídico. O progresso da teoria geral do direito é marcado pelo dedutivismo mais acentuado dos vários sistemas dogmáticos particulares ([38]).

O método histórico e genético e o método comparativo são largamente aplicados na demonstração jurídica. Pelo primeiro, seguimos a evolução das instituições jurídicas, desde as suas origens, apreciando os fatôres que lhe deram causa, as modificações que sofreram no curso evolutivo das Idades e o sentido que assumem em cada período histórico, de acôrdo com o geral ordenamento jurídico vigorante.

Pelo método comparativo, realizamos o estudo da instituição em dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, diversos no espaço e no tempo, registrando as semelhanças e diferenças e notando as peculiaridades de cada sistema, não obstante a profunda identidade dos princípios mais gerais do direito.

Temos aí o chamado método comparativo externo.

Há ainda o método comparativo interno, que consiste no estudo das instituições dentro do mesmo ordenamento jurídico, estabelecendo-se a comparação nos diversos setores em que se divide o ordenamento geral, verificando-se as afinidades e dissemelhanças à luz dos princípios gerais do sistema e dos princípios particulares, atinentes a cada setor jurídico.

Carnelutti ([39]) exalta a fecundidade do método comparativo interno, espécie de estudo vertical, profundo, do direio, de muito maior importância, a seu ver, do que o externo, comparação entre ordenamentos jurídicos diversos no espaço e no tempo.

Se atentarmos, por último, para as disciplinas jurídicas, em particular, veremos que o método assume certas *nuances* em relação a cada uma delas, ou, mais pròpriamente, as funções do método jurídico se exercem de modo diverso, fazendo ora preponderar um elemento, ora outro, conforme se trate do direito civil, ou do direito penal, ou do direito constitucional, etc.

No direio civil, por exemplo, parece-nos mais acentuado o gráu de abstração lógica. E isso se explica porque o direito civil, regendo as relações inter-humanas no domínio privado, se aplica a um mundo

(37-a) Transparece aqui a influência de Kant, hoje superada pelo notável filósofo do direito.
(38) F. Grispigni, ob. cit., vol. 1.º, pág. 23.
(39) Ob. cit., págs. 67 a 96.

em que o equilíbrio social se mostra mais estável e duradouro. O direito privado é conservador e tradicionalista e, portanto, pode-se mais, no seu domínio, generalizar e abstrair.

No direito civil as regras jurídicas apresentam, por outro lado, maior ductilidade que as regras jurídico-penais. Por isso, no direito civil, quando a lei é omissa, desempenham um alto papel criador os princípios gerais de direito e a analogia.

No direito penal, atenua-se o gráu de sua abstração lógica pela necessidade mais imperiosa de ser estudado o conteúdo da norma jurídica; o diretito parece estar mais próximo ao dado concreto, às relações específicas do caso particular.

O estudioso do direito em geral deve apreciá-lo dentro dos critérios lógicos com que êle plasmou a realidade social e lhe deu sentido valorizador.

O jurista não é político ou sociólogo. A sua matéria-prima se constitui de relações e não de fenômenos.

* * *

Resumindo a exposição, poderemos dizer que ao estudo do direito positivo empregamos, como elementos do método:

a) princípios evidentes e indemonstráveis que são ditados pela natureza racional e moral do homem;
b) raciocínios dedutivos quando, partindo dos pressupostos do direito natural ou dos princípios gerais do direito legislado, conseguimos construir o sistema dogmático pela ordenação e hierarquização dos princípios e corolários jurídicos;
c) raciocínios indutivos quando observamos o conteúdo das normas jurídicas particulares e procuramos, através delas, remontar aos princípios gerais do sistema;
d) elementos teleológicos quando examinamos a finalidade para que foi criada a instituição ou a norma jurídica;
e) elementos históricos e comparativos.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: PROF. ARMANDO PEREIRA DA CÂMARA

A tese do Prof. Salgado Martins sôbre "O MÉTODO NO DIREITO", constitui uma fecunda contribuição ao estudo de um problema básico da ciência jurídica.

Dada a complexidade das expressões da realidade jurídica, a exata solução do problema dos instrumentos de seu conhecimento, dos processos de sua captação, condiciona a integral compreensão e o tratamento adequado dessa realidade proteiforme, que é valor e que é fato, que é ser e que é fenômeno, que é dado de consciência e fato social, que é idéia e que é instituição.

O primeiro imperativo de uma epistemologia jurídica é o do ajustamento do método ao objeto, o da adequação dos processos de descoberta e de explicação do direito à fenomenologia múltipla de sua natureza complexa.

A confusa paisagem do conhecimento jurídico, na cultura moderna, resulta, amplamente, da infidelidade a êsse imperativo primeiro.

E não é o mérito menor da tese do ilustre criminalista riograndense, o de ter apreendido essa elementar exigência epistemológica.

Superando unilateralidades metodológicas correntes, o autor desenha um quadro de processos de descoberta, de elaboração e explicação do direito, plenamente ajustado às suas múltiplas revelações.

A tese do Prof. Salgado Martins, fruto de um magistério dominado pelo espírito de pesquisa, bem merece ser transformada em livro que muito enriquecerá a cultura jurídica do Rio Grande.

Pôrto Alegre, 16 de agôsto de 1950.

ARMANDO CÂMARA
DARCY AZAMBUJA
ERNANI MARIA FIORI

JUSTIÇA

(Um critério para o legislador)

Bruno de Mendonça Lima

Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil, na Faculdade de Direito de Pelotas.

1. O homem só pode viver em sociedade, isto é, em convivência com outros sêres humanos. Não existe homem algum possa viver absolutamente isolado, sem receber auxílio de outros homens. Apontam-se casos esporádicos, como o do marinheiro escocês Alexandre Selkirk, abandonado em uma das ilhas Juán Fernandez, ao largo da costa chilena, onde viveu durante cinco anos, e cujo diário inspirou a Daniel De Foe o seu famoso romance Robinson Crusoe. Mas em tal caso a sobrevivência do homem isolado só foi possível em conseqüência da vida anterior em sociedade, que lhe dera aptidões que lhe permitiram lutar pela subsistência, e também pela ajuda que lhe proporcionavam as armas e utensílios que êle havia adquirido durante a vida em sociedade. Se Robinson tivesse sido abandonado na ilha no dia em que nasceu, não teria vivido vinte e quatro horas.

2. Se o homem vivesse isolado, a sua atividade só teria como limite as posisbilidades materiais. Vivendo em sociedade, porém, a realização da vontade de um homem pode ser impedida ou embaraçada pela atividade de outros homens. Para que a vida social seja possível, e para que ela possa produzir a maior soma de benefícios e o mínimo de prejuízo, é necessário, pois, estabelecer uma limitação da atividade de cada homem, para que ela se possa harmonizar com a atividade de todos. Quando não fôr possível a harmonia entre dois interêsses colidentes, um deve ser sacrificado e o outro protegido. Mas qual dos dois interêsses deve ser sacrificado? Se dois homens querem o mesmo objeto, a qual dos dois êsse objeto deve ser assegurado? Uma solução simplista seria deixar que a fôrça ou a astúcia resolvesse o conflito. Mas se tal solução fôsse erigida em regra geral, a vida social acabaria por se tornar impossível, pois que ela não daria vantagens seguras para ninguém, nem mesmo para o mais forte. Êste sempre correria o risco de encontrar um mais forte do que êle, ou de se defrontar com uma coligação de fracos que o sobrepujasse. Contudo, não há dúvida de que a fôrça e a astúcia têm conseguido estabelecer em certas épocas regras de conduta entre os homens. Um povo conquistador, por exemplo, impõe sua vontade aos vencidos, transforma-se em classe dominante e estabelece pela fôrça e pela astúcia regras que a classe dominada deve obedecer. Mas entre os próprios dominantes, dado que êles são igualmente fortes, a fôrça não pode servir de critério para a limitação das atividades. As próprias regras impostas pela fôrça ou pela astúcia, quando submetidas a um exame racional, mostram-se inadequadas ao aperfeiçoamento do convívio social. E embora, mesmo nas legislações mais modernas, ainda se encontrem numerosos preceitos obrigatórios, que têm seu fundamento na fôrça ou na astúcia, a favor de uma classe dominante, o certo é que nas mais longínquas civilizações os sábios, os pensadores, os filósofos, os grandes legisladores e condutores de povos têm sempre buscado um outro princípio, que não a fôrça ou a astúcia, para delimitação dos interêsses em conflito. Nas mais remotas eras surgiu a idéia de *justiça* como o único critério racional para o estabelecimento de normas que limitassem a atividade individual em benefício da coletividade.

3. Embora a idéia de justiça seja tão antiga como a sociedade e a civilização, contudo até hoje não se pode dizer que o seu conceito e a sua definição estejam claramente estabelecidos. Kelsen afirma que tôdas as tentativas e esforços para determinar o conteúdo da idéia de justiça terminaram em vãs tautologias, em mero jôgo de palavras. (1) Entretanto o grande filósofo jurista espanhol Recaséns Siches, ex-professor da Universidade de Madrid, e atual professor da Universidade Nacional do México, em sua recente obra "Vida Humana, Sociedad Y Derecho", salienta que é impressionante, em 25 séculos de Filosofia, a coincidência do pensamento de tôdas as escolas, quanto à idéia de justiça em geral, ao mesmo tempo que há as mais árduas controvérsias teóricas e as mais sangrentas lutas políticas, quanto aos problemas de aplicação prática dessa idéia (2). O filósofo suiço Cathrein, sacerdote jesuíta, mostra a pouca atenção que os modernos juristas têm dado à noção de justiça. (3) E embora essa observação tenha sido feita no começo dêste século, continua válida até hoje. Há obras notáveis de Filosofia do Direito, de Introdução ao Direito, de En-

(1) Teoria Pura do Direito, trad. de Fernando Miranda, ed. Saraiva & Cia., 1939, pag.
(2) Vida Humana, Sociedad y Derecho, pags. 468 e seg. da 2.ª ed.
(3) Filosofia del Derecho, trad. de Jardon y Barja, 2.ª ed. pag. 41.

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

ciclopédia Jurídica, e compêndios didáticos dessas matérias, em que mal se fala em justiça. Parece que se parte do pressuposto de que tal noção já é conhecida de todos, e com a omissão se evitam definições perigosas ou inúteis. E' de preferência nos tratados e compêndios de Moral que a idéia de justiça é examinada. Mas aí ela é estudada como uma virtude, e não pròpriamente como um critério para a limitação coercitiva da atividade do homem em sociedade.

4. Apesar de não existir até hoje uma definição de justiça que exclua tôdas as dúvidas quanto às suas características e quanto à sua aplicação prática, ainda assim o sentimento de justiça e a idéia de justiça existem no espírito de todo homem, como aquisição ancestral e milenária da civilização, o que fêz Ravà, professor na Universidade de Pádua, afirmar que o homem tem um sentido espiritual para perceber a justiça, como tem sentidos corporais para conhecer o mundo material. Mas o sentimento de justiça em regra só se revela em face do caso concreto, diante, por exemplo, do sofrimento imerecido, da recompensa indignamente alcançada, do inocente perseguido ou do criminoso impune. Tal sentimento, provocado pelo individual, não é suficiente para guiar o legislador nas generalidades, e servir de critério para o estabelecimento de leis justas. Uma lei justa pode tolerar o sofrimento imerecido, como, por exemplo, quando autoriza a prisão preventiva de um acusado, contra o qual se levantam graves indícios, e que se mostra depois ser inocente.

5. Não é de admirar que, embora a generalidade dos homens tenha a idéia e o sentimento de justiça, não haja entretanto uma definição indiscutível de seu conceito. Os matemáticos não conseguiram uma definição perfeita de linha reta, mas ninguém ignora o que seja a linha reta. Igualmente, a Física não tem ainda uma definição satisfatória para a luz. Mas não há quem, dotado de visão, confunda o fenômeno luminoso com qualquer outro. E para o cego a mais perfeita definição há de ser incapaz de lhe dar a idéia de luz.

Há, entretanto, um interêsse de ordem prática em se precisar, tanto quanto possível, o conceito de justiça, uma vez que êsse conceito deve ser o único critério racional para delimitar o círculo de atividade de cada indivíduo em relação aos demais. Se êsse critério não fôsse achado, a delimitação se faria ao sabor daqueles que tivessem ocasionalmente em suas mãos o poder coercitivo, e em tal caso as leis teriam por finalidade conservar e aumentar o bem estar dos privilegiados, e não o bem-estar da coletividade em geral.

6. A definição clássica de justiça é a de Ulpiano, que serve de pórtico às Institutas de Justiniano: *"Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi"* Essa definição, como observa Kelsen, encerra uma tautologia. Consiste a justiça em dar a cada um o seu direito. Mas qual o critério para saber o que deve ser considerado como o direito de cada um? A definição de Ulpiano pressupõe que já houve uma anterior distribuição de direitos, e que essa distribuição deve ser respeitada em cada caso. O conceito de Ulpiano corresponde assim ao que se pode chamar de *justiça formal,* ou seja, a simples aplicação da lei positiva aos casos contratos.

Se há dois insterêsses em conflito, e se não é possível harmonizá-los, o juiz é chamado a decidir qual o interêsse que deve ser sacrificado. Para isso o juiz examina os fatos e a êsses fatos aplica a lei. Suponhamos que os interêsses em conflito digam respeito a uma cousa disputada por duas pessoas, o autor e o réu. Examinados os fatos alegados, á luz da prova produzida, e aplicada a lei aos fatos, o juiz pode, por exemplo, chegar à conclusão de que o autor havia realmente adquirido a cousa por título legítimo. O réu, porém, já possuía a cousa há tanto tempo que acabara por adquiri-la por usucapião. E assim, o juiz decide o conflito a favor do réu. Se o juiz apreciou corretamente os fatos e se fêz exata aplicação da lei, dizemos que a sentença é *justa* e que o juiz fêz *justiça.* Nada há a dizer quanto a sentença do juiz. Êle seguiu o ensinamento de Ulpiano e deu ao réu o seu direito. Foi cumprida a justiça formal, a que decorre da simples aplicação da lei.

7. A lei positiva é um mandamento humano, e como tal falível, e sujeito à crítica da razão. É sempre lícito examinar *se a própria lei é justa.* Na sentença, em que se reconhece usucapião, por exemplo, houve a aplicação exata de uma lei positiva. Mas é lícito fazer a crítica dessa lei, para verificar se é justa a lei que priva alguém do direito de propriedade de uma cousa, só porque outrem, satisfeitos certos requisitos, se manteve durante alguns anos na posse de uma cousa que originàriamente não lhe pertencia. Esta crítica não compete ao juiz, a quem incumbe apenas aplicar a lei, seja ela justa ou injusta. Mas a crítica pode e deve ser feita, para que a legislação vá sendo escoimada de leis injustas, ou de leis que, sendo originàriamente justas, deixaram de sê-lo em conseqüência de modificações que a evolução social foi trazendo para a vida coletiva.

Há, pois, uma *justiça do juiz* e uma *justiça do legislador.* O juiz é justo, quando aprecia corretamente os fatos e aplica a êles a lei aplicável, mesmo que essa lei seja injusta. Mas o legislador é

justo quando promulga *leis justas,* pois nem tôda lei é justa em si mesma.

8. As escolas que se filiam ao chamado *positivismo jurídico* têm como direito e como jurídico tudo quanto foi ordenado pelo legislador, sem se preocuparem em estabelecer um critério para o legislador. Conduzem elas ao despotismo do legislador: *Sic volo sic jubeo, sit pro ratione voluntas.* O direito é a vontade do legislador; é a norma coactivamente imposta pelo poder público.

Essas escolas se impressionaram com a enorme variedade de leis, no tempo e no espaço, o que dá impressão de que nenhum critério existe para se saber o que é justo ou o que é injusto, o que deve e o que não deve ser proibido. O homem de ciência, entretanto, não tem razão para ficar perplexo diante da variedade dos fenômenos, por maior que ela seja; pois ao cientista compete justamente descobrir as leis a que se submetem as variações, e procurar, como ensinava Augusto Comte, a constância na variedade dos fatos. Por muito que diversifiquem, no tempo e no espaço, as leis positivas, a sua diversidade é nada comparada com as infindas variações que se observam na anatomia e na fisiologia das numerosíssimas espécies vegetais e animais. E essa multiplicidade não impediu que a Biologia descobrisse leis gerais a que essas variações obedecem. No meio de tão numerosas variações a ciência vai descobrindo as constantes.

9. Mesmo que todos os legisladores fôssem profundamente sábios, que nunca errassem, que só promulgassem leis *justas,* mesmo assim, ou por isto mesmo, as leis deveriam variar de povo para povo e de uma época para outra, tanto quanto variassem as condições peculiares de cada povo e de cada época. As leis se devem adaptar a essas condições variáveis, sem que com isso varie o critério de justiça. Se o critério permanece o mesmo, e as circunstâncias mudam, a lei tem que variar, para que continue justa. Como, além de tudo, o legislador não é infalível, muitas leis já são inicialmente injustas, isto é, constituem erros do legislador, erros que a aplicação da lei vai demonstrando. E assim, o legislador acaba corrigindo a lei errada, ou substituindo-a por outra. A multiplicidade de leis positivas, a sua variedade no tempo e no espaço, e até a sua antinomia não impedem, pois, que se possa estabelecer um critério para saber se uma lei é ou não justa.

10. O que não se pode é sustentar que um ato é justo, porque é permitido pelo legislador, e injusto, porque proibido. O que em si é injusto, continua sendo tal, mesmo que a lei declare o contrário, pela mesma razão porque o êrro não passa a ser verdade

nem o monstruoso passa a ser belo, só porque o legislador assim o tenha decretado. O legislador tem poder para se fazer obedecer; mas não tem para mudar a natureza das cousas. Diz Carnelutti que a justiça está para a lei, assim como o ouro está para a moeda. O ouro é a matéria de que se faz moeda; mas só fica sendo moeda depois que recebe o cunho do Estado. Como moeda, o seu valor depende da quantidade de ouro que contenha. Às vêzes (o mais das vêzes) a moeda não contém ouro algum, mas continua sendo moeda. A lei também deve ser feita de justiça, embora muitas vêzes esteja mesclada de injustiça, ou não contenha justiça alguma. E assim como a moeda, que não contém ouro, não fica sendo ouro, a lei que não contiver justiça não ficará sendo justiça.

11. A impossibilidade de uma definição de justiça, de que decorram, sem discussão, as suas aplicações práticas, não impede que se determinem certas características que sirvam de critério ao legislador para estabelecer leis justas. Sendo as leis normas gerais obrigatórias, devem elas se revestir do caráter de impessoalidade, e se aplicarem de modo geral a todos quantos estejam nas condições e circunstâncias previstas na lei. Para que um ato de alguém possa ser considerado *justo,* é necessário que tal ato seja lícito a todos aquêles que estiverem nas mesmas condições. A justiça exige sem dúvida a igualdade de tratamento para os iguais e a desigualdade para os desiguais. A justiça é, pois, impessoal, aplica-se a tôda uma classe de pessoas, e de um modo geral a tôdas as pessoas. É como a linha reta, que é igualmente reta pelos dois lados; e não como a linha curva, que é côncava de um lado e convexa de outro. Cada um de nós tem a tendência de considerar justos os atos que nos são favoráveis e injustos os que ferem os nossos interêsses. Consideramos injusto certo ato praticado por alguém em relação a nós; mas amanhã consideramos justo idêntico ato praticado por nós. Essa é a justiça da linha curva. A da linha reta estabelece um critério igual para todos. Por isto aquêles povos, cujas línguas exprimem a idéia de direito por uma palavra que significa a *linha reta* (como em português, francês, italiano e espanhol) revelam mais sentimento de justiça do que os próprios Romanos, que exprimiam o direito pela palavra *jus,,* originada de *jussum* (do verbo *jubeo)* que significa ordem, mandado, e compreende assim também as ordens injustas, as leis injustas. Etimològicamente, o *jus* corresponde àquilo que foi mandado pelo legislador, pouco importando a justiça dêsse mandado.

12. A igualdade de tratamento, como requisito da justiça, é ensinada nos Evangelhos, nas palavras: *"Qual fôr a medida de*

que vós usardes para os outros, tal será a que se use para vós". (Lucas, VI, 38).

Dessa igualdade resulta que cada um, ao procurar aquilatar da justiça de um ato de outrem, deve se colocar no lugar daquele outro. E', em substância, o que ensina a chamada "regra de ouro", isto é, o preceito cristão segundo o qual "tudo o que quereis que vos façam os homens, fazei também vós a êles". (Mateus, VII, 12).

Ao que parece, essa *regra de ouro* faz parte do patrimônio moral e cultural da Humanidade desde épocas remotíssimas. Confúcio já a ensinava cinco séculos antes de Jesus Cristo, sob a forma negativa com que muitas vêzes é apresentada como preceito cristão Interrogado por Tse Kung se uma palavra única poderia resumir a norma de proceder para uma vida inteira, o sábio chinês respondeu: "Essa palavra é reciprocidade. Não faças aos outros o que não queres que te façam". E no famoso poema indú Mahabharata, que se supõe escrito há uns três mil e quatrocentos anos, e que consubstancia e colige ensinamentos de épocas muito mais remotas, encontra-se esta passagem: "Ninguém faça a outro o que não quer que lhe façam; esta é a súmula da justiça; o mais é apenas a conseqüência. No dar como no recusar, no gôzo como na dor, no agradável e no desagradável, cada um encontra a sua direção, pondo-se no mesmo lugar dos demais".

Por isto Westmarck, em sua obra "Origem e desenvolvimento das idéias morais", notou que S. Agostinho estava certo quando afirmou que a chamada *regra de ouro* tem o consentimento unânime dos povos da Terra. (Apud Cathren, op. cit. pag. 99 n.º 1).

Se é certo, entretanto, que a regra de ouro encerra a idéia de justiça, vai além da justiça, e abrange também a benevolência e a generosidade. Êstes próprios sentimentos meritórios não podem, porém, *ir contra a justiça.* Não seria lícito, por exemplo, absolver um delinqüente perigoso, por mal entendida generosidade, pois que êsse bem aparente seria um mal para a sociedade, um mal para as futuras vítimas dêsse delinqüente ou de outros que tivessem sido estimulados pela generosa impunidade.

O professor Hermes Lima, em sua Introdução à Ciência do Direito, ensina que há muitas fases no conceito de justiça. "Êste resulta antes de um conjunto de valores culturais em que é visível a contribuição de três civilizações: a civilização hebráica, configurando-a como a virtude consistente na observação dos preceitos divinos; a grega, como critério de igualdade e proporção entre o ato e a prestação de alguém e a contra-prestação de outrem, seja no campo jurídico, seja no campo moral; a romana, que a entende como o dever de dar a cada um o que é seu. Justiça implica, pois, generalidade, igualdade, proporcionalidade: tratamento igual de relações iguais" (Ed. de 1949, pág. 132).

Essa igualdade de tratamento de relações iguais é também reconhecida pelo jurista norte-americano Bodenheimer, que, em sua obra "Teoria do Direito" apresenta, como primeiro e mais importante mandamento da justiça, "tratar de modo igual, em circunstâncias iguais, a homens iguais" (Edição espanhola, México, 1942, pág. 61 e seguintes). Mas o mesmo escritor frisa, que essa fórmula não vence tôdas as dificuldades, pois sendo impossível uma igualdade integral entre os homens ou entre as circunstâncias, resta saber quais as circunstâncias que podem ser desprezadas para esabelecer uma igualdade artificial. Além de que podem ser tratados igualmente homens iguais em circunstâncias iguais por se haver feito a todos êles igual injustiça.

13. O saudoso professor Queiroz Lima, na sua Sociologia Jurídica, ensina que a justiça é a própria ordem social e significa a exata medida em que os interêsses individuais se equilibram entre si e se devem manter em face dos intrêsses sociais. (Ed. de 1941, pág. 149). A exatidão dêsse conceito está em que êle estabelece a harmonia entre os interêsses individuais e os interêsses sociais. Essa harmonia deve ser insistentemente procurada, pois se é certo que, de um modo geral, os interêsses da coletividade devem prevalecer sôbre os do indivíduo, não é menos certo que tal fórmula, empregada até o exagêro, pode conduzir ao mais terrível despotismo. Casos há em que, pelo menos imediatamente, o interêsse coletivo pode ceder ao interêsse de um só. Pode ser lícito, por exemplo, fechar inteiramente o tráfego de uma rua, para que tenha livre trânsito a ambulância que transporta uma pessoa gravemente enfêrma. Aparentemente, o interêsse de um só prevaleceu sôbre o interêsse de uma coletividade, privando centenas ou talvez milhares de pessoas da faculdade de ampla locomoção. Mas cada um dos que tiveram restringida a liberdade de locomoção, em benefício do enfêrmo, pode amanhã estar nas mesmas circunstâncias dêle e gozar do mesmo privilégio. Mediatamente, pois, a medida visava ao interêsse da coletividade, sem falar no interêsse que tem a coletividade em que se preserve uma vida humana. Pode acontecer também que seja de tal relevância o interêsse individual e seja tão insignificante o interêsse social que a êle se opõe, que seja preferível assegurar o interêsse individual. Assim acontece, por exemplo, quando em tempo de paz se dispensa do serviço militar o arrimo de família. Atende-se aí ao interêsse individual da família do conscrito e não ao interêsse social que exigiria a prestação do serviço militar, e isto porque, se é de relevante interêsse social que seja prestado tal serviço, não há

maior interêsse em que a prestação seja exigida exatamente de um determinado indivíduo.

Um exemplo de equilíbrio entre o interêsse social e individual está na desapropriação por utilidade pública. O interêsse social exige que uma determinada cousa passe à propriedade do Estado; mas a isso se opõe o interêsse individual do proprietário. Uma solução extrema, pela prevalência do interêsse social, seria despojar simplesmente o indivíduo daquilo de que a sociedade precisava. Com isso, o sacrifício do interêsse individual seria absoluto. A solução de equilíbrio é a desapropriação: o Estado se apropria da cousa, mas o dono recebe uma justa indenização. Atinge-se, quanto possível, a harmonia entre os interêsses sociais e os individuais.

14. A lição de Queiroz Lima em rigor se harmoniza com o pensamento de Kant. O grande professor de Heidelberg apresentava, como critério da justiça, a harmonia do interêsse de cada um com os interêsses de todos, mediante a fórmula: "É justo todo ato que permite que a vontade de cada um se harmonize com a liberdade de todos segundo uma lei universal. — Age de tal maneira que o teu modo de agir possa ser tido como uma norma universal".

É interessante notar que Spencer, embora não conhecesse a obra de Kant (segundo êle próprio informa em seu livro sôbre a "Justiça"), chegou a uma fórmula substancialmente igual à do filósofo de Heidelberg: "Cada um tem a liberdade de agir de acôrdo com a sua vontade, contanto que não infrinja igual liberdade dos demais". (Justice, trad. francesa de Castellot, 2.ª ed. pág. 52).

15. O que parece fora de dúvida é que o conceito de justiça está ìntimamente ligado à delimitação dos interêsses, à separação entre os interêsses lícitos e ilícitos, entre os interêsses que devem ser protegidos e os interêsses que devem ser sacrificados. E assim a idéia de Justiça está ìntimamente ligada à idéia de Direito. É certo, entretanto que nem todos os filósofos juristas reconhecem o ideal de Justiça como sendo a finalidade do Direito. Radbruch, por exemplo, em sua "Filosofia do Direito", considera o Direito como um esfôrço para a realização da Justiça, mas admite que êsse esfôrço pode não atingir a sua meta, e contudo não deixará de ser Direito. Para muitos, a finalidade do Direito é a *segurança;* se esta puder ser atingida pela Justiça, melhor; mas de qualquer forma ,a segurança é o objetivo do Direito. Para outros, principalmente para os filiados à corrente do chamado materialismo histórico, a finalidade do Direito é a proteção dos interêsses da classe dominante. As próprias leis, que procuram melhorar a sorte dos trabalhadores, são tidas como ditadas no interêsse da classe dominante, pois terão como finalidade abrandar e contentar os proletários, atenuando os seus ímpetos de revolta. Seja qual fôr, entretanto, a finalidade que se atribua às leis positivas, é certo que tôdas as escolas reconhecem que essas leis estão sujeitas à crítica, à luz de um critério superior, seja êsse critério a ordem, a segurança ou a justiça. Por isto, Stammler ensina o ideal de um *direito justo*.

16. Se examinarmos o Direito Positivo de um povo, seremos obrigados a reconhecer que suas leis podem ter obedecido a finalidades muito diversas. Em um mesmo corpo de legislação, poderemos encontrar leis que tenham por finalidade atingir o ideal de justiça, outras simplesmente a conservação da ordem material, outras a proteção de uma classe dominante, e outras até ditadas por interêsse pessoal ou por mero capricho, como acontece nos governos despóticos. Mas se as leis positivas podem servir a qualquer fim, resta saber quais as leis que têm uma *finalidade legítima*. As leis, que servem a fins legítimos, são as únicas que poderemos considerar como expressão verdadeira do Direito. As demais são simplesmente *atos de poder,* segundo a classificação de Bodenheimer.

Não se pode descobrir outra finalidade legítima para as leis que não seja o bem-estar da coletividade, o que se chama geralmente de bem público. Como do bem público deve resultar bem para os indivíduos em geral, o bem de uma certa classe e até de um indivíduo pode ser tido como bem público desde que não se oponha ao bem coletivo.

Não basta que o homem viva em sociedade. E' necessário tirar da vida social a maior soma de benefícios para a coletividade. A conhecida fórmula — "a maior felicidade para o maior número possível" é sem dúvida uma fórmula correta. As contingências da vida entretanto muitas vêzes não permitem, nem ao homem, nem à sociedade, escolher pròpriamente um bem. Em certas ocasiões, não há alternativa senão entre dois males. Em tal caso, evitar o mal maior já pode ser considerado um bem. E, por isto, em muitos casos, não há remédio senão escolher o mal menor.

17. O primeiro requisito, pois, para que uma lei seja legítima, é a sua *utilidade* para o bem da coletividade, ou para o bem de um grupo ou de um indivíduo, tanto quanto êsse bem particular não se oponha ao bem geral. Mas assim como evitar o mal maior já pode ser considerado como um bem, nunca se poderá ter como um bem aquilo que possa produzir um benefício imediato, mas cause no futuro um mal maior do que o bem presente.

Como a vida social não pode ser mantida sem que os homens limitem a sua atividade, a primeira finalidade das leis será a própria manutenção da vida social. Mas não basta manter o convívio social; é conveniente tirar dêsse convívio a maior soma de benefícios para o maior número. E' necessário, pois, não só *manter,* como *aperfeiçoar* o convívio social. Haverá, portanto, leis que tenham por finalidade manter o convívio social e outras que tenham por fim o aperfeiçoamento dêsse convívio.

Não basta, contudo, que as leis tenham essa finalidade. Não há dúvida também que, sob o ponto de vista humano e terreno, essa é também a finalidade dos verdadeiros preceitos da Moral. A observância generalizada e constante dos preceitos da Moral tornaria muito mais feliz a vida social. Não quer isto dizer que o legislador deveria impor a observância de todos os preceitos morais. O mais das vêzes, isto seria impossível. O interêsse, que tem a sociedade, em que os preceitos morais sejam observados, se alcança mais pela educação e pela religião do que pelos meios coercitivos. Dado que os meios coercitivos sempre causam algum mal, êles só devem ser usados, quando não se puder atingir o mesmo fim pelos meios persuasivos.

Assim, é requisito para a lei que o benefício, que com ela se visa, não possa ser alcançado com segurança, e no devido tempo, sem o recurso aos meios coercitivos.

Muitas vêzes não se pode atingir certo resultado sem o emprêgo dos meios coercitivos. Mas acontece que nem sempre existem meios coercitivos adequados, ou sua aplicação é impossível. Em tal caso, a lei não seria aconselhável, porque ela seria ùnicamente obedecida por alguns e não por todos, o que pràticamente eqüivaleria a não ser ela obrigatória.

Pode acontecer que os meios coercitivos sejam possíveis, mas que o seu emprêgo cause maior mal do que aquêle que a lei quis evitar. Tal acontece, por exemplo, sempre que uma lei, mesmo em si boa, encontre enorme resistência por parte do povo, obrigando a medidas violentas para a sua aplicação. Imagine-se, por exemplo, o que seria impor pela fôrça a vacinação.

Para que uma lei possa ser considerada justa, será necessário, pois:

a) que ela seja útil para conservar ou aperfeiçoar a co-existência social;
b) que o seu fim não se possa alcançar com segurança e no devido tempo, sem apêlo aos meios coercitivos;
c) que, na generalidade dos casos, êsses meios coercitivos possam, quando necessário, efetivamente ser empregados;

d) que o efetivo emprêgo dos meios coercitivos não cause mal maior do que aquêle que se quis evitar, ou um mal em desproporção com o benefício visado.

18. Uma lei justa assegura, pois, aos indivíduos certas faculdades ou certas atividades que são os seus *direitos* e lhes impõe certas restrições que são seus *deveres,* sempre com o fim de *manter* ou *aperfeiçoar* a coexistência social Assim delimitados os direitos e deveres de cada um, por uma lei justa, a Justiça consistirá em respeitar os direitos de cada um. Para o legislador, a Justiça será assegurar a cada um o livre exercício daquelas faculdades que sejam compatíveis com a manutenção e com o aperfeiçoamento da vida social.

O saudoso Pedro Lessa, em seus "Estudos de Filosofia do direito", ao criticar a teoria de Ihering, escreveu o seguinte:

> "... sendo o homem um ser necessàriamente impelido por "sua natureza à vida social, a necessidade de limitar a "atividade dos indivíduos e dos vários agrupamentos so- "ciais formados por êstes, se lhe impõe de modo inelutável. "Essa limitação da atividade é uma condição primordial "de vida para a sociedade, e conseqüentemente também "para o indivíduo. Para que a sociedade se conserve e "desenvolva, é imprescindível que cada indivíduo, ou cada "uma das entidades coletivas que se formam no seio da "sociedade, tenha uma esfera de ação, dentro da qual "realize tudo o que lhe é condição de vida e desenvolvi- "mento, sem impedir os consociados, ou as outras coleti- "vidades, de se conservarem e desenvolverem".
>
> "Aí está o princípio fundamental do direito. As "normas jurídicas nada mais são do que regras de conduta, "cujo *conteúdo* se nos depara nas deduções dessa verdade "geral. Queremos saber se um ato deve, ou não, ser permi- "tido pelo legislador: nada mais nos cumpre fazer do que "indagar se a prática dêsse ato é para o homem uma con- "dição de vida e desenvolvimento, cuja realização não "obsta a que seus semelhantes igualmente se conservem "e se desenvolvam". (Edição de 1912, pág. 381 e 382).

Pondo de parte o ponto de vista talvez excessivamente individualista, a lição do mestre encerra um critério aceitável para guiar o legislador na escolha das normas que deve tornar obrigatórias. Entretanto, parece-nos que em vez de considerar o Direito como um conjunto de normas que tenham por fim a conservação e o *desenvolvimento* da sociedade e do indivíduo na sociedade, será preferível

dizer "conservação e *aperfeiçoamento*". A sociedade pode desenvolver-se ou evoluir em sentido regressivo e não de progresso, mas é no sentido do progresso, e portanto do aperfeiçoamento, que devem atuar as normas jurídicas.

19. O conceito de justiça, fundado na utilidade social, isto é, no bem-estar da coletividade, compreende também a ordem e a segurança, que também são indispensáveis para a conservação e aperfeiçoamento da coexistência social. Em certas situações anormais, como guerra, epidemias, calamidades, etc., a segurança e a ordem se podem tornar o bem urgente e inadiável, justificando até certo ponto medidas excepcionais consubstanciadas na máxima *salus populi suprema lex*. Em tais casos, a lei pode autorizar medidas que ferem nosso sentimento de justiça, porque importam no sofrimento imerecido, como a detenção de suspeitos, a destruição da propriedade particular, etc. Tais medidas, mesmo impondo sofrimento imerecido, têm por fim evitar males maiores, que também importariam em sofrimento imerecido. E assim, embora em cada caso, tais medidas nos possam parecer injustas e capazes de ferir nosso sentimento de justiça, em todo o caso não são injustas as leis que as autorizam, porque tais leis têm por finalidade assegurar ou restabelecer o bem-estar coletivo. Mas é nessas ocasiões extraordinárias que se cometem os maiores abusos, porque muitas vêzes o detentor do poder procura mais o seu interêsse pessoal ou o interêsse de seu grupo do que o bem-estar da coletividade. E quando assim acontece, não estando o sofrimento imerecido justificado pelo genuíno interêsse da coletividade, torna-se injusto. O abuso, porém, que se faça de uma lei justa não pode transformá-la em injusta. Cabe ao legislador ser prudente, ao autorizar tais medidas excepcionais, e legislar de modo não só a evitar que o poder público fique desarmado para enfrentar situação excepcional, como também que o detentor do poder fique com demasiadas facilidades para fazer máu uso de sua autoridade.

20. Quando pretendemos estabelecer, como critério para a elaboração de leis justas, a utilidade social ou interêsse da coletividade em manter e aperfeiçoar a coexistência social, não queremos concluir que a essência da justiça seja a utilidade. A essência da Justiça é problema que excede as modestas pretensões dêste nosso estudo. Tal essência está em Deus. A utilidade é apenas um sinal pelo qual se pode reconhecer a lei justa, isto é, a lei justa é sempre útil à conservação e ao aperfeiçoamento do convívio social. As demais leis são injustas, não constituem Direito, são erros ou abusos do legislador, isto é, atos de poder e não de Direito. Ocorre com a Justiça o que acontece com a luz. Os físicos não conhecem a essência da luz; não sabem se realmente é ela devida à emissão de fótons, ou a um simples movimento ondulatório do éter. De qualquer forma, há uma característica in-

falível que nos revela a existência da luz: é a visibilidade. Mas a visibilidade não é a essência da luz. Há raios luminosos que são invisíveis aos nossos olhos, conquanto, ao que parece, alguns não o sejam para as formigas e as abelhas. Há também efeitos da Justiça que podem não ser percebidos pelos nossos sentidos espirituais. Mas a *utilidade social* da justiça pode sempre ser percebida. E por isto, essa utilidade, embora não seja a essência da Justiça, é uma característica segura para que possamos aferir a legitimidade das leis e classificá-las como justas ou injustas.

Essa utilidade, porém, não pode ser apreciada apenas em seus efeitos imediatos. Se um bem imediato puder ser causa de mal maior no futuro, então não há pròpriamente utilidade social. Por isto, não se pode considerar como útil o *ato injusto,* só porque traga algum benefício imediato para a sociedade. *Generalizado êsse ato,* isto é, transformado em lei ou em procedimento habitual, êle seria nocivo à coletividade. O ato deve ser conforme a uma lei justa, para que possa ser tido como justo.

21. Dada as permanentes relações de todos os povos entre si, a própria Humanidade, em seu conjunto, é uma sociedade. O critério da Justiça se aplica também a essa sociedade magna, e deve imperar nas relações internacionais. A utilidade de uma sociedade particular, como um povo, uma nação, um Estado, não será legítima se ela se opuser ao bem-estar da coletividade maior, que é a Humanidade.

E assim, no conceito de Justiça, já está implícito o de ordem, de segurança e de paz, segundo as palavras de Isaías:

> "E a paz será a obra da justiça, e os frutos da justiça "'hão de ser a tranqüilidade e a segurança para sempre". (32, 17).

CONCLUSÕES

I — A delimitação dos interêsses humanos deve ser feita por leis inspiradas no ideal de Justiça.

II — Para que uma lei seja expressão da Justiça, e como tal constitua Direito, é necessário:

a) que ela seja útil para conservar ou aperfeiçoar a co-existência social;
b) que o seu fim não se possa alcançar, com segurança e no devido tempo, sem apêlo aos meios coercitivos;

c) que, na generalidade dos casos, êsses meios coercitivos, quando necessários, possam efetivamente ser empregados;
d) que o efetivo emprêgo dos meios coercitivos não cause maior mal do que aquêle que se quis evitar, ou um mal em desproporção com o benefício visado.

III — A utilidade de uma sociedade particular, como um povo, uma nação ou um estado, não será legítima se tal utilidade se opuser ao bem-estar da Humanidade, e assim não será justa a lei que se opuser a êsse bem-estar.

Pelotas, 2 de agôsto de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ARMANDO CÂMARA

E' possível sintetizar a tese do eminente jurista Dr. Bruno de Mendonça Lima, nesta proposição fundamental:

> "a lei deve ser expressão da Justiça, e ela o será na medida em que fôr útil à conservação e ao aperfeiçoamento do convívio humano".

Do contexto da tese, resulta que êsse aperfeiçoamento se define *na linha do Bem Comum,* e que sua exata medida está em Deus.

Diz, magnìficamente, o Autor:

"A essência da Justiça está em Deus".

A leitura da tese, onde se incluem considerações doutrinárias, nem sempre aceitáveis, leva-nos a conclusão de que, para seu autor, a norma jurídica justa será a que guardar fidelidade à natureza racional do homem.

Propomos, aos senhores congressistas, a aprovação da tese do ilustre causídico pelotense.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — Vou dar começo à sessão plenária do Congresso, em cuja ordem do dia figuram várias teses, já apreciadas pelas diversas comissões.

Está sôbre a mesa a tese "Justiça, um critério para o legislador" — Bruno de Mendonça Lima. E' relator o professor Armando Câmara, a quem tenho a honra de conceder a palavra.

O SR. ARMANDO CÂMARA — A tese do ilustre diretor da Faculdade de Direito de Pelotas, dr. Bruno de Mendonça Lima, intitula-se "Justiça, um critério para o legislador". Sôbre esta tese formulamos o seguinte parecer, que mereceu a assinatura dos demais colegas de comissão: (Lê o Parecer)

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a tese: "Justiça, um critério para o legislador", cujas conclusões são as seguintes:

CONCLUSÕES

I — A delimitação dos interêsses humanos deve ser feita por leis inspiradas no ideal de Justiça.

II — Para que uma lei seja expressão da Justiça, e como tal constitua Direito, é necessário:

a) que ela seja útil para conservar ou aperfeiçoar a coexistência social;
b) que o seu fim não se possa alcançar, com segurança e no devido tempo, sem apêlo aos meios coercitivos;
c) que, na generalidade dos casos, êsses meios coercitivos, quando necessários, possam efetivamente ser empregados;
d) que o efetivo emprêgo dos meios coercitivos não cause maior mal do que aquêle que se quis evitar, ou um mal em desproporção com o benefício visado.

III — A utilidade de uma sociedade particular, como um povo, uma nação ou um estado, não será legítima se tal utilidade se opuser ao bem-estar da Humanidade, e assim não será justa a lei que se opuser a êsse bem-estar".

Está em discussão.

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

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Exmo. Sr. Presidente, exmos. colegas. Pedi a palavra para fazer uma pequena explanação das conclusões da tese, que, tão benèvolamente, a ilustre Comissão houve por bem aprovar. O trabalho que apresentei tem uma finalidade prática — a de guiar o legislador na promulgação de leis justas.

O legislador tem, muitas vêzes, por si, a convicção de se considerar onipotente em matéria legislativa, isto é, em ser êle o criador do Direito e, infelizmente, há diversas escolas jurídicas que só re-

conhecem como Direito o chamado Direito Positivo, conjunto de leis cuja observância é coactivamente imposta pelo Poder Público.

Intitulando a tese "Justiça, um critério para o legislador", quis salientar que não se trata da justiça do juiz. Esta é diferente da justiça do legislador, porque o juiz é obrigado a aplicar as leis que êle encontra e, muitas vêzes, estas leis não são a expressão da justiça, e daí resulta que uma sentença formalmente justa atenta, entreanto, contra os sentimentos de justiça. Em relação a isso, nada pode o juiz.

O juiz tem direito de pedir ao legislador que lhe dê leis justas e o legislador tem o direito de exigir que o juiz aplique as leis que êle, legislador, promulga.

Mas, se não houver um critério para o legislador, aquilo que passar pela cabeça do legislador como sendo possível de ser coactivamente imposto à sociedade, fôr tido como direito, então o Direito será simplesmente o arbítrio do legislador, e as sociedades terão muita sorte quando o legislador fôr suficientemente sábio para promulgar apenas leis justas. Mas terá que reconhecer valor intrínsico, também, às leis injustas.

A tese visa, justamente, êste possível conflito. Conflito que se vai estabelecer entre a lei positiva e o conceito de justiça.

Não me poderiam os meus conhecimentos levar à formulação dêsse conceito de justiça, que é um tormento para os filósofos, mas deixei expresso na tese que o conceito é quase inútil, se fôr substituído pelo sentimento de justiça, sentimento êste que se torna mais patente para cada um de nós quando defronta a injustiça.

Justamente quando estamos face a um ato injusto é que nós, a contrário senso, sentimos a justiça. Quando ela se pratica habitualmente está para nós como estaria o ar, de cuja existência nós, geralmente, não nos apercebemos, a não ser quando se agita ou nos falta. E' o que acontece com a justiça. Nós sentimos a justiça justamente quando ela se agita, quando se põe dúvida sôbre a sua existência ou aplicação, ou então quando ela nos falta; quando nos falta justiça, ou quando falta justiça a outro e testemunhamos que êste outro está sofrendo a injustiça.

O que nos afeta nesse sentimento é, as mais das vêzes, ou talvez predominantemente — o sofrimento imerecido. Cada um de nós tem na consciência um sentimento de que o sofrimento não deve ser imerecido. O sofrimento deve corresponder a um mal, embora a vida nos apresente inúmeros casos de sofrimento que real ou aparentemente nós tenhamos como imerecidos. Mas quando um homem impõe a outro um sofrimento e êste sofrimento nos parece imerecido, nós temos a exata noção, pelo sentimento, de que houve uma violação da justiça.

O legislador deve promulgar leis de tal maneira sábias que não permitam soluções injustas. Mas êste simples critério do sofrimento imerecido não seria suficiente para estabelecer uma norma geral para o legislador. Muitas vêzes, uma lei justa e sábia autoriza o sofrimento imerecido. Por quê? Porque, dado à deficiência dos nossos meios, muitas vêzes, somos obrigados a tolerar um mal para evitar um mal maior. Exemplifico na tese com a prisão preventiva. Alguém é acusado de haver praticado um crime e há indícios muito sérios dessa responsabilidade. A lei permite que êsse acusado, — sôbre cuja criminalidade e responsabilidade não se tem certeza — seja prêso. E' possível que êste sofrimento seja imerecido, é possível que, afinal, se verifique que êsse homem não praticou crime algum e é absolvido, — então, todo tempo que êle sofreu na prisão foi um sofrimento imerecido. Mas a lei que autoriza êsse sofrimento imerecido é justa porque se esta lei não existisse, enfraqueceria tanto a repressão ao crime que iria aumentar de tal forma que a quantidade de sofrimento imerecido das vítimas seria muito maior. Logo, a lei que autoriza a prisão preventiva de um inocente, nos casos estritamente necessários para a segurança da defesa criminal, ainda assim é uma lei justa.

Eu estabeleci que nós podemos aferir a justiça de uma lei pela utilidade que ela possa trazer para a manutenção e o aperfeiçoamento da coexistência social. Não é que entenda que o critério da justiça seja a utilidade. Não quero dizer que tudo aquilo que tenha utilidade deva ser considerado como justo. Um ato pode trazer benefícios para a sociedade e ser, entretanto, injusto; não é que a utilidade seja da essência da justiça. O que há é que tôda lei justa sempre atinge esta finalidade. Toda lei inspirada na justiça, atinge a finalidade de manter a coexistência social ou aperfeiçoar esta coexistência — aperfeiçoar, no sentido de aumentar os benefícios que a coletividade pode tirar da própria vida social.

A definição clássica de Justiça, a de Ulpiano, que nós todos aprendemos nos prolegômenos dos cursos jurídicos e que serve mesmo do pórtico às Institutas, diz apenas isto: "justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi".

A Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.

Entretanto, esta definição é a definição da Justiça do juiz. O juiz, para saber se isto é de A ou de B, recorre à lei. O que diz a lei? Aplica a lei ao fato e decide: isto é de A. O juiz fêz justiça, porque deu a A o que a lei diz que é o Direito dêle. Mas, pode acontecer que a lei mesma seja injusta. Essa lei que o juiz aplicou para saber se isso é de A ou de B pode ser injusta, nesse caso o juiz deu a cada

um o que é seu, porque teve que inspirar-se naquela lei, mas quem sabe se aquilo que deu a A devesse pertencer a B.

Suponhamos, por exemplo, que o autor ou réu disputem sôbre a propriedade de uma cousa. O juiz verifica que o autor realmente é o possuidor dessa cousa, ou melhor, verifica que o autor realmente adquiriu essa cousa por título legítimo, porém o réu está, há tantos anos, de posse dêsse tal objeto e satisfez tais e tais requisitos, que o juiz declara, então, que o réu já adquiriu a cousa por usucapião. E aquilo que legìtimamente pertenceu ao autor, e que êle, autor, nunca transferiu ao réu, não mais é dêle. O juiz, assim, decidiu de acôrdo com o preceito de Ulpiano. O juiz deu a cada um o que é seu, tomando como critério para essa afirmação a lei existente. Agora pergunto se esta lei é justa. Não estou dizendo que seja ou não justa, mas quero dizer o seguinte: a cada um de nós compete fazer a crítica e muito mais ao autor que perdeu aquilo que legìtimamente havia adquirido. O juiz decidiu bem — nada tenho a dizer do juiz — mas, o fato é que a lei tirou-me aquilo que é meu, só porque o outro se apoderou do que era meu e ficou em sua posse durante alguns anos.

A autor tem o direito de fazer a crítica dessa lei e todos nós, todos os jurisas, temos a obrigação de fazer a crítica das leis, para que elas se aperfeiçoem neste ideal de justiça.

Quando se trata do direito positivo e da ação do legislador, produzindo êste direito positivo, legislando, é preciso sempre verificar qual é a finalidade do legislador, qual foi o fim que o legislador visou ao promulgar esta lei, esta outra ou aquela outra, assim por diante.

Bem. O legislador é um ser humano ou uma coletividade de homens. Como não há ação humana alguma que não tenha um fim, o legislador também deve ter um fim, mas êstes fins podem ser variados. Pode acontecer que o legisaldor se inspire no ideal de Justiça; que outro esteja inspirado no ideal do interêsse do grupo ou da classe a que pertence; que outro, ainda, queira estabelecer, reforçar uma situação de predominância ou opressão de um grupo sôbre outro e, até mesmo, os legisladores autocratas podem fazer uma lei que seja a expressão de seu mero capricho.

Dêstes muitos fins que o legislador pode escolher, qual será o fim legítimo? Eis aí outro problema que procuro investigar no meu despretensioso trabalho. Eu entendo que a finalidade legítima do legislador não deve ser outra que o Direito.

Examinando as escolas, encontraremos uma quantidade enorme de fins para o Direito. Há quem diga, por exemplo, que a finalidade do Direito é a paz social. Para que haja paz entre os homens, estabelece-se um certo número de regras a que êles devem obedecer. Mas que paz será esta, se o vencedor, mais forte, oprime o vencido, que não

podendo mais resistir, submete-se à vontade dêle e não luta mais; nós temos a paz.

De modo que, se um grupo consegue empolgar a sociedade, dominá-la, fazer com que predomine a sua vontade e os oprimidos não podem lutar por falta de meios para isto, e obedecem, então temos a paz. Êstes vencedores estabelecerão leis que terão, por finalidade precípua, manter essa situação. Continuaremos tendo paz, mas não é a paz da justiça, é a paz da fôrça.

Há escolas jurídicas que chegam ao ponto de sustentar que o Direito de hoje, não é mais do que o que a fôrça impôs ontem e que deixará de ser direito, quando uma fôrça maior derrubar a situação atual e estabelecer uma outra, e, portanto, novas leis. Mas, então, êste direito — que não tem um conteúdo essencial — não é um verdadeiro direito. Leis haverá e não haverá remédio senão obedecê-las, enquanto houver homens poderosos que possam impor a sua vontade, mas falta-lhes a essência do Direito, para que possam ser, essas leis, consideradas verdadeiramente como normas jurídicas. Êste fim então não seria só por si a paz, não seria um fim legítimo.

Continua sendo o fim legítimo a justiça. O fim legítimo do legislador é a justiça e a finalidade de cada um de nós — estudiosos do Direito, aplicadores do Direito, trabalhadores do Direito ou ainda lutadores do Direito — é esforçarmo-nos para que na sociedade haja justiça. E alcançando a justiça, alcançaremos também a paz. A humanidade não terá mais paz do que justiça. Haverá paz no mundo inteiro, quando houver Justiça no mundo inteiro. Mas não haverá paz no mundo enquanto não prevalecer a Justiça. A Justiça será o postulado do qual há de decorrer a paz. Pode-se obter a paz também pela fôrça e pela opressão, mas esta paz não é duradoura e aumenta o sofrimento da humanidade, em lugar de diminuí-lo.

Parece-me que é elemento essencial da Justiça a igualdade, isto é, tratar igualmente sêres iguais, em circunstâncias iguais e tratar desigualmente sêres desiguais, em circunstâncias desiguais. Esta igualdade já é recomendada pelos Evangelhos. "Qual fôr a medida de que vós usardes para os outros, tal será a que se use para vós". Quer dizer: a Justiça estabelece uma situação de igualdade para mim e para os demais. Por isto a Justiça se caracteriza pela linha reta. A linha reta é reta de um lado e reta do outro. A linha curva é curva dos dois lados, mas é côncova de um lado e convexa do outro. Tem forma diferente, conforme a posição do observador. Aquêle que julga os seus atos na mesma medida com que julga os atos dos outros, separa a sua atividade da dos demais por uma reta. Mas o que procura tirar vantagens e julgar os atos de acôrdo com os seus interêsses, procura a linha curva, avançando o mais possível, e naturalmente se sujeita a que os demais queiram fazer dêle o mesmo domínio.

E' interessante notar que num grande número de línguas a palavra "Direito" tem o mesmo sentido da linha reta. Assim é no português, no francês, no italiano, etc.. Não no latim. No latim o direito é o "jus" do verbo "jubeo" — mandar. Parece que os romanos se firmavam na noção de que o Direito é aquilo que foi mandado pelo legislador, por aquêle que detém o poder, sem nenhum juízo de valor sôbre o conteúdo dessa ordem. Mas se o ideal do Direito é a Justiça e se a Justiça estabelece por si a maior soma de benefícios para a sociedade, o legislador então deve procurar transformar em leis — e agora vou examinar as conclusões — deve procurar estabelecer na lei a expressão da Justiça. Para isso é preciso que a lei seja útil, para conservar ou aperfeiçoar a coexistência social. Aí tocamos no fim do Direito. O fim do Direito não é apenas a paz — qualquer paz — nem a ordem — qualquer ordem. O fim do Direito será estabelecer a paz, a ordem e a segurança, fundadas, porém, na Justiça, de modo que a lei deve ter como primeiro requisito ser útil para conservar ou aperfeiçoar a coexistência social. Se essas leis não forem observadas a sociedade se dissolve, desaparece. Essas leis têm por finalidade manter a coexistência social. Existem outras leis que têm por finalidade apenas aperfeiçoá-la. Se elas não existissem, a sociedade continuaria, mas se elas existirem e forem obedecidas, então a sociedade tirará maior proveito da coexistência social.

O segundo requisito que proponho é que o fim — êsse fim útil para conservar e aperfeiçoar a coexistência social — não se possa alcançar com segurança e no devido tempo, sem um apêlo aos meios coercitivos. Se o fim puder ser alcançado — êsse fim de aperfeiçoar a coexistência social — com segurança e no devido tempo, não nos adianta alcançar, depois que deixe de ser oportuno, sem apêlo aos meios coercitivos; não há necessidade de o legislador estabelecer a lei obrigatória, coactiva, memo porque a maior parte da atividade humana não é regulada pelos meios positivos, mas sim pelos preceitos morais. Ainda há poucos dias tivemos o prazer de ouvir a palestra do ilustre professor COUTURE, na qual êle salientou que a grande, que a imensa maioria dos pais sustenta e alimenta os filhos, não porque haja um artigo no Código Civil, dizendo que os pais são obrigados a sustentar os filhos, pois mesmo que não existisse êsse artigo no Código Civil a grande maioria dos pais continuaria a fazê-lo. Só alguns, excepcionalmente, precisam da sanção dêsse artigo. Quer dizer: o mais das vêzes a conduta humana pode ser guiada pelos preceitos da moral, desde que com isso se atinja, sem necessidade de constrangimento, o fim, o útil, de aperfeiçoar a coexistência social. Mas não adiantaria o legislador estabelecer meios coercitivos se êsses meios, efetivamente, não pudessem ser empregados. O legislador verifica que uma certa norma de conduta é conveniente ao aperfeiçoamento da coexistência

social e não pode alcançar êsse aperfeiçoamento a não ser pelos meios coercitivos; mas verifica também, que êle não dispõe de possibilidades de empregar êsses meios, então êle não deve converter êsses preceitos em leis, porque êle enfraquece a obediência da lei. Além disso vai legislar só para os homens probos, que cumprirão aquela lei por um dever de consciência. Os demais continuarão a violá-la impunemente e assim êle restringe a atividade de uns e não consegue restringir a de outros.

Há também outro requisito, que é que o emprêgo efetivo dos meios coercitivos não cause mal maior do que aquêle que se quis evitar. O legislador quer combater um certo mal, ou quer trazer um benefício para a sociedade. Verifica que só pode consegui-lo por meios coercitivos e que pode empregar êsses meios. Transforma, então, a norma numa lei positiva e a torna obrigatória. Mas pode acontecer que êsses preceitos, embora úteis à conservação da coexistência da sociedade e mesmo inspirados no sentimento de ideal de Justiça, estejam em tal desacôrdo com a opinião pública ou que esta opinião pública não esteja bem esclarecida, ou por qualquer outra circunstância, provoquem tal reação, que essa reação seja muito maior que o mal que se quer evitar. Se se quisesse impor, por exemplo, a obrigatoriedade de uma determinada vacina, e houvesse grande reação popular contra isso, a ponto de que fôsse preciso, "manu militare", pegar um a um para vacinar, a desordem social poderia ser tão grande que, possìvelmente, os males seriam maiores que a própria doença a evitar pela vacina.

Assim, quando o legislador verificar que a aplicação de um princípio, até de um ideal de Justiça, encontra tal oposição na sociedade, que o emprêgo dos meios coercivos tem de ser de tal forma violento e generalizado que o mal maior esteja na aplicação da lei que na sua não existência, então, será, preferível o legislador assim não legislar.

Por outro lado quis frisar também que — como estou me referindo à utilidade para manutenção e aperfeçoamento da vida social — não quero dizer com isso que uma sociedade particular, ou um determinado país possa fazer leis em seu benefício exclusivo, quando, com isso, essa sociedade ou êsse país põem em perigo a felicidade geral da humanidade. A humanidade deve ser considerada como uma grande sociedade; sendo assim, êsses requisitos são válidos também em relação à grande sociedade humana — a humanidade — e, portanto, nenhuma lei pode procurar um benefício particular de determinada sociedade, nação, estado ou povo, se com isso puser em perigo o bem-estar da humanidade.

Estas conclusões — que procurei formular com o fim prático de poder servir de guia ao legislador no modo de estabelecer as leis —

têm, a meu ver, certa utilidade no regime democrático que estamos ensaiando. Temos milhares de legisladores, saídos de tôdas as classes sociais, mais cultos, menos cultos e até incultos, porque temos legisladores federais, estaduais e municipais de tôdas as classes sociais — e êsse é o ideal, devem colaborar para a obra legislativa — e o legislador precisa, — os juristas estão cansados de saber tudo isso quanto está aqui, — mas o legislador sem trato nos assuntos jurídicos poderá ser levado a pensar, primeiro, que pode converter em leis tudo quanto sua fantasia estabelecer como sendo digno de ser convertido em lei; segundo, pode tentar converter em lei certos preceitos que, embora de utilidade para aperfeiçoar o convívio social, ainda assim não devem ser impostos coactivamente por ferirem um dos requisitos aqui estabelecidos.

Cumpro o dever de agradecer à ilustre comissão que deu parecer sôbre minha tese. E' uma tese despretensiosa, sem a finalidade de abordar ou resolver problemas filosóficos e visando apenas estabelecer critério prático para o legislador, a fim de que o nosso Congresso, — se aprovar estas conclusões, como solicito — possa cooperar para que o legislador brasileiro dê à nossa Pátria leis justas. (Palmas).

O SR. ARMANDO CÂMARA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o sr. prof. Armando Câmara.

O SR. ARMANDO CÂMARA — Sr. Presidente, ilustres colegas. Há pouco, lendo o relatório que havíamos redigido sôbre a tese do professor Mendonça Lima, dizíamos — creio que todos se recordam — que a leitura da tese, onde se incluem considerações doutrinárias nem sempre aceitáveis, leva-nos à conclusão de que para o autor, a norma jurídica justa será a que guardar fidelidade à natureza racional do homem. Suponho que esta passagem da frase tenha sugerido ao eminente colega uma divergência substancial e profunda entre seu ponto de vista e o de seus colegas que integram a Comissão.

Em realidade, os esclarecimentos prestados pelo nosso eminente professor Mendonça Lima vieram confirmar a existência, no trabalho que apresenta, de alguns conceitos, dos quais, sem nenhuma intenção polêmica, mas apenas num gesto de justificação e numa honesta atitude pessoal de formulação de pensamentos, dos quais, dizia eu, discordamos.

O eminente professor diz que a finalidade de seu trabalho é prática, e que não deseja fazer nenhuma especulação filosófica, ou meditação mais profunda sôbre o conceito de Justiça e sim analisar a Justiça quanto ao critério de orientação do legislador.

Diz-nos o prof. Mendonça Lima, que segundo sua opinião, a Justiça, que não seria apreensível como conceito, o é, no entretanto, fàcilmente, como sentimento, por um homem qualquer, camponês ou catedrático da Sorbonne.

Senti na tese, que algo, — como o conceito formulado pelo professor, explìcitamente, agora, — estava incluso. Senti, porque, na verdade, o nosso colega não formula explìcitamente essa afirmação.

Devo dizer que, lamentàvelmente, não podemos concordar. E' o ponto de vista de Ravat, em suas "Lições de Filosofia do Direito", que defende esta doutrina da existência inconteste de um sentimento jurídico, sentimento formal de Justiça — formal — de Justiça, repito.

Em aulas nesta Faculdade, tenho chamado a atenção dos nossos bacharelandos para o êrro, não só pròpriamente filosófico, mas também psicológico, que encerra esta afirmação. Um sentimento, exceção, do ponto de vista psicológico. Só há esta possibilidade quando tem um conteúdo correspondente ao conceito que o inspira. Não há possibilidade de a um sentimento não corresponder uma representação do ponto de vista psicológico. Só há esta possibilidade quando estamos diante dos chamados sentimentos formais, como, por exemplo, segundo diz o professor Froebs, e Velzanez concorda, e Ribt igualmente, nos seus estudos de psicologia sentimental, quando estamos diante de uma atitude de surprêsa. A surprêsa é, em realidade, um sentimento formal; parece carecer do conteúdo; não lhe corresponderia um conceito determinado que nêle tivesse sua refração.

Mas, quando se trata de perguntar se existe apenas a Justiça como sentimento, a resposta, em nome da psicologia, e não em nome de uma idealogia, de uma concepção do mndo, mas de um dado científico, é: não. Podemos ver, por exemplo, no grande "Catálogo de Psicologia Experimental", de Froebs. Nêle encontramos a relação dos sentimentos formais. Pois bem, o sentimento da justiça é excluído, porque é chamado um sentimento material, quer dizer, que tem conteúdo. E' o efeito de uma representação. Portanto, não há um sentimento que não corresponda a um conceito de justiça. Se um camponês ou um catedrático da Sorbonne, como dizia há pouco, reagem diante do espetáculo de uma crueldade praticada em um sêr humano, nesta reação uma psicanálise, não tomada no sentido freudiano, uma introspecção mais profunda revelaria a presença, no sentimento criado de uma representação, por mais informe, por assim dizer, por mais obscura e imprecisa que ela fôsse. Porque nós não poderíamos dizer que a Justiça é meramente um sentimento e, como disse, não em nome de um filosofia jurídica, não em nome de uma concepção do mundo, mas em nome de um dado científico de psicologia experimental.

Nos sentimentos formais que a psicologia experimental conhece, e que são classificados nos tratados, não se inclui o sentimento de

Justiça, que não é considerado formal, e sim conseqüente e efeito da representação que o homem tem da Justiça.

Não sei se o eminente professor atinge bem, digamos, o sentido da nossa observação. Não se trata absolutamente de formular, o que seria para mim um desprazer, um dissídio. Pelo contrário, creio que o pensamento do colega aproxima-se muito, se quiséssemos analisá-lo mais profundamente da posição que temos, face, justamente, ao mundo jurídico.

Essa afirmação, como disse, mereceu-nos a reserva que acabei de fazer.

Não estava expressa na tese essa doutrina, mas, já que o eminente professor deu-nos o prazer de, na sua exposição, formular seu pensamento, me senti obrigado, sendo relator da tese, a esclarecer a razão pela qual a ressalva se continha em nosso relatório.

Uma outra observação que o eminente colega fêz e que merece também um reparo crítico, feito sem intenção de polêmica, mas visando esclarecimentos no momento êste em que nos reunimos para debater os nossos grandes problemas jurídicos, é a relativa ao conceito de Ulpiano.

A crítica que o professor Mendonça Lima fêz, é, em realidade, a que Kelsen faz. Confesso que ra já um aprendiz de Direito e sen-ti-me sempre insatisfeito diante dessa afirmação de que é tautológica a definição romana; depende do modo como nós a entendermos, porque, em verdade, não se deve dizer — como diz Kelsen, — que quando se afirma que o Direito mandar dar a cada um o direito que lhe é devido, é preciso que se considere exatamente êsse aspecto. Em verdade, o pensamento de Ulpiano é êste — que se dê a cada um o seu. Mas dizer-se que o seu é de alguém não é apontar para o direito, reconhecido positivamente, de alguém; e o seu é um conceito que se define perfeitamente: é tudo aquilo que está ligado a alguém por uma relação de finalidade, de modo a servir a seu uso exclusivo.

Ora, posso dar essa definição sem ter nas mãos preceitos do Código Comercial, Civil, etc.. Ela independe da preexistência de um preceito positivo. Isto é o seu. Pois bem, a Justiça é reconhecer o seu de cada um; ela não supõe, portanto, um direito positivo. Êsse conceito vai ser critério para o legislador plasmar o preceito; precede o momento da modelagem, da construção legislativa, pròpriamente.

Além disso, devemos dizer que o professor Mendonça Lima referindo à dificuldade de se constituir um conceito de Justiça, e renunciando a uma especulação, quer aproximar-se da realidade pròpriamente, disto que Kelsen, como disse ainda ontem, chamava um ideal de racional através — digamos — da apreensão da relação que há entre a utilidade e a Justiça.

Seu conceito, parece que podemos resumir, sem caricaturar nem desfigurar seu pensamento assim: tudo que é justo é util, mas nem tudo o que é útil é justo. O professor Mendonça Lima disse-nos, há pouco, e subscrevemos integralmente, que tôda legislação inspirada na Justiça esmpre será útil. Com isso concordamos. E' verdade que, após, quando se referiu à coerção, o prof. Mendonça Lima surpreendeu-nos, devemos dizer com absoluta lealdade, dizendo-nos que o legislador não poderia impor uma lei, um preceito que, embora justo, pudesse determinar uma inaplicação no meio social, ou uma reação pròpriamente violenta do meio social, porque êste não estaria preparado para recebê-lo. Aliás, confesso que neste ponto acho um pouco de ilogismo na atitude do eminente professor. Bem, mas quero apreciar apenas o critério da utilidade, como sendo algo que nos permite aproximar — digamos — a lei da Justiça.

A utilidade parece-nos um conceito utilizável se nós o subordinamos a uma imagem integral da ordem jurídica porque, desprendido, dissociado de um isstema, supomos que seja, até, um conceito perigoso.

Podemos chegar, digamos, a uma formulação relativista dêsse conceito de utilidade, e, quem leu, já, os Diálogos Socráticos de Platão, pode perceber bem como já os gregos, na sua subtileza, sentiram tôda a temibilidade, digamos, o perigo de se jogar com o conceito puro de utilidade na determinação do conceito de Justiça.

Nós diríamos ao eminente colega, que a finalidade do Direito ao contrário do que êle nos afirmou, a finalidade do Direito não é a Justiça. O fi mda Justiça parece ser o Direito, e o fim do Direito, o bem comum.

Parece-nos que devemos inverter os têrmos da fórmula.

Stammler concorda com o eminente colega. Na filosofia jurídica do eminente catedrático de Berlim, há esta afirmação de que o fim do Direito é a Justiça.

Supomos que dentro de uma imagem integral da ordem jurídica. nós deveríamos inverter os têrmos. O fim da justiça é o Direito, é a realização do Direito. E quando nós perguntamos, mas qual é o fim do Direito? É a realização do bem comum.

Agora, êste conceito de bem comum, êle exige uma integração numa imagem de vida humana, sem a qual êle fica indeterminado, também. De sorte que resumiríamos, para que as nossas afirmações não parecessem carecer de um fulcro doutrinário e de um embasamento teórico, nós resumiríamos a nossa opinião relativamente a essas relações que guardam bem comum, Direito e Justiça, dizendo, que essencialmente, nós temos direitos, faculdades morais de ação para cumprimos deveres, ou melhor, fins.

A ordem jurídica é constituída para realizar uma ordem humana, na qual cada sêr humano possa realizar sua finalidade integral.

À luz desta destinação última da ordem jurídica, que se constitui, no sentido de dar a cada homem uma posição que lhe possibilite a realização de sua destinação integral, à luz dessa concepção nós poderemos, então, agora, especificar o conceito de bem comum. O bem comum será aquêle que atinge o homem. Por que? Pela posse, pela fruição de todos os valores e pela realização.

Creio que com estas pequenas considerações, nós tenhamos esclarecido as razões da nossa divergência, que são muitos cordiais e que absolutamente nenhuma restrição trazem ao juízo, e aliás muito alto, que sempre formulamos sôbre o valor do eminente jurista que nos honra com a sua presença neste Congresso. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Continua em discussão.

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

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

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Senhor Presidente. Pedi a palavra, apenas para me felicitar pela oportunidade que dei ao nosso Congresso, de ouvir, mais uma vez, a sábia palavra do ilustre professor Armando Câmara, que ouvi com muito prazer e satisfação, e, digo, mesmo, com muita honra. Devo dizer que as objeções apresentadas pelo professor Armando Câmara eu as aceito como uma lição, e que elas não infirmam, pròpriamente, as conclusões a que cheguei.

Afinal, como se pode chegar à meta por um ou mais caminhos eu, talvez tropeçando, caindo e me levantando, acabei chegando ao ponto visado. Assim é que a conclusão que eu formulei tìmidamente, porque reconheço que era preciso que eu tivesse um conhecimento filosófico de que não disponho — se aprovada por êste Congresso — estou certo de que terei prestado um pequeno concurso para que a nossa legislação tenha uma orientação doutrinária.

Minha pretensão, como disse, foi atingir o fim prático de esclarecer os legisladores, mas, também há uma outra finalidade, não de todo posta de lado, que é agitar êste problema nos juristas práticos, naqueles que lidam todos os dias com a lei, e perdermos muito dêsse costume de começar pela lei a sua interpretação e aplicação, e ter a lei como uma cousa que não se discute na sua substância, e aceitar tôdas as leis como se fôssem expressão do Direito. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Vamos passar à votação.

Se qualquer dos senhores Congressistas quiser encaminhar à mesa alguma conclusão modificativa ou substitutiva, poderá fazê-lo. Vou colocar a votos as conclusões do trabalho, podendo os senhores Congressitas reservar-se para, no momento de dar seu voto, esclarecer seu ponto de vista no tocante a modificações ou substituições nas conclusões propostas pelo trabalho.

O SR. RENATO COSTA — Vai ser pôsto em votação o parecer ou o trabalho?

O SR. PRESIDENTE — O parecer opina pela aprovação do trabalho. Os senhores Congressistas que aprovarem as conclusões, queiram manter-se sentados. Aprovadas.

INFLUÊNCIA DE KANT NA FILOSOFIA DO DIREITO

Delfim Mendes Silveira

Prof. de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Pelotas da Universidade do Rio Grande do Sul.

1 — Poucas vêzes, na história do pensamento humano, o vulto de um filósofo terá exercido, direta ou indiretamente, tão grande influência, seja no ambiente de sua época, seja no reestudo, no reexame dos problemas, das orientações, das tendências que lhe foram subseqüentes, quanto Emanuel Kant, o velho professor, que se tornou o maior e o mais profundo expoente do relativismo subjetivo.

A filosofia moderna deve-lhe um dos seus grandes impulsos. A própria História da Civilização, pelo seu ideal de paz e de solidaridariedade, o acolhe no pôsto elevado, que se reserva àqueles que souberam engrandecer o gênero humano.

---

2 — A modernidade assinala uma grande revolução, em todos os setores da vida, assim nas ciências físicas e naturais, como na esfera do pensamento puro, na reflexão filosófica, nos sistemas e métodos imperantes, nas idéias e nos ideais, no objeto das perquirições, na forma diferente das construções mentais.

"À proporção que a Europa ia progredindo na organização social, — escreve Balmes — manifestavam-se novas tendências intelectuais, notando-se em diferentes sentidos um forte espírito de oposição à filosofia de Aristóteles que dominava exclusivamente nas escolas. A queda de Constantinopla trouxe à Europa alguns sábios fugitivos e com êles as doutrinas de Platão e outros amigos; assim se propagou cada vez mais o espírito de renovação filosófica, mormente quando o auxiliava também o espírito de controvérsia, característico dos gregos; o que se não vinha muito a propósito para o verdadeiro progresso, servia pelo menos de poderoso ariete contra as escolas peripatéticas."

Havia, sobretudo, ao lado, ou melhor, de par com as demais transformações, um anseio incontido de renovação intelectual. Tendências novas teriam de ser imprimidas ao pensamento, dando origem a novas construções filosóficas, que viessem ocupar o lugar vago com o abandono das antigas.

Duas grandes orientações se manifestaram, no pórtico dos novos tempos: a empírica e a racional. Apesar de opostas, animavam-nas, como correntes de nova era, impulsos e características comuns: a) independência dos princípios clássicos, b) desejo de iniciar um novo edifício filosófico, sob novo estilo, diferente, se possível antagônico ao modêlo até então vigorante, c) separação absoluta entre a filosofia e a teologia, d) abandono do latim, como "língua oficial" dos escritos filosóficos, e) ideal de multiplicação e disseminação da cultura filosófica.

As duas tendências, de que falamos acima, se corporificaram em Bacon e Descartes, naquele o empirismo, a experiência, como fonte exclusiva do conhecimento certo, como base única do conhecimento de tôda espécie, e, portanto, também do conhecimento filosófico, e neste, em Descartes, o racionalismo como fundamento da certeza, como critério do pensamento: a razão como sede e instrumento do verdadeiro conhecimento. Quanto mais racionais fôssem nossos pensamentos, mais certos poderiam ser.

Do empirismo de Bacon e do racionalismo de Descartes haveria de sair o material filosófico dominante nos séculos 17 e 18. Do racionalismo se originaram vários sistemas, do empirismo derivaram o sensismo, o sensualismo, e o materialismo. As duas correntes, como signo visível da modernidade, ora correm paralelas, ora lutam, pela preponderância do pensamento e pela vitória de seus fundamentos.

Descartes impregnou de seu pensamento a França do século 18. Mesmo os escolásticos, tais como Bossuet e Fénelon, não se puderam furtar à sua influência. O ontologismo de Malebranche, o panteísmo de Spinosa, o dogmatismo de Leibniz pagam tributo sensível ao espírito cartesiano.

Bacon, por sua vez, também expandiu-se no tempo e no espaço. O seu empirismo derivou para o materialismo de Hobbes, embora Berkeley tente sistematizar-lhe os germes idealistas e Hume o faça descambar para o ceticismo. Com Locke, o empirismo se transforma em sensualismo, expresso por Condillac na França, de que se servem também os enciclopedistas.

Assim, pois, se extremaram as duas correntes iniciais, inauguradoras da filosofia moderna: o racionalismo conduziu ao "sono dogmático", enquanto o empirismo levou o pensamento aos princípios que informam o ceticismo. Criou-se, desta forma, um verdadeiro "impasse" para o desenvolvimento da perquirição filosófica. Tanto o racio-

nalismo dogmático, como o empirismo cético nada podiam adiantar, para a história do pensamento. A filosofia estagnara. Era necessária uma construção nova. Ou, pelo menos, uma ponte das posições anteriores para novas posições que pudessem propiciar soluções diferentes. Os caminhos que deveriam ser evitados se apresentavam novamente. Foi aí que surgiu Kant. O criticismo, iniciado por Kant, procura dar solução ao problema. Foge à intenção dêste pequeno trabalho a exposição minuciosa da filosofia de Kant, mas apenas constitui seu objeto focalizar a influência kantiana na esfera do Direito, e, em especial, na renovação da Filosofia do Direito, começada em nossos dias, em pleno século 20.

Consoante a afirmação empírica, o criticismo entende também que todo conhecimento teórico deve ser construído sôbre a experiência. Mas o mundo externo não se reflete simplesmente sôbre os nossos sentidos, registrando-se em nossa inteligência. A influência do sujeito é ativa e decisiva. E' o sujeito o centro ativo do conhecimento. Conhece-se, sim, mas subjetivamente. Introduzindo, na categoria dos juízos, os juízos sintéticos "a priori", distinguindo, em todo conhecimento, a matéria da forma, estabelecendo as formas de *espaço* e de *tempo,* como as condições "a priori" da sensibilidade, cujo estudo denomina "estética transcendental", agrupando os conceitos "puros" do entendimento, relacionando-os com os juízos e as categorias, através do estudo a que denomina "analítica transcendental", e, finalmente, unificando a variedade dos juízos a um gráu superior, "a dialética transcendental", Kant chega à exaustiva conclusão criticista: podemos ter um conhecimento, mas um conhecimeno informado pelas próprias leis de nossa organização espiritual. As formas "a priori" do conhecimento constituem a própria condição-limite de tôda experiência possível. Por isso, não nos é possível atingir o "noumenon", isto é, o "substractum", a própria realidade das coisas e dos sêres. Destarte, a metafísica não possui qualquer fundamento, e as ciências existem não pròpriamente como expressão da realidade, mas como a sujeição dessa realidade ao modo de ser cognoscitivo de nossa organização subjetiva. Se assim é no plano da razão pura, tanto não acontece no plano da razão prática. Neste plano, se restaura a metafísica, não como especulação racional, senão como obra de fé. O princípio informativo de tôda razão prática é a obrigatoriedade da lei moral. O dever se impõe, com caráter de necessidade e universalidade, à nossa razão, como um verdadeiro imperativo categórico. Esta ordem de idéias, que, para Kant, estruturam a razão prática, não se modificam, não se alteram, ao ingressar no campo do Direito. Pelo contrário, irá êle aplicar as suas distinções ao fenômeno jurídico, e, embora não tenha sido um criador, na exata significação dêste têrmo, não se pode negar um certo aclaramento de posições, um determinado sucesso na noção "ideal" de direito natural.

O individualismo de Rousseau tem em Kant, de certa forma, a sua tradução filosófica. Para ambos, o indivíduo é o centro. Daí Kant ter dado um novo aspecto à fundamentação do "Contrato Social", desligando-o do elemento histórico, para atê-lo apenas ao princípio "ideal". Aliás, esta similitude "mutatis mutandis" entre o filósofo da Revolução e o da Razão foi notada por diversos pensadores e juristas, entre êles Fouillée, Caird, Rensi, Boutroux, Le Fur, Del Vecchio.

"Kant realizou, na ordem especulativa, — assinala Del Vecchio — tarefa eqüivalente à realizada por Rousseau na ordem política. O sujeito, reconhecido já como princípio da ordem política, é agora também reconhecido como princípio na ordem da consciência. A Kant, assim o veremos, se ficou a dever esta conquista especulativa. Não foi Kant grande inovador nos domínios da Filosofia do Direito; a sua contribuição, aliás notável, consistiu, sobretudo, em corrigir e em classificar pelo seu método rigoroso o antigo procedimento da escola de Direito natural. Na verdade, esta escola continha em si um princípio certo, a saber: o homem é a base do Direito. Aparentemente pelo menos, dera significado histórico ao que não passava de um princípio racional, considerara processo empírico o que era tão só processo ideológico. Veio assim quase a degenerar em mitologia, oferecendo bastantes motivos de irrisão. Mas, na realidade, partir do homem para chegar ao Estado, — entendido, êste, como a síntese dos direitos que se fundam na natureza humana, — é atitude justificada por razões profundas, as quais, até hoje, não foram rebatidas. Menos do que outros quaisquer as conseguiram repelir os que cuidavam poder demolir com argumentos históricos o contrato social. A Kant, no campo da Filosofia do Direito, cabe o mérito de ter afirmado o valor puramente ideal (regulador) dos princípios do Direito natural, — e, por conseguinte, de ter acabado com a confusão entre o histórico e o racional. Esta distinção já despontara, sem dúvida, em Locke e em Rousseau; mas, em ambos fôra indicada por uma forma que recordava o antigo equívoco e manteve-se latente. Desta sorte, de Kant recebeu a primeira afirmação explícita. Êle concebeu o contrato social, não já como fato histórico, realmente verificado, mas como pura idéia, que exprime o fundamento jurídico do Estado: é o seu arquétipo racional. E' costume designar estas correções metódicas dizendo: com Kant, acaba a escola do Direito natural (Naturrecht) e começa a escola do Direito racional (Vernuntrecht). O Direito natural passa a Direito da razão. Desnecessário é recordar, porém, que Kant mais não fêz do que ultimar um processo de correção metodológica, iniciada há muito e quase concluso com a obra de Rousseau".

3 — Passemos, agora, a examinar outro ponto. Não só globalmente, exerceu Kant influência no Direito. No aspecto prático da crítica da razão, é que se poderá apreciar a conceituação formulada por Kant do fenômeno jurídico. Da importância e da obrigatoriedade da lei moral é que decorrem os fundamentos que dão origem à idéia do Direito. Vimos que, para o filósofo de Koenigsberg, não pode ter um conhecimento absoluto da realidade, porque o nosso conhecimento se processa através de formas "a priori", que não fazem parte da realidade, mas de nós mesmos. A realidade, como já foi dito, o "noumenon", é inatingível. As formas da sensibilidade e as categorias do entendimento não só se antepõem a tôda e qualquer experiência, como indicam também as suas condições limites. Assim, no aspecto teórico da razão, o nosso conhecimento está em relação com as condições cognoscitivas do próprio sujeito. Mas no aspecto prático da razão, pela obrigatoriedade da lei moral, o mesmo não acontece. Não podemos ser absolutos no conhecer, mas podemos ser absolutos no agir. O homem ativo pode alcançar o seu desiderato completo, absoluto. A lei do dever, pois, exerce sôbre nós um império fora de qualquer dúvida. Esta lei, que domina a razão prática, se expressa como "imperativo categórico", assim enunciado: "atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal". "A moral, nesta ordem, é o ponto máximo da construção kantiana. Da obrigatoriedade da lei moral, decorrem a liberdade, a existência de Deus, a imortalidade da alma. A lei moral, para Kant, é o primeiro grande princípio divisado pela razão prática. Por isso, é lógico que o seja mais amplo e profundo que o Direito. A moral leva em conta os motivos, as "ações internas", enquanto o direito só se preocupa com as "ações externas", sem perquirir do motivo determinante das mesmas. Por isso, há, em Kant, uma certa oposição entre Direito e Moral. O Direito, confundindo-se com a liberdade ou não do agir, está sujeito à sanção, é coercível, ao passo que a moral, preocupando-se com os motivos íntimos, escapa a essa espécie de obrigatoriedade física. Assim define êle o Direito: "conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos restantes, de harmonia com uma lei universal de liberdade".

4 — A influência de Kant na Filosofia do Direito pode ser assim resumida:

1 — Como filósofo, criador de uma escola, harmonizador de tendências antagônicas do pensamento, como o empirismo, derivado de Bacon e degenerado em ceticismo, como o racionalismo, derivado de Descartes, degenerado em dogmatismo, exerceu, pela sua construção filosófica, uma influência direta no Direito, nos pontos já focalizados,

e indireta na Filosofia do Direito, que, em seu tempo, se confundia com Direito natural.

2 — Ainda como filósofo, criador de escola, o criticismo, exerceu uma influência indireta no Direito e no Direito natural, em virtude da ação desenvolvida pelos seus discípulos e seguidores, entre os quais, de maior ou menor sujeição ao pensamento do mestre, podemos citar Fichte, Schelling e Hegel.

3 — Como alvo do retôrno ao Diretor natural, nos trabalhos preliminares de estruturação de uma nova Filosofia do Direito, após a longa noite positivista da segunda metade do século 19, exerceu uma grande influência na conceituação do Direito. Tôda a filosofia do Direito de nossos dias está impregnada do espírito do néo-kantismo, disseminado pelo grande iniciador da reação filosófica no direito: Stammler.

E' de notar-se, no entanto, que o próprio néo-kantismo é, freqüentemente, uma negação do próprio Kant. Por outro lado, a Filosofia do Direito de nossos dias já ultrapassou Kant tem quase todos os sentidos. Mas o velho filósofo alemão foi o foco, de cujo estudo partiu a nova orientação que haveria de suplantar as correntes naturalistas, cientificistas e positivistas em geral, dominantes em vários países, nos séculos 18 e 19, quando alcançou a sua maior esplendência. "Ao grito de Liebmann, acentua Cabral de Moncada, do "zurück zu Kant" (voltemos a Kant), de 1865, sucedeu um estado de espírito que se poderia exprimir pelo grito precisamente oposto: fujamos de Kant. E' preciso reconhecer isto: a mais moderna filosofia ultrapassou Kant numa larga frente, e foge dêle. E, contudo, não menos notável: a influência e a sombra de Kant continuam a persegui-la. Hoje, como escreveu Ortega, as portas da "prisão kantiana" parecem, com efeito, abrir-se de par em par. Os presos evadem-se de lá um a um! E contudo êsses presos evadidos continuam a conservar cá fora, na liberdade, muitos dos hábitos contraídos na prisão". A volta a Kant, entretanto, foi o primeiro passo para a reação contra o agnosticismo positivista, o naturalismo e o cientificismo. Esta, precisamente, a grande influência indireta de Kant e direta dos néo-kantianos na Filosofia do Direito de nossos dias. Uma renovada conceituação do Direito, com vistas à filosofia jurídica, poderá negar Kant, poderá combatê-lo e até ultrapassá-lo, é natural. Mas não poderá negar que o progresso atual dos estudos de Filosofia do Direito muito deve ao criticismo, ao formalismo, tão ao sabor de Kant.

5 — Vejamos, sucintamente, para melhor ressaltar a influência de Kant, um trecho da história do pensamento jurídico, notadamente as transformações por que passou o Direito natural no século 19. Até então, não havia pròpriamente uma Filosofia do Direito. O que havia era, de um lado, o Direito positivo, a legislação, a lei escrita, freqüentemente obscura, injusta e autoritária, em que pese a influên-

cia do direito romano. O Direito natural, anterior à conceituação de filosofia jurídica, era uma herança do pensamento clássico, caldeado pelo espírito religioso. "Ela (a idéia do Direito natural) não decorre da filosofia do século 18 que mais ou menos a deformou; procede antes de Grotius, e, antes dêle, de Suarez e Francisco Vitória; e, mais longe, de Santo Tomaz de Aquino, de S. Agostinho e de Padres da Igreja, e de São Paulo; e, mais longe ainda, de Cícero, dos Estóicos, dos grandes moralistas da antigüidade e de seus grandes poetas, de Sófocles, em particular. Antígona é a heroína eterna do direito natural, a que os Antigos chamavam a *lei não escrita*, nome, aliás, que melhor lhe convém". (Jacques Maritain). Ao lado das considerações anteriores, parece ter sido Aristóteles um dos que primeiro enunciou a distinção entre Direito natural e Direito positivo, ao estabelecer, em sua Ética, a diferença entre o justo por natureza e o justo por preceito legal. E durante mais de dois mil anos desenvolveu-se a idéia clássica, formulada sob fundamentos que repousam na própria natureza humana.

6 — No século 19, no entanto, como resultado da perquirição filosófica dos tempos modernos, e sob a influência das novas idéias, dominantes em vastos setores, notadamente da ciência, o Direito natural começou a sofrer as primeiras contestações. Karl Bergbohm foi dos seus grandes inimigos.

Invade o pensamento jurídico a escola histórica do Direito. O grande vulto de Savigny estrutura-a em dois princípios básicos: a historicidade do Direito, negação do Direito natural; e a doutrina do espírito popular, como fonte criadora de todo Direito. A escola histórica, iniciada sob tão bons auspícios, sofre as mais variadas influências: de Hegel, que com seu idealismo, reduz a História à identidade do Espírito; a de Engels e Marx, que materializam o princípio hegeliano; a de Ihering, sob múltiplos aspectos, com o seu racionalismo histórico, o seu utilitarismo social e a sua orientação sociológica. Ao fio de tantos influxos, pouco restava da escola histórica, e o caminho estava preparado para o golpe de morte no Direito natural. Foi quando começou a alastrar-se o positivismo sistematizado por Comte. O positivismo, por sua vez, se diversificou em quatro tendências distintas, cada qual exercendo sua influência no direito positivo. Tôdas estas influências, no entanto, afinavam por idênticos princípios diretivos, entre os quais o abandono dos estudos do Direito natural, o princípio da incognoscibilidade do mundo supra-sensível, em suma, o agnosticismo elevado à categoria de escola. Os quatro grandes ramos do positivismo (o sociológico com o próprio Comte, Durkheim, Gumplowicz, Schaffle; o histórico com Kohler, Felix Dahn; o psicológico com Zitelmann; o abstrato, na conceituação da teoria geral do Direito, principalmente com Adolf Merckel e E. R. Bierling) insistem todos no objetivo comum de ter do Direito uma idéia geral advinda do estudo dos elementos históricos, dos dados sociológicos e da lei positiva. O Direito enquanto emoção, enquanto consciência pura do justo, enquanto idealidade, para o positivismo não existe, não participa do material com o qual, por via indutiva, irá elaborar uma síntese histórico-positiva do fato jurídico. O positivismo alcançou enorme significação em quase todos os países, principalmente França, Alemanha, Inglaterra, Itália. Entre nós, profunda e duradoura foi a influência do positivismo, a ponto de Del Vecchio, com a autoridade que todos lhe reconhecem, afirmar que "no Brasil, como aliás bem se compreende, dada a mocidade dêste formoso e riquíssimo país, é de recente data a atenção prestada aos estudos filosóficos do Direito. Só a partir de fins do século XIX, começaram a aparecer trabalhos notáveis sôbre os nossos temas. O momento em que surgiram, tornou-os contudo largamente tributários da corrente positivista, então uma das energias determinantes da cultura ocidental. A influência absorvente de Augusto Comte e seus epígonos franceses e inglêses, junto à recente e, por conseguinte, pouco sólida tradição jus-filosófica, explicam perfeitamente o desinterêsse manifestado pela maioria dos jurisconsultos brasileiros pela nossa disciplina. No campo da Filosofia do Direito, o Brasil não acordou ainda para o movimento de superação do positivismo sociológico, hoje batido em brecha pela maioria dos cultores de nossa disciplina, incluindo os da América Latina, nomeadamente os mexicanos e argentinos". Infelizmente, ainda nestes dias que correm, pouco diferentes poderiam ser as palavras de Del Vecchio. A reação filosófica, entre nós, ainda não aparece em tôda sua plenitude: Barros Lins, Hermes Lima, Pontes de Miranda ainda continuam, diretamente ou não, influenciados pelo positivismo ou seu espírito.

A maré cheia do comtismo há muito que já desapareceu. Na Europa e América, outras correntes, outras tendências vieram a lhe ocupar o lugar. A reação, no entanto, na filosofia jurídica, começou na segunda metade do século 19 e ampliou-se vitoriosamente no século presente. A volta a Kant foi, para Stammler, o ponto inicial, seguindo o conselho de Liebmann.

Interessante é notar a observação de Recasens Siches, sôbre os pródromos da restauração filosófico-jurídica: "Esa casi ausencia de Filosofia del Derecho en la segunda mitad del siglo XIX fué efecto de la tirania ejercida por el positivismo. Efectivamente, el positivismo habia invadido todos los campos científicos poniendo el veto radical a cuanto entrañase especulación ultraempírica. Tambien, por otra parte, se habia lanzado un anatema contra toda Filosofia jurídica, por el materialismo. Este, si bien radicalmente diverso del positivismo, en cuanto supone toda una Metafisica, aunque gratuita —

que identifica la categoria de substancia con la materia — conduce en las disciplinas sociales a consequencias análogas a las del positivismo. En esa época, cuando alguna vez aparece el nombre de Filosofia juridica, êste encubre de ordinario sólo endebles sustitutivos de ella (historia, etnologia, enciclopedia, etc.)".

7 — Rodolfo Stammler (1856-1938) foi o grande jurista e filósofo que inaugurou a nova era para a Filosofia do Direito, após a enorme duração do interregno positivista, que registrou progressos para as ciências particulares do Direito, mas que, indiscutìvelmente, representou uma grande estagnação e mesmo um retrocesso no campo da perquirição filosófica.

Inaugurando a nova Filosofia do Direito, inaugurou, do mesmo passo, o néo-kantismo. A tarefa do jurista alemão havia, de certo modo, sido favorecida pela escola do "Direito-livre", em cuja lista de vultos principais se alinham, entre outros, os de Kirchmann, Jellinek e Kantorowicz. O grande mérito, entretanto, ainda lhe assiste, de ter superado completamente o positivismo, que pràticamente desapareceu do âmbito da filosofia jurídica, subsistindo apenas como um movimento histórico, para o estudo também histórico.

Desde cedo, preocupou-se Stammler em emprestar um cunho filosófico aos seus estudos jurídicos. Sua primeira obra de importância, publicada em 1888, se intitula "Do método da escola histórica do Direito", onde demonstra que a escola histórica, pelo seu método e seu conteúdo, não esgota a realidade que deve servir de base, se se quiser elaborar um conceito filosófico do Direito. Em 1897, publica a primeira de suas grandes obras, "Direito e Economia", onde expõe e combate a teoria marxista do materialismo histórico e em que deixa claros os princípios kantianos que, já nessa época, lhe informavam o pensamento. Em 1902, publica a segunda de suas grandes obras: "A doutrina do direito justo", onde já revela em tôda plenitude o estigma kantiano, quando expõe a sua concepção de idéia de justiça, "a priori", universal e necessária, sob o ponto de vista formal, condição para submeter à experiência o próprio material social e histórico. As suas duas maiores obras, porém, são: "Teoria da Ciência Jurídica" e "Tratado de Filosofia do Direito".

O pensamento de Stammler, na Filosofia do Direito, pode ser resumido na determinação do conceito do Direito e na determinação do ideal jurídico, isto é, do direito justo. O primeiro problema — a determinação do conceito do Direito — é um problema lógico; o segundo problema — determinação do ideal jurídico — é um problema deontológico. Lidando já com o velho problema dos universais, abandonando o seu aspecto genético, firma-se apenas no aspecto de seu valor. Em ambos os casos, para a determinação do conceito e do ideal jurídico, apela para Kant: a universalidade e a necessidade são

formalmente alcançadas, porque a experiência sendo particular e contingente não pode, por si só, fornecer conceitos universais e necessários. Com relação ao problema do direito justo, Stammler permanece inteiramente ligado a Kant, e são quase as mesmas as conceituações que ambos dão de Direito natural.

8 — A tradução latina da vocação kantista de Stammler, nos é dada por Giorgio del Vecchio, justamente considerado por Recasens Siches como o príncipe da Filosofia jurídica italiana. O idealismo crítico de Del Vecchio, embora inspirando-se em Stammler, apresenta diversos pontos de originalidade. Para o professor de Roma, a Filosofia do Direito se compõe de três partes distintas: uma lógica, uma segunda deontológica e uma terceira fenomenológica. A primeira parte, de acôrdo também com o pensamento de Stammler, consiste em saber o que é o Direito, em ter dêle um conceito lógico. E' o problema lógico. A segunda parte, tocante à determinação do ideal jurídico, consiste em indagar do direito justo. E' o problema deontológico, também comum em Stammler. Por fim, como resquício da influência positivista, Del Vecchio intercala, entre as duas partes filosóficas, uma outra fenomenológica, em que estuda a evolução histórica do fenômeno jurídico. Êste é o problema fenomenológico. Não se pode negar que a obra de Del Vecchio é mais completa que a de Stammler, embora baseada na dêste. Ambas possuem, principalmente com relação ao problema lógico, profunda acentuação kantiana. Mas a realidade também é que ambas constituem o mais sério golpe recebido pelo positivismo e a maior tentativa, realizada em nossos dias, para a restauração da Filosofia do Direito.

Del Vecchio diverge de Stammler não só na conceituação do direito justo, como também na inclusão, no conteúdo da filosofia jurídica, do problema fenomenológico.

Interessante, e já como parte final dêste trabalho, será registar a definição que Del Vecchio dá ao Direito: "a coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento". A determinação dêste conceito é alcançado pela forma lógica do Direito, um dado "a priori", a própria condição que torna possível tôda e qualquer experiência.

Em Stammler e Del Vecchio se reúnem os dois maiores néo-criticistas de nosso tempo; nêles também se sintetizam os grandes restauradores da Filosofia do Direito, que, hoje, já não se confunde com o Direito natural, embora êste seja uma de suas partes, e já vive vitoriosamente, na superação integral do positivismo.

E bem é que assim seja. Do estudo da Filosofia Jurídica muito hão de lucrar as novas mentalidades jurídicas de nossa terra. Como bem acentua Del Vecchio "os princípios imortais da liberdade e da

igualdade humana, o ideal cosmopolítico de uma *societas humani generis*, o direito imprescritível de qualquer povo a resistir e a insurgir-se contra os governantes opressores. Enquanto subsistir a tirania do homem sôbre o homem a Filosofia do Direito será uma *philosophia militans*".

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ARMANDO PEREIRA DA CÂMARA

A tese apresentada pelo Dr. Delfim Mendes da Silveira sôbre a "INFLUÊNCIA DE KANT NA FILOSOFIA DO DIREITO", registra a superação do tratamento positivista do Direito, realizada pela Filosofia de Kant.

A crítica kantiana, no entanto, libertando o Direito da interpretação simplista do Positivismo, aprisionou-o no plano de um logicismo desnaturante de sua realidade integral.

Não cremos, pois, que o pensamento jurídico moderno tenha realizado ascensões maiores, deixando de ser positivista para se fazer criticista.

Não obstante esta reserva crítica, como a tese constitui um lúcido registro dessa pseudo-superação, propomos aos srs. congressistas sua aprovação.

Pôrto Alegre, 16 de agôsto de 1950.

ARMANDO CÂMARA
SALGADO MARTINS
ERNANI MARIA FIORI
DARCY AZAMBUJA

A FILOSOFIA DO DIREITO NO ENSINO JURÍDICO

Paulo Dourado de Gusmão

Do Ministério Público da Justiça do Distrito Federal.

1 — A filosofia em nossa época tem despertado a atenção dos pensadores. Acentua-se, assim, em todos os setores do pensamento uma volta à filosofia, após a crise sofrida pelos estudos filosóficos no século passado. Vemos, dêste modo, desde o início do nosso século os pensadores, em face da crise do "cientismo" e do positivismo, voltarem-se para a filosofia em procura de uma solução racional para o universo.

A volta à filosofia refletiu, assim, a crise de uma cultura, do homem que se desiludiu da ciência e que desejava encontrar uma concepção do mundo que lhe proporcionasse paz espiritual.

O retôrno ao pensamento especulativo influiu, também, na jurisprudência. Assim, reagindo aos exageros do positivismo jurídico STAMMLER, na Alemanha, e DEL VECCHIO, na Itália, iniciaram, contemporâneamente, um movimento de renascimento da Filosofia do Direito, ao estabelecerem o *a priori* jurídico como condição, lògica-transcendental, do conhecimento jurídico e da possibilidade da ciência do direito (1); com diversa orientação filosófica, os idealistas, influenciados pelas idéias de HEGEL, procuraram encontrar em uma peculiar atividade do pensamento a explicação ao "porquê" a experiência jurídica, diversa no tempo e no espaço, é sempre a mesma (2); houve, por sua vez,, quem, como KELSEN, sofrendo a influência do positivismo procurara conciliá-lo com o néo-kantismo através a "pureza metódica" para constituir uma "teoria pura do direito" partindo do pres-

(1) DEL VECCHIO (G), *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905; *Id., Lezioni di Filosofia del Diritto*, 7 ed. riveduta, Milano, 1950; STAMMLER (R), *Economia y Derecho*, Madrid, 1929, trad. hesp.; *Tratado de Filosofia del Derecho*, Madrid, 1930, trad. hesp.

(2) BINDER (J), *La Fondazione della Filosofia del Diritto*, Torino, 1945, trad. ital.; CESARINI SFORZA (W), *Guida allo Studio della Filosofia del Diritto*, Roma, 1946; Id.,*Corso di Filosofia del Diritto*, Roma, 1947; CROCE, *Riduzione della Filosofia del Diritto alla Filosofia dell'Economia*, 1907; GENTILE, *Filosofia del Diritto*, 1916; MAGGIORE, *Filosofia del Diritto*, 1921.

suposto lógico de uma "norma fundamental" (3); a pluralidade de ideologias dominantes em um mesmo grupo social levou RADBRUCH a reconhecer que os "problemas últimos" do direito não são passíveis de conhecimento científico mas de uma profissão de fé, fundando, assim, o relativismo jurídico (4); por fim, os que se filiaram a fenomenologia de HUSSERL, como REINACH, SCHREIER, e CARLOS COSSIO, encontraram em uma "intuição essencial ou eidética" o meio de se conhecer imediatamente a "essência" do direito (5).

Não obstante a diversidade d eorientações filosóficas que apresentam as mencionadas direções do pensamento jurídico, tôdas elas refletem não só a vocação humana de indagar o "dever ser", como, também, a inclinação do homem para os problemas fundamentais do conhecer e da conduta, dos quais a ciência é incapaz de fornecer uma resposta definitiva.

2 — Considerando a importância da filosofia do direito no ensino jurídico a Universidade de Roma fundou o *Istituto di Filosofia del Diritto,* atualmente dirigido por DEL VECCHIO, com o fim de especializar e aperfeiçoar os estudos de filosofia do direito. No referido Instituto romano são ministradas como matérias fundamentais: a Filosofia do Direito, em dois anos; a História da Filosofia do Direito, também em dois anos; a Doutrina do Estado e a Teoria Geral do Direito; como matérias complementares: Filosofia moral, História das Doutrinas Políticas e a Sociologia.

A variada publicação de trabalhos sôbre a teoria do direito dirigida pelo referido Instituto (6) atesta os bons resultados atingidos pela mencionada instituição (7).

3 — A Filosofia do Direito tem influído nas transformações jurídicas, basta lembrar a influência da teoria do direito natural nas modificações do direito positivo desde a época dos romanos até as grandes codificações do século passado. As Declarações de Direitos do Homem não só na Revolução Francesa como também a estabelecida pela Constituição Americana foram de origem jusnaturalista.

(3) KELSEN (H), *La Teoria Pura del Derecho,* Buenos Aires, 1941, trad. hesp.
(4) RADBRUCH, *Filosofia del Derecho,* Madrid, 2.ª ed., 1944, trad. hesp.; Id. *Le retativisme dans la philosophie du droit,* in Arch. de Phil. du Dr. 1934.
(5) CARLOS COSSIO, *La Teoria Egológica del Derecho,* Buenos Aires, 1944; Id.,*Panorama de la Teoria Egológica del Derecho,* Buenos Aires, 1949, separata; REINACH, *Los Fundamentos Aprioristicos del Derecho Civil,* Barcelona, 1934, trad. hesp. SCHEIER, *Concepto y Formas Fundamentales del Derecho,* Buenos Aires, 1942, trad. hesp.
(6) Os livros publicados sôbre a direção do Instituto de Filosofia do Direito da Universidade de Roma são editados pelo Dott. A. Giuffrè de Milão. O Instituto editon, ainda, o *Bollettino dell'Instituto di Filosofia del Diritto della R. Università di Roma,* desde 1940.
(7) Para termos uma noção do desenvolvimento da Filosofia do Direito entre os jovens italianos consultar: *I Problemi della Filosofia del Diritto nel Pensiero dei Giovani (Dieci anni di sercitazioni nella R. Università di Roma 1926-1935),* Roma, 1936.

Modernamente, STAMMLER, em Berlim, RADBRUCH em Heidelberg, entre os falecidos, DEL VECCHIO, em Roma, KELSEN em Viena e atualmente na Califórnia, ROSCOE POUND em Harvard, e CARLOS COSSIO em Buenos Aires, entre os vivos, contribuíram, não só com suas lições, como, também, com seus trabalhos, para as modificações da cultura jurídica. Entre nós não podemos esquecer a influência de TOBIAS BARRETO, SÍLVIO ROMERO, CLÓVIS BEVILÁQUA, PEDRO LESSA, para só citar aquêles que já passaram para a história, na orientação da nossa cultura.

4 — A experiência jurídica tem revelado que a ausência da Filosofia do Direito nos cursos jurídicos tem tido como resultado o "fetichismo" da lei e da jurisprudência. Sentimos, assim, nas Faculdades de Direito a curiosidade dos estudantes não só para o conhecimento do preceituado pelo direito positivo, como, também, pelo direito aplicado pelos tribunais. Ora, uma cultura jurídica assim formada terá um valor imediato, produzindo bons advogados e máus juristas.

A Filosofia do Direito tornando problemático o conhecimento científico do direito, estudando os critérios que governam a conduta jurídica, e os pressupostos lógicos da ciência jurídica (8), é útil ao estudo do direito.

Daí dever ser incluída nos cursos jurídicos a Filosofia do Direito.

5 — No Brasil, país em que as transformações sociais exigem juristas capazes de modificar a ordem positiva de modo a fornecer ao nosso povo um direito que corresponda as atuais situações sociais, não se tem atribuído grande importância à Filosofia do Direito. Assim, deixou de pertencer a Filosofia do Direito ao conjunto de ciências estudadas no curso jurídico de bacharelado para ser ministrada no "curso de doutorado".

Ora, como o "curso de doutorado" só é freqüentado por uma minoria insignificante a conseqüência é que a maioria encaminha-se para a vida prática sem qualquer conhecimento da Filosofia do Direito.

Destarte, a cultura jurídica adquirida pelos alunos de nossas Faculdades de Direito formará, como tem formado presentemente, grandes advogados, mas não produzirá grandes juristas como aquêles que nos antecederam e aquêles que ainda hoje lecionam em nossas escolas jurídicas. A nossa geração futura será de práticos e não de juristas.

Uma cultura jurídica assim compreendida trará um descrédito. pelo direito, ceticismo para com os valores jurídicos, vindo a permitir

(8) Consultar o o meu livro: *Curso de Filosofia do Direito,* Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos ed, 1.950, Cap. I.

que o direito positivo seja modificado arbitràriamente pelos governantes para satisfazer aos seus interêsses sacrificando os interêsses da maioria. O direito assim compreendido será um produto da fôrça e como tal arbitrário, sem ser, como deveria ser, inspirado pela justiça.

Conseqüência lógica desta tendência do ensino jurídico brasileiro será a transformação da ciência do direito em simples interpretação da lei e dos julgados dos tribunais.

6 — Para reagirmos à esterildade da cultura jurídica brasileira no futuro é necessário despertarmos a atenção dos estudantes de direito não só para o estudo dos problemas doutrinários em todos os setores da ciência do direito, flugindo, assim a superfícialidade do estudo dos "precedentes", como, também, avivar a curiosidade dos referidos alunos para os problemas fundamentais da Filosofia do Direito.

A importância da Filosofia Jurídica é tão grande que nos Estados Unidos da América do Norte, onde o estudo do direito se inclina para a especialização, através o estudo dos "precedentes" e de situações jurídicas típicas *(case law)*, tem sido incluída a Filosofia do Direito *(Jurisprudence)* em tôdas Faculdades de Direito nos cursos jurídicos (9).

7 — Contribuiremos para melhorar o nível intelectual da nova geração de juristas brasileiros não só restabelecendo o estudo da Filosofia do Direito no Curso de Bacharelado, como, também, exigindo dos estudantes um maior conhecimento da parte doutrinária das ciências jurídicas.

Mas, supondo, como supõe, a Filosofia Jurídica um conhecimento maior da ciência jurídica deverá ser incluída no último ano do Curso de Bacharelado.

CONCLUSÕES

Pelo exposto, propomos as seguintes teses:

1) A Filosofia do Direito deverá ser estudada no Curso Jurídico de Bacharelado.
2) Deverá ser incluída no último ano do curso jurídico.

Paulo Dourado de Gusmão

(9) *Oficial Register of Havard University — The Law School, Coures* of Instruction for the Academic Year 1949-1950, Cambridge, 1949, p. 23.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ARMANDO PEREIRA DA CÂMARA

A tese do Dr. Paulo Dourado de Gusmão relativa à necessidade do estudo da Filosofia do Direito para o processamento de uma formação jurídica normal, sublinha uma verdade já, hoje, evidente para todos os pedagogos de um ensino integral do Direito.

Igualmente, justo e objetivo, é o ponto de vista do autor sôbre a localização dessa disciplina, no último ano do curso jurídico de bacharelado.

Opinamos favoràvelmente à aprovação desta tese.

Pôrto Alegre, 16 de agôsto de 1950.

Armando Câmara
Salgado Martins
Darcy Azambuja
Ernani Maria Fiorê

8.ª SECÇÃO

ECONOMIA POLÍTICA, CIÊNCIA DAS FINANÇAS E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

COMISSÃO:

Prof. Dr. Edgar Luiz Schneider
Prof. Dr. Ruy Cirne Lima
Prof. Dr. Walter José Dihel
Prof. Dr. Mem de Sá
Dr. Laudelino Teixeira Medeiros
Prof. Dr. Antonio Martins Filho
Prof. Dr. Magdaleno Girão Barroso
Prof. Dr. Renato Costa
Prof. Dr. Ernesto Martins Vieira
Dr. Julio Ferreira

PAGAMENTO SOB PROTESTO DOS TRIBUTOS ILEGÍTIMOS

Walter Schneider

(Da Ordem dos Advogados do Brasil)

Os tributos constituem os recursos com que a União, Estados, Municípios e Autarquias Administrativas realizam os seus fins. A igualdade dos têrmos do binômio — receita e despesa — é preocupação comum dos administradores. A devolução de contribuições, taxas ou impostos, ilegìtimamente arrecadados, afeta, em maior ou menor gráu, o desejado equilíbrio dos orçamentos. Aconselhável, portanto, o emprêgo de meios tendentes a neutralizar êsse fator de desajustamento financeiro.

Os casos de arrecadação ilegítima podem ser reduzidos aos seguintes: tributo cobrado sem lei que o tivesse criado, tributo de incidência não prevista na lei, tributo apoiado em lei inconstitucional e tributo fundado em lei contrária a outra lei prevalente. Há a obri-

gação de restituir o que foi indevidamente recebido (art. 964 do Código Civil).

De acôrdo com a jurisprudência dos tribunais é corrente que quem pagou um tributo não devido foi obrigado a fazê-lo para livrar-se da execução fiscal. Aqui, a coação é sempre presumida e não admite prova em contrário, ainda mesmo nos casos mais evidentes do contribuinte haver recolhido o tributo plenamente convencido de sua legitimidade. Teòricamente, pois, enquanto não esgotado o prazo da prescrição qüinqüenal, todos os recolhimentos tributários poderão vir a ser objeto de ações de restituição do indébito.

A primeira restituição de um tributo, determinada pelo Judiciário, acarreta uma série de restituições idênticas que podem ocasionar situações financeiras difíceis para a entidade de direito público interessada. Quando, por exemplo, tratar-se de uma Autarquia Administrativa de finalidade econômica, cuja receita geralmente provém de uma única taxa, as devoluções poderão dar lugar a dificuldades insuperáveis.

Nos direitos argentino, francês, norte-americano não há lei que subordine a restituição ao pagamento sob protesto do contribuinte. Entretanto, Coin et Capitant consideram necessária a prova de coação pelo Fisco para a viabilidade da ação *(Cours élémentaire de droit civil* — vol. II, pgs. 221-223). Raymundo Salvat *(Tratado de derecho civil argentino — Obligaciones en general* — ed. 1923, pg. 615" aponta Cooley como defensor de idêntico solução *(A treatise on the law of taxation including the law of local assessments* — vol. II, pgs. 1495-1500, especialmente n.º 1, pgs. 1946 e 1497 — ed. 1903).

A jurisprudência argentina, mansa e pacífica, reconhece o protesto ou a "reserva de derechos" requisito da ação.

O protesto não evita a cobrança do tributo. A velha regra *solve et repete* tem inteira aplicação. O protesto é um simples modo do contribuinte exteriorizar a sua vontade de não consentir na arrecadação; não é êle fonte geradora de direitos mas prova da coação. O protesto seria por escrito perante a repartição arrecadadora ou judicialmente, mediante notificação da autoridade fiscal.

Nada há no art. 964 do Código Civil Brasileiro, em que se fundamenta a restituição de tributos *(Data vênia* — consultar tese que apresentamos a êste Congresso sob o título: *O enriquecimento sem causa e as restituições tributárias)*, que explìta ou implìcitamente se oponha ao protesto. Pois a doutrina que informa a coação, no di-

reito pátrio, como um dos vícios capazes de invalidarem as manifestações da vontade, repudia o reconhecimento dela — da coação — como presunção *juris et de jure*. Coação tem de ser provada. Coação presumida, que se choca seguidamente com a realidade flagrante, é violência que o Direito não deve consagrar.

A Jurisprudência dos tribunais parece não estar inclinada a modificar seus rumos, continua ela preservando e cultivando o estranho meio de prova que se desvincula do real. Aos Estados cumpre legislar, defendendo as suas finanças. No pleno exercício de suas prerrogativas políticas e atentando para a relação jurídica derivada da percepção de tributos, que se estabelece entre êles e os particulares submetidos à sua jurisdição territorial, podem êles, em lei especial, decretar que nenhuma restituição de tributos, indevidamente cobrados, será feita sem a prova do protesto.

Trata-se da competência estadual supletiva (art. 6.º da Constituição) para legislar sôbre normas gerais de direito financeiro (art. 5.º, XV, *b* da Constituição).

Pôrto Alegre, 31 de julho de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: RENATO COSTA

Na tese, em exame, o Autor analisa o "Pagamento sob protesto dos tributos ilegítimos" e considerando que os recursos da receita orçamentária devem atender às necessidades da despesa correspondente, no interêsse do equilíbrio financeiro, e que a devolução de contribuições, taxas ou impostos, ilegìtimamente cobrados, pode acarretar transtornos ao Estado e o desequilíbrio do orçamento, aconselha o emprêgo de meios tendentes a neutralizar êsse fator de desajustamento.

Enumera, então, os casos em que se podem verificar a *arrecadação ilegítima:* 1.º — tributo cobrado sem lei, que o tivera criado; 2.º — incidência fiscal não prevista em lei; 3.º — tributo apoiado em lei inconstitucional e, finalmente, 4.º — tributo fundado em lei contrária a outra lei prevalente. Em tôdas estas hipóteses, há a obrigação "de restituir o que foi indevidamente recebido" nos têrmos de dispositivo expresso do Código Civil, artigo 964.

Sustenta o Autor, em seu valioso estudo, que a jurisprudência dos tribunais é unânime em decidir "que quem pagou um tributo não devido fê-lo para livrar-se de uma execução fiscal". Neste caso, adverte o A., *"a coação é sempre presumida e não admite prova em contrário,* ainda mesmo que o contribuinte esteja plenamente convencido da *ilegitimidade* do tributo recolhido".

Enquanto não esteja esgotado o prazo da prescrição qüinqüenal, a favor da Fazenda Pública, todos êsses recolhimentos indevidos podem ser objeto da "ação de restituição" do indébito.

Mostra, a seguir, o Autor o perigo dessas restituições e o desgaste que elas podem acarretar, mormente no caso, por êle figurado, das Autarquias Administrativas, de *finalidade econômica,* "cuja receita provém de uma única taxa".

Passa, em seguida, o Autor ao exame do pagamento *"sob protesto"* e da necessidade dêste para se operar a restituição do indébito.

Refere que no direito argentino, francês, norte-americano, a lei não subordina essa restituição ao pagamento *sob protesto,* prova necessária, entretanto, sustentada por Colin et Capitant e Cooley, nos manuais citados na tese. Segundo êsses autores, *a coação* pelo Fisco, para a viabilidade da ação, *deve ser provada,* princípio adotado pela jurisprudência argentina, como requisito da ação.

"O protesto não evita, porém, a cobrança do tributo; é, segundo o Autor, um simples modo do contribuinte exteriorizar a sua vontade de não consentir na arrecadação; não é êle fonte — como reconhece o Autor — geradora de direitos, mas *prova da coação.* Como efetivar êsse protesto? Por escrito, perante a repartição arrecadadora ou judicialmente, mediante notificação da autoridade fiscal — se sugere na tese.

Alega o Autor, então, que nada há no art. 964 do Código Civil Brasileiro, que se oponha *ao protesto,* e que a doutrina, do direito pátrio, repele a *coação* — como presunção *juris et de jure,* sem que seja provada. Não há, sustenta o Autor, "coação presumida".

"Aos Estados cumpre legislar, defendendo as suas finanças. No pleno exercício de suas prerrogativas políticas e atentando para a relação jurídica derivada da percepção de tributos, que se estabelece entre êles e os particulares submetidos à sua jurisdição territorial", podem os Estados, conclui o Autor — *em lei especial, decretar que nenhuma restituição de tributos, indevidamente cobrados, será feita sem a prova do protesto".*

Esta "lei especial", a que se refere o Autor, é da *competência supletiva* do Estado (art. 6.º da Const. Federal) para legislar sôbre normas gerais de *direito financeiro* (art. 5.º, XV, letra "b" da cit. Constituição).

Como se vê, a tese aborda o velho e discutido problema do "pagamento indevido" que, segundo Clóvis Beviláqua, "é uma das formas de enriquecimento ilegítimo, contra o qual o direito romano armava o prejudicado de ações *stricti juris,* denominadas *condictiones sine causa.* Entre essas *condictiones* havia a *condictio indebiti,* o

direito de exigir o que se pagasse indevidamente". (Cód. Civil Comentado — 6.ª ed. vol. IV — 1943, pág. 120 e seguintes).

Pagamento indevido — ensina êsse eminente Mestre — "é o que se faz sem uma obrigação, que o justifique, ou porque o *solvens* se ache em êrro, supondo estar obrigado, ou porque tenha sido coagido a pagar o que não devia. No primeiro caso, o êrro é vício, que torna anulável o ato jurídico do pagamento, e, anulado êste, o *accipiens* restitui o que recebeu. No segundo, a falta de causa para o pagamento, cria para o *accipiens* a obrigação de restituir.

Verdade é que a lei civil "atribui ao que voluntàriamente pagou o indevido a prova de tê-lo feito por êrro". (art. 965 do Cód. Civil Brasileiro). Se pagou voluntàriamente, o que sabia não dever, entende-se — ensina Clóvis Beviláqua — que faz uma liberalidade. "si sciens se non debere solvit, cessat repetitio".

Mas, "quando alguém paga em virtude de intimação, *impôsto ilegalmente criado ou inconstitucional,* tem direito de pedir a restituição" (Octavio Kelly, Jursiprudência Federal, n.º 1.108 e seguintes). Neste caso, diz Clóvis, não há êrro do *solvens,* que pode estar convencido *de que paga o que não deve;* mas nem se lhe aplica a presunção de que fêz liberalidade, nem se pode supor que dissimulou a obrigação executada. *A razão, pela qual aquêles que pagam impostos ilegais têm direito à restituição,* é que tal impôsto não tem existência jurídica, e, conseqüentemente, o particular sofreu uma extorsão. E' o *ato ilícito* do Poder Público que autoriza a repetição".

De fato, se quem paga por êrro deve ter o direito de repetir, com maioria de razão — esclarece J. M. Carvalho Santos — quem paga *por coação* ou ameaças o que não deve (e é o caso do contribuinte que entrega ao fisco o impôsto ilegal exigido para não ser acionado), não pode deixar de ter igual direito.

E' doutrina pacífica, esposada por todos os maiores tratadistas, como Aubry et Rau, Demogue, Mazzoni, Cunha Gonçalves e Clóvis Beviláqua.

"Em se tratando de pagamento de impostos indevidos, essa regra — acentua Carvalho dos Santos — tem inteira aplicação, mesmo que o contribuinte pague sem resistência judicial".

Carvalho de Mendonça, em notável parecer, que teve a solidariedade de Clóvis e do Cons. Lafayette, sustentou que o impôsto pago indevidamente dá ao *solvens* o direito de pedir a sua restituição com juros enquanto a sua ação não prescrever.

E' um direito universalmente aceito em todo o país civilizado".

Refere-se C. de Mendonça a inúmeras decisões judiciais, ordenando a restituição de impostos cobrados pelo fisco contra os preceitos da Constituição e das leis.

Será necessário o "protesto" contra o ato fiscal, de modo a servir de base para a futura ação de restituição? A lei não o exige e "é absurdo afirmar que, *pagando sem protesto, o recorrente pagou voluntàriamente e não mais pode repetir*" — adverte, de modo incisivo, o insigne Carvalho de Mendonça, no Parecer aludido. (v. J. M. Carvalho dos Santos, "Código Civil Interpretado", vol XII, 3.ª ed, 1945, pág. 396 e seguintes).

A *coação* — que o Autor da Tese reputa necessário ser *provada,* por não se poder presumi-la — está na própria *exigência fiscal* que obriga o contribuinte a um impôsto ilegal, contra preceito constitucional, ou lei expressa. Está *in re ipsa,* isto é, no texto da lei fiscal que exige do cidadão o pagamento de um impôsto, ou de uma taxa, indevidos.

Se a lei civil não obriga, nem prescreve, a necessidade do "protesto" — como ora se cogita, na Tese, para servir de base à ação de restituição do pagamento indevido, ou de in rem verso é evidente que êle se torna desnecessário e não seria aconslhável a sua aplicação.

Poderão os Estados, em *lei especial, decretar* que nenhuma restituição de tributos, indevidamente cobrados, não será feita sem a prova do protesto, sugerida pelo Autor da Tese?

Êle admite essa faculdade inspirado no artigo 6.º da Constituição Federal "que não exclui a legislação estadual, supletiva ou complementar", sôbre "as normas gerais de *direito financeiro*" (art. 5.º, primeira parte da letra b).

Se o "direito financeiro" — como ensina Temístocles B. Cavalcanti, em sua "A Constituição Federal (de 1946) Comentada", vol. I, ed. 1948, pág. 99 e seguintes — compreende tôda a *técnica* jurídica que preside à *elaboração dos orçamentos, à receita e despesa públicas, e às relações decorrentes das operações de crédito* de que se socorre o Estado — não nos parece que se possa enquadrar nêle a faculdade "supletiva" ou "complementar", da decretação de uma forma jurídica substancial, da competência do poder legislativo nacional, como é a da exigência do "protesto", como base para a ação de restituição do indébito. O eminente Flora — citado por Temístocles Cavalcanti, em seus recentes Comentários à Constituição Federal — define "o *direito financeiro* tendo por fim a elaboração das normas jurídicas que regulam a receita e a despesa públicas, necessárias para fixar, de acôrdo com a ciência das finanças, a *ordem financeira* que melhor corresponda às exigências impostas pela arte financeira". "Ou melhor, como ensina Fasolis, o direito financeiro é o tratado sistemático e científico da *organização financeira* do Estado.

A decretação pretendida está implícita na *competência* que tem a União de *legislar* sôbre o direito civil, comercial, penal, processual, etc., (art. 5.º, n.º XV, letra a).

Eis, aí, as razões por que não aceitamos as conclusões da Tese, na qual, entretanto, reconhecemos um alto espírito de investigação. A criação de uma nova situação jurídica parece-nos insustentável, mormente, quando esta só o poder legislativo federal poderá adotar em face do princípio constitucional expresso.

Êste, o nosso Parecer.

SALA DAS SESSÕES DO 1.º CONGRESSO JURÍDICO, em Pôrto Alegre, 16 de Agôsto de 1950 .

Renato Costa
Magdaleno Girão Barroso

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — Vamos passar agora ao estudo da tese "Pagamento sob protesto dos tributos ilegítimos", de que é relator o dr. Renato Costa, a quem concedo a palavra.

O SR. RENATO COSTA — (Lê o Relatório e Parecer).

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a tese e o parecer. Se ninguém quiser fazer uso da palavra, vou encerrar a discussão. (Pausa).

Encerrada.

Em votação. Os srs. Congressitas que aprovam o parecer e não aceitam a conclusão da tese, queiram conservar-se sentados. (Pausa).

Aprovado o parecer.

O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E AS RESTITUIÇÕES TRIBUTÁRIAS

Walter Schneider

(Da Ordem dos Advogados do Brasil)

Não há uma teoria explicativa da restituição tributária que tenha merecido os sufrágios da doutrina e da jurisprudência dos tribunais. Tampouco encontra-se texto de lei sôbre o magno assunto, o que aliás não é peculiaridade do direito brasileiro, pois situação análoga se observa em outros países.

Alguns filiam a restituição a princípios abstratos, imanentes ao regime democrático; outros vão radicá-la no art. 141 § 2.º da Constituição da República, que repete as de 1891 e 1934 "in verbis":

> "Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Vem, porém, se avolumando a corrente dos que vinculam a restituição de tributos ao Código Civil. Não se pode negar que o direito privado tem alargado os horizontes do direito público, permitindo-lhe resolver muitas dificuldades.

Théophile Huc e Demogue estudam a matéria quando comentam os arts. 1235, 1376 e 1377 do Cód. Civil Francês. O comentário de Demogue (vol. 3.º n.º 106), de quem não diverge Huc (vol. 8.º n.º 393), é o seguinte:

> Les principes de la répétition de l'indû s'appliquent en matière administrative. "Ainsi le contribuable qui paie par erreur des contribitions qu'il croyait inscrites à son nom, peut en répéter le montant. Le contribuable qui a payé des taxes ilégales ou mal appliquées peut agir en répétition conformement au droit commun".

Colin et Capitant doutrinam no mesmo sentido, invocando decisões do "Conseil d'Etat" de 28 de janeiro de 1887, de 2 de novembro de 1888 e 7 de fevereiro de 1890 (*Cours elémentaire de droit civil* — vol II, pgs. 220 e seguintes).

Segundo a lição de Benvenuto Griziotti *(Principii di Politica, Diritto e Scienza delle Finanze)* é no art. 1104 do Cód. Civil Italiano que se apóia a restituição:

> "Il legislatore che esplicitamente nell'art. 1104 C. C. ha richiesto, come requisito essenziale per la validità di un contratto, una causa lecita per obbligarsi, ha voluto tutelare contro i pericoli derivanti da obbligazione senza causa o con causa illecita la conservazzione dei patrimoni particolare, che esercitano una funzione sociale ed economica nello Stato. Há espresso con ciò una norma, che per l'interesse publico che tutela, e necessariamente di carattere generale a tutti gli ordini di obbligazioni, private o pubbliche, e perciò investe le stesse obbligazioni tributarire".

Raymundo Salvat *(Tratado de derecho civil argentino — Obligaciones en general* — pg. 613 n.º 1609), comentando o art. 794 do Cód. Civil Argentino, doutrina:

> "Una de las aplicaciones más notables que pueden darse de este princípio, es la repetición de impuestos ilegalmente cobrados".

O Supremo Tribunal Federal se inclina decisivamente pela subordinação das restituições de tributos ao art. 964 do Código Civil Braileiro, que assim dispõe:

> "Todo aquêle que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir".

Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça vinculara a restituição à *condictio sine causa (Obrigações* nºs. 276 e 291):

> "Nos casos mui freqüentes de reclamações de impostos pagos aos governos por inconstitucionais, há um caso perfeito de *"condictio sine causa"*.

Unger e Bauer, comentando o Código Civil Alemão, filiaram a restituição à teoria das *condictiones (Zeitschrift fuer das Privat und Oeffentliche Recht* — vol XXXI, pg. 126 — *Finanz Archiv* — vol. I, pg. 5).

* * *

Muitos são os textos romanos em que se pode acompanhar a formação da teoria das *condictiones,* a qual assumiu inquestionável importância como fonte de obrigações não contratuais. Para fixar idéias, basta lembrar o mais conhecido dêsses textos:

> "Jure naturae aequm est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem" *(Digesto — De regulis juris* — fr. 206 L. 17)

As *condictiones* pressupunham diversas situações de fato, tôdas elas, porém, ligadas pelo traço comum da ofensa ao citado princípio geral. A *condictio* era a ação adequada contra o locupletamento injusto ou melhor contra o enriquecimento sem causa, que tinha de ser *cum alterius detrimento.*

Costa Manso *(Votos e acórdãos* — pg. 24) apresenta os seguintes elementos da ação:

> "O primeiro dêles é a prova de um prejuízo sofrido pelo autor. O enriquecimento, mesmo ilegítimo, sem dano patrimonial de outra pessoa, não autoriza o exercício da ação pois que para agir em juízo é indispensável um interêsse econômico ou moral (art. 76 do Código Civil, que reproduz velho axioma jurídico).
>
> O segundo dêles é que o empobrecimento do autor corresponda à uma vantagem para o réu, isto é, que tenha havido um transporte de valores de um para outro patrimônio. O terceiro elemento da ação é que o enriquecimento seja ilegítimo. Enriquecer, sem ofensa à lei, é direito de tôda a gente".

Segundo Colin et Capitant (op. cit.) *causa — stricto sensu* — significa no direito moderno o ato jurídico que justifica a aquisição de um valor. O enriquecimento sem causa, portanto, não pode resultar de um ato jurídico que o legitime.

* * *

Citando Fritz Fleiner *(Derecho Administrativo,* pgs. 116 e 43) e Hauriou *(Droit Administratif* — 7.ª ed. pgs. 464, 466-468), que enquadram o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações no direito administrativo, e apoiando-se em Pièrre Roques *(De la notion d'enrichessement sans cause en droit administratif)* o Professor da Faculdade de Direito de Recife, Mário Neves Batista, sustenta o seguinte:

> "O enriquecimento ilícito encontra, não obstante, guarida em numerosos dispositivos esparsos da nossa legislação civil, constituindo um princípio geral de direito, aplicável aos casos não expresos em lei (Carvalho Santos, vol. XII, pgs. 378 e 379).
>
> Entretanto, tais preceitos não são privativos da doutrina civilística. Aplicam-se também no direito público administrativo. Na sua bem elaborada monografia sôbre o assunto, já referida neste trabalho, Pièrre Roques, jurista francês, demonstra como o locupletamento injusto não é uma idéia própria apenas ao direito privado, en-

contrando, bem ao contrário, no direito administrativo, campo de aplicação vasto e fecundo *(Revista Forense* — vol. 97, fasc. 489, pgs. 769-772)".

Efetivamente, a regra geral de eqüidade, ou melhor, êsse preceito de moral social que se impõe necessàraimente ao espírito (Colin et Capitant), contido no fr. 206, L. 17 do Digesto, sugere e reclama ampliações úteis ao aperfeiçoamento do direito público.

Originadas do enriquecimento sem causa, como fonte de obrigações, as restituições de tributos apresentam aspectos interessantes na prática forense e estão exigindo um acertamento jurídico de soluções diferentes, em razão das definições de taxas e impostos que são nìtidamente distintas. A devolução dos impostos ilegítimos não está sujeita a nenhuma indagação. Há a obrigação de restituir o que foi indevidamente recebido (art. 964 do Código Civil). Desponta, porém, a dificuldade ao propósito da individualização da pessoa do *solvens*. Quem pagou nem sempre sofreu o prejuízo, por tê-lo transferido a terceiro. A tese foi suscitada em 1935, em São Paulo.

O Município de Santos havia decretado e arrecadado o impôsto de importação da firma Romani, Simonini, Toschi & Cia. Fôra violada a competência da União. A Prefeitura santista contestou, porém, que os autores haviam sido reembolsados dos impostos pelos consumidores. A 3.ª Câmara da então Côrte de Apelação de São Paulo, decidindo os embargos n.º 21.122 em 15 de maio de 1936, admitiu que no preço da venda está incluído o impôsto pago pelo vendedor, motivo porque quem teria legítimo interêsse para propor a ação seria quem realmente sofrera uma diminuição ilegal em seu patrimônio, isto é, o consumidor.

O Supremo Tribunal Federal reformou a decisão local, tendo sido vencido o 1.º revisor, o Senhor Ministro Costa Manso, que argumentou:

> "Se o *solvens* já recebeu, mesmo de terceiro, a prestação que indevidamente pagou, pode-se condenar o *accipiens* a devolver-lha?
>
> A Justiça local decidiu que não. E decidiu bem. O terceiro, que ressarciu o prejuízo é que poderia exigir a indenização. Do contrário, o *solvens* incorporaria duas vêzes ao patrimônio aquilo que dispendeu. Os juízes da causa entenderam que se presume tenham sido os impostos incluídos no custo da mercadoria, como elemento do preço de venda. É uma presunção legítima, à qual nenhuma regra de direito se opõe". (Cons.: Oliveira e Silva — O Município no Estado Novo, pgs. 216-237).

A decisão do Tribunal paulista nada mais fizera que arrimar-se

ao princípio da repercussão dos tributos, segundo o qual (Veiga Filho — *Manual da Ciência das Finanças)*

> "sendo em finanças a incidência ou percussão o fato de o impôsto recair sôbre quem a lei visa expressamente, e, como nem sempre isso se dá, ou quase nunca fica êle onde recai, daí vem a distinção entre incidência legal e a incidência efetiva".

Réné Stourm *(Systèmes généraux d'impôts* — pg 365) assim se manifesta:

> "L'incidence légale cependant ne forme, on le pressent, que le prologue du sujet. Elle permet seulement de passer en revue la première ligne des contribuables, le front de leur armée. Il s'agit de pénétrer plus avant dans leur masse profonde et d'y suivre les inombrables répercussions du choc initial, de constater, en un mot, l'incidence effective, beaucoup plus étendue que la précédent, plus multiple et plus mystérieuse".

* * *

Confrontados os princípios do enriquecimento sem causa e as taxas remuneratórias, ilegítimas ou ilegìtimamente aplicadas, podem ser observadas situações de desatamento bastante intrincado. Eis algumas delas:

a) taxas legìtimamente decretadas e arrecadadas *(receita legítima)* mas não aplicadas de acôrdo com as disposições legais referentes à contraprestação devida *(despesa ilegítima)*.

b) taxas ilegìtimamente decretadas ou arrecadadas *(receita ilegítima)*, aplicadas, porém, em proveito direto de seus contribuintes *(despesa legítima)*.

Veiga Filho (op. cit. pg. 314) entende que "do carater remunerador da taxa se conclui que não é ela devida se a administração pública não prestou serviço algum". *Demogue (op. cit.* vol. 3.º n.º 106) ensina que "le contribuable qui a payé des taxes ilégales ou *mal apliquées* peut agir en répétition..."

Vanoni, professor de direito financeiro da Universidade de Cagliari *(Natura ed interpretazione delle leggi tributarie* — ed. 1932, pgs. 110 e 111) doutrina:

> "Ma quando la legge stabilisce espressamente che un tributo reppresenta la controprestazione di un determinato servizio prestato dall'ente pubblico, ipotesi che si verifica nei casi della tassa e del contributo, le dificolta che portano a limitare i poteri del giudice, vengono in gran parte a cadere. Se la legge stessa fissa quali van-

taggi particolari rappresentino la causa del tributo, l'ammettere il giudice ad esaminare se il rapporto concreto è giustificato dalla prestazione da parte dello Stato del particolare servizio, non significa attribuirgli un potere di controllo sull'intera attività statale, come sarebbe nel caso dell'imposta, ma semplicemente affidargli la funzione di verificare se tutti i presupposti dell'imposizione, espressi nella legge, si sono verificati".

"Nela tassa e nel contributo si verifica cosi l'ipotesi parallela ao negozii causali dèl diritto privato, la mancanza della causa importa inefficacia del rapporto giuridico. *Quando il giudice riscontri, che non v'è stata la prestazione voluta dalla legge come giustificante del tributo deve dichiarare l'inesistenza dell'obbligazione tributaria*".

A solução favorável à restituição, no caso da letra *a,* configurado acima, harmoniza-se com a *condictio sine causa,* que era aplicada em todos os casos não amparados especìficamente por qualquer outra das *condictiones.* Não importava aí que a *causa* inexistisse desde o comêço ou tivesse deixado de existir mais tarde. E' isso precisamente que ocorre nas contribuições e taxas legalmente decretadas e cobradas (existência de causa originária) mas não aplicadas, em proveito dos que as haviam pago, segundo disposições legais (desaparecimento da causa).

Passemos ao exame da letra *b,* sôbre a receita ilegítima, que se verifica nos seguintes casos: tributo cobrado sem lei que o tivesse criado, tributo de incidência não prevista na lei, tributo apoiado em lei inconstitucional e tributo fundado em lei contrária a outra lei prevalente.

Nesses casos deverá ser sempre ordenada a restituição do indébito? Absolutamente não, sob pena de virtual enriquecimento sem causa. Aqui, são reclamadas especificações, prova e debate como decorrência natural da teoria informativa do art. 964 do Código Civil Brasileiro. O *solvens* pagou uma *taxa* e, em troca, utilizou-se de um serviço público ou obteve uma retribuição direta e pessoal de valor retornado ao seu patrimônio. Êsse valor pode ser igual ou menor ao que fôra transferido sem causa ao *accipiens,* o que sòmente pode ser apurado pelas vias ordinárias.

Colin et Capitant (op. cit. pg. 232) entendem que o montante da restituição não pode ultrapassar o *quantum* do enriquecimento efetivo, eqüivalente ao que recebera o *accipiens* ou ao que desembolsara o *solvens.*

Os aspectos que vimos de apresentar admitem, em face da teoria do enriquecimento sem causa, as conclusões seguintes:

1.ª — Os impostos indevidos devem ser restituídos a quem os tenha pago e não transferido o seu *quantum* a terceiro, por meio de compra e venda (acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo e voto do Ministro Costa Manso).

2.ª — As contribuições e taxas devem ser restituídas quando não prestado o serviço a que se destinavam ou quando não feita a retribuição pessoal, nos têrmos da lei, (Veiga Filho, Demogue e Vanoni — op. cit.).

3.ª — As contribuições e taxas indevidas, aplicadas em benefício de seus contribuintes, não devem ser restituídas ou sòmente devem sê-lo em parte.

Pôrto Alegre, 31 de julho de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator:
Relator: WALTER JOSÉ DIHEL

As considerações expendidas na presente tese, e pertinentes à devolução de impostos e taxas indevidamente arrecadados, merecem aprovação com restrição quanto à primeira conclusão.

É princípio aceito que a devolução dos impostos indevidamente arrecadados deve ser efetuada ao sujeito de direito, que sofreu a percussão, desde que solicitada com guarda dos prazos legais, após a decorrência dos quais gera-se o fenômeno da prescrição.

As próprias autoridades daministrativas não são infensas à devolução dos impostos diretos.

Acentuada divergência tem ocorrido no campo da devolução dos impostos indiretos, quando arrecadados indevidamente.

Filia-se a União, pelos seus órgãos competentes, ao princípio de que os impostos indiretos não devem ser devolvidos, uma vez que se incorporam ao preço dos produtos, principalmente e são trasladados pelo sujeito de direito ao sujeito de fato do tributo, pelo fenômeno da traslação.

Argumenta-se que a devolução, após a traslação, constituiria um enriquecimento ilícito do sujeito de direito, que já teria recebido o *quantum* correspondente à imposição tributária, do consumidor.

O nosso pensamento condensa-se no princípio de que, quer se trate de impostos diretos ou indiretos, descumpre às autoridades judiciárias ou administrativas, perquirirem se o *solvens* sofreu, em verdade, a incidência, desde que indevidamente arrecadados.

Arrecadando as pessoas administrativas de direito público, coercitivamente, impostos sem que lhes socorra o amparo da lei, a devolução constitui um imperativo moral.

Tem aplicação plena ao direito público a norma salutar consagrada no artigo 964 do Código Civil Brasileiro:

> "Todo aquêle que recebeu o que lhe não era devido, fica obrigado a restituir".

Carece de amparo a tese defendida de que ao *solvens* não caberia receber do *accipiens* devolução de importâncias indevidamente pagas, desde que já houvesse sido reembolsado por terceiro. Pretende-se ver na figura do *terceiro,* o sujeito capaz para pretender a devolução (restituição).

Esquecem os que assim pensam, quê a traslação apresentada sob diversas formas, e que êste *terceiro,* por sua vez, procurará trasladar o ônus que sofreu pela forma inversa ou inversa oblíqua, até caracterizar-se o fenômeno da difusão. (V Compêndio de Ciência de las Finanzas, de Manoel Morselli, pág. 108 e sgs).

Isso significa que ao próprio *terceiro* faltaria base econômica para pleitear a devolução, por já ter trasladado ou estar tentando trasladar a outrem os ônus correspondentes, até final difusão.

Ocorre o fenômeno que Luigi Einaudi caracteriza com tanta precisão em Principios de Hacienda Pública, págs. 237 e 238.

> "Si en un mundo económico en situación de equili-
> "brio se estabelece un impuesto, grave a quien grave, el
> "equilibrio quedrá roto, porque, por ejemplo, el fabrican-
> "te que debe pagar ciertos salarios no puede ya pagar-
> "los si el costo ha aumentado o si los beenficios han di-
> "minuido a consecuencia del impuesto, o podrá pagarlo
> "en mayor medida si en su caso el impuesto, o mejor, el
> "empleo por el Estado del rendimiente del impuesto, ha
> "tenido efectos benficiosos. Se verifica um processo de
> "adaptacios, para restablecer una nueva condicion de equi-
> "librio diversa de aquella incial".

Na nossa opinião, ao contribuinte *de jure* sempre será devida a devolução dos impostos indevidamente arrecadados, independente da circunstância de ter ou não transferido o seu *quantum* a terceiro, por meio de compra e venda.

E assim pensamos, em contradição com a parte final da *conclusão* primeira da tese, por entender não ser lícito ao ente público alentar as suas receitas com impostos arrecadados sem amparo legal, e pretender furtar-se à devolução sob o fundamento de que ao sujeito de fato caberia a ação competente, figura impossível de se caracterizar em face do princípio da difusão.

Perfeitamente de acôrdo com as segunda e terceira conclusões da tese, assim concebidas:

> 2.ª — As contribuições e taxas devem ser restituídas quando não prestado o serviço a que se destinavam ou quando não feita a retribuição pessoal, nos têrmos da lei (Veiga Filho, Demogue e Vanoni — op. cit.).

> 3.ª — As contribuições e taxas indevidas, aplicadas em benefício de seus contribuintes, não devem ser restituídas ou sòmente devem sê-lo em parte.

A segunda conclusão é ampliada por alguns autores, que defendem a inexistência da obrigação tributária quando houver desproporção entre a taxa e o serviço.

É bem clara a manifestação de Mário Pugliese sôbre a matéria, em :Le tasse", pág. 42, citado por Bilac Pinto, in Revista Forense, vol. 120, pág. 58:

> "Come sarebbe illegitimo il prelevamento di una tassa senza la prestazione di alcun speciale beneficio al cittadino; o la concessione di una speciale facoltá, cosi é illegitimo il prelevamento di una tassa il cui ammontare sia sproporzionato all'entitá della causa guiridica che fa sorgere l'obbligazione".

A terceira conclusão, dentro da conceituação clássica de taxa, que apóia-se na efetiva contraprestação de um serviço, merece plena aceitação, com um esclarecimento.

Constituiria evidente enriquecimento sem causa, que fôsse facultado ao indivíduo, *após o efetivo gôzo* de um determinado serviço de interêsse público, obter a devolução do *quantum* dispendido, sob a alegação de ilegitimidade da taxa.

A única restrição que se poderia fazer prende-se à circunstância das taxas cobradas aos indivíduos, de maneira obrigatória, e de contraprestação diluída, como ocorre em muitos casos.

Ruy Barbosa, na "Rev. do Supremo Tribunal, vol. 18, págs. 103 e segs., já aceitava a figura das taxas obrigatórias e facultativas:

> "Não se pode afirmar, com exatidão, que as taxas se caracterizam com o traço de serem facultativas. Tanto assim não é, que muitos autores, como Cammeo ("Corso di diritto amministrativo", vol. I, pág. 239), as subdividem, jurìdicamente, em taxas obrigatórias e facultativas..."

Assim sendo, a terceira conclusão da tese é perfeita, desde que se configure a efetiva contraprestação de um serviço, pleiteado facultativamente pelo *solvens*.

Devolver-se, em tais casos, significaria evidente enriquecimento sem causa do *solvens,* uma vez que o pagamento não foi fruto de coação, e houve a fruição de vantagem eqüivalente ao *quantum* da taxa.

É o relatório.

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

9.ª SECÇÃO

DIREITO INDUSTRIAL E DIREITO DO TRABALHO

COMISSÃO:

Prof. Dr. Dario de Bittencourt
Dr. João Emilio Müller
Prof. Dr. Magdaleno Girão Barroso
Prof. Dr. Mozart Victor Russomano
Dr. Mario Seixas Aurvalle
Prof. Dr. Henrique Stodieck
Dr. Christiano Graeff Junior

A REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DOS EMPREGADOS DO COMÉRCIO NOS CÓDIGOS MERCANTIS

Razões da inserção de normas de direito do trabalho no código comercial de 1850 e inadmissibilidade de sua inclusão no futuro código comercial brasileiro.

Aderbal Freire

Catedrático da Faculdade de Direito e da Faculdade de Ciências Econômicas do Ceará.

I

PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850

Não obstante o concenso geral de que, desde a abertura dos portos brasileiros ao comércio com as nações estrangeiras, em 1808, se fazia imperiosa a necessidade de uma legislação comercial, codificada para o Brasil, o trabalho de elaboração do Código Comercial, que sòmente em 1833 teve início, estendeu-se por quase dois decênios.

Quando, ainda antes da proclamação da nossa independência, se cogitou, pela primeira vez, de dar ao Brasil um código do comércio, coube ao mais antigo e, sem dúvida, um dos mais notáveis dos nossos comercialistas, José da Silva Lisbôa, visconde de Cayrú, o magno encargo. Essa primeira tentativa, infelizmente, não teve curso, "por fatos que não se podem ter em conta daquele a quem fôra confiada a hercúlea tarefa e que para ela estava indicado por unânime voto" (1).

(1) ALFREDO RUSSEL — Conferência pronunciada em dez. de 1936, no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros sôbre a reforma do Código Comercial brasileiro, in Rev. de Direito Comercial, vol. 7 págs. 193 e segs.

Declarada a nossa independência política, continuamos, por fôrça da lei de 20 de outubro de 1823, a reger-nos, em matéria comercial, pela legislação da antiga metrópole e, subsidiàriamente, pela das demais nações civilizadas.

Três códigos eram considerados estatutos padrões, quando tiveram início, no país, os trabalhos do nosso atual código mercantil: o Código francês de 1807, o mais antigo de todos e modêlo de quase todos os que lhe seguiram, o Código espanhol de 1829, que, no dizer do VISCONDE DE CAYRÚ e do clássico PARDESSUS, era o mais amplo, mais explícito e mais ponderado dos três, e o português de 1833.

Deve-se à Regência permanente, de que era, então, Ministro da Justiça o cons. Aureliano Coutinho, depois visconde de Sepetiba, a iniciativa que culminou com a promulgação do código ainda hoje vigente. Designada, em 1833, uma comissão de quatro negociantes para, sob a presidência do cons. José Clemente Pereira, homem notável por seu talento e virtudes e jurisconsulto de pêso, no julgamento de ALFREDO RUSSELL e CESAR TRIPOLI (2), — elaborar um projeto de código, desobrigou-se ela de sua missão no ano de 1834, adotando, na feitura da obra que lhe fôra confiada, o duplo critério de calcá-la sôbre os princípios então consagrados nas legislações e nos usos e costumes das nações do novo e do velho mundo e, ao mesmo tempo, adequá-las às condições específicas do país e do seu povo.

Remetido à Câmara êsse projeto, inspirado nos modelos francês, espanhol e português, especialmente no segundo, foi êle submetido ao estudo de uma comissão especial composta de nove membros, tendo como relator o deputado piauiense Francisco de Sousa Martins, comissão essa que o aprovou por unanimidade. Iniciados os debates em 20 de junho de 1834, na Câmara dos Deputados, decidiu-se, na sessão de 23 do mesmo mês, por indicação do deputado Paula Araujo, submetê-lo a novo estudo por uma comissão conjunta de senadores e deputados (3).

Sòmente oito anos depois, essa comissão mista fêz presente ao Parlamento o resultado dos seus estudos, para os quais havia recebido valiosas contribuições, merecendo, entre elas, destaque especial o "Projeto de emendas", apresentado em 1836 por uma comissão de negociantes da Côrte. Levado o projeto, com as emendas recebidas, novamente à discussão na Câmara dos Deputados, em 22 de janeiro de 1845, foi o mesmo mais uma vez submetido à

(2) ALF. RUSSELL — O Direito Comercial e a sua codificação, in Livro do Centenário dos Cursos Jurdicos I, págs. 125 e segs.; C. TRIPOLI — História do Direito Brasileiro, vol. II, pág. 269.

(3) Anais do Parlamento Brasileiro, coligidos por Jorge João Dodsworth — Sessão de 1835 da Câmara dos Deputados, tomo I, pags. 186 a 202.

apreciação de uma comissão especial. Essa embora o considerasse "suscetível de alguma perfeição", opinou por sua adoção imediata, pois, no seu entender, cada dia se tornava "mais imperiosa a necessidade de dar ao país um sistema de legislação comercial, para evitar a decadência e a ruína do nosso comércio", que lutava com a incerteza das regras que regiam as questões mecantís, decididas até então "pelo arbítrio dos julgadores e mediante processos impróprios e ineficazes" (4).

Pôsto em discussão o projeto com o parecer da comissão, foram ambos, depois de rápidos debates, pràticamente os únicos que o nosso Código suscitou na Câmara baixa, aprovados em globo, em 3 de junho de 1845, sem novas alterações, para evitar o que, de ordinário, ocorre nas assembléias, onde, como afirmou um deputado, citando THIERS, "espíritos medíocres rodeiam um trabalho bem coordenado, fruto de uma profunda experiência, emendam-no, mudam aqui e ali algumas disposições e assim tal barulho armam, que um todo bem ligado e coordenado transformam em um todo informe e incoerente, sem relação com o sistema de legislação e com os fatos reais" (5).

Embora o pensamento dominante fôsse êsse de que os corpos legislativos não são, por sua natureza, os órgãos apropriados para a feitura dos códigos, cabendo-lhes apenas aceitar ou recusar a obra dos técnicos, o Senado do Império houve por bem fazer passar o projeto aprovado na Câmara pelo crivo de longas e severas discussões, em duas sessões legislativas, do que resultou a adoção de numerosas emendas, aprovadas tôdas elas, em 6 de março de 1850, na Câmara dos Deputados, pelo mesmo critério aclamativo, embora com o protesto de alguns membros daquela casa legislativa, entre os quais, o deputado paràense Bernardo de Souza Franco, antigo Ministro do Império e mais tarde visconde de Sousa Franco, que se insurgiu denodadamente contra a aprovação, sem debates, das referidas emendas (6).

Aprovada a sua redação final em 22 de março daquele ano, foi êle sancionado em 2 de maio e promulgado em 25 de junho, por lei que tomou o número 556 e entrou em vigor seis meses após a sua publicação.

Foi assim que se deu ao país uma das leis que, no dizer de SILVA LISBOA, é "das mais debatidas e esmerilhadas do nosso corpo de legislação" e que, "posta em confronto com legislações similares, não tem de que enrubescer". A respeito dela, aquêle grande comer-

(4) Anais do Parlamento Brasileiro, coligidos por Antonio Henoch dos Reis — Segunda sessão de 1845, tomo I, pág. 681.

(5) Anais cits. tomo II, pag. 24.

(6) Anais do Parlamento Brasileiro, coligidos por Antonio Pereira Pinto — Sessão legislativa de 1850 da Câmara dos Deputados, tomo II, págs. 63 a 72.

cialista, que só agora vai recebendo a justa consagração de sábio (7), ainda acrescenta, no seu vetusto "Princípios de Direito Mercantil a Leis da Marinha": "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, aceitando 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 coloridos pátrios"(8).

Maior elogio não se lhe poderia dispensar do que o dizer-se que, por todo um século, vem êle regendo, sem desdouro, relações jurídicas que se processam num campo de atividades, com o comércio susceptível às mais variadas mutuações e, muito especialmente, sujeito às modificações que os progressos técnicos imprimem às sociedades ,os quais, é bem ressaltar, durante êsse século de sua vigência foram mais intensos e conturbadores do que em qualquer outra fase da história da humanidade (8a).

Na opinião de CARVALHO DE MENDONÇA, revela um adiantamento notável sôbre os que lhe serviram de modêlo, tendo sido o primeiro trabalho original dêsse gênero que apareceu na América, pois os de Haití e o da Bolívia, promulgados, respectivamente, em 1826 e 1834, não passavam de cópias servis do Código francês, o primeiro, e do espanhol, o segundo.

Mas onde, a nosso ver, êle mais se alteia e se faz credor da admiração de qualquer jurista que o analise através de um confronto entre a mentalidade dominante na época da sua formação e as concepções jurídicas atuais, é com relação às normas de cunho social contidas no seu contexto e que constituem um notável e surpreendente avanço legislativo, uma vez que os autores daquele código, como que num prenúncio às modernas concepções jurídicas-sociais, se anteciparam em várias dezenas de anos ao atual direito do trabalho, de que são,dessa forma, legítimos precursores, juntamente com o legislador ibérico que, sob os auspícios de Fernando VII, deu à Espanha o Código de 1829.

(7) A. RUSSEL — Conferência cit.
(8) VISCONDE DE CAYRÚ — Princípios de Dir. Mercantil e Leis de Marinha, 1874, vol. I, pág. DCXLVIII.
(8-a) Essa assertiva não importa em negar as profundas mutilações que o nosso Código Comercial tem sofrido, entre as quais sobrelevam as referentes ao instituto da falência, aos títulos de crédito e a alguns tipos de sociedades mercantis. Cumpre, entretanto, notar que, quanto aos mais, ainda prevalecem, em suas linhas gerais, as diretivas traçadas pelo legislador de 1850.

E' êsse aspecto do Código Comercial brasileiro que, mais de perto, interessa ao presente trabalho e que, para sua melhor compreensão, exige se examine, preliminarmente, qual o desenvolvimento alcançado, até a época de sua feitura, pelas idéias que deram origem ao moderno direito social.

II

O DIREITO DO TRABALHO NA ÉPOCA DA PREPARAÇÃO DO NOSSO CÓDIGO COMERCIAL

O século XVIII expirou sob o signo de dois acontecimentos de magna importância, fadados ambos a provocar as mais profundas transformações associais já observadas na história da civilização. O primeiro dêles, no terreno político, a Revolução Francesa de 1789, representou o triunfo da filosofia individualista e dos pressupostos liberais, de que resultou a extinção do regime das corporações e a implantação de um sistema jurídico em que predominava o princípio da liberdade de contrato, como conseqüência da soberania da vontade individual. O segundo, no campo da ciência, ponto de partida da chamada revolução industrial, é a descoberta da máquina a vapor, acontecimento, para MORIN, "plus lourd de conséquence que la Revolution politique de 1789" (9), que, no pensar de BERGSON, servirá para definir uma idade e do qual se falará mais tarde como hoje nós falamos do bronze e da pedra lascada (10). Já hoje, decorridas quase duas centúrias dessa dupla revolução, é possível afirmar com segurança que êsses dois acontecimentos, embora simultâneos na história da humanidade, não se compadecem, pois o antagonismo entre a revolução das idéias, oriunda do primeiro, e a revolução dos fatos, que resultou do segundo, cedo se revelou. E nesse grave entrechoque dos fatos com as idéias, só estas teríam de ceder terreno, para conformar-se à realidade, pois à marcha inexorável dos acontecimentos não seria possível opor barreira.

As grandes concentrações industriais e comerciais, criadas pelo novo regime econômico, em pouco tempo puseram em destaque essa incompatibilidade entre a realidade dos fatos e o sistema jurídivo vigente. O domínio das fôrças naturais pelos novos processos técnicos exigia o esfôrço coletivo e conjugado de numerosas "equipes" de trabalhadores e, como essas "equipes" estão sempre em função de um equipamento, "le maître de l'équipement risque de devenir le maître de l'équipe", observa SAVATIER (11).

(9) GASTON MORIN — La révolte du droit contre le code, pág. 15.
(10) BERGSON — L'evolution créatrice, pág. 151.
(11) R. SAVATIER — Les Metamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui, pag. 13.

Dentro de pouco tempo se havia chegado a uma situação deplorável, sob certos aspectos pior do que a escravatura, porque, aos escravos, o senhor, pelo menos, curava de sua conservação, receoso do prejuízo econômico que resultaria de sua morte, enquanto a vida dos trabalhadores nada representava para os chefes das indústrias.

A decantada igualdade, pregada pelos teóricos liberais e individualistas, constituiu-se um mito e a justiça, que se pretendeu alcançar, através de relações contratuais travadas num clima de antonomia e liberdade, degenerou em iniqüidade.

A constatação gradativa dessas verdades provocou, aos poucos, o nascimento de um anseio de justiça social, exigindo que o Estado se colocasse ao lado do fraco na luta tremendamente desigual a que, por amor a um princípio, vinha êle assistindo impassível.

Essa marcha, rumo a um ideal de justiça, tem sido mais ou menos lenta e já dura cêrca de um século e meio, podendo a sua história ser dividida em quatro grandes fases, cada uma tendo por ponto de partida um acontecimento de irrecusável repercussão social. A primeira delas vai, como assinalam GRANIZO e ROTHVOSS, das primeiras leis concernentes ao problema do trabalho até a publicação do manifesto de Marx e Engels em 1848, marco inicial do segundo período, que se estende até a Conferência de Berlim, em 1890, e a publicação da encíclica "Rerum Nevarum", de Leão XIII, em 1891. O terceiro período data dessa época até o Tratado de Versalhes, em 1919, que é o ponto de partida do atual ciclo do direito trabalhista (12).

As primeiras legislações comerciais codificadas e, entre elas, a do Brasil, foram elaboradas durante a primeira fase dessa evolução, fase em que, pròpriamente, não se podia, ainda, falar em legislação do trabalho e que é, por assim dizer, a prehistória do direito operário. Além da lei inglêsa de 1802, sem dúvida a primeira de índole realmente social, proibindo o trabalho noturno dos meninos nas fábricas téxteis e fixando-lhes a jornada em 12 horas, limitações estendidas, mais tarde, em 1819, aos trabalhadores menores de qualquer indústria, e alteradas, em 1825, com a redução da jornada para 11,30 horas, e em 1833, para 8 horas, afora a regulamentação do trabalho de menores e mulheres na Alemanha, a partir de 1839, na França, em 1841, e na Itália, em 1843, nada mais digno de destaque pode ser assinalado nesse primeiro período da história da legislação do trabalho, que se caracteriza especialmente pelo fato de que "se muestran las leyes sociales como hechos aislados en ciertas naciones, debidos a sugestiones filantropicas" (13).

(12) L. MARTIN-GRANIZO e M. GONZALEZ-ROTHVOSS — Derecho Social, pags. 24 e segs.

(13) Obr. cit. — pág. 24.

Não obstante, já então, a situação angustiosa das classes operárias reclamar medidas governamentais que pusessem côbro sôbre à miserável espoliação que se processava às vistas dos podêres públicos, difícil se fazia, naqueles períodos da história, a promulgação de leis protetoras do trabalho, não só como decorrência da mentalidade anti-intervencionista ainda em pleno fulgor, como também por ser corrente então a crença de que a nação que se dispusesse a estabelecer limitações no campo do trabalho veria cedo refletir-se essa sua atitude num decréscimo de produção, com perniciosas repercussões no páreo da concurrência econômica com os demais países.

Nessa persuasão, que os fatos vieram mais tarde mostrar ser errônea, os Estados se recusavam a intervir no choque tremendo entre o capital e o trabalho, o que levou certos espíritos mais avançados, apiedados da situação do proletariado, a lutar por uma legislação internacional do trabalho (14).

Foi, pois, nesse ambiente de escassas iniciativas legais com relação ao problema social, em quase todos os países do universo, que se processou a elaboração do nosso código de comércio e daqueles que lhe serviram de modêlo.

III

AVANÇOS SOCIAIS DOS CÓDIGOS MERCANTIS DA ESPANHA, PORTUGAL E BRASIL

Não pode deixar de surpreender àquele que estuda hoje a obra dos legisladores comerciais de há mais de um século a quase presciência cmo que foram encarados determinados aspectos das relações jurídicas que vinculam os chamados prepostos comerciais aos seus empregadores. E essa agudeza é tanto mais notável quanto é certo que, estabelecendo normas destinadas a reger relações entre indivíduos maiores e capazes, feriam de cheio o tabu da autonomia plena das vontades contratantes, numa época em que apenas alguns poucos turibulários menos exaltados dessa soberania da vontade concordavam em transigir, exclusivamente quando se tratasse de contratante menor. Essa transigência, no terreno do direito positivo, se corporificara, até então, num único diploma legal conhecido, — a lei inglesa de 1802, com as ampliações de 1819, 25 e 33, e só bem mais tarde se manifestou, na legislação de outros países, como a Alemanha, em 1839, a França, em 1841, a Itália, em 1843, a Espanha, em 1873,

(14) Robert Owen, filantrópico industrial inglês, dirigiu-se em 1.818 às potências reunidas em Aix-la-Chapelle, pedindo a adoção de leis internacionais para o trabalho; Villermé, em 1839, e depois Steinthal e Daniel Legrand, entre outros, pugnaram por idêntico desideratum.

a Bélgica, em 1884, Portugal, em 1889, etc., em todos êles, por conseguinte, posteriormente ao processo de feitura daqueles códigos.

Das três codificações em que se esteou o legislador brasileiro, à espanhola cabe a primazia na adoção de medidas de tutela aos prepostos comerciais, muito embora, não lhes atribuindo caráter imperativo, com o admitir pacto em contrário, haja o legislador espanhol, a nosso ver, perdido, em grande parte, as honras de precursor da moderna legislação social, que já lhe foi atribuída (15), em favor do legislador brasileiro, a quem cabe o mérito de haver suprimido aquela condição restritiva à aplicação das normas em aprêço, que lhes emprestava caráter opinativo.

Não se conhecem, precisamente, quais os motivos que inspiraram ao legislador ibérico aqueles preceitos, dizem ALIOMAR BALEEIRO e LUIZ VIANA FILHO, no seu interessante trabalho sôbre "O direito dos Empregados no Comércio" (16), interessante e precioso para o estudo da situação jurídica do preposto comercial no direito brasileiro, o qual, além disso, tem o duplo merecimento de ser a primeira e talvez única monografia sôbre o assunto publicada no país e de ter vindo à luz numa época em que problemas dessa espécie ainda não atraíam a atenção dos nossos juristas.

Embora tenha sido o código espanhol calcado no Código Comercial francês de 1807, as mencionadas disposições, que dêsse não constavam, constituíram, naquele, inovações, atribuíveis, talvez, a ligeiras sugestões existentes na obra de PARDESSUS (17), cuja primeira edição surgiu em 1814, e aproveitadas pela comissão composta de Porcil, Pellegrin e Ballarino, encarregada, por Fernando VII, em 1827, de preparar a codificação comercial espanhola (18). A inserção de tais dispositivos cresce de mérito quando é sabido que, a êsse tempo, o código comercial russo reconhecia aos comerciantes o direito de impor correções domésticas aos seus empregados.

O legislador português de 1833, embora se haja limitado a compilar tais preceitos do código espanhol, mesmo assim merece louvo-

(15) ALIOMAR BALEEIRO e LUIZ VIANA FILHO — O direito do Empregado do Comércio, Baía, 1932, pág. 191.
(16) Pág. 191.
(17) Cours de Droit Commercial.
(18) A. BALEEIRO e L. VIANA FILHO — ob. e loc. cits. — Segundo GELLA, "deseando las Cortes unificar el Derecho Español, en estado poco armónico después de la publicación de la Novíssima Recopilación, se nombró, en las de 1810, una comision para que redatara un proyecto de Código de Comércio, que no pudo terminar su cometido por las vicisitudes constitucionales de la epoca. Renació la idea en 1820, y una nueva comision fué designada, sin que de ella saliera tampoco el tan deseado cuerpo legal; asi as cosas, em 1827 don Pedro Sainz de Andino elevó una exposición al Monarca razonando la necessidad de una reforma en la legislacion mercantil, y ofreciendo, por su parte, la redacción de un Código de Comércio; y llevado a cabo su propósito, el proyecto presentado mereció la aprobacion de Fernando VII, quien lo promulgó en 30 de Mayo de 1829, comezando a regir en 1. de enero siguiente". (A VICENTE GELLA — Introducion al Derecho Mercantil Comparado, pág. 28 e 29).

res por haver admitido e perfilhado normas que teria certamente repelido se se houvesse deixado empolgar pelo espírito da época.

Por seu lado, o código brasileiro, expungindo aquelas normas do seu principal defeito, que era só lhes dar validade na hipótese de silêncio do pacto, avantajou-se muito, nessa matéria, ao seu similar ibérico.

O estudo detido da posição tomada pelo Código de 1850, com relação a diversos problemas que são objeto dos mais agitados debates, à luz das novas concepções que o direito do trabalho há formulado, dar-nos-á melhor idéia do alto grau de desenvolvimento da mentalidade que presidiu à sua feitura e da extraordinária intuição dos seus autores, a respeito de tais problemas.

Essa singular atitude do legislador de cem anos atrás tem um sentido de certo modo profético ,que, como investigação útil à história do direito do trabalho, não pode ser desprezada pelos cultores dêsse moderno direito.

A) *A questão da natureza jurídica da relação de trabalho*

Desde algum tempo se vêm travando, no campo do direito social, acirrados debates em tôrno da natureza jurídica da relação individual do trabalho. Para uns, ela, na sua essência, conserva a índole contratual primitiva, não sendo a circunstância de estar hoje sujeita a intensa e variada regulamentação que lhe despoja dêsse caráter. Acham outros que, havendo uma certa prevalência dos aspectos eminentemente pessoais sôbre o conteúdo patrimonial da referida relação, não será possível enquadrá-la no sistema contratual clássico, e, por isso, dão-lhe um caráter institucional, considerando a emprêsa como uma *comunidade de exploração* ou *unidade econômica hierarquizada,* constituída do *chefe,* que é o empregador, e do *pessoal,* que é o agrupamento dos empregados.

Essa noção de comunidade hierarquizada decorre, pròximamente, das concepções políticas que floresceram na Europa nos dois últimos decênios e foi especialmente consagrada no direito positivo alemão, durante o regime nacional-socialista, onde a emprêsa era dirigida por um *Fuhrer,* a que o seu pessoal ou *séquito* (Gefolgshaft) devia obediência e respeito.

Êsse princípio de chefia ou *Fuhrer-prinzip* encontra seu fundamento na concepção formulada pelo direito germânico da comunhão de interêsses e aspirações entre os dois fatôres da produção, como uma réplica à teoria socialista da luta de classes, por isso que, no entender de POLO, um dos técnicos do anti-contratualismo, não basta, para suprimir a arraigada noção de luta de classe e mudar a fisionomia do contrato de trabalho, o deslocar-lhe o centro de gra-

vidade do campo dos direitos patrimoniais para o terreno dos direitos pessoais (19).

Muitos outros juristas, contudo, sem qualquer relação doutrinária com as concepções político-jurídicas totalitárias, negam à relação de emprêgo o caráter estritamente contratual e entre êles se contam os que receberam a influência do *institucionalismo* de HAURIOU e os seguidores da teoria do *ato-condição* de DUGUIT. Além de MADRID, que tentou formular uma teoria especial da instituição *sui-generis* (20), vale mencionar, ainda, SCELLE (21) e DE LA CUEVA (22).

Por mais ousada que pareça a assertiva, um exame cuidado da sistemática adotada pelos autores do nosso Código de 1850 revela que êles, deliberadamente ou não, já naquelas recuadas eras da primeira metade do século passado, tomaram posição com respeito ao problema da natureza jurídica das relações entre os comerciantes e seus prepostos, o qual, só muito mais tarde, polarizou o interêsse doutrinário dos juristas. Essa é, sem dúvida, a conclusão a que se pode chegar, observando-se a disposição adotada pelo Código, com referência à questão dos prepostos comerciais.

Efetivamente, reservando vários títulos de sua primeira parte — Do comércio em geral — aos contratos e obrigações mercantis (Títulos V e sgs.), preferiram, os responsáveis por sua fatura, não incluir entre êsses a preposição mercantil, situando a regulamentação dos prepostos e demais agentes auxiliares do comércio logo em seguimento aos capítulos sôbre os comerciantes e praças de comércio. Essa integração virtual dos agentes auxiliares do comércio ao negócio condiz com as teorias modernas de comunidade da emprêsa.

Convém ainda frisar que essa integração resulta, na sistemática de nosso Código, não só da disposição dada às matérias, como das próprias expressões legais que revelam ter sido êsse o propósito deliberado do legislador. Veja-se, *verbi gratia,* no artigo 74, o emprêgo da expressão *"prepostos das casas de comércio"* e a exigência de uma *nomeação* que "devem receber de seus patrões ou preponentes", como título de sua investidura, ao invés do instrumento do contrato.

O eminente CARVALHO DE MENDONÇA pôs em destaque essa faceta do nosso Código Comercial, louvando-lhe o acêrto, pois considera o sistema digno de aplausos, uma vez que, com referência a êsse assunto, há predominância do caráter pessoal, embora exis-

(19) ANTONIO POLO — Del contrato a la relación de trabajo, pág. 79.
(20) ALFONSO MADRID — Derecho laboral español, 1936, págs. 221 e segs.
(21) GEORGE SCELLE — Précis de Legislation Industrielle, pags. 173 e segs.; Le Droit Ouvrier, págs. 108 e segs.
(22) MARIO DE LA CUEVA — Derecho Mexicano del Trabajo, tomo I, pág. 351.

ta algo de contratual. E, a propósito, afirma aquêle nosso grande comercialista, ser feliz o emprêgo da expressão "prepostos das casas de comércio", a qual "bem traduz a posição dos empregados no comércio, elementos dessas casas" (23).

E' bem de ver, entretanto, que êsse critério adotado pelo legislador brasileiro, como pelos que elaboraram os códigos estrangeiros que lhe serviram de molde, é um remanescente das antigas relações que ligavam ao comerciante o seu pessoal auxiliar e que tinham sua origem, não nos quadros romanos do contrato de locação, mas naquele outro, de assinalável sabor medieval, dos chamados *serviços fiéis,* de origem germânica (Treudienstroentrag). Segundo GARRIGUES, a emprêsa mercantil da época precapitalista constituía antes uma *comunidade doméstica de trabalho* que, quando não se fundava em vínculos de sangue, tinha sua base em vínculos de proteção ao empregado e de confiança recíproca entre êsse e o comerciante (24). Foi nesse regime de subordinação hierárquica e de lealdade e respeito mútuo, característico das antigas "encomendaciones" espanholas da época visigótica, que inspirou, em parte, a moderna conceituação de relação do trabalho, em que, certamente, foram abeberar-se, nesse particular, os códigos comerciais da primeira metade do século XIX.

B) *As garantias do direito ao emprêgo*

Uma das modificações trazidas pelo direito do trabalho às regras tradicionais que informavam os ordenamentos jurídicos foi a imposição de restrições á ruptura dos contratos de duração indeterminada.

A *soberania* da vontade, elevada à condição de regra inflexível, tinha como conseqüência imediata a *escravização* dessa mesma vontade à fôrça obrigatória dos contratos, pois, no sistema jurídico liberal, o indivíduo é *livre* para celebrar o contrato e, desde o instante em que o celebra, é *escravo* dêsse mesmo contrato.

Como corolário dessa regra do *pacta sunt servanda,* fixado um prazo de permanência das regras pactuadas, êsse teria de ser estritamente comprido até final, pouco importando que, pela superveniência de motivos os mais justos, a vontade atual de um dos contratantes não coincidisse mais com a vontade inicial, expressa na conclusão do contrato. Da mesma forma, estabelecida no contrato, pela não fixação de um prazo certo de duração, a faculdade de rom-

(23) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. II, pág. 435.
(24) GARRIGUES — Del viejo Derecho Mercantil al nuevo Derecho del Trabajo, pags. 61/2.

pê-lo a qualquer momento, não seria possível obrigar a sua continuação, quando uma das partes desejasse desvencilhar-se do vínculo, ainda que a justiça, a eqüidade ou mesmo as necessidades da ordem social reclamassem a sua conservação.

Foi justamente no direito do trabalho onde se fez sentir com mais intensidade a tendência moderna para atenuar os êrros dessa construção clássica, abrandando a rigidez daqueles princípios, num como retôrno ao direito dos canonistas e teólogos da Idade Média, que vedava as explorações à sombra do contrato, a chamada *injustiça usurária,* pois, como afirmava BOSSUET, no seu "Sermão sôbre a justiça", "la justice veut qu'on ait égard non seulement à l'obligation, mais à l'état de celui qui doit".

Um dos sinais da insurreição contra o rigor do princípio da soberania da vontade, que se vem processando através das novas concepções jurídicas, vamos encontrar nas restrições, cada vez mais severas, à rescisão arbitrária do vínculo contratual do trabalho, mesmo quando estabelecido sem prazo certo. Essas restrições, que já hoje atingem, em certas hipóteses, a supressão total da faculdade de partir a relação que o velho direito assegurava plenamente às partes, nos contratos sem duração determinada (25), tiveram suas primeiras manifestações nos códigos comerciais promulgados depois do Código francês, com o proibirem-se, por disposição expressa, os rompimentos bruscos das relações entre o comerciante e os seus prepostos, isto é, sem ciência prévia da outra parte contratante, com o prazo mínimo de 30 dias.

Êsse princípio, ainda hoje inscrito em tôdas as legislações sociais dos povos cultos, embora mais circunstanciadamente regulado, constituindo o chamado instituto do aviso prévio, representa um notável avanço para a época em que foi formulado, uma verdadeira inovação jurídica, das mais singulares, sem dúvida, para o tempo, e, certamente, de difícil justificação e entendimento, dada a sua inadequação às nascentes filosóficas que informavam todo o ordenamento jurídico de então.

Para fazer-se melhor idéia de quanto madrugaram, nesse terreno, os legisladores mercantis daquela época, basta que se atente para a circunstância de que o nosso Código Civil, elaborado quase 70 anos depois, foi, a êsse respeito, bem mais parcimonioso, cingindo-se a estabelecer, nas chamadas locações de serviço, o preaviso de oito, quatro e um dia, conforme a periodicidade de pagamento do salário (26).

(25) A estabilidade no emprêgo, depois de um decênio de casa, é um exemplo da abolição total dessa faculdade.
(26) Código Civil, art. 1-221 e § único.

C) *Proteção do empregado nos infortúnios imprevistos e inculpados.*

Talvez, dos chamados favores legais do Código Comercial de 1850 aos empregados do comércio seja o contido no artigo 79 o que encerre maior sentido social.

Efetivamente, quando o legislador, naquele preceito, estabeleceu que cabia aos empregadores a obrigação de assegurar aos seus prepostos os respectivos salários, até três meses consecutivos, no caso de qualquer acidente imprevisto ou inculpado impedi-los de exercer as suas funções, teve em mira oferecer um amparo efetivo ao empregado, nos momentos em que, por motivos alheios à sua vontade, fica êle privado do seu ganho normal.

Inegàvelmente, mais do que a respeito de qualquer outra das obrigações prescritas aos comerciantes para com os seus prepostos, razões de ordem social devem ter impelido os arrojados legisladores comerciais da época a consignar tal norma na legislação positiva, embora transcendendo as lindes da construção contratual então prevalente.

Sendo pacífico, ao tempo, resultar a relação de emprêgo de um contrato tìpicamente comutativo, em que a contraprestação de um dos contratantes está condicionada à prestação por parte do outro, isto é, em que o pagamento dos salários vale como preço do serviço fornecido e, sem a prestação dêste, a contraprestação daquele não seria exigível, a obrigação de pagar salários sem receber serviços constitui uma violência à estrutura jurídica erigida sôbre tais fundamentos.

Modernamente, com o desenvolvimento da política social, se tem procurado encontrar o fundamento jurídico dessa proteção ao empregado, durante os infortúnios não oriundos do trabalho, no princípio de que o salário não será jamais o preço justo do serviço prestado, enquanto o seu valor não fôr suficiente para atender, além das necessidades imediatas e atuais do trabalhador, as do tempo em que, por fatores estranhos à sua vontade, fique êle impossibilitado de trabalhar.

Os comentadores de nosso Código Comercial, tendo à frente CARVALHO DE MENDONÇA, o maior de todos, vêm naquela disposição da nossa lei comercial uma resultante do caráter de alimentos que têm os salários, de onde a conveniência de impor o seu pagamento independentemente da prestação de serviços, nas hipóteses de acidentes imprevistos e inculpados, em que aquêle eminente comercialista faz compreender, por eqüidade, os dias de nojo e bodas e aquê-

les em que o preposto tiver de desempenhar deveres cívicos ou serviços públicos honorários (27).

D) *Ressarcimento dos danos extraordinários*

O artigo 80 do Código Comercial brasileiro e o artigo 202 do antigo Código Comercial espanhol são, sem dúvida, os mais antigos precedentes legislativos de que há notícia, com referência ao problema dos acidentes do trabalho.

Nesse passo, como nos demais, o legislador nacional e o legislador espanhol, aquêle talvez mais do que êste, pelos motivos que mais adiante mostraremos, revelaram-se avançados em várias décadas a respeito de questões que, até então, longe estavam de preocupar a atenção dos responsáveis pelo destino das sociedades.

Sabe-se que data de pouco mais de setenta anos a evolução das teorias relativas à responsabilidade pelos danos decorrentes dos infortunios do trabalho e que essa evolução envolve uma das transformações mais radicais nas idéias primitivamente dominantes. Comentando-a, diziam CAPITANT e CUCHE, há vinte anos: "Nous rencontrons ici un des exemples les plus interessants des changements que peuvent se produire dans les idées morales des hommes". E acrescentavam: "Il y a cinquante ans, ancune législation n'admettait que le chef d'entreprise fût, comme tel, et abstraction fait de toute faute commisse par lui ou ses préposés, obligé de réparer les conséquences dommageables des accidents" (28).

A teoria do risco profissional, hoje geralmente aceita e adotada em quase tôdas as legislações, chegou a ter o seu reverso admitido em países como a Inglaterra, que fazia, em todos os casos, recair o risco sôbre o operário, isentando de qualquer responsabilidade o patrão, sob o fundamento de que se presumia haver aquêle, ao contratar-se, assumido todos os perigos inerentes à sua profissão e envolver o salário o prêmio referente a êsse risco.

Antes da legislação alemã de 1884, a primeira a perfilhar a teoria do risco profissional, a matéria de acidentes era regulada pelos princípios de direito comum concernentes à responsabilidade civil, com a aplicação, por largo tempo, da teoria tradicional da culpa subjetiva ou aquiliana, segundo a qual, sòmente nos casos de acidentes em que ficasse provada a negligência ou imprudência do patrão, lhe seria imputável a responsabilidade dos danos sofridos pelo operário.

Contrariando essa tese, que se manteve em pleno fastígio na doutrina e na jurisprudência até as vésperas do último quartel do século

(27) Ob. e vol. cits. págs. 453/4.

passado, dispôs, em 1850, o nosso Código Comercial que, "se, no serviço do preponente, acontecer ao preposto algum dano extraordinário, o preponente será obrigado a indenizá-lo, a juízo de arbitradores" (29).

Não cogitou o legislador comercial de saber se o dano sofrido pelo empregado resultou de culpa do empregador, condicionando a responsabilidade dêste apenas ao fato de ocorrer o acidente no seu serviço. Ainda mais: não excluiu do âmbito de ação dêsse dispositivo os danos para os quais o preposto contribuisse com culpa. Um confronto entre aquêle dispositivo e o artigo 79 torna evidente ter sido êsse o propósito do legislador, pois, para os casos previstos nesse último, impôs tal condição, quando se referiu a "acidentes *inculpados*", ao passo que silenciou quanto ao primeiro.

Cumpre ainda ressaltar que, enquanto o dispositivo correlato do código espanhol onde o nosso legislador foi buscar a inspiração para a regra em aprêço, só abrangia os acidentes que resultassem imediatamente do trabalho, isto é, "por efecto immediato y directo del servicio" (30), o código nacional apenas exigia que o acidente se desse *no serviço do preponente*, o que, inquestionàvelmente, estendeu o âmbito de aplicação da lei brasileira, envolvendo os acidentes ocorridos durante a prestação de trabalho, embora não originados direta e imediatamente dêste.

Para ALIOMAR BALEEIRO e LUIZ VIANA FILHO (31), os fundamentos jurídicos dessa avançada disposição da nossa legislação mercantil codificada só podem ser encontrados na teoria da responsabilidade objetiva (du fait des choses), muito mais tarde idealizada por SALEILLES e JOSSERAND, enquanto, para JORGE AMERICANO, tem ela os mesmos fundamentos da moderna teoria do risco profissional (32).

Por sua vez, BENTO DE FARIA, comentando essa disposição, admite que a indenização nela prevista independe da concorrência de culpa por parte do preponente, aceitando assim tenha sido a noção da culpa objetiva, só muitos anos mais tarde desenvolvida, a inspiradora de tal preceito (33).

Evidentemente, em face dos termos daquele dispositivo, a obrigação de ressacir os danos ocorridos no serviço não está condicionada à prova da culpa do patrão, nem tampouco desaparece nas hipóteses de culpa do preposto ou de caso fortuito.

Tais conclusões, que aquela recuada disposição legal comporta, sem qualquer violência à sua letra ou ao seu espírito, só se tornaram

(28) HENRI CAPITANT e PAUL CUCHE — Précis de Legislation Industrielle, Paris, 1930, pág. 274.
(29) Cód. Com., art. 80.
(30) Cód. Com. espanhol de 1829, art. 202.
(31) Ob. cit., págs. 207 e segs.
(32) Rev. de Direito, vol. 87, pág. 238.
(33) Cód. Comercial Brasileiro Anotado, 2.ª ed., pág. 69.

possíveis, quanto aos acidentes do trabalho em atividades por ela não compreendidas, com o advento das teorias relativamente recentes da responsabilidade pelo fato das cousas e do risco profissional, que informam, hoje em dia e sòmente de alguns anos a esta parte, as diversas legislações específicas das nações civilizadas.

Que maior galardão, pois, poderia reivindicar o nosso arguto legislador comercial da primeira metade do século passado?

E) *A irrenunciabilidade dos direitos do empregado.*

Há, entretanto, um aspecto do problema que vem prendendo a nossa atenção, no presente trabalho, que merece destaque especial. Quanto a êle, as honras que, por justiça, têm sido, até aqui, repartidas entre o legislador nacional e os autores dos códigos espanhol e português, de 1829 e 1833, respectivamente, cabem, por inteiro, aos responsáveis pela feitura do nosso grande estatuto legislativo de 1850.

Se a inspiração para os preceitos de natureza social que vimos estudando até aqui, o legislador brasileiro a foi beber nos citados códigos ibéricos, a alteração substancial que êle imprimiu a tais preceitos, deu-lhes caráter original, e emprestou-lhes o aspecto de verdadeiras prescrições de tutela, de natureza perfeitamente assemelhável à que caracteriza as atuais legislações protetoras do trabalho.

As correspectivas disposições daqueles dois códigos, incluindo no seu texto uma cláusula tendente a permitir a sua derrogação através de convenções privadas, elidiram, em grande parte, as vantagens sociais que poderiam advir da sua aplicação, e, assim, perderam, quase radicalmente, o caráter de normas de legislação do trabalho, dentro do seu moderno conceito. As referidas normas, por conseguinte, dificilmente poderiam ser incorporadas, sem dissonância, ao que atualmente se convencionou chamar legislação social, o que, fora de qualquer dúvida, não ocorre com as correspondentes disposições do código brasileiro.

Senão vejamos.

O artigo 201 do Código Comercial espanhol de 1829, matriz da disposição análoga do Código Comercial português de 1833 e do artigo 79 do nosso Código, estabelece que não interromperão a percepção de salário, até três meses, os acidentes imprevistos e inculpados que impeçam os gerentes e prepostos de desempenhar o seu serviço, e acrescenta de maneira expressa: "como no haya pacto em contrario".

Também o artigo 202 daquele mesmo Código, fonte do art. 80 da nossa lei comercial, dispõe que cabe ao empregador indenizar o empregado, se, por efeito imediato e direto do serviço que preste o preposto do comércio, experimentar êle algum gasto extraordinário ou

perda, "sobre cuya razón no se haya hecho pacto expreso entre él y su principal".

Fazendo-se o confronto entre o preceito nacional e a regra legal estrangeira, nos dois casos, observa-se, de logo, que o legislador brasileiro excluiu as condições" como no haya pacto en contrario" e "sobre cuya razón no se haya hecho pacto expresso entre él y su principal".

Não se poderá jamais, de boa fé, negar que essa dupla exclusão foi deliberadamente levada a efeito, com o propósito de afastar a possibilidade de estabelecer-se, por pactos privados, condições diversas daquelas que o legislador achou de bom alvitre impor aos contratantes, na constituição do vínculo de emprêgo.

O espanhol de 1829 e, depois, o luso que lhe seguiu as pegadas legislaram para a hipótese do silêncio do contrato, da abstenção dos convenentes com relação à matéria. O legislador brasileiro instituiu normas aplicáveis a qualquer contrato, dispusesse ou não sôbre o assunto, por isso que, se êle pretendesse admitir convenção em contrário ao disposto nos referidos artigos, teria reproduzido na íntegra os preceitos que utilizou por modêlo.

Assim agindo, deu-lhes, àqueles direitos que conferiu aos empregados do comércio, um caráter que hoje é condição essencial para a eficiência de qualquer norma trabalhista, a *irrenunciabilidade* por convenções privadas.

Resultante lógica do princípio da desigualdade econômica entre os dois agentes da produção, a inderrogabilidade por pactos privados das normas de proteção ao trabalho, ou a irrenunciabilidade a essa proteção constituiu a melhor garantia de eficácia da tutela estatal ao econômicamente fraco, que, em razão de suas próprias condições, pode ser coagido a abdicar dessa proteção.

Emprestando, por conseguinte, o caráter de irrenunciáveis aos direitos atribuidos aos prepostos no comércio pelos arts. 79, 80 e 81, o nosso vetusto Código Comercial alteou-se sôbre os seus congêneres e revelou, mais a êsse respeito do que quanto aos demais, a profunda agudeza intelectiva de seus autores, a ponto de aflorar problemas que sòmente depois de mais de meio-século vieram à tona dos debates, solvendo-os com maravilhosa intuição e notável felicidade ([34]).

(34) Para não alongar o presente trabalho, deixamos de focalizar outras disposições de natureza nìtidamente social, contidas no nosso Código de 1850, quer ainda na parte geral, quer na referente ao comércio marítimo, onde encontraremos preceitos como os dos arts. 547 e 560 que apresentam estreita analogia com os princípios dos arts. 80 e 79, respectivamente.

IV

ÍNDICE DA MENTALIDADE QUE PRESIDIU À FEITURA DO CÓDIGO DE 1850

A investigação histórica que vimos empreendendo, talvez mais extensamente do que se fazia necessário, já a essa altura nos permite formular a primeira conclusão que pretendemos extrair dêste estudo. E' essa primeira conclusão a de que, feita a análise do estado em que se encontravam os estudos relativos aos problemas oriundos das relações de trabalho, que o legislador de 1850 precisou regular no Código Comercial, e verificada a penetrante acuidade e, sob certos aspectos, a quase antevisão do direito do futuro com que soube fazê-lo, imprimindo-lhes diretrizes que, se houvessem logrado aplicação, teriam deixado o empregado do comércio no Brasil em situação altamente privilegiada com relação aos demais trabalhadores dos diversos países, vale êsse fato como um seguro índice da mentalidade que presidiu à elaboração do nosso centenário Código Comercial.

Efetivamente, mais perfeita medida não seria possível obter para aquilatar o gráu de arejamento do espírito que norteou a nossa primeira lei codificada, não bastasse a circunstância, já antes salientada, de haver ela atravessado airosamente um século da nossa existência, sem que o retardamento no preparo do futuro Código Comercial brasileiro houvesse, até agora, importado em malefício irremediável.

A perspicácia e o discortínio mental com que os autores do nosso venerando Código encararam tais problemas não podiam deixar de estar presentes a todo o restante da obra legislativa que lhes foi cometida, mòrmente quando, a respeito das demais questões a solver, devem ter contado com copiosos elementos de estudo, que, decerto, lhes faltaram no que tange às relações de trabalho.

Não se objete que a ineficácia prática, durante cêrca de oitenta anos, das disposições acima apreciadas lhes reduz o mérito e, conseqüentemente, invalida a conclusão. Realmente, não lograram tais dispositivos os resultados colimados, podendo-se até afirmar que, por longos anos, foram êles letra morta, sem qualquer significação social. Mas nisso não vai qualquer culpa do legislador e, muito ao contrário, essa circunstância induz a novo argumento em favor da tese que defendemos.

Com efeito, a inaplicação dos dispositivos sociais do Código Comercial de 1850 nada mais é do que uma conseqüência do desajustamento entre a mentalidade dominante, retrógada e essencialmente refratária a qualquer fantasia intervencionista, e o elevado alcance de tais dispositivos. Mergulhado ainda o país num regime econômico

escravagista, que perdurou por cêrca de quarenta anos após a promulgação daquele monumento legislativo, é perfeitamente compreensível essa reação a qualquer tentativa de proteção ao trabalho livre, que, àquela época, ensaiava os primeiros passos no país, se livre se pudesse chamar o trabalho dos nossos antigos empregados do comércio, sujeitos a um regime de verdadeira servidão.

"Os favores legais dos arts. 79, 80 e 81 do Código tiveram a sorte das plantas exóticas quando removidas da estufa para a inclemência do ambiente hostil: jamais foram concedidos", afirmam BALEEIRO e VIANA FILHO, e, logo a seguir, acrescentam: "Não poderiam medrar num país, como o Brasil, que, àquele tempo, incluia a escravidão entre as suas instituições nacionais" (35).

Tal foi o estado de letargia em que permaneceram aquelas normas, durante longos anos esquecidas, por falta de qualquer apoio administrativo ou judicial aos interessados, que, ao vir êsse apoio, com a criação do Ministério do Trabalho, em 1930, e, ante as primeiras tentativas de aproveitamento do conteúdo social daquela antiga legislação, por tantos anos latente, chegou a ser levantada a tese de que estava ela abrogada, pelo longo desuso em que jazera.

Êsse fenômeno, entretanto, repetimos, não exclui, nem sequer torna menor o merecimento de seus autores. Muito ao contrário, mostra o quanto se haviam êles alçado sôbre meio em que viveram, dando-nos uma singular legislação que, oitenta anos depois, quando a mentalidade ambiente se transformou, pôde ser aplicada com absoluta atualidade.

V

CAUSAS JUSTIFICATIVAS DA INCLUSÃO DE NORMAS DE LEGISLAÇÃO SOCIAL NOS ANTIGOS CÓDIGOS MERCANTIS

Nessa ausência quase total, à época de elaboração dos códigos comerciais do século passado, de qualquer norma de proteção aos econômicamente fracos, na partida desigual do acêrto de condições contratuais, reside a maior justificação da atitude do legislador de então em não deixar inteiramente ao desamparo aquêles que, constituindo como que o estado maior do comerciante, são os principais colaboradores do desenvolvimento de seus negócios e elementos imprescindíveis à consecução do fim que êle colima com a sua atividade.

Fenômeno análogo vamos encontrar com relação ao direito civil, que também sofreu sensível penetração por parte de nosso Código Comercial dando aso às críticas que lhe foram dirigidas por Joaquim

(35) Ob. citada, pág. 191.

Antão Fernandes Leão e Bernardo Vasconcelos, na Assembléia Legislativa, e, mais tarde, por TEIXEIRA DE FREITAS. Essa incursão, entretanto, era da mesma forma explicável, pela inexistência, no país, de uma codificação civil.

Cumprindo-lhe regular as relações jurídicas provindas do exercício do comércio, em seus múltiplos aspectos, inclusive quando tais relações se processam através dos mandatários ou prepostos do comerciante, é perfeitamente lógico que se preocupasse o legislador também das relações entre o comerciante e êsses prepostos, não só para definir as respectivas responsabilidades decorrentes da atividade comercial, como ainda para fixar os direitos e deveres recíprocos, que emanam do vínculo contratual que os une, visto como, até então, essa matéria escapava completamente a qualquer espécie de regulamentação específica. Acresce ainda que, até aquela época, não existia qualquer diferenciação conhecida entre a natureza jurídica dêsses direitos e obrigações e a dos demais direitos e obrigações regulados pelo Código. Pelo contrário, procurou-se sempre acentuar a similitude entre essas situações, equiparando, para os fins legais, os chamados agentes auxiliares dos comerciantes a êstes, como o fizeram o Código espanhol de 1829, estipulando que tais agentes "estan sujetos a las leyes mercantiles y con respecto a las operaciones que les corresponden en esta calidad" (36), e o código português de 1833, quando estabelecia que seriam êles sujeitos às leis comerciais "como agentes auxiliares empregados no comércio e com relação às operações que nessa qualidade lhes respeitam" (37). De seu lado, o art. 35 do nosso estatuto comercial básico reproduz quase literalmente aquelas expressões.

Além disso, querem os comercialistas ver no contrato de preposição mercantil, bem como nos atos de responsabilidade dos prepostos, atos de comércio por dependência ou conexão. Nesse sentido, opinam, além do ínclito CARVALHO DE MENDONÇA (38), BALEEIRO e VIANA FILHO, salientando, embora, que autorizados mestres estrangeiros negam a qualidade mercantil ao contrato de preposição ou de emprêgo no comércio, entre os quais THALLER, que o considera de natureza puramente civil (39). Outros, como LYON-CAEN e RENAULT, o têm como um contrato de natureza mista, de dupla face, comercial, no que concerne ao comerciante, e civil, para o preposto (40).

Não é, por outro lado, de desprezar, como fator da incorporação de normas de regulamentação do trabalho aos códigos mercantis do

(36) Art. 62.
(37) Art. 100.
(38) Ob. citada, vol. I, n.º 366, e, e 359, g.
(39) Traité Elem. de Droit Commercial, n.º 29.
(40) Traité de Droit Com., Tomo III, n.º 251 — Manuel de Droit Com. n.º 500.

princípio do século XIX, maximé do código espanhol de 1829 e dos que lhe seguiram a trilha, a influência que, naquela época, ainda exercia a noção de emprêsa mercantil da fase precapitalista (41), tanto mais quanto é sabido que o comércio se manteve, por muito tempo, circunscrito a um círculo mais ou menos fechado e, por conseguinte, pouco permeável aos exageros liberalistas que já avassalavam muitos outros departamentos da atividade humana. Essa peculiaridade se manifesta através de tôdas as legislações específicas da primeira fase do direito comercial, que então se caracterizava pela feição de direito de classe, a qual, modernamente, vai êle perdendo.

VI

IMPROPRIEDADE DA INSERÇÃO DE MATÉRIA TRABALHISTA NUM CÓDIGO COMERCIAL MODERNO

A inclusão de normas de índole tìpicamente trabalhista justificava-se, àquele tempo, em face, como vimos, não só da ausência de uma legislação específica, como da conexão, à época admitida, entre o contrato de preposição mercantil, como ato de comércio acessório, e os demais contratos em que toma parte o comerciante, e ainda como resultante da sobrevivência de um certo sentido de comunidade de trabalho, na emprêsa mercantil de então, que, de alguma forma, amanhara o terreno em que seriam lançadas as idéias que se corporificaram naquelas normas.

Entretanto, não será mais possível, hodiernamente, admitir-se, em sã consciência, êsse ecletismo, como não é mais aceitável a conservação num código mercantil moderno, de princípios de direito civil, como os concernentes aos contratos e obrigações em geral, que o nosso código de 1850 inseriu no seu contexto.

Vitoriosa a idéia de códigos autônomos, em contrário ao pensamento daqueles que preconizavam a conveniência da codificação unificada do direito privado, não há por onde recusar o critério da delimitação exata do campo de jurisdição de cada código isolado, sem qualquer interpenetração ou ubicação de matéria, que sòmente desvantagens pode acarretar à sistematização dos ordenamentos jurídicos.

Como assinala ADAMASTOR LIMA, "O *Estado* mantém a Ordem Política (Indivíduo e Propriedade), bem como a Ordem Econômica (Capital e Trabalho) e o *Direito* tem dois grandes objetos — a *matéria civil* (Direito Civil) e a *matéria econômica* (Direito capitalista e Direito trabalhista" (42).

(41) V. pág. ...
(42) "Direito Comercial" in DIREITO vol. XXXVII pág. 72

Traçando as linhas distintivas dessa bifurcação do direito, com relação à matéria econômica, diz aquêle devotado e brilhante cultor do direito comercial em nosso país: *"Direito capitalista* é o ramo jurídico que regula a atividade econômica sob a tríplice manifestação de comércio, indústria e agricultura, visando, simultàneamente, à existência e à proteção do capital. *Direito trabalhista* é o ramo jurídico que regula a atividade assalariada das pessôas físicas, visando, simultàneamente, ao exercício e à proteção do trabalho" (43).

Primitivamente, os sistemas legislativos gravitavam exclusivamente em tôrno do patrimônio, como riqueza criada, relegando a um absoluto descaso o processo de formação dessa riqueza pelo trabalho. O curso dos anos, no entanto, e o agravamento acelerado dos males decorrentes dessa deficiência do direito tornaram instante a ampliação dos seus quadros e a invasão de novos setores de atividade em que êle então não havia penetrado ou havia penetrado mal, mòrmente no que se refere aos problemas econômicos e, particularmente, no que concerne à criação da riqueza pelo trabalho humano.

Essa ampliação, relativamente à proteção e regulamentação do trabalho, cada vez mais intensa, chegou a um tal estado que deu origem à formação de um ramo novo da ciência do Direito, como características absolutamente definidas, em tôrno de cuja autonomia já hoje cessaram as controvérsias.

Exteriorizado, em quase tôdas as nações civilizadas, por um sistema legal específico, cujos princípios informativos são substancialmente incompatíveis com aquêles que presidiram e hão de presidir à obra legislativa destinada a reger as relações jurídicas comuns, quer as civis, atinentes ao indivíduo e à propriedade, quer as capitalistas, que têm por escopo a situação do capital na sua atividade econômica, — o direito do trabalho já hoje tem seu âmbito de ação estabelecido com absoluta precisão, que impossibilita qualquer interferência ou ambiguidade.

Com respeito às relações de que participam os prepostos comerciais, um tríplice aspecto exige a atenção do legislador, a saber: a) relações entre o comerciante e terceiros, por intermédio de prepostos; b) relações dos comerciantes com os seus empregados, no que tange às mútuas responsabilidades decorrentes da atividade comercial do primeiro e participação dos prepostos nessa atividade; c) relações de natureza estritamente trabalhista entre o comerciante e seus prepostos.

Como é intuitivo, na formulação do novo estatuto para o comércio apenas os dois primeiros dêsses três aspectos poderão ser objeto de apreciação, por isso que o terceiro escapa totalmente aos objetivos de qualquer legislação mercantil, por estar fora das linhas do direito comercial.

(43) Art. e ob. cits.

Não se procure argumentar com as distinções intrínsecas que podem ser encontradas num confronto entre o contrato de trabalho, como êle é genèricamente entendido, e o chamado contrato de preposição mercantil, porque tais diferenciações não chegam a justificar a deslocação dêsse último do campo do direito do trabalho para o do direito comercial. A preposição mercantil, na sua essência, nada mais é do que um contrato de trabalho, apenas mesclado, na mor parte dos casos, com uma maior ou menor dose de mandato ou representação, o que, no entanto, não o desfigura e, nem tão pouco, impõe tratamento diverso das normas legais de tutela ao trabalho. O que dessa especificidade pode interessar, para efeito de uma regulamentação à parte, são os dois primeiros aspectos acima indicados. Quanto ao terceiro, as peculiaridades que possam apresentar como figura jurídica não têm nenhuma importância ou interêsse para a sua regulamentação legal.

O Direito do trabalho visa à tutela do indivíduo que assalaria a outrem a sua própria fôrça de trabalho, pouco importando a natureza dos serviços por êle prestados ou o setor da atividade econômica onde êle a emprega, seja na indústria, na agricultura, no comércio ou em qualquer outro. Desde que se cogite de regular essa relação jurídica, não é mais possível, hoje, fazê-lo fora do raio de ação do direito social.

Essa impropriedade da regulamentação do contrato de trabalho dos empregados do comércio nos atuais códigos mercantis é, pois, a segunda conclusão que pretendemos extrair do presente trabalho.

VII

SÍNTESE E CONCLUSÕES

Sintetizando o presente estudo, para encerrá-lo, vemos que:

1 — O Código Comercial brasileiro de 1850, fruto do trabalho de quase vinte anos, teve como principais fontes o código francês de 1807, o espanhol de 1829 e o português de 1833, principalmente o segundo.

2 — Referido código foi elaborado e promulgado numa época em que nada ou quase nada existia relativamente à tutela legal do trabalho em suas relações com o capital, sendo que as poucas leis até então conhecidas a êsse respeito, além de esparsas, eram devidas a movimentos de simples filantropia.

3 — É, assim, surpreendente como o Código então promulgado, seguindo, em parte, as diretrizes dos códigos espanhol e português e mesmo superando-as, continha no seu contexto disposições que constituem notáveis avanços no campo da legislação social, entre os quais cumpre assinalar:

a) a integração dos prepostos comerciais ao negócio, constituindo como que um pronunciamento do legislador de 1850 em tôrno do já hoje debatido problema da natureza jurídica da relação de trabalho;
b) a instituição do preaviso de dispensa, como embrião das atuais garantias do direito ao emprêgo;
c) a garantia do salário dos empregados nos infortúnios imprevistos e inculpados, até o limite de 3 meses;
d) a obrigação de ressarcir os danos extraordinários ocorridos no serviço, manifestação embrionária da atual legislação sôbre acidente do trabalho;
e) a irrenunciabilidade atribuída a tais direitos pelo legislador brasileiro, quando excluiu das respectivas disposições do nosso código as cláusulas contidas nas normas estrangeiras correspondentes que permitiam a sua derrogação por convenção privada.

De todo o exposto, concluimos:

I

A penetrante agudeza com que agiu o legislador brasileiro de 1850, inserindo tais normas no corpo do Código Comercial, serve de índice da mentalidade elevada que presidiu à sua elaboração, mesmo com relação ao restante daquela obra legislativa.

II

Embora explicável e mesmo louvável a intenção do legislador de cem anos atrás em incluir no contexto do Código alguns princípios de natureza social, hodiernamente essa inclusão não seria admissível, porque contrária à reconhecida autonomia do direito do trabalho, a que tais normas, necessàriamente, pertencem.

BIBLIOGRAFIA

AMERICANO (JORGE) — Parecer, in "Revista de Direito", vol. 87.
ANAIS DO PARLAMENTO BRASILEIRO, coligidos por Jorge João Dodsworth — Sessão de 1835 da Câmara dos Deputados.
ANAIS DO PARLAMENTO BRASILEIRO, coligidos por Antonio Henoch Reis — Segunda sessão de 1845 da Câmara dos Deputados.
ANAIS DO PARLAMENTO BRASILEIRO, coligidos por Antonio Pereira Pinto — sessão legislativa de 1850 da Câmara dos Deputados.
BALEEIRO (Aliomar) e VIANA FILHO (LUIZ) — O Direito dos Empregados no Comércio.
BERGSON — L'évolution créatrice.
CAPITANT (HENRI) e CUCHE (PAUL) — Précis de Legislation Industrielle.
CAYRÚ (Visconde de) — Princípios de Direito Mercantil e Leis da marinha.
CUEVA (MARIO DE LA) — Derecho Mexicano del Trabajo.
FARIA (BENTO DE) — Código Comercial Brasileiro Anotado.
GARRIGUES — Del viejo Derecho Mercantil al nuevo Derecho del Trabajo.
GRANIZO (L. MARTIN) e ROTHVOSS (M. GONZALEZ) — Derecho Social.
LIMA (ADAMASTOR) — Direito Comercial, in "Direito", vol. XXXVII.
LYON-CAEN e RENAULT — Traité de Droit Commercial.
LYON-CAEN e RENAULT — Manuel de Droit Comercial.
MADRID (ALFONSO) — Derecho Laboral Español.
MENDONÇA (J. X. CARVALHO DE) — Tratado de Direito Comercial Brasileiro.
MORIN (GASTON) — La revolte du droit contre le code.
PARDESSUS — Cours de Droit Commercial.
POLO (ANTONIO) — Del contrato a la relación de trabajo.
RUSSELL (ALFREDO) — Conferência pronunciada em dezembro de 1936 no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, in "Revista de Direito Comercial", vol. 7.
RUSSEL (ALFREDO) — O Direito Comercial e sua codificação, in Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos.
SAVATIER (R.) — Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui.
SCELLE (GEORGE) — Précis de Legislation Industrielle.
SCELLE (GEORGE) — Le Droit Ouvrier.
THALLER — Traité Elementaire de Droit Commercial.
TRIPOLI (CESAR) — História do Direito Brasileiro.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: DARIO BITTENCOURT

A FACULDADE DE DIREITO DO CEARÁ, independentemente de se fazer representar nas comemorações do cinqüentenário da fundação de sua co-irmã da capital do Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio de brilhantíssima delegação de Professores, incumbiu a êsses mesmos Professores de elaborarem interessantes contribuições, as quais, ainda, fêz imprimir em letra de fôrma.

Entre essas contribuições impressas, destaca-se o trabalho de referência acima, de autoria do conhecido intelectual, economista e professor de Direito, Doutor ADERBAL FREIRE — nome merecidamente conhecido em nosso país e, mesmo, no exterior, nos meios que se preocupam mais com as cousas da Economia Política e do Direito do Trabalho.

Em sua bibliografia, entre outros trabalhos, não se poderão olvidar a notável dissertação apresentada, em 1937, à douta congregação da Faculdade de Direito do Ceará e com que conquistou, com raro brilhantismo, a cátedra de "Direito Industrial e Legislação do Trabalho", subordinada à epígrafe — *"Direito ao descanso"* (Fortaleza, Tip. Minerva — Assis Bezerra, 1937, 182 págs.), assim como *"Ensaio de uma síntese do Direito Trabalhista"* (Tip. Minerva-Assis Bezerra, Fortaleza, 1938, 96 págs.): trata-se de uma originalíssima contribuição e que só não teve maior ressonância devido ao fato de ter sido elaborada em idioma português; o fôsse, por exemplo, em francês ou inglês — e o renome de seu autor estaria citado nos livros de tomo da especialidade... Não fôsse nossa língua materna *"a um tempo, esplendor e sepultura..."*

O Doutor ADERBAL FREIRE traz, agora, para o Congresso Jurídico, um belo estudo, em que busca justificar as razões que militaram a prol da inserção de normas de Direito do Trabalho no centenário Código Comercial de 1850 e, acertadamente, alça a bandeira da inadmissibilidade de sua inclusão, agora, no futuro Código Comercial Brasileiro. Em 40 páginas impressas, o autor do trabalho, de maneira erudita e demonstrando estar perfeitamente em dia com os modernos mestres da disciplina, em estilo atraente, sustenta seu ponto de vista. Em sete capítulos, discorre proficientemente sôbre o assunto que escolheu para opulentar os Anais do presente Congresso, destacando-se o III.º, subordinado ao título — "Avanços sociais dos Códigos mercantis da Espanha, Portugal e Brasil", no século passado, no qual investiga, em discrime, a questão da natureza jurídica da relação do trabalho, as garantias do direito ao emprêgo, proteção do empregado

nos infortúnios imprevistos e inculpados, ressarcimento dos danos extraordinários, a irrenunciabilidade dos direitos do empregado, para comprovar que os vetustos códigos comerciais do primeiro quartel do século 19 davam foros de cidadania a institutos que, ainda hoje, têm acolhida nos modernos repositórios, nacionais e estrangeiros, do Direito do Trabalho.

Apreciável bibliografia, brasileira e peregrina, enriquece o trabalho apresentado pelo eminente professor de direito no Ceará, — o qual, finalmente, oferece as seguintes

CONCLUSÕES

— que, de conformidade com a norma do art.º 9 do "Regimento Interno" do Congresso, inteiramente adotamos, a fim de servirem de base à discussão e votação:

I — A penetrante agudeza com que agiu o legislador brasileiro de 1850, inserindo tais normas no corpo do Código Comercial, serve de índice da mentalidade elevada que presidiu à sua elaboração, mesmo com relação ao restante daquela obra legislativa.

II — Embora explicável e, mesmo, louvável a intenção do legislador de cem anos atrás, em incluir, no contexto do Código, alguns princípios de natureza social, hodiernamente essa inclusão não seria admissível, porque contraria à reconhecida autonomia do Direito do Trabalho, a que tais normas, necessàriamente, pertencem.

Sala das Sessões do CONGRESSO JURÍDICO, na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre (da Universidade do Rio Grande do Sul), em Pôrto Alegre, aos 11 de agôsto de 1950.

Dario de Bittencourt — relator
Magdaleno Girão Barroso
Henrique Stodieck
Mário Seixas Aurvalle
Buys de Barros

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE: — Darcy Azambuja — substituindo ocasionalmente o sr. José Salgado Martins.

Passaremos agora à leitura e exposição do parecer da Comissão sôbre o trabalho do professor Adherbal Freire, intitulado "A regulamentação dos contratos de trabalho dos empregados do comércio nos códigos mercantis".

E' relator da matéria o professor Dario Bittencourt, a quem concedo a palavra.

O SR. DARIO BITTENCOURT — (LÊ o Relatório e Parecer)

O parecer que acabamos de ler, submetido à apreciação da nona Comissão foi integralmente subscrito.

O SR. PRESIDENTE — Em discussão as conclusões apresentadas pelo relator da Comissão.

O SR. GIRÃO BARROSO — Peço a palavra, Sr. Presidente.

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

O SR. GIRÃO BARROSO — O dr. Adherbal Freire é nosso colega de trabalho da Faculdade do Ceará e não pôde comparecer a êste Congresso para fazer pessoalmente a defesa de sua tese, em virtude de ter sido designado para acompanhar a nossa embaixada de acadêmicos à Europa. Incumbiu-me, entretanto, de ser também aqui o procurador de ausentes, de fazer a defesa do seu brilhante trabalho, tarefa que, entretanto, me dispenso de fazer, em vista do relatório do parecer muito bem elaborado pelo meu prezado colega Dario Bittencourt.

O SR. PRESIDENTE — Continuam em discussão as conclusões do relator.

Ninguém mais querendo fazer uso da palavra, está em votação.

Os srs. Congressistas que não estiverem de acôrdo tenham a bondade de levantar-se. (Pausa).

Aprovado.

Universidade do R. G. S.
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA
Nº 1037 | DATA 27.9.196

INDICAÇÕES SÔBRE DIREITO TRABALHISTA

Félix Manuel Woelflin e Alfredo J. Ruprecht

Professôres catedráticos da Universidade de Rosário — República Argentina.

POR CUANTO:

— Dentro del Derecho Laboral no existe un sólo contrato, sino una cantidad de ellos, con naturaleza propia y distinta, tales entre otros, los de "empleo privado", de "empleo público", de "aprendizaje". de "trabajo autónomo", etc.

— Unificar a contratos tan distintos dentro de una denominación única, no tendría razón de ser, y traería consigo funciones que es conveniente evitar.

— El llamado "contrato de trabajo", tiene su significado en la história del Derecho, pero carece de él en la actualidad, al mismo tiempo que no corresponde al Derecho Laboral. Nació como substituto de la "locación de serviços", por el significado contrario a la dignidad humana que a esta última denominación se le atribuía, pero su sustractum es el mismo y su orígen de carácter civil.

— Toda denominación jurídica debe ser precisa y no corresponder a mas de una institución.

POR ELLO EL CONGRESO JURIDICO CONMEMORATIVO DEL CINCUENTENARIO DE LA FUNDACION DE LA FACULTAD DE DERECHO DE RIO GRANDE DEL SUD DECLARA:

Que la denominación "contrato de trabajo" es incorrecta, debiendo utilizarse la de "contratos laborales", cuando se refiere a los contratos regidos por el Derecho Laboral, en un sentido amplio ó general, y la de "contrato" seguido con su denominación específica ("de empleo privado", "de empleo público", "de trabajo autónomo", etc..), cuando se refiere a cada uno de ellos en particular.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: MOZART VICTOR RUSSOMANO

RELATÓRIO:

Os ilustres juristas argentinos prof. Alfredo J. Ruprecht e dr. Félix Manuel Woelflin, como colaboração a êste magno Congresso Jurídico, enviaram-nos rápida, sucinta *"indicação"*, constante de uma página datilografa, que se cifra na conclusão única e seguinte:

> "La denominación "contrato de trabajo" es incor-
> "recta, debiendo utilizarse la de "contratos laborales",
> "cuando se refiere a los contratos regidos por el Derecho
> "Laboral, en un sentido amplio ó general, y la de "con-
> "trato" seguido con su denominación específica ("de em-
> "pleo privado", "de empleo publico", "de trabajo autono-
> "mo", etc.), cuando se refiere a cada uno de ellos en par-
> "ticular".

PARECER:

Certa, rigorosamente, é a consideração básica de que, no Direito do Trabalho, existem *CONTRATOS* e não um único tipo de *CONTRATO.*

Suas modalidades são múltiplas e os tratadistas as classificam minuciosamente, sendo justa, aqui, a remissão que se faz ao brilhante esquema, quase completo, que RAMIREZ GRONDA, ilustre e consagrado patrício dos autores, em seu "Derecho del Trabajo", faz das diversas *espécies* do *gênero* CONTRATOS DE TRABALHO.

Aceitavel, portanto, a indicação, apenas com duas restrições, ditadas pelo espírito localista, a que o relator está prêso, do vernáculo e da lei brasileira.

I — A expressão idiomática "contratos laborales" (que só podemos traduzir por CONTRATOS TRABALHISTAS) não tem diferença gramatical, nem envolve, no nosso Direito, conteúdo jurídico diverso da locução "contratos de trabajo", i. é, CONTRATOS DE TRABALHO.

Aliás, para nós, brasileiros, já que os dois têrmos são eqüivalentes é preferível a segunda expressão — porque a primeira implica em estrangeirismo, tomada esta figura no seu exclusivo sentido técnico-lingüístico.

II — No Direito Brasileiro, não se inclui, entre os contratos de trabalho, o AUTÔNOMO, apontado à guisa de exemplo pelos autores da tese em exame. Isso porque há colisão entre o CONCEITO JURÍDICO D OTRABALHO — que deve ser exetuado em gráu de subordinação hierárquica do empregado perante o empregador (art. 3.º, da Cons. das L. do Trab.) — e a liberdade de prestação do serviço, que caracteriza o trabalhador autônomo.

Êsses pequenos incidentes, aquêle de índole gramatical, e de índole específica do nosso Direito o segundo, não perturbam porém, o conjunto da indicação, que partiu de nomes que enriquecem a bibliografia jurídico-trabalhista em língua espanhola, ocupando lugar de realce entre os brilhantes escritores argentinos que trouxeram a êste conclave de estudiosos da lei e de cultores do Direito, a larga parcela de sua colaboração intelectual.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. MÁRIO SEIXAS AURVALLE — (continuando, pois que ainda se encontrava na tribuna, de onde acabara de relatar a indicação anterior) — O professor Mozart Victor Russomano, da Faculdade de Direito de Pelotas, outorgou-me um mandato que muito me honra, qual o de fazer o relatório da tese que lhe foi apresentada e que também é da autoria dos mesmos dois ilustres professôres da Universidade de Rosário.

Na proposição presente ao professor Mozart Victor Russomano, êstes ilustres juristas pedem que o Congresso Jurídico declare que a denominação "contrato de trabalho" é incorreta, devendo utilizar-se a de "contratos laborales", quando se refere aos contratos regidos pelo Direito Laboral em sentido amplo ou geral, ou de "contrato laboral" em sentido ou denominação específica, quando se refere a cada um dêles em particular.

Significa dizer que a denominação "contrato de trabalho" deverá ser abolida, para ser aceita a de "contrato de direito laboral".

O professor Mozart Victor Russomano apresentou o relatório que vou me permitir ler ao douto Congresso: (Lê o Relatório).

Essas são as conclusões do professor Mozart Victor Russomano.

O SR. PRESIDENTE — Em discussão.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Peço a palavra sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o ilustre Congressista.

O SR .CAMILO MARTINS COSTA — Sr. Presidente. Desejaria que o ilustre realtor me esclarecesse um detalhe. No sentido de sua proposição, o trabalho subordinado compreenderia o funcional, o prestado pelo funcionário público?

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Não! Trabalho subordinado é apenas aquêle que é objeto do contrato de trabalho.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Então, no sentido da proposição não se compreende o trabalho prestado ao Estado?

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Não se compreende. Classificamos o trabalho como autônomo...

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Sim! Autônomo, subordinado e prestado ao Estado. Êste está excluído da proposição.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Exatamente.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Peço a palavra sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o ilustre Congressista.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Gostaria de obter uma nova explicação do eminente relator.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Perfeitamente.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Se não me engano, o relator entende que o trabalho subordinado compreende o trabalho doméstico e creio haver aí um equívoco. Gostaria de obter esclarecimentos do relator.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Perfeitamente. Tenho o máximo prazer em esclarecer a V. Excia. Eu considero o trabalho doméstico como um trabalho subordinado, embora hoje ainda não esteja enquadrado na Legislação do Trabalho. Entendo, no entanto, que seria compatível com a nossa legislação, razão pela qual pregamos que, dentro do ramo do Direito do Trabalho, seja regulado *todo* trabalho subordinado, inclusive o trabalho doméstico e o do trabalhador rural.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Sr. Presidente. Concordo com o parecer do eminente sr. Relator, com uma pequena restrição, que desejo deixar esclarecida perante êsse colendo Congresso e me proponho deixar em separado, no voto perante a Comissão respectiva.

Entendo que deve ser subordinada ao atual Direito do Trabalho tôda matéria contratual que se revista de características eminentemente profissionais, e dentro destas características não entendo esteja o serviço doméstico, como outras relações que a própria natureza do serviço prestado poderiam pretender definições diferentes e não contidas no Direito do Trabalho. Faltam-me, no momento, dados para indicar precisamente quais são êsses elementos, mas já encontrei em doutrinadores e mesmo em pareceres brilhantes, alguns dêsses elementos apontados, que dissociam os serviços domésticos do contrato de trabalho profissional.

Neste sentido é que eu expresso o meu voto.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Peço a palavra, sr. Presidente.

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

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Desejava fazer um esclarecimento. Evidentemente, na nossa legislação está afastado do contrato de trabalho o serviço doméstico. Entende a maioria dos doutrinadores do Direito do Trabalho, que, como não se trate de trabalho com fins lucrativos e como esteja no âmbito do domínio familiar, êle não deve ser ali incluído; o trabalhador doméstico, conseqüentemente, não deve estar ao amparo da Legislação de Trabalho. Contra isso é que nos insurgimos na tese, porque entendemos que o Direito do Trabalho deve regular *todo* trabalho subordinado, seja êle o do trabalhador rural, seja o do trabalhador doméstico.

Êste o fundamento da proposição que encaminhei à Mesa, aliás, restringindo assim o pedido dos professôres argentinos, que quiseram incluir no âmbito do Direito do Trabalho não só o trabalho subordinado, como também o trabalho prestado ao Estado e o trabalho autônomo, objetos do Direito Civil e do Direito Administrativo, respectivamente.

Por fim, permite V. Excia. mais um esclarecimento?

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Pois não.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — O contrato de trabalho pode se definir como todo aquêle que tem por objeto o trabalho que uma pessoa física presta a outra pessoa, física ou jurídica, mediante remuneração, ficando a primeira subordinada à segunda.

De maneira que existem três elementos primordiais: a não eventualidade, a subordinação e a dependência econômica.

Nos contratos de serviços domésticos se encontram êstes mesmos elementos, apenas a "Consolidação das Leis de Trabalho" que vigora no Brasil, entende de excluir, e o faz expressamente, no art.º 7.º, os empregados em serviços domésticos. Isto, porém, não quer dizer que entendamos que êles não sejam empregados subordinados.

Antes da "Consolidação das Leis de Trabalho", houve um decreto — o decreto n.º 3078, do ano de 1941 — que considerava os domésticos como empregados subordinados e, portanto, atingidos por nosso Direito do Trabalho. Êsse decreto, porém, não foi regulamentado, sendo por isso, hoje, objeto de discussão por parte dos juristas, se está ou não em vigor. Somos dos que entendem não estar em vigor, razão pela qual propugnamos para que êste Congresso, considerando que o Direito do Trabalho deva reger as normas de todo trabalho subordinado, sugira que abranja, também, o trabalho dos servidores domésticos.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Evidentemente, estas características, que são necessárias para o contrato de trabalho, também se encontram no servidor doméstico e no locador dêste serviço; entretanto, a diferença não reside na falta de elementos, mas na exis-

tência de outros elementos que, no contrato normal de trabalho, não existem.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — A especificidade do meio onde êle atua.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Exatamente, a comunhão, a intimidade com que o servidor doméstico penetra no lar do seu locador.

Êste é um dos elementos.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Poder-se-ia conceber que, mesmo do domínio do Direito Trabalhista, se trace disposição especialíssima, concernente a esta modalidade de trabalho doméstico. Específica em razão do ambiente em que trabalha e da falta de fins econômicos. Como há pouco foi dito, o patrão não tem fins econômicos; ainda, por êste lado, a situação jurídica se extrema das outras relações jurídicas que estão no domínio amplo do Direito do Trabalho.

Razão deve ter tido o legislador quando excluia, já tendo até aberto a porta do Direito Trabalhista, as relações de patrão e empregado na vida doméstica. Depois de as ter aberto, tornou a fechar as portas, evidentemente por motivos que se relacionam com a natureza da família.

E' muito respeitável a proteção ao trabalhador, onde quer que êle esteja trabalhando, mas não menos respeitável é o ambiente da vida doméstica, em âmbito familial, em que se desenvolvem aquelas relações de trabalho.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — Aliás, minha restrição não impede que, no momento oportuno, se estude a inclusão ou não da atividade dos domésticos no Direito do Trabalho, no Direito Civil ou em qualquer outra categoria de direito. Mas parece-me que, de momento, o Congresso não pode adotar essa conclusão, sem um estudo mais acurado e sem que a experiência trabalhista, muito recente ainda em nosso país, amadureça, para que possamos ter uma visão mais exata de como definir o contrato existente entre o empregado doméstico e o locador, que nem se quer pode se considerar um "patrão", no sentido atual do Direito do Trabalho.

O SR. PAULO BARBOSA LESSA — Sr. Presidente. V. Excia. vai me permitir que faça uma sugestão que, parece, pode harmonizar os dois pontos de vista, aparentemente divergentes. A mim parece que a proposta sustentada pela Comissão e tão bem apresentada pelo Dr. Mario Seixas Aurvalle, não colide com a proposição da tese, nem com os reparos que aqui foram feitos pelos ilustrados colegas que se colocaram numa posição aparentemente diversa.

O que se pretende com esta proposição da Comissão é só a inclusão desta relação de emprêgo doméstico no Direito do Trabalho, mas não precisamente na Consolidação das Leis do Trabalho. E' uma

tese de sentido geral, e teórico e, evidentemente, no se incluir essa relação tôda específica do contrato de emprêgo doméstico, terá a mesma que sofrer as restrições que o próprio meio e a própria natureza da relação impõem.

Não se poderá regular da mesma forma o trabalho doméstico e o trabalho numa fábrica, mas não quer isso dizer que não se possam englobar, dentro do mesmo campo do Direito do Trabalho, as duas relações.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Mas o fato de englobar, faz perceber uma tendência para a equiparação. Por que não se englobou o nosso trabalho de profissionais liberais? Também é trabalho e não encontramos razões óbvias para não incluí-lo. De certo modo, é também trabalho.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Vou me permitir informar a V. Excia. que não é possível incluir a atividade do profissional liberal no campo do Direito do Trabalho, porque é autônomo e não subordinado.

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — Perdão. Eu senti isso. Sei que há características diferentes, mas queria com isso fazer perceber que há, por um lado, características de outra natureza em relação ao trabalho que se opera na vida doméstica. Em nome destas características tão acentuadas, já o nosso trabalho de profissionais liberais não é o chamado trabalho dos econômicamente fracos e que por isso não pode ombrear com os locatários, a fim de estabelecer condições de serviço. Por isso, não está o nosso trabalho incluído no domínio do direito público, que é o Direito do Trabalho. Nós somos, por assim dizer, econômicamente fortes e por êste aspecto não somos incluidos no campo do Direito do Trabalho, que é direito público. Mas no trabalho doméstico se, por um lado, as características são comuns — há subordinação, há inferioridade econômica, etc. — há outra ordem de características, que nos fazem recear que a tendência seja de invadir a vida doméstica pelo direito público.

O SR. SALOMÃO WEINBERG — E será esta a tendência se fôr para o Direito do Trabalho.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Mas a tendência é esta, porque todo trabalho subordinado deve ir para o Direito do Trabalho. Isto foi o que aprovou a Comissão. Considerando que o trabalho doméstico é um trabalho subordinado, entendeu a Comissão que êle deve ser regulado pelo Direito do Trabalho, mas não dentro das mesmas normas da Consolidação e, sim, por uma lei diferente, que venha dar outro aspecto à questão, não tão rígido.

Assim também não se compreenderá que aos trabalhadores rurais se possa estender a mesma legislação que temos para os operários da cidade, devido à distância, às dificuldades de aplicação etc.

Mas, de qualquer maneira, a tendência é mesmo de incluir no Direito do Trabalho, todo trabalhador subordinado.

Eis a tese que me permito sustentar perante êste Congresso e que mereceu o apoio da douta Comissão, para a qual foi distribuída. (palmas).

O SR. PRESIDENTE — Vamos, então, passar à votação. Os srs. Congressistas que estiverem de acôrdo com o parecer da Comissão queiram ficar sentados. (Pausa).

O SR. CAMILO MARTINS COSTA — A minha restrição, não sei como V. Excia. interpreta; parece que envolve mesmo uma oposição às conclusões do brilhante parecer. Assim, eu voto contra o mesmo.

O SR. PRESIDENTE — Eu solicito que os que discordam do parecer queiram levantar-se. (Pausa).

Está aprovado por 9 votos contra 5. Registrem-se especialmente as observações do dr. Camilo Martins Costa e o dr. Salomão Weinberg.

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — (depois de haver sido discutida uma outra tese). Peço a palavra, sr. Presidente.

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

O SR. MARIO SEIXAS AURVALLE — Sr. Presidente.

Há poucos momentos, fiz eu o relatório e emiti o parecer sôbre duas teses de eminentes professôres argentinos. Talvez em virtude dos debates judiciosos dos ilustres colegas, que recebi como uma lição magnífica, por um esquecimento, coisa muito natural, V. Excia. submeteu a votos apenas um dos trabalhos. Em face disso, peço a V. Excia. colocar em votação o segundo trabalho.

Antes, porém, tomo a liberdade de recordar que a tese que V. Excia. deve pôr em votação propõe a substituição da expressão "direito trabalhista" por "direito laboral". O parecer é no sentido de que esta modificação não deve ser aceita, como desejam os professôres argentinos. Esta é a conclusão do relatório, brilhante, do prof. Mozart Victor Russomano, que me coube apresentar no plenário, na ausência do seu autor. O prof. Russomano entende devemos continuar com a expressão "direito do trabalho", porque "direito laboral" seria estrangeirismo e mesmo porque há muitos autores, como diversos espanhóis, por exemplo, que consideram "direito laboral" e "direito do trabalho" como expressões equipolentes.

O SR. PRESIDENTE — Atendendo ao pedido do nobre congressista, irei pôr em votação o parecer da Comissão acêrca do trabalho do prof. Ruprecht, sôbre uma denominação mais pròpria para o Direito do Trabalho.

Está em votação. Se não houver objeções, irei considerá-lo aprovado. (pausa). Aprovado.

INDICAÇÕES SÔBRE DIREITO TRABALHISTA

Félix Manuel Woelflin e Alfredo J. Ruprecht

Professôres Catedráticos da Universidade de Rosário — República Argentina.

POR CUANTO:

— El trabajo — como atividad humana — es un sólo hecho, sean cuales fueren las modalidades en que se preste, sin haber razón valedera para que se encuentre regido por normas pertenecientes a distintas ramas del derecho, cuyos principios y fundamentos son distintos entre sí.

—Que aún actualmente se considera — en froma errónea — al trabajo autónomo, como regido por el derecho civil, y al subordinado bajo dependencia del Estado, por normas del derecho administrativo, excluyéndoselos del derecho laboral, en perjuicio de la autonomía del mismo.

— Que esta disperción de normas referentes a un mismo hecho, atenta contra la claridad y unidad del derecho.

POR ELLO, EL CONGRESO JURIDICO CONMEMORATIVO DEL CINCUENTENARIO DE LA FUNDACION DE LA FACULTAD DE DERECHO DE PUERTO ALEGRE, DE LA UNIVERSIDAD DE RIO GRANDE DEL SUD, DECLARA:

Que toda relación jurídica emregente del trabajo como actividad humana, debe estar regida por normas del Derecho Laboral.

RELATÔRIO E PARECER

Relator: MÁRIO SEIXAS AURVALLE

1 — Alfredo Ruprecht e Felix Manuel Woelflin, professôres da Universidade de Rosário, República Argentina, apresentaram um trabalho, pedindo que o Congresso declare:

"QUE TÔDA A RELAÇÃO JURÍDICA EMERGEN-
"TE DO TRABALHO COMO ATIVIDADE HUMANA,
"DEVE SER REGIDA POR NORMAS DE DIREITO
"DO TRABALHO".

2 — Na verdade, há três tipos de trabalho humano: trabalho subordinado, trabalho autônomo e trabalho prestado ao Estado.

O primeiro é objeto do contrato individual de trabalho. O segundo é objeto do contrato de locação de serviço e de empreitada *(locatio operis e locatio operarum)*. O terceiro é objeto do contrato de emprêgo público.

3 — Segundo a tese sustentada pelos autores da recomendação, todos êsses três tipos de trabalho humano deverão ser regidos por normas do Direito do Trabalho.

Sem sombra de dúvida a tese apresentada merece elogios, visto que entre os três tipos de trabalho há alusões apenas acidentais, pois sempre se trata de trabalho. Entretanto, *salva reventia*, ela não pode ser aceita pelo Congresso, ao menos da maneira como foi sugerida, por isso que, nos dias que correm, o Direito do Trabalho ainda não está suficientemente amadurecido para regulamentar, com seus dispositivos, todos os tipos de trabalho como atividade humana. Impossível se torna dar a essa disciplina jurídica, presentemente, conceito tão amplo.

Aliás, o próprio MARROSU, em sua obra "Il Diritto del Lavoro", em que defende ardorosamente a mesma tese esposada pelos Professôres Ruprecht e Woelflin, reconhece:

"Hoje o horizonte que noção e conceito lógico des-
"cortinam pode parecer demasiadamente vasto; num
"amanhã não distante saberemos ver e compreender tal
"vastidão".

Convém que o Direito do Trabalho se limite, por enquanto, ao estudo das relações oriundas do contrato individual de trabalho, regendo, assim, apenas, o trabalho subordinado, em tôdas as suas manifestações. Vale dizer: deve regular até mesmo as relações entre trabalhadores domésticos e rurais e seus empregadores, embora com dispositivos próprios e consentâneos com a realidade dos fatos.

O trabalho autônomo e o trabalho prestado ao Estado devem continuar a ser disciplinados pelo Direito Civil e Direito Administrativo, respectivamente.

CONCLUSÃO

4 — À vista do exposto, opinamos que seja aceita a proposição ora relatada, com uma ligeira modificação. Com o reparo que introduzimos, o Congresso deverá declarar:

"QUE TÔDA A RELAÇÃO JURÍDICA, ORIUN-
"DA DO TRABALHO SUBORDINADO, DEVE SER
"REGIDA POR NORMAS DO DIREITO DO TRA-
BALHO".

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonnazzola — Em discussão, a indicação sôbre Direito Trabalhista, de autoria dos profs. Alfredo Ruprecht e Félix Manuel Woelflin, da Universidade de Rosário, Argentina. E' relator da matéria o dr. Mário Seixas Aurvalle, a quem concedo a palavra.

O SR. MÁRIO SEIXAS AURVALLE — Sr. Presidente. Srs. Congressistas.

Como membro da 9.ª Comissão dêste Congresso, à qual está afeta a matéria que versa sôbre Direito do Trabalho e Direito Industrial, me foi presente, para relatar, uma tese esboçada por dois ilustres juristas da Universidade de Rosário, República Argentina.

Não é pròpriamente um trabalho de fôlego, mas uma recomendação. Vou me permitir ler a VV. Excias. as recomendações dêstes professôres, vertidas naturalmente para o vernáculo.

(Lê as indicações).

Há três tipos de trabalho: o trabalho autônomo, o trabalho subordinado e o trabalho prestado ao Estado.

O trabalho autônomo é o que constitui objeto do contrato de locação de serviços ou do contrato de empreitada, a "locatio operis" e a "locatio operarum", nas suas formas primitivas.

O trabalho subordinado, ao contrário, é objeto do contrato de trabalho pròpriamente dito, contrato individual de trabalho. E' uma forma evoluída da locação de serviços, onde surge hoje o vínculo da subordinação.

O trabalho prestado ao Estado é objeto do contrato de emprêgo público.

A tese esposada pelos ilustres professores de Rosário entende, que todo trabalho oriundo da atividade humana deve ser regido peli Direito do Trabalho. Significa dizer, que tanto o trabalho autônomo como o trabalho subordinado e mesmo o trabalho prestado ao Estado, devemser regulados pelas normas do Direito a que me referi.

A tese, de um modo geral, merece elogios. Acontece, entretanto, que, presentemente, o Direito do Trabalho não se encontra desenvolvido de u'a maneira plena, para poder abranger, dentro das suas normas, a regulamentação do trabalho autônomo e do trabalho prestado ao Estado. O próprio professor Marrosa, em sua obra "O Direito do Trabalho", em que se mostra ardoroso defensor da

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

tese sustentada pelos ilustres juristas argentinos, entende que, hoje, ainda não há oportunidade de regular, no Direito do Trabalho, tôdas as três formas de trabalho humano. Na sua obra, êste emérito jurista reconhece que "o horizonte e o conceito lógico que se descortina pode parecer demasiado vasto". Significa, que êle próprio, ardoroso defensor desta tese, entende que, ainda presentemente, não é possível que o Direito do Trabalho abranja e regule estas três atividades humanas.

De maneira que, na Comissão de que faço parte, tomei a liberdade de fazer pequeno reparo à conclusão dos ilustres e renomados juristas argentinos e, na proposição que êles fizeram presente ao Congresso Jurídico, me permiti acrescentar o seguinte: "que o Congresso declara que tôda relação jurídica oriunda do trabalho subordinado deve ser regida por normas do Direito do Trabalho". Implica isso em dizer que o trabalho objeto do contrato individual, em tôda sua plenitude, é abrangido pelo Direito do Trabalho, mesmo a atividade dos trabalhadores rurais e, ainda, a dos empregados domésticos hoje reguladas apenas em parte. Os trabalhadores rurais, no Brasil, apenas têm direito a aviso prévio, a férias e contrato de trabalho. Os empregados domésticos, hoje, estão fora do nosso Direito, por isto que o decreto 3.078, como não foi regulamentado não está mais em vigência e foi abolido em nosso meio.

De maneira, que a recomendação — que foi aprovada unanimemente na minha Comissão, e que faço presente a êste Congresso, — é que, com esta modificação, êle declare que *apenas o trabalho subordinado seja regido pelo Direito do Trabalho.*

Era o que eu tinha a dizer a êste respeito. (Palmas).

A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Mozart Victor Russomano

Professor da Faculdade de Direito de Pelotas (Universidade do Rio Grande do Sul).

Juiz do Trabalho. Membro Titular da Soceidade Internacional de Direito Social.

1 — O DIREITO DO TRABALHO COMO RAMO DA CIÊNCIA JURÍDICA.

O Direito do Trabalho é uma ponta de lança da ciência jurídica a tocar o cerne do problema das "classes" e procurando, em nome do Estado, a solução da luta milenária que se trava entre elas, solução essa colocada numa geral conciliação dos espíritos e dos interêsses desarmados.

O desenvolvimento extraordinário do Direito do Trabalho, no século em que vivemos, resulta do ápice a que chegaram os sociólogos, os moralistas, os filósofos, os juristas e os políticos na sua preocupação muito humana de defender a massa que trabalha, que sofre, que pouco rendimento obtém e que constitui a maioria do povo.

Êsse desenvolvimento se fêz em todos os sentidos. Para explicá-lo, é preciso alinhar uma longa série de fundamentos. A religião, a ciência, a moral, a administração pública, a política e tantos outros fatôres impulsionaram o legislador, que compôs uma farta coletânea de leis em tôrno das questões que se enovelam no debate dos vínculos criados entre empregado e empregador na prestação de serviços. A abundância de dispositivos sôbre o assunto lhe deu alto valor científico, pelo significado jurídico-social das relações humanas entre o patrão e o empregado; e didático, pelo valor que hoje tem, para o profissional do forum, uma visão plástica e exata das equações sociais. Exigiu-se, assim, um estudo especializado do Direito do Trabalho.

A primeira idéia foi um sonho de solidariedade espontânea e desinteressada.

O homem explorado pelo homem foi o axioma vencido nas lutas políticas de vários séculos.

Essa fisionomia solidarista do Direito do Trabalho, que o fundamentou a princípio, até hoje o inspira, forçando o legislador, que cria o direito positivo; o juiz, que o aplica; o jurista, que o analisa e critica, a que submetam o assunto versado ao princípio de proteção do "hipossuficiente" (CESARINO JUNIOR).

O sentimento de proteção foi, com os tempos, superado. "La tutela della classe lavoratrice, — escreve LIONELLO R. LEVI — oggetto della legislazione sociale, viene attuata in vista del perseguimento di alcuni interessi che lo Stato ha assunto tra i propri fini: interessi di ordine demográfico, di sanità della stirpe, di elevazione morale e materiale dei lavoratori. Veramente la dottrina meno recente era solita porre in maggiore rilievo la finalità meramente protettiva del lavoratore, considerato come il soggetto più debole — e quindi bisognoso di protezione e di tutela — nella formazione e nello svolgimeno del rapporto di lavoro. Ora, che tale — finalità fosse presente al legislatore, specie nei primordi della legislazione sociale, è indubbio; ma è indubbio altresì che non è mai stata essa la finalità ultima, la quale era invece rappresentata da scopi di interesse più generale e di natura nettamente pubblicistica" (1).

Hoje, o Direito do Trabalho, antes de tudo, visa à conciliação das classes através de uma proteção eficiente ao que trabalha. Para isso, possuí o seu método particular, que é o "critério sociológico", que faz com que o intérprete encare o Direito através da vida e das últimas verificações da Sociologia Geral.

O Direito vinha, desde a alelúia sangrenta da Revolução Francesa, calcado em alguns princípios individualistas.

Contra êsse estado de coisas, o Direito do Trabalho valeu por uma *reação*.

O sentimento de coletividade, que desde o século XIX está trabalhando pelo entendimento dos homens, ora nas escarpadas do pensamento marxista, ora nas doces colinas da teoria de Leão XIII, se opôs ao individualismo dominante, que ainda trabalha em favor do cidadão e de sua liberdade pessoal, permitindo o choque das concorrências, o contraste das intenções e o livre curso dos apetites. O trabalhador, "sujeto durante varios siglos a un régimen de compresión se emancipó con la Revolución Francesa; pero como la libertad trajo consigo el aislamento del obrero y su impotencia frente a las concentraciones del capital, el Estado se vió precisado a intervenir para protegerlo contra las exacciones de las grandes empresas" (2).

Um dos caracteres peculiares do Direito do Trabalho, portanto, o fundamental, está em colocar êle o interêsse da coletividade acima do interêsse particular de "A" ou de "B".

(1) "Instituzioni di Legislazione Sociale", pág. 4, 1.947, Milano.
(2) DANIEL ANTOKOLETZ, "Curso de Legislacion del Trabajo", 1.º vol., pág. 9, 1.927, Buenos Aires.

O social através do trabalhador. — Eis uma fórmula viável.

A proteção que o Direito do Trabalho dá ao empregado é, primeiramente, u'a medida justa. Uma recompensa. Uma compensação, após tantos séculos de serviço escravo ou servil. Aquela proteção não é, todavia, cientìficamente, dada pelo interêsse moral de protegermos o nosso semelhante ou pelas conveniências políticas de satisfazermos a vontade da maioria popular.

Superando a todos êsses fatôres, como fundamentação última da existência do Direito do Trabalho, está o interêsse coletivo. Se tudo hoje se faz ou se procura fazer para elevação do nível mental e vital dos proletários, a consequência dêsse modo de encarar o problema da sociedade é a criação de um ambiente coletivo mais elevado. Graças àquelas ações e reações de que nos fala GOËTHE, tanto quanto o trabalhador, com as medidas a seu favor, lucra a comunidade, porque ela assim sobe um degráu a mais. Embora indiretamente, todos os membros do grupo gozam dos benefícios da proteção ao trabalhador.

A subsistência e a felicidade do grupo social dependem do maior estreitamento dos laços que unem seus componentes. Sem paz não pode haver evolução, nem vida nacional. Não há paz quando, nos subterrâneos, fermentam ódios e incompatibilidades, sobretudo se êles recìprocamente se descarregam de parte das duas grandes classes — operário e patrão — que formam as paralelas da sociedade no século XX e que, até hoje, permanecem submetidas à fatalidade geométrica de não se encontrarem nunca, a não ser no infinito das utopias.

O *interêsse do empregado* é a coluna mais alta dentro do campo jurídico do trabalho. Como pilastra, porém, está amparando a cúpola suprema do *interêsse coletivo*. "Il rapporto di lavoro è fondamentalmente rapporto di diritto privato, ma il rapporto stesso há, per molti lati, una disciplina obbligatoria inderogabile, limitatrice, cioè, della libertà individuale per fini d'interesse sociale" (3).

O direito positivo brasileiro aceitou a lição uniforme da doutrina italiana, quando lançou o art.º 8.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que sujeita qualquer decisão da Justiça do Trabalho ou das autoridades administrativas a um critério de prevalência dos interêsses públicos, postos acima de qualquer *interêsse particular ou de classe*.

Todo apoio dado ao empregado transcende as finalidades éticas da solidariedade, para existir em função das necessidades coletivas, especialmente como meio de pacificação social.

A intervenção do Estado na vida trabalhista se acentua cada vez mais, pelos motivos expostos.

(3) FERRUCIO PERGOLESI, "Diritto del Lavoro", pág. 11, 1.949, Bologna.

Conforme assevera POZZO, "el siglo XIX ofrece una curiosa contradicción entre los principios politicos y los economicos que dominaron. Mientras los primeros tendieron a destacar la personalidad del individuo, a exaltarla, a consagrar su libertad y declarar la igualdad de todos los hombres ante la ley, la economía, en virtud precisamente de la libertad y de la igualdad, consagraba la sujeición del trabajador, que contaba solo con sus fuerzas y su actividad para vivir al servicio de quien disponía del capital capaz de poner en movimiento la industria" (4).

A inclinação social do Direito, cada vez mais sensível e irresistível, coloca o Estado acima do Cidadão, a Sociedade acima do Homem, porque o primeiro encarna a vontade coletiva e o segundo representa uma só vontade.

O Direito do Trabalho espelha, melhor que qualquer outro ramo da ciência jurídica, êsse aspecto moderno da atuação do Estado.

Representa essa faceta a vitória das escolas chamadas *socialistas* sôbre a *escola liberal.* A oposição entre as duas opiniões sempre foi absoluta. Esta afastando o Estado da regulamentação dos contratos de trabalho. Aquela chamando-o a intervir nos pactos laborais e impondo regras de defesa do trabalhador e da sociedade (5).

O Direito do Trabalho, portanto, assenta em raizes de alto alcance científico e filosófico. Como diz CESARINO JUNIOR, "ao logicismo do antigo direito, de certa maneira se opõe o sociologismo do direito novo, assim como a predominância do interêsse coletivo distingue a êste, tendo em vista o predomínio do indivíduo naquele" (6).

Para uma sociedade patronal e capitalística, assentada nas bases tidas como indestrutíveis do individualismo, pode ser avaliado fàcilmente o que de terrível parecia haver em um Direito Novo, que se dispunha a violentar a vontade do cidadão, jugulando-a a princípios inflexíveis que regiam a formação dos contratos de emprêgo e que, em nome da Justiça, para equilibrar os desníveis econômicos favorecidos pelo "laissez faire, laissez passer", queria compôr um código de desigualdades jurídicas para beneficiar o humilde.

Para a consecução dêsse fim, foram necessários institutos e regras consentâneas com a idéia de solidariedade (7).

Dessa maneira, com suas leis certas, com sua matéria extensa e profunda, com método adequado e particular, com uma orientação característica, o Direito do Trabalho erigiu um conjunto de princípios próprios que lhe garantem a autonomia científica, ou, para

(4) JUAN D. POZZO, "Derecho del Trabajo", vol. I, pág. 290, 1.948, Buenos Aires.
(5) BORSI e PERGOLESI, "Tratatto di Diritto del Lavoro", vol. I, pág. 16, 1.938, Padova.
(6) "Direito Social Brasileiro", 1.º vol., págs. 45 e 46, 1.943, São Paulo.
(7) LODOVICO BARASSI, "Il Diritto del Lavoro", 1.º vol., pág. 36, 1.949, Milano.

usarmos a expressão de EUGENIO PEREZ BOTIJA, a "especificidade" (8).

Como era e é uma disciplina de oposição àquele individualismo canonizado nas barricadas de Paris, sendo, ao mesmo tempo, um esfôrço de renovação dos cânones que, com sua marca, imperavam no Direito — legisladores e juízes e tratadistas a têm levantado, não poucas vêzes, à cumieira do excesso.

Procurou dar-se ao Direito do Trabalho uma fisionomia não só renovadora, mas *revolucionária.*

Permitir-se que o Direito do Trabalho derreta tudo quanto está assentado pela doutrina, ou melhor pela investigação abstrata e pura, na esfera dos princípios gerais — será criar não um Direito Novo, mas uma Legalização da Anarquia, a que ninguém poderá deter e que porá em risco a segurança da coletividade e do indivíduo.

Ou o Direito do Trabalho é um departamento da ciência jurídica, ou não o é.

Neste caso, não tem significação técnica ou teórica. Não pode sequer ser considerado em termos jurídicos.

Mas, como se viu, o Direito do Trabalho existe objetiva e subjetivamente. Não apenas nos cursos universitários, não apenas nos códigos, não apenas na vida — mas também, e isso é o que vale, na órbita dos institutos, dos princípios e dos fins.

Se a disciplina existe, se pela sua natureza é uma disciplina jurídica, se pelo seu conteúdo é uma disciplina jurídica autônoma, ela, automàticamente, está sob os postulados fundamentais do Direito.

O *novo direito,* por ser novo, pode riscar de seu texto as figuras desenhadas com as idéias velhas. Há idéias, porém, que, colocadas acima do tempo, são sempre novas, porque são eternas.

A êsse direito anterior e fundamental (INVREA) está sujeito o Direito do Trabalho, como também estão todos os outros ramos do direito positivo.

Queremos dizer com isso que o Direito do Trabalho pode quebrar os princípios gerais de um direito nacional. Não pode, porém, ferir os princípios gerais da ciência jurídica.

Uma coisa é se opôr às regras de conduta dominantes em determinada sociedade. Outra coisa é se sobrepor às investigações científicas.

As premissas jurídicas do individualismo foram medularmente renovadas pelo Direito do Trabalho. O cidadão ou a classe, em nenhum caso, podem ficar acima do Estado. O legislador dirá, dentro dessa noção, quais os princípios particulares da disciplina.

(8) "La Naturaleza Juridica del Derecho del Trabajo", pág. 9 e segs., 1943, Madrid.

Ora, para uma elaboração científica da lei, o seu autor não poderá fugir aos princípios gerais do Direito em sí, assim como para aplicação da lei elaborada não há como se fugir ao seu texto e à sua intenção.

A grande função renovadora do Direito do Trabalho, eficiente, corrosiva, inútil, estática, perante os postulados coletivistas que asse-

inerte, inútil, estática, perante os postulados coletivistas que asse-

guram a vitalidade do grupo humano. Êsse ramo especial do Direito é um elemento de coesão social, jamais uma bandeira de anarquia e desintegração.

O Direito do Trabalho deriva do Direito Comum.

A origem lhe deixou cicatrizes inapagáveis.

E ao Direito comum êle volta, quando tem dúvidas, hesitações, lacunas. O pano de fundo, o grande painel, é indispensável para a perspectiva da paisagem.

No Direito Brasileiro, a lei civil é supletiva da lei trabalhista. E a lei processual comum preenche os imensos vazios da lei processual trabalhista (9).

O inaplicável ao direito especial que se contém no direito comum, substantivo e adjetivo, é, exaamente, a parte individualista.

Aquilo que serve de cravação para a vida em comum, os cânones fixados pela investigação teórica e que derivam, para todos os departamentos da ciência, do próprio Direito Civil êsses precisam ser reconhecidos e aceitos pelo Direito do Trabalho, sob pena de não ter êle fisionomia doutrinária, orientação filosófica, existência racional.

Como ramo da ciência jurídica, tem uma ossatura naturalmente científica, que lhe deve ser fortalecida.

E' preciso evitar um risco que o ameaça. A época, de pretensões políticas e de reconquistas sociais, predispõe o espírito para profanações doutrinárias, que ora revelam intenções ocultas, ora buscam maior facilidade na decisão judicial, encontrando, em qualquer caso, fácil apôio no dogma de que o Direito do Trabalho pode criar qualquer teoria, qualquer axioma, qualquer doutrina, pois é um Direito de revolução e que procura, sòmente, proteger o trabalhador.

Impõe-se, portanto, um trabalho exaustivo, para reenquadrarmos a disciplina na moldura da Teoria Geral do Direito.

A ação se deve desenvolver tanto no campo da abstração mental, da doutrina pura, como no campo prático das medidas efetivas, como aquela que se coroou na organização da Sociedade Internacional de Direito Social, sob patrocínio direto do professor CESARINO JÚNIOR. Nos congressos jurídicos, nas salas de aula, nos tribu-

(9) Artigos 8, parágrafo único, e 769 da Cons. das Leis do Trabalho.

nais trabalhistas, nos livros, nas revistas especializadas, em todo e qualquer lugar onde se debatam os problemas do Novo Direito, abre-se a ocasião propícia ao combate pela submissão do Direito do Trabalho à Teoria Geral, o que importa na sua independência em face de qualquer preconceito anti-científico.

2 — A PRESCRIÇÃO COMO PRINCÍPIO UNIVERSAL DO DIREITO

Poucos institutos possuem um caráter tão universal quanto o da PRESCRIÇÃO. De extensa significação jurídica, simbolizando a ação corrosiva do tempo sôbre os direitos inertes, é um princípio de ordem pública, invariàvelmente aceito por tôdas as legislações e definitivamente estabelecido comoprincípio geral do Direito.

Os fatos naturais circundam a sociedade, realizam-se dentro dela e, muitas vêzes, refletem na vida jurídica. O Direito não é indiferente à natureza. Ao contrário, muitas de suas figuras são pintadas por fatos cósmicos. O nascimento, que marca o início da pessoa física; a morte, que é o seu fim; o desvio do curso de água, a avulsão, o aluvião, etc.; o simples decurso do tempo; muitos outros acontecimentos decorrentes da ordem natural das coisas alteram, criam ou extinguem situações umbelicadas ao Direito.

O *decurso do tempo* age de diversos modos na seara jurídica.

Êle cria o costume, fixa a maioridade, garante a aquisição da propriedade pelo usocapião *(prescrição aquisitiva)*, extingue e abate direitos, etc..

A todo direito corresponde uma ação que o protege.

Quando o direito subjetivo é violado, o seu titular pode pôr em movimento o mecanismo judiciário do Estado, para reprimir o violador e aplicar-lhe a pena. Mas se o sujeito de direito, podendo exercer a faculdade de ação *não a exerce;* se detendo, estàticamente, o direito não o uso de modo dinâmico, para usarmos as expressões de PICCARD (10) — a partir dêsse momento começa a correr o prazo previsto em lei, dentro do qual a sociedade lhe conserva, intacta, a possibilidade de defender seus interêsses, mas após o qual seu direito estará desamparado de qualquer poder coercitivo.

É o prazo prescricional extintivo.

O primeiro ponto é saber (e isso tem interêsse imediato para a nossa tese) se a prescrição macula o direito subjetivo ou se tolhe, apenas, os meios de defesa dêsse direito, isto é, o direito à ação.

A doutrina, nesse ponto, não é pacífica.

(10) "Direito Puro", pág. 113, trad. portuguesa, 1.932, Lisboa.

O próprio Código Civil, algumas vêzes, fala em prescrição do direito, embora, na maioria das ocasiões, se refira à prescrição das ações correspondentes.

Há autores que defendem o ponto de vista de que o assunto perde qualquer interêsse imediato, porque um direito destituído da ação respectiva nada representa para o titular, é como se inexistisse, por não ter os meios necessários para se impor a terceiros e à coletividade. Mas, na verdade, dêsse debate puramente teórico decorrem conseqüências de ordem material e prática. A solução dêle, por outro lado, para o Direito do Trabalho, será um elemento subsidiário e valioso de interpretação da lei vigente.

Se o devedor paga o valor da dívida já prescrita por não haver apurado a prescrição, êle não pode exigir do credor a devolução da importância que lhe entregou inadvertidamente. Se a prescrição fulminasse o direito em si, o credor teria recebido o que não lhe era mais devido e estaria obrigado a devolvê-lo, para não se locupletar a custa do alheio. Mas como a prescrição só atinge à ação, permanecendo íntegro, inviolado, embora estático e sem poder, o direito pròpriamente dito, o pagamento é justo, jurídico, válido (CLÓVIS).

A corrente nacional que adota êsse ponto de vista em matéria de prescrição é volumosa.

CLÓVIS BEVILÁCQUA assim a define: — "Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de tôda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo" (11).

CARVALHO DOS SANTOS, por seu turno, tenta definição análoga: "um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita" (12).

CÂMARA LEAL diz: "Para nós, a prescrição é — a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas perclusivas de seu curso" (13).

Se não há dúvida maior — ao menos na doutrina nacional — sôbre essa conseqüência da prescrição, que extingue a ação protetora do direito, sem o anular, sérias controvérsias existem sôbre o seu verdadeiro fundamento.

Diversas teorias se propõem sôbre a matéria. Apanham, via de regra, aspectos externos da prescrição, meras decorrências do instituto, efeitos que dela derivam. Isso, porém, não basta para explicar a natureza do instituto, sua finalidade última, sua razão de ser.

(11) "Teoria Geral do Direito Civil", pág. 370, 1929, Rio de Janeiro.
(12) "Cód. Civ. Brasil. Interpretado", 3.º vol., págs. 371 e 372, 1942, Rio de Janeiro.
(13) "Da Prescrição e da Decadência", pág. 20, 1939, São Paulo.

Dentre os diversos pontos de vista esposados, podemos, aqui, fazer remissão aos que, de momento, possam ter relação direta com o assunto que abordamos.

Para uns, a prescrição envolve uma proteção ao devedor (SAVIGNY); para outros, cria a presunção de renúncia ao direito (CARVALHO DOS SANTOS); para terceiros, eqüivale a uma sanção, tal qual estipulavam as "Ordenações" (CÂMARA LEAL); etc..

Nenhum dêsses pontos de vista explica, por si só, em nosso entender, o fundamento real da prescrição.

Não se pode tê-la como medida protecionista do devedor. Na verdade, dela resulta um benefício para êle. Mas não existe em seu nome. O benefício é acidental e indireto. Não haveria porque proteger aquêle que deve, que viola o direito alheio, que não cumpre a obrigação assumida. A entender-se assim, a prescrição teria um fundo imoral. Não há como se auxiliar o devedor que não satisfaz o dever contraído em detrimento do credor insatisfeito.

Tampouco se deve ter na figura prescricional uma presunção de pagamento feito ou de renúncia, pelo credor, do seu direito. Em primeiro lugar, porque, seguidamente, estamos vendo credores, tolhidos pela prescrição, que tentam mover a ação para fazer valer seu direito. Em segundo lugar, porque, se houvesse renúncia do direito ou presunção de adimplemento da obrigação, nesse caso a prescrição se dirigiria contra o direito material e não contra o direito à ação, o que não ocorre, como vimos.

Numerosos monografistas e comentadores dão à figura, como fundamento, a idéia de uma pena. CÂMARA LEAL — rememorando ser êsse o ponto de vista de JOÃO MENDES JUNIOR — escreveu: "Se a prescrição priva o titular de sua ação, fazendo-o sofrer a perda de um direito, impõe-lhe, de fato, um mal. E, se essa imposição é motivada pela sua inércia, de que resultou um mal social, pelo estado antijurídico que não foi removido pela ação, representando essa inércia a falta de cumprimento de um dever social, não se poderá negar que o mal impôsto pela prescrição é, efetivamente, uma repressão do mal causado pela negligência do titular" (14).

E' irrecusável que, nos efeitos da prescrição, está o prejuízo sofrido pelo credor negligente, que não dinamizou seu direito na época oportuna, trazendo, porisso, conseqüências más para a vida coletiva, que tem interêsse na pronta solução das divergências surgidas entre os que compõem o agrupamento social.

(14) Op. cit., pág. 26.

Mas é preciso que se pondere que a idéia de sanção não esgota, em absoluto, o cálice. Mesmo que se reconheça que, na prescrição efetiva, há uma pena contra o devedor cujo direito foi por ela tocado — é de se ver que essa pena, como CÂMARA LEAL reconhece, se justifica pelo prejuízo social causado pela inação do titular do direito. De modo que se a prescrição se resume a uma pena (o que se admite *ad argumentum)* e se essa pena tem raiz no prejuízo social, é claro que a justificativa do instituto está não na sanção, mas no abalo social causado pelo credor inerte.

A conclusão, pois, é essa.

O Estado tem o máximo interêsse em que seus membros vivam em harmonia. Os choques, os litígios, os conflitos, por pequenos que sejam, abalam a estrutura social, pouco a pouco. Põem em risco o entendimento dos homens. São elementos de oposição à paz.

Com o decurso dos prazos prefixados na lei, os fatos se vão consolidando. Justos ou injustos, estratificam-se do mesmo modo. Para alterá-los depois, seria preciso quebrar essa marmorização. Isso traria permanentes abalos para a vida em comum e para a segurança das relações jurídicas. Permitir-se que um direito fôsse exercido por tempo indefinido seria criar um meio de perturbação da sociedade. "A prescrição — doutrina ESPÍNOLA — é instituída pela ordem jurídica para evitar se prolongue ou perpetue a incerteza das situações jurídicas; atende mais ao interêsse público que ao privado" (15).

Realçando, ainda melhor, a significação pública do instituto, CLOVIS BEVILACQUA pontifica: "A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas: *finis solicitudinis ad periculi litium,* exclamou CÍCERO. Tolhe o impulso intempestivo do direito negligente, para permitir que se expandam as fôrças sociais, que lhe vieram ocupar o lugar vago. E nem se pode alegar que há nisso uma injustiça contra o titular do direito, porque, em primeiro lugar, êle teve tempo de fazer efetivo o seu direito, e, por outro, *é natural que o seu interêsse, que êle foi o primeiro a desprezar, sucumba diante do interêsse mais forte da paz social*" (16).

Sendo assim, o interêsse público não está, apenas, em se fixar um prazo firme para que o credor promova a ação contra o devedor. Se assim fôsse, pôsto em movimento o direito perante a autoridade judiciária, não mais correria o prazo prescricional. A situação ficaria eternamente em suspenso. A lide seria perpétua. Estaria frustrado o intuito harmonizador da prescrição. Há tanto prejuizo, para a

(15) "Tratado de Dir. Civ. Brasileiro", 1.º vol., pág. 501, 1939, Rio de Janeiro.

(16) Op. cit., pág. 372.

sociedade, numa ação pendente quanto num direito ainda não exercido após a sua violação.

Dêsse modo, a prescrição, no Direito Brasileiro, corre antes e depois do ajuizamento da ação.

O Código Civil, porém, deu ao credor meios de *interromper* a prescrição em curso, criando, ao mesmo tempo, os casos que *impedem* e *suspendem* o prazo.

Há uma diferença especial entre as *causas suspensivas* e as *causas impedientes* da prescrição. As primeiras, porque suspendem o prazo, pressupõem que, antes delas surgirem, a prescrição já começara a fluir. Valem como parêntesis, dentro do qual o tempo jurìdicamente não caminha (CARVALHO DOS SANTOS). As causas impedientes são aquelas que existem anteriormente à ação e que não deixam que o prazo comece a fluir.

As duas figuras, entretanto, foram englobadas pelo legislador comum nos mesmos dispositivos (arts. 168 a 170, do Cód. Civil).

Quando se dá a suspensão, o prazo paralisa-se pelo tempo que dura a causa suspensiva. Cessada esta, o prazo recomeça, computando-se o período anterior ao aparecimento da suspensão para cálculo e configuração do instituto prescricional.

Com a *interrupção* isso não acontece. Em qualquer das hipóteses do art.º 172, do Código Civil, com a alteração que lhe foi imposta pelo art.º 166, parágrafo 2.º, do Código do Processo Civil, combinado com o Decreto-Lei n.º 6.790, de 15 de agôsto de 1.944 — a interrupção tem fôrça para inutilizar o prazo decorrido até a sua data. Mas não tem poder jurídico suficiente para suspender o tempo. A partir da interrupção, o prazo marcha, embora não se leve em linha de conta o período anterior ao advento da *causa interruptiva.*

Dessa forma, não há hipótese de perpetuação da lide no direito vigente. A prescrição fulminará a ação lerda.

A doutrina dominante, encabeçada por PEDRO LESSA, CLOVIS, COSTA MANSO e outros; a jurisprudência uniforme, inclusive do Supremo Tribunal Federal — excluíram a divergência verificada entre os escritores civilistas, logo após a publicação do Código, sôbre o instituto da "perpetuação da lide".

Hoje, é princípio definitivamente fixado no Direito Brasileiro, já tomando côres de orientação histórica, que inexiste a perpetuidade das ações ajuizadas, o que era sufragado pelo direito anterior, mas foi excluido pelo Código Civil (17).

A lide eterna é incompatível com o interêsse coletivo, que exige a constituição pronta, definitiva, dos fatos e das situações jurídicas, para maior firmeza das relações humanas em sociedade.

(17) ARY DE AZEVEDO FRANCO, "Prescrição Extintiva no Código Civil Brasileiro", págs. 146 e segs., 1.950, Rio de Janeiro.

3 — A PRESCRIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO DO TRABALHO.

Como vimos anteriormente, o Direito deve ser alvo de um estudo científico. Para isso, é preciso cumprir o proposto por KORKOUNOV, no seu monumental "Cours de Théorie Générale du Droit": — "La science généralise notre savoir; elle remplace le savoir immédiat, mais superficiel et concret par une connaissance plus abstraite et plus générale; elle étudie les particularités, seulement comme des moyens necessaires à la généralisation, elle s'efforce de parvenir à des conclusions, applicables à des groupes entiers de phénomènes semblables et c'est ainsi qu'elle remplace la connaissance de tous les phénomènes particuliers, par l'étude générale des groupes" (18).

O Direito do Trabalho está, como mero departamento do Direito, subordinado a essa investigação racional.

Imperam, em seu seio, os princípios universais.

Ora, pela sua profundidade e por sua extensão, dêsses princípios, a prescrição é o mais aceito e o melhor acolhido por tôdas as legislações cultas e por todos os vários direitos positivos de cada Estado.

O Direito do Trabalho, por sua natureza e por sua destinação, entroniza, também, o instituto da prescrição como regra indispensável de paz social.

Os litígios trabalhistas exigem, aliás, nesse particular, dispositivos rigorosos.

Como ficou constatado, na primeira parte desta exposição, o Direito do Trabalho, através da proteção dada ao empregado, procura a concórdia social, a defesa da integridade do Estado.

Como nenhum outro ramo do Direito, a legislação trabalhista reclama que as relações entre patrões e obreiros se consolidem e se constituam definitivamente, em pequeno espaço de tempo. O grande, o tormentoso problema dos dias que passam é a disputa das classes em oposição sistemática. Os dissídios individuais — singulares e plúrimos — e coletivos, por diminutos que sejam, mesmo quando aparentemente desaparecidos nas dobras dos fatos que se precipitam, criam pequenas ou grandes incompatibilidades que se somam umas às outras, que se multiplicam e geram ódios universais, divergências inconciliáveis, convulsões violentas para a produção, para a economia, para a política, para a administração.

Os antigos processualistas, como GUSMÃO, já ponderavam que, em tôda ciência jurídica, se sente a vontade de abreviar os prazos

(18) Pág. 552, tradução francesa, 1.914, Paris.

prescricionais, tornando-os mais rigorosos. "A tendência hodierna, de que nos dão testemunho várias legislações, segundo o proclamam os modernos escritores, é indubitàvelmente para a redução dos prazos da prescrição; porque assim o exigem as condições atuais da evolução social e econômica dos povos" (19).

Essa verificação, por certo, maiores fundamentos e justificativas encontrará no Direito do Trabalho, que aborda de frente e estuda a fundo a "questão social".

As relações trabalhistas devem ser *fixadas* e os litígios que delas decorrem *resolvidos* no menor espaço de tempo possível. O interêsse do grupo assim o exige.

Está aí um dos motivos pelos quais se instituiu um processo especial para os feitos trabalhistas, eminentemente oral, econômico e, sobretudo, de uma celeridade impressionante.

Aí reside, ainda, uma das razões pelas quais a Justiça do Trabalho tem um caráter conciliatório, visto que, pelo acôrdo, ao mesmo tempo que se confraternizam os representantes de duas classes, se encerra a demanda, em têrmos irrecorríveis.

Por isso, finalmente, a lei brasileira estabeleceu prazos prescricionais curtos. O art.º 11, da Consolidação, ditou, assim, a regra geral: Os direitos de reclamação perante a Justiça do Trabalho prescrevem no prazo de dois anos, SALVO DISPOSIÇÃO EM CONTRÁRIO.

A verdade, todavia, é que não existem disposições em contrário dentro da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os prazos menores que ela indica (como, dentre outros, nos artigos 36 e 853) são prazos de *decadência* e não de *prescrição*. Aquelas regras que aparentemente se afastam do biênio marcado pelo art.º 11 e contidas, por exemplo, nos artigos 119 (salário-mínimo) e 143 (férias), mantêm integralmente, no fundo, o princípio. Estabelecem, apenas, com variações, o início do prazo — dentro, aliás, da idéia ampla de que a prescrição começa a correr a partir do momento em que o direito *poderia ser exercido* e seu titular fica inativo.

Afirma-se, pois, sem êrro, que o prazo de dois anos impera em todo Direito Brasileiro do Trabalho, uniformizando a prescrição.

Alguns criticam a pouca extensão do prazo.

Mas assim o exige a época, que corre depressa, nas asas da técnica e na vertiginosidade da vida moderna. Assim o exige a sociedade, pela natureza de alta relevância pública das questões trabalhistas. Assim o exige a nova orientação do Direito, mencionada por GUSMÃO e pelos co-autores da Consolidação das Leis do Trabalho (20).

(19) "Processo Civil e Comercial", pág. 347,, 1.939, São Paulo.
(20) ARNALDO SUSSEKIND, DORVAL LACERDA E SEGADAS VIANA, "Direito Brasileiro do Trabalho", 2.º vol., pág. 83, 1.943, Rio de Janeiro.

Mas há de se considerar como extremamente lato o prazo do art.º 11, se se atentar, por exemplo, para a legislação chilena. O art. 89 do Código do Trabalho daquela nação sul-americana fixa uma regra de caráter geral, que pode ser excepcionada por lei expressa, segundo a qual a prescrição de direitos e ações se efetua com o decurso do prazo insignificante de *sessenta dias*. E o art.º 96, do mesmo Código, para as ações civis por danos intencionais causados nas maquinárias e oficinas dos estabelecimentos, reduz êsse prazo pela metade (21).

O caráter geral do art.º 11, contra o qual não se levanta a fôrça de uma única exceção, deixa, claramente, demonstrado que NÃO EXISTEM DIREITOS TRABALHISTAS IMPRESCRITÍVEIS. Todos êles estão sujeitos à fôrça destruidora do tempo, que se aproveita da inércia do titular do direito para vencê-lo.

É, ainda uma vez, o interêsse social exigindo medidas drásticas. Nenhum direito trabalhista — ao contrário daqueles reconhecidos na órbita civil e relacionados por CLÓVIS BEVILÁCQUA — goza dos favores da imprescritibilidade (22). Não convém ao Estado que algum direito subjetivo possa ser exercido a qualquer tempo. Caso contrário, não haveria sossêgo nas relações trabalhistas, o que eqüivale a dizer que não haveria paz nas relações sociais.

Ressalta do exposto, de sobejo, a conveniência de uma interpretação rigorosa em matéria de prescrição trabalhista.

Se o fundamento da prescrição fôsse uma presunção de renúncia, ou de pagamento, poder-se-ia pertender excluí-la do Direito do Trabalho, em cujo solo só medram as presunções favoráveis ao empregado, o alvo da lei protetora.

Se fôsse um benefício dado ao devedor, seria ainda razoável que só se impusesse a favor do empregado.

Se fôsse uma pena imposta ao credor negligente, talvez repugnasse ao espírito trabalhista impor sanção rude e forte contra o trabalhador ignorante e tão liberalmente defendido nas demais facetas da Consolidação. Já dizia, porém, ALMEIDA OLIVEIRA: "A pena imposta à negligência do credor ou proprietário, ainda que imaginada para conciliar a prescrição com a eqüidade, não deixa de ser uma coisa iníqua. O direito de cobrar ou reivindicar é uma faculdade e não uma obrigação" (23).

Na prescrição, porém, não se busca defender o interêsse de "A" ou de "B". Não se cogita de presumir nada. Não se pensa em punir alguém. Defende-se, pura e simplesmente, o INTERÊSSE DA SOCIEDADE, porque "o direito creditório, exercido depois de longo

(21) ALFREDO GAETE BERRIOS, "Manual de Derecho del Trabajo", pág. 82, 1.949, Santiago do Chile.
(22) "Código Civil", 1.º vol., pág. 477, 1.916, Rio de Janeiro.
(23) "Da Prescrição", pág. 15, 1.896, Maranhão.

tempo, leva a desordem ao seio das famílias e perturba a sociedade em suas aspirações. Tais são os motivos da prescrição em nosso conceito: E' preciso garantir a propriedade e obstar a multiplicação das demandas" (24).

Quando se declara prescrito o direito de reclamação de um empregado, não se trata de magoá-lo por sua inércia, nem de beneficiar o patrão. Trata-se de fixar, em definitivo, uma situação jurídica, o que se faz em nome do Estado. De modo que não se deve fugir a uma interpretação rigorosa do mencionado art.º 11, sob pena de se estar colocando o interêsse do indivíduo ou de classe acima do Estado, contrariando, portanto, o princípio informativo por excelência do Direito do Trabalho e ferindo a regra expressa do art.º 8.º, da Consolidação. Páginas admiráveis sôbre o assunto, em estilo sóbrio e com profundidade de conceitos, escreveu o ilustre jurista patrício NÉLIO REIS, às quais se faz, aqui, remissão (25).

Fixando o prazo, um único prazo, de índole prescricional, a Consolidação das Leis do Trabalho silenciou sôbre as particularidades que a aplicação do instituto reclama e sugere.

Se na bôca do palco não encontramos, logo, o princípio ou princípios indispensáveis à apreciação do prazo fixado em lei, é forçoso que recorramos ao painel, ao grande fundo, onde se encerram as linhas mágicas da perspectiva. Ao Direito Comum deve encaminhar-se o intérprete, nas omissões do Direito do Trabalho. Se o consolidador, portanto,se ateve a u'a mera fixação de prazo prescricional, é porque deixou os restantes ângulos do instituto entregues às regras do Direito Comum, que é fonte subsidiária e supletiva, a preencher as lacunas ocasionais ou propositadas (como, evidentemente, é o caso) do poder que elabora a lei especial.

Muitos, porém, não pensam assim.

Tribunais têm entendido que, uma vez ajuizada a ação trabalhista, a prescrição não corre mais (26).

Podemos resumir, da seguinte maneira, os argumentos que servem de apoio a êsse modo de entender:

A) A Consolidação, no discutido art.º 11, só se refere à prescrição do "direito de reclamar". Quer dizer que, para os direitos mate-

(24) ALMEIDA OLIVEIRA, Op. cit., págs., 20 e 21.
(25) "Prescrição e Execução", *in* Rev. do Trab., junho, 1.945, págs. 23 e segs., Rio de Janeiro.
(26) Citamos, exemplificando, dois acórdãos proferidos pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região. O primeiro, proferido no Proc. n.º 475/47, contra o voto do Juiz Djalma de Castilho Maya, foi confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho. O segundo aresto, lavrado por unanimidade de votos, é relativo ao Proc.º 302/48.

riais, para os direitos protegidos pela reclamação, que é a *ação trabalhista,* não existe um prazo prescricional, isto é, não existe prescrição.

Exercida a ação dentro do prazo de dois anos, não mais haveria o risco de erosão do direito pelo decurso do tempo.

B) Do teor do art.º 11 ressalta uma segunda conseqüência. Se a lei diz que só prescreve o direito à reclamação e não o direito em si, uma vez ajuizada a reclamatória não pode mais êste direito prescrever. Portanto, a prescrição *não corre* a partir do ajuizamento da ação.

C) Se o empregado ajuizou a ação dentro do prazo hábil e, depois disso, decorreram dois anos de paralização completa do processo, é evidente que a culpa não é do empregado. Êle fêz o que lhe competia, no prazo preestabelecido. Entregou a causa ao julgamento do órgão judiciário competente. Se êste não zelou andamento célebere do feito, a responsabilidade é do órgão judicante, e não da parte. E' do Estado, não do cidadão. Seria injusto punir o trabalhador com a prescrição, quando êle nada tem a ver com a demora do processo.

Ora, êsses argumentos, tão harmoniosos na aparência, tão simples e lógicos, assentam em pressupostos falsos.

Vejamos:

A) A Consolidação, no art.º 11, seguiu a melhor doutrina, quando disse que em dois anos prescreve o direito à reclamação (ação trabalhista). E' que, como vimos, a fôrça prescritiva do tempo, ao extinguir direitos, não fere o direito subjetivo em si mesmo e sim o direito à ação protetora da faculdade ofendida.

No Direito Brasileiro do Trabalho prescreve a prerrogativa de ajuizar a ação. Mas isso acontece — e é princípio uniformemente adotado — em todos os ramos do Direito. O direito em si permanece incólume, inatingido pelo tempo. A sua defesa, a ação correspondente é que se atrofia, morre, pulveriza-se pelo desuso.

A lei trabalhista, aqui, seguiu a orientação da lei comum. O Código Civil, em vários pontos, se refere à prescrição que fulmina o *direito à ação.* E' o exemplo do art.º 178, parágrafos 1 a 9.

Nem porisso se dirá que, nessas hipóteses, uma vez ajuizada a ação civil respectiva, a prescrição não correrá. Por que o dizer, então, relativamente à lei trabalhista?

B) Tampouco é certo que, ajuizada a ação, não mais corra o prazo prescricional.

Tribunais trabalhistas têm entendido, com alguma solenidade e pompa, que o simples ajuizamento da ação *interrompe* a prescrição e, portanto, depois de tal fato, não se pode falar em prazo prescricional.

Mas é evidente que o ajuizamento da reclamatória interrompe a prescrição.

O simples despacho do juiz ordenando a citação — mesmo quando o juiz é incompetente — *interrompe* a prescrição. Mas daí a concluir-se que, por essa interrupção, o prazo não corre mais, é esquecer que entre os dois casos existe um abismo.

Seria preciso que o despacho do juiz ordenando a notificação (citação) tivesse fôrça jurídica para *suspender* a prescrição. Mas para que tal fôsse admitido, seria necessário que a lei comum — aplicável por omissão do Direito Positivo do Trabalho — autorizasse a interpretação de que o ajuizamento da petição inicial suspende a prescrição; ou que a lei especial assim dissesse, expressamente.

A citação, no entanto, segundo a regra de Direito Civil, apenas *interrompe* a prescrição. As causas *suspensivas* e *impedientes* do instituto são outras e estão catalogadas no Código, conforme, oportunamente, verificamos.

E a lei especial, no caso, silencia por completo.

Sabida a diferença medular que, na sistemática do Direito Brasileiro, existe entre "interrupção" e "suspensão" do prazo prescricional; não sendo o ajuizamento da ação causa suspensiva, mas meramente interruptiva do dito prazo; não tendo a lei especial nada disposto em contrário ao direito comum, antes evocando-o, pelo silêncio — é inadmissível que se tente dar ao ato de apresentação a juizo da ação trabalhista poder para impedir o curso do prazo rigoroso, fatal e de ordem pública.

Se a lei especial houvesse dito, taxativamente, que, para efeitos trabalhistas, o ajuizamento da reclamatória suspenderia a prescrição, o debate estaria tolhido. Apesar das naturais reprimendas doutrinárias que tal dispositivo mereceria, a lei imperativa, certa ou não, deveria ser respeitada. Para isso, repetimos, seria indispensável um dispositivo taxativo, tal qual acontece no Direito Italiano (27). No Direito Nacional, porém, isso não ocorre. Insistir-se, portanto, naquele ponto de vista será fugir às regras do raciocínio jurídico. Valem, aqui, as palavras de DORVAL LACERDA, que é, reconhecidamente, liberal no trato das magnas questões trabalhistas: — "Sendo a prescrição princípio de ordem geral e imperativo, *A SUA NÃO EXISTÊNCIA DEPENDE, NECESSÀRIAMENTE, DA EXCEÇÃO TAXATIVA E INEQUÍVOCA, SEM A QUAL CORRERÁ, FATAL E INEXORÀVELMENTE*" (28).

C) Não é certo que a parte contra a qual corre a prescrição da ação não tenha uma parcela de culpa no retardamento do processo.

Um dos deveres do que litiga em juízo é vigiar a marcha judicial

(27) GIUSEPE CHIOVENDA, "Instituições de Direito Processual Civil", 1.º vol., pág. 239, tradução brasileira, 1942, São Paulo.

(28) "Abandono de emprêgo, Estabilidade e Prescrição", *IN* "Rev. do Trab.", março-abril, 1.949, pág. 8, Rio de Janeiro.

do feito, zelar pelo seu andamento, o que significa zelar pelos seus próprios interêsses. O autor que deixa a demanda imobilizar-se na burocracia do *forum*, dia a dia mais acentuada; na indolência dos serventuários ou no indiferentismo do próprio magistrado — está participando e participando diretamente, como causa eficiente do atraso do processo.

A parte deve ficar em vigília processual permanente, lançando mão dos meios necessários para a marcha rápida do feito, interrompendo a prescrição na forma permitida pela lei sempre que isso se tornar necessário.

O cidadão que ajuiza a ação e que a deixa esquecida se equipara àquele que nunca a ajuizou.

Se não faz tudo para que o processo ande, vai responder por essa inércia e perderá o direito à ação, como se não a houvesse ajuizado, pelo simples decurso do espaço de tempo prefixado pela legislação.

Admitindo-se, porém, *ad argumentum*, que nenhuma culpa caiba à parte na procrastinação do processo — nem assim fica de pé o argumento analisado.

Como tivemos ocasião de afirmar, na palavra dos mais autorizados doutrinadores e no estudo das finalidades dêsse instituto universal, a prescrição não envolve a punição do titular negligente no trato de seus direitos.

A prescrição é um princípio impositivo de ordem e de harmonia social. De modo que, mesmo se o empregado não tiver culpa na paralisia processual em que recair sua reclamatória, êle sofrerá as conseqüências da prescrição, que visa não à sua punição, mas ao encerramento do litígio, de forma violenta, mas útil à comunidade.

A ausência de culpa isentaria o empregado de penalidades, como, por exemplo, a suspensão do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho durante seis meses, nos casos dos artigos 731 e 732, da Consolidação. Mas nunca o livraria da prescrição. Caso contrário, atribuiríamos a êsse instituto — que é um instrumento de ordem coletiva — um fundamento que a doutrina já lhe negou: o de meio punitivo usado contra o titular do direito que não o efetiva, como se seu exercício fosse, paradoxalmente, um dever.

A tese supra referida, que encontra defesa no pronunciamento de tribunais, fica, assim, removida de suas bases. Quebrados os alicerces sôbre os quais a colocaram, fica suspensa no ar. Pela fatalidade física, ela cairá. O mérito daqueles que têm sufragado a "nova teoria" demonstra o vigor com que ela se está enraizando. E' preciso

cortar-lhe as amarras, porque ela atrita com a lei e com as idéias básicas da ciência jurídica.

A prescrição, no Direito do Trabalho, corre antes e depois do ajuizamento da reclamatória, tal qual acontece no Direito Civil. Isso porque êste é fonte subsidiária e supletiva daquele. Não tendo o legislador especial disposto em sentido contrário ao Direito Comum e tendo silenciado, os princípios gerais da prescrição adotados no Código Civil se aplicam, por inteiro, à nossa disciplina, como a ela se aplicam, também, as regras que, posteriormente ao Código Civil, em tôrno de matéria prescricional, foram ditadas no Código de Processo — tudo com fundamento nos arts. 8.º e 769, da Consolidação.

Essa interpretação tem bases sólidas.

Percorrendo a bibliografia de Direito do Trabalho, nacional e estrangeiro, não se encontram discrepâncias dignas de nota.

Sempre que se estudam pontos nevrálgicos do instituto da prescrição no Direito Brasileiro do Trabalho os autores os subordinam aos princípios gerais do Código Civil (29).

De modo que, mesmo quando *interrompida*, a prescrição recomeça a fluir, logo após o ato que a interrompeu. Se a ação ajuizada interrompe a prescrição e ela depois continua a contar novo prazo, é evidente que o direito à ação pode prescrever em juizo.

Não há nada de extraordinário em se evocar, para a matéria trabalhista, as noções centrais da prescrição ditadas pela legislação comum.

As legislações cultas o fazem, sistemàticamente.

Basta, para confirmação da assertiva, que se ensaie um pequeno estudo de direito comparado.

E' sabido que da Itália vieram, para a legislação trabalhista brasileira, as linhas mestras e a orientação essencial. Na Itália vamos encontrar, como preceito pacífico, a remissão obrigatória feita pelo estudioso de Direito do Trabalho ao Direito Comum sempre que começa a analisar as várias facetas e os problemas da prescrição.

Segundo a notícia de LUIGI DE LITALA, os próprios prazos prescricionais do Direito do Trabalho estão marcados pelo Código Civil (30). Todo seu ordenamento, nesse ponto, tem aplicação ao Direito do Trabalho. GIORGIO ARDAU, no seu "Corso di Diritto del Lavoro', aborda incisivamente o assunto, endereçando o apli-

---

(29) Embora tocando em outros pontos, vários e notáveis ensáios publicados na imprensa especializada consagram essa idéia (J. M. CARVALHO DOS SANTOS, " Da Prescrição contra o Empregado Preso" e JOAQUIM PIMENTA, "Da Prescrição no Direito do Trabalho", *IN* "Trab. e Seg. Soc.", julho, 1946, págs. 285 e 280, respectivamente, Rio de Janeiro; A. B. COTRIM NETO, "Prescrição da Ação de Reintegração", *IN* "Rev. do Trab.", fevereiro, 1.941, pág. 9, Rio de Janeiro).

(30) "El Contrato de Trabajo", págs. 428 e segs., tradução argentina, 1.946, Buenos Aires.

cador da lei social, diretamente, à Teoria Geral do Direito e à chamada Ciência do Direito Privado (31).

Da mesma forma, a famosa jurista LUISA RIVA SANSEVERINO, com a invulgar autoridade que o mundo das letras jurídicas lhe reconhece, toca num ponto que reputamos vital. Combate ela uma pequena corrente de opinão que, na Itália, pretendia definir como imprescritíveis os direitos ecorrentes do contrato de trabalho. E' a mesma idéia que, hoje, surge no Brasil. São essas as suas palavras: — "L'applicabilità di questo ordinamento generale ai rapporti contrattuali di lavoro, anche durante la loro pendenza, è indiscutibile; questo, malgrado qualche tentativo per affermare la imprescritibilità dei diritti derivanti dal contratto di lavoro, quale conseguneza della loro irrinunciabilità, senza però tener conto che rinuncia e prescrizione sono institui non necessariamente concomitanti e, in particolare, che la prescrizoine è l'estinzione di un diritto, non per volontà del singolo interessato, ma per volontà dello Stato" (32).

E o já citado ARDAU relembra que ao Direito do Trabalho, em tudo e por tudo, se aplicam as noções de causa interruptiva e causa suspensiva da prescrição — cujos conceitos cravam seus fundamentos no Código Napoleônico (33).

Dessa maneira, os princípios de ordem lata que são vigorantes em todos os departamentos jurídicos e que exigimos sejam também, por fôrça da lógica, aplicáveis ao Direito Brasileiro do Trabalho, estão consagrados, exatamente, na legislação que serviu de base e motivo para a remodelação da disciplina legal dada às relações entre nossos operários e patrões.

Na França, verifica-se quase exatamente o mesmo que no Brasil. O legislador,pràticamente, remeteu o intérprete da lei especial ao texto da lei comum no tocante à prescrição. Nesta é que se encontram os fundamentos, as condições e até mesmo os prazos prescricionais. "L'article 49, liv. I, Code Travail, renvoie, purement et simplement, au Code Civil en ce qui concerne a la prescription de la créance de salaire" (34).

Na Espanha, perdura a mesma evocação ao Direito Civil (35). O artigo 83 da atual "lei de contrato de trabalho" limita-se a fixar o prazo de três anos para as ações derivadas do pacto laboral (36).

(31) Pág. 313, 1.947, Milano.
(32) "Corso di Diritto del Lavoro", pág. 545, 1.941, Padova.
(33) Op. cit., págs. 314 e 315 .
(34) ROUAST e DURAND, "Legislation Industrielle — Droit du Travail", pág. pág. 347, 1.948, Paris. Vide, também PAUL PIC e JEAN KRÉHER, "Le Nouveau Droit Ouvrier Français", pág. 218, pág. 218, 1.943, Paris.
(35) EUGENIO PEREZ BOTIJA, "Curso de Derecho del Trabajo", págs. 280 e 281, 1.948, Madrid.
(36) LUGO Y REIMUNDO, "Extinción del Contrato de Trabajo", pág. 355, 1.945, Madrid; PEREZ BOTIJA, "El Contrato de Trabajo", pág. 327, 1.945, Madrid.

MENENDEZ PIDAL faz sentir que a apresentação da ação trabalhista a autoridade competente *interrompe* o curso do prazo prescricional (37). E, segundo a notícia de SALVADOR ALARGON Y HORCAS, no Direito Espanhol, é mantida a distinção clássica entre a *suspensão* e a *interrupção* da prescrição (38).

Consoante MARIO DE LA CUEVA, a jurisprudência fixou o princípio de que o ajuizamento da demanda implica em interrupção da prescrição. Informa, ainda, o mesmo autor que os assuntos vinculados à suspensão do prazo não têm propiciado maiores debates no Direito Mexicano (39). GILLERMO CABANELLAS, objetivamente, distingue, de acôrdo com a lei do México, êsses dois casos excepcionais de quebra do curso contínuo e fatal da prescrição (40).

Na Alemanha, a doutrina chega, abordando o assunto, a rigores excessivos. Criando o problema da caducidade dos direitos, declara "caduco" o direito que, *sem estar prescrito,* é exercido com grande atraso, de modo a fugir às regras normais que pautam a conduta dos que tem boa fé. Sem dúvida, é um exagero. Coloca-se o intérprete — na defesa do interêsse coletivo de sossêgo entre os indivíduos — acima do próprio legislador, imobilizando direitos ainda não maculados pela prescrição. ERNEST KROTOSCHIN, escrevendo em espanhol, faz sentir: Sin embargo, la teoria de la conducidad parece incompatible en cualquier caso con el carácter forzoso y la consiguiente irrenunciabilidad de los derechos conferidos por alguna norma laboral. Para qué estos derechos se extingan por expiración de un plazo, es necessaria la prescrición del derecho, pues entonces el trabajador de antemano lo adquietemporal, estipulada expressamente en el mismo momento de la creación del derecho, pues entonces el trabajador de antemano lo adquiere solo con esta limitación" (41).

Essa orientação da literutura germânica serve, de qualquer forma, para nos revelar o cuidado com que os escritores especializados se voltam para o assunto, reprimindo o uso retardatário dos direitos trabalhistas.

No Chile, a lei se limita a fixar o prazo, tal qual se verifica entre nós (42).

A Argentina não foge, também, à orientação universal. Os MARTINEZ apontam, pela omissão da lei especial, as fontes subsidiárias como reguladoras do instituto (43). STAFORINI, por seu turno,

(37) "Derecho Procesal Social", págs. 182 e 183, 1.947, Madrid.
(38) "Codigo del Trabajo", 2.º vol., págs. 464 e segs., 1.929, Madrid.
(39) "Derecho Mexicano del Trbajo", 1.º vol., págs. 732 e segs., 1943, México.
(40) "El Derecho del Trabajo y sus Contratos", pág. 446, 1.945, Buenos Aires.
(41) "Instituciones de Derecho del Trabajo", 1.º vol., pág. 216, 1.947, Buenos Aires.
(42) ALFREDO GAETE BERRIOS, op. cit., loc. cit.
(43) "El Contrato de Trabajo", pág. 585, 1.945, Buenos Aires.

pondera que o ajuizamento da ação trabalhista *interrompe* a prescrição (44).

Que nos demonstra, pois, êsse rápido bosquejo das disposições dominantes na legislação trabalhista dos países ocidentais que mais desenvolveram seus códigos ao operário?

— Demonstra-nos, exatamente, que a prescrição é aceita de modo invariável; que suas regras, aplicáveis ao Direito do Trabalho, estão comumente contidas na legislação comum; que não existem direitos trabalhistas imprescritíveis; que o ajuizamento da reclamatória, como de qualquer outra ação, não suspende o curso do prazo marcada na lei, interrompendo-o apenas.

Assim como não se encontra, nas nações do Ocidente, um só exemplo que favoreça o ponto de vista da corrente jurisprudencial a que nos vimos referindo — não se há de achar, dentro da doutrina brasileira, um único autor que a espose.

Se se atentar para a circunstância de existir grande divergência jurisprudencial sôbre a espécie, reconhecer-se-á, então, que a teoria por nós combatida não só perde o apôio dos princípios gerais, da lei e da doutrina, como, várias vêzes, os próprios tribunais especializados dela se afastam (45). Reduz-se, pois, tão estranha doutrina a uma simples orientação assumida por alguns tribunais do país.

Mas já que, aqui e ali, reponta a teoria, é preciso julgá-la no nascedouro, antes que tome corpo e adquira a fôrça das torrentes impetuosas, que muitas vêzes se despenca das salas de julgamento do Poder Judiciário, arrastando consigo tradições, princípios imposter-gáveis, a palavra dos mestres e até mesmo os dispositivos da lei.

Muitos tratadistas brasileiros não se ocupam com a tese, certamente porque a consideram matéria muito simples, resolvida de modo claro pela letra do Código Civil, que está implícita na Consolidação. Mas aquêles que abordam o assunto, fazem-no com expressões sucintas, objetivas e reveladoras da exatidão de nosso modo de entender.

Mesmo antes do advento da Consolidação, a doutrina nacional já tomava êsse rumo, na palavra de BUYS DE BARROS: "Não dispôs o Decreto-Lein.º 1.237 sôbre a interrupção e a suspensão da prescrição na Justiça do Trabalho, PELO QUE DEVE ACEITAR-SE QUE AMBAS SÃO REGIDAS PELA NOSSA LEGISLAÇÃO CIVIL" (46).

(44) "Derecho Procesal del Trabajo", pág. 365, 1.946, Buenos Aires.
(45) Vide o acórdão do T.R.T. da 1.ª Região e o parecer aprovado pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, *IN* ARNALDO SUSSEKIND, "Dicionário Brasileiro d Decisões Trabalhistas", pág. 200, 1948, Rio de Janeiro.
(46) "Direito Industrial e Legislação do Trabalho", 2.º vol., pág. 318, 1.942, Rio de Janeiro.

Da mesma forma se pronuncia ARAUJO CASTRO: "Não tendo o decreto-lei n.º 1.237 disposto sôbre a interrupção e a suspensão da prescrição na Justiça do Trabalho, DEVE ENTENDER-SE QUE UMA E OUTRA SÃO REGULADAS PELO CÓDIGO CIVIL" (47).

O eminente WALDEMAR FERREIRA, escrevendo sôbre Direito do Trabalho, esposa a mesma opinião e seu pronunciamento é um subsídio valioso, pelo renome que conquistou no cenário das letars jurídicas do país: "A PRESCRIÇÃO PODE SER *INTERROMPIDA* NOS CASOS E PELA FORMA DO ART.º 172 DO CÓDIGO CIVIL. Pela citação do devedor, mesmo ordenada por juiz incompetente. Pelo protesto, citado o devedor. Pela apresentação do título de crédito em juízo de invenário ou em concurso de credores. Por qualquer ato judicial, que constitua em mora o devedor. Por qualquer ato inequívoco, ainda que extra-judicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. RECOMEÇA a PRESCRIÇÃO INTERROMPIDA A CORRER DA DATA DO ATO QUE A INTERROMPEU, OU DO PROCESSO PARA A INTERROMPER" (48).

Já sob o império da Consolidação das Leis do Trabalho — que em nada inovou o direito anterior — outros ilustres tratadistas especializados têm destacado, com palavras exepcionalmente eruditas, a urgência de medidas judiciais eficientes contra o prolongamento dos processos (49).

E ARNALDO SUSSEKIND, que tem a seu favor a autoridade (por ser dos mais aplaudidos escritores versados em Direito Social) bem como a responsabilidade de firmar (por ter tomado parte ativa na comissão organizadora do ante-projeto da Consolidação) adota o mesmo caminho, reduzindo nossa idéia a uma única sentença: "A prescrição pode ser *interrompida* POR QUALQUER DOS MEIOS ADMITIDOS EM DIREITO" — e faz referência imediata e expressa ao art.º 172, do Código Civil (50).

Há nesse parágrafo importantíssimo do Direito Social, pois, impressionante uniformidade entre os juristas que se situam em escolas diferentes . Há pontos tão evidentes que são aceitos pelas opiniões diversas.

Nem poderia ser de outra forma.

A aceitar-se o ponto de vista que — pensamos — está sobradamente refutado, adviriam conseqüências maléficas para o próprio trabalhador, em certas ocasiões.

(47) "Justiça do Trabalho", pág. 278, 1.941, Rio de Janeiro.
(48) "A Justiça do Trabalho", 2.º vol., págs. 406 e segs., 1939 Rio de Janeiro.
(49) GON FELIX GOTTSCHALK, "Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho", págs. 237 e segs., 1944, São Paulo.
(50) "Manual da Justiça do Trabalho", pág. 361, 1.944, Rio de Janeiro.

Não se pode fugir ao dilema: Ou as causas impedientes, suspensivas e interruptivas da prescrição, previstas no Código Civil, são plicáveis ao Direito do Trabalho, por omissão da lei especial e por fôrça do art.º 8.º, da Consolidação — e é êsse o nosso modo de ver; ou não o são.

Mas, na segunda hipótese, *ipso facto*, a prescrição *correrá*, sem limitações, contra os incapazes definidos no art.º 5.º, do Código Civil; contra os que estiverem a serviço das Fôrças Armadas em tempo de guerra; etc.... Se o Código Civil não é aplicável, nesse ponto, ao Direito do Trabalho, então só existiria uma causa suspensiva da prescrição: o ajuizamento da reclamatória. O menor, por exemplo, poderia ver seus direitos vencidos pelo tempo.

Se a prescrição não pode correr contra o obreiro menor de dezoito anos (pois a partir dêsse limite êle é equiparado ao maior de idade *ex-vi* do art.º 446, da Consolidação) e se, de fato, nessas condições, o prazo não marcha, como acertadamente, afirmam SUSSEKIND, LACERDA e VIANA (51) — é porque o Código Civil não o permite, em seu art.º 169, inciso I.

Seria injustiça flagrante entender-se o contrário.

Mas se, porisso, se aplicar ao Direito do Trabalho uma causa suspensiva ou impediente da prescrição, hão de ser aplicáveis, também tôdas as outras causas — suspensivas, impedientes e *interruptivas* — pois, evidentemente, não é possível aplicar-se um princípio fundamental que circunda o instituto e deixar de lado outros, tão fundamentais quanto aquêle, sem que as disposições expressas da lei autorizem essa distinção, que portanto é proibida ao intérprete.

Como escolher, por que distinguir entre umas e outras se tôdas elas têm a mesma natureza, se sôbre tôdas a Consolidação silenciou, se nenhuma é incompatível com o espírito do Direito Social?

Mais um argumento se impõe.

Aceitando-se o entendimento impugnado neste estudo, vamos concluir que, ajuizada a ação trabalhista, ela se podeá prolongar indefinidamente — um, cinco, dez anos — sem qualquer movimento processual e sem qualquer ato interruptivo da prescrição.

Uma ação com tais requisitos traça, em tôdas as linhas, a idéia de *Lide Perpétua.*

Como ficou anteriormente bem acentuado, a perpetuação da demanda, desde a publicação do Código Civil, é figura inaceitável e sediça. Atualmente, em todo Direito Brasileiro, não existe, em qualquer hipótese a *Lide Perpétua.* Seja a causa cível, criminal ou trabalhista — ela há de ter um fim, que pode estar na sentença, que pode estar no acôrdo, que pode estar na prescrição.

(51) Op. cit., 2.º vol., pág. 84.

Mas um fim sempre ela há de ter, *e dentro dos prazos marcados pela lei.*

Se êsse é o quadro legal, para que o Direito do Trabalho voltasse a entronizar a *Lide Perpétua* — que proteja relembranças das "Ordenações" — di-lo-ia expressamente o texto.

Nada há, entretanto, no Direito Positivo do Trabalho a autorizar essa revivescência. Pelo contrário. O que nêle se encontra é a preocupação constante de subordinar o interêsse dos indivíduos e das classes às exigências coletivas, inclusive através da abreviação dos prazos prescricionais afim-de que se processe logo a sedimentação dos litígios, para benefício do interêsse geral, embora com sacrifício de direitos individuais.

Dito isso, resta concluir, com as palavras de HENRY LEVY ULLMANN:

"Le droit est un principe d'ordre. La science du droit est une sciente abstraite, toute de mos par conséquent, exigeant des définitions nettees. Cette science, la notre, autefois austère et rude, s'est bien assouplie depuis vingt ans au contact des sciences circonvoisines; soit: — contre des méthodes trop scolastiques qui risquaient de la pétrifier, une réaction était nécessaire. Mais il faut éviter tout excès. Il est temps d'accentuer, suivant nous, une certaine de logique jointe à une ferme discipline de précision, de rappeler aux genérations nauvelles qu'en depit de multiples contingences impossibles à méconnaitre et qu'il est indispensable d'observer, le juriste doit s'accoutumer, par dessus tout, à conclure et à definir.

Avons-nous tort? Avons-nous raison? Si nous avons tort, ou nous le dira" (52).

CONCLUSÕES

1 — O Direito do Trabalho, como departamento autônomo do Direito, é passível de uma investigação científica e filosófica. Subordina-se às premissas fixadas pela Sociologia bem como aos princípios de ordem geral, que estão acima das ciências jurídicas particulares e que nem porisso desfiguram ou excluem os institutos e os cânones próprios dos chamados Direitos Especiais.

2 — A PRESCRIÇÃO é instituto universal, princípio geral do Direito, com fundamento específico na necessidade de harmonia, paz social e fixidez das relações jurídicas concretas.

(52) "Éléments d'Introduction Génerle à l'Étude des Sciences Juridiques", pág. 168, 1.917, Paris.

3 — Por omissão da lei especial, que se limitou a estabelecer o prazo de prescrição dos direitos trabalhistas, aplicam-se-lhe os princípios dominantes no Direito Civil — fonte subsidiária — *inclusive no tocante às causas impedientes, supensivas e interruptivas do prazo prescricional.*

Pelotas, em 15 de julho de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: HENRIQUE STODIECK

O Professor Mozart Victor Russomano, em tese intitulada "A Prescrição no Direito do Trabalho", sustenta, com brilho e erudição, o que se segue:

1) O Direito do Trabalho, embora renovador, não pode furtar-se ao ensinamentos da Teoria Geral do Direito, devendo, por isso, submeterse aos princípios gerais e universais do direito.

2) Dentre tais princípios, universalmente aplicáveis, se destaca o instituto da prescrição, que é de ordem pública e visa estabelecer a paz social, evitando a demanda eterna.

3) A lei trabalhista apenas estabelece prazo prescricional para ajuizar a reclamação, sendo omissa quanto às demais particularidades da aplicação do instituto. Em face de semelhante omissão, cabe ao aplicador das leis protetoras do trabalho recorrer à fonte subsidiária do Direio Comum, consubstanciado no Código Civil, "inclusive no tocante às causas impedientes, suspensivas e interruptivas do prazo prescricional".

Essas, de forma resumida, as conclusões do ilustrado autor da tese, com as quais concordamos, pois que, efetivamente, o Direito do Trabalho éum ramo de fenômeno jurídico em geral, e, por outro lado é cabível a aplicação ao Direito Novo dos institutos de ordem pública do Direito Comum, desde que, como no caso em foco, compatíveis e não expressamente regulamentados de outra forma na lei especial.

Por êsses motivos, somos de parecer que a tese é de ser aprovada.

Pôrto Alegre, 15 de Agosto de 1950.

Henrique Stodieck, relator
Dario de Bittencourt
Magdaleno Girão Barroso
Mario Seixas Aurvalle
Buys de Barros

INDICAÇÕES SÔBRE O INSTITUTO TRABALHISTA DAS "FÉRIAS"

Mozart Victor Russomano

Professor da Faculdade de Direito de Pelotas (Universidade do Rio Grande do Sul). Juiz-Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Pelotas. Membro Titular da Sociedade Internacional de Direito Social.

1 — GENERALIDADES

O repouso anual remunerado, que permite ao organismo do empregado um restabelecimento das fôrças físicas e mentais desgastadas na labuta profissional de todos os dias, é uma antiga aspiração obreira.

Embora seja, simultâneamente, uma de suas reivindicações mais justas, foi uma de suas últimas conquistas.

A instituição das férias é recente. Data do século em que vivemos. E só o proveito por elas trazido à vida coletiva e à vida empregatícia justifica sua rápida universalização.

Antes do aparecimento da "grande indústria", pelo elevado número de dias santificados e feriados civis, bem como pela vida pausada que os homens levavam, a idéia de descanso continuado proporcional a cada ano de trabalho, de fato, não era urgente.

A industrialização, contudo, dinamizou a vida, abalando mais a segurança física dos que vivem no seu torvelinho, ganhando o pão com o suor do seu rosto, na fatalidade da sentença bíblica. Por outro lado, dentro das oficinas, criaram-se situações insalubres, decorrentes dos novos métodos, das novas condições de serviço, o que predispunha o trabalhador para muitas moléstias. A par de medidas protecionistas, relativas à higiene e à segurança do local de trabalho, increveu-se a figura das "férias trabalhistas" em tôdas as modernas legislações, como u'a medida que superasse e completasse o repouso hebdomadário, sempre escalonado em dias intermitentes, dando ao obreiro um descanso mais ou menos longo, sem prejuízo de sua remuneração habitual.

Conforme acentua PETRELLI GASTALDI, apenas os funcionários, o pessoal dos serviços públicos, os empregados de bancos e de grandes armazéns gozavam férias, antes da Guerra de 1.914 ("Prática das Leis do Trabalho", pág. 147). E se alguns países mais avançados haviam instituído, por lei, férias obrigatórias — como a Áustria e a Suiça — os beneficiados se restringiram a pequenas categorias do proletariado, visto estarem por ela alcançados, apenas, as *mulheres* e os *aprendizes,* isto é, os fisicamente insuficientes.

As campanhas em prol da concessão coativa de férias trabalhistas se desata a contar da 1.ª Guerra Mundial, apaixonando os trabalhadores e sugerindo meticulosos estudos aos sociólogos, juristas e legisladores — mas só culminariam elas, pràticamente, em 1936, quase em nossos dias, quando foi aprovado um projeto de convenção da Conferência Internacional do Trabalho.

No mesmo ano, adiantando-se num exemplo aos países europeus, a Bélgica e a França promulgaram suas leis sôbre o instituto.

E' de se assinalar, porém que, *naquele ano de 1936,* no Brasil, as férias trabalhistas já estavam totalmente reguladas em lei e postas em prática, com rigor, com acentuado senso de solidariedade humana, em todos os setores da vida trabalhista nacional.

Cabe-nos, nesse ponto, pois, uma posição de vanguarda.

Fazemos questão de reivindicá-la.

O corpo de leis sôbre o assunto, entre nós, ganhou, fàcilmente profundidade e extensão.

O problema ganhou profundidade — porque se multiplicaram as normas jurídicas positivas reguladoras da matéria, até se chegar à síntese feita pelos autores da Consolidação das Leis do Trabalho, recente e parcialmente alterada pela Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949, que entrou a vigorar em *2 de novembro do mesmo ano,* isto é, 45 dias após de ser oficialmente publicada, na forma disposta no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil da República.

Ganhou, também extensão — no sentido de estender seus benefícios, de u'a maneira geral, a todo aquêle que trabalha sob dependência hierárquica de outrem.

Empregados que, normalmente, estão fora do abrigo da legislação social brasileira (funcionários públicos, encarregados dos serviços das entidades autárquicas, trabalhadores rurais) gozam, todos os anos, sem prejuízo de seus salários, um período contínuo, mais ou menos longo, de repouso e alheamento às lides profissionais (art.º 129 parágrafo único, da Cons. das L. do Trab.; Vide nosso "O Empregado Rural no Direito Brasileiro do Trabalho", pág. 9).

Hoje, *ex-vi* do art.º 157, inciso VII, da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, o instituto das férias está erigido em princípio de ordem constitucional, de natureza ampla, surgindo até como um dos pontos cardiais da nossa legislação trabalhista. E' de se notar, aliás, de passagem, que as modernas Constituições se preocupam, sempre, com o fato-social do Trabalho e de sua Regulamentação, através de uma proteção imediata do proletário. Muitas dessas Constituições (como a do Brasil) traçam o esquema da legislação trabalhista a vigorar no país, sendo que aqui se deve fazer remissão à brilhante e erudita tese que, nesse sentido, escreveu o professor da Faculdade de Direito de Atenas A. SVOLOS, contando com o elogio de JOSEPH BARTHÉLEMY e de MIRKINE GUETZÉVITCH ("Le Travail das Les Constitutions Contemporaines").

A finalidade individual e social das férias, como se sabe, é higiênica e orgânica (ANDRÉ ROUAST e PAUL DURAND, "Précis de Législation Industrielle", pág. 366).

O corpo que labuta necessita de algo mais do que períodos esporádicos de inação, por conta de domingos e de feriados. Tanto quanto o psíquico, o corpo sofre as conseqüências diretas da atividade laboral, continuada. Um e outro necessitam rearmazenar energias, através do descanso. Hoje, cientìficamente, está comprovado que as férias preparam os empregados para as futuras fainas de sua profissão. Tanto que existem, aqui e ali, grandes emprêsas que constituem suas "colônias de férias", do mesmo gênero das mantidas pelas instituições assistenciais, pois isso, além de ser uma vantagem de incalculável valor para o empregado, também o é para o empregador, pois a produção será maior e melhor sempre que o braço estiver sanitàriamente bem disposto.

Facilitando a recuperação dos desgastes orgânicos e, de acôrdo com os princípios da higiene, dando ao trabalhador meios de total reajustamento somático e intelectual, o instituto das férias tem o efeito econômico de aperfeiçoar a produção.

Por êsses motivos, a matéria tem atraído, sempre, a atenção dos estudiosos de Direito do Trabalho e dos sociólogos em geral.

Como, no Brasil, as "férias" têm provocado farta legislação e sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais, oportunas se tornam algumas considerações sôbre certos tópicos duvidosos de nossa atual legislação em tôrno dêsse ponto nuclear do Direito Social.

2 — AQUISIÇÃO DO DIREITO A FÉRIAS

Da justaposição dos arts. 130 e 131, da Consolidação das Leis do Trabalho, apura-se o seguinte: — O empregado brasileiro adquire o direito a férias *após doze meses de vigência de seu contrato individual de trabalho* e vai gozá-las nos *doze meses subseqüentes à data em que se verificar essa aquisição.*

Há algumas decisões dos tribunais especializados do país que adotam, como orientação, como bússola de seus arestos, um curioso ponto de vista. Entendem que o empregado, após trabalhar doze meses para um mesmo empregador, adquire direito a um período de férias. Se fôr êle despedido alguns meses mais tarde, deverá receber aquêle período integral e mais as férias proporcionais aos dias excedentes aos doze primeiros meses, férias proporcionais estas calculadas de acôrdo com a tabela estatuída no art.º 132, da mesma Consolidação.

Ora, essa exegese está absolutamente errada. E' *contra legem*.

Para que o empregado tenha direito a repouso anual remunerado é preciso que êle conquiste essa prerrogativa, completando o que, na lei se chama de *PERÍODO AQUISITIVO DO DIREITO A FÉRIAS*. Êsse período aquisitivo — que aparece no Direito Chileno e no Direito Espanhol (Cód. do Trab. Chileno, art.º 98; Lei do Contrato de Trabalho da Espanha, art.º 56; GALLART FOLCH, "Derecho Español del Trabajo", pág. 274) — é, no Brasil, de *doze meses integrais*. E' um prazo uno, que, portanto, não pode ceder à fragmentação proposta por algumas decisões judiciárias.

Sendo assim, cada período de gôzo de férias deve corresponder, necessàriamente, a um período aquisitivo dêsse direito, isto é, a um período *integral* de doze meses de vigência do contrato.

O trabalhador que prestar serviços ao mesmo patrão durante vinte e três meses, só terá direito a um período de férias, relativo aos doze primeiros meses de vigência contratual, porque o segundo período aquisitivo não ficou completo.

De outra forma não se pode entender, em face dos têrmos rigorosos do mencionado art.º 130, da Consolidação:

"Art.º 130 — O direito a férias é adquirido *após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho*".

Não poderia o texto legal ser mais cristalino, nem suas arestas poderiam ser mais cortantes.

Aliás, o princípio está renovado no art.º 132, do mesmo código.

E — o que é de máxima importância — a Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949, que deu nova redação a êsse art. 132, manteve, expressamente, a regra do art.º 130, dizendo:

"Art.º 132 — Os empregados terão direito a férias, *depois de cada período de doze meses, a que alude o artigo 130*, na seguinte proporção..."

Se, em face da controvérsia anterior, o legislador entendesse estar mal redigido ou mal interpretado o art.º 130, é claro que não faria, como fêz, expressa referência ao debatido princípio. Agindo como agiu, a Lei n.º 816 pôs em terra todos os argumentos que se

levantavam no sentido de adoçar a crua orientação do art.º 130. Ao juiz nacional não dá o Direito Brasileiro a prerrogativa de se sobrepor ao texto imperativo que o Estado ditou.

3 — DURAÇÃO DAS FÉRIAS

Não são menores as divergências nem menos gritantes as discussões que se têm travado, na jurisprudência dos tribunais e nas páginas da doutrina, sôbre a questão do *tempo de duração das férias*.

A Consolidação das Leis do Trabalho, desde sua redação primitiva, adotando a orientação do direito anterior, havia consagrado o princípio das *FÉRIAS PROPORCIONAIS*.

Por êsse sistema, o empregado ganha um repouso anual maior ou menor, conforme menor ou maior tenha sido o seu tempo de serviço efetivo para a emprêsa no decurso do período aquisitivo do direito a férias, isto é, no decurso do *"année de reférence"*, como dizem os escritores franceses.

Antes da Consolidação, dois decretos lastreavam o estudo do instituto das férias entre nós. Um, conhecido por "lei dos comerciários", dispunha sôbre as férias dos comerciários, bancários e empregados em instituições de assistência privada. O outro, denominado comumente de "lei dos industriários", ditava regras sôbre as férias dos empregados em indústrias, emprêsas jornalísticas, gráficas, de comunicações, de transportes e de serviços públicos em geral (Decretos N.ºs 23.103 e 23.768, de 19 de agôsto de 1933 e de 18 de janeiro de 1934).

Embora semelhantes em suas linhas gerais, êsses dois diplomas passaram à Consolidação princípios distintos.

Quando o consolidador sufragou o critério das "férias proporcionais", tomou êle direção oposta à da "lei dos comerciários", que não cogitava do número de dias em que o trabalhador houvesse prestado serviços durante o ano para o cálculo da duração das férias. Adotou, exatamente, a orientação da "lei dos industriários".

Êste último decreto estabelecia que os empregados teriam direito:

a) a quinze dias de férias quando trabalhassem mais de 250 dias;
a) a onze dias, quando trabalhassem mais de 200 e menos de 250 dias;
c) a sete dias, quando trabalhassem menos de 200 e mais de 150 dias.

A Consolidação — aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, vigente desde 10 de novembro do mesmo ano — tratou, porém, de ser mais rigorosa.

Dispôs, assim, no art.º 132, em sua primitiva redação:

a) quinze dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador *DURANTE OS DOZE MESES;*
b) onze dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de *200 DIAS;*
c) sete dias úteis aos que tiverem ficado à sua disposição *MENOS DE 200 E MAIS DE 150 DIAS.*

A escala é diferente. Mas o princípio é, exatamente, o mesmo.

Jogando com êsses claros elementos históricos, sempre entendemos, em várias outras ocasiões, sem grandes lances de hermenêutica pretensiosa, que bastava que o empregado faltasse ao serviço *UMA ÚNICA VEZ,* sem motivo jurìdicamente justo, durante o ano de vigência contratual, para que tivesse direito a onze dias de férias, porque não permanecera à disposição do empregador durante os doze meses necessários.

Não há dúvida de que essa orientação da lei primitiva era excessivamente rigorosa. Mas não há dúvida de que essa era a orientação da lei. E deveria, pois, ter sido respeitada de parte dos juízes do trabalho, que muitas vêzes evocaram uma inaplicável eqüidade para determinar o pagamento de quinze dias de férias a trabalhadores que haviam tido poucas faltas injustificadas durante o "année de référence". Como se depreende dos comentários de M. V. CARDOSO DE OLIVEIRA, o direito anterior ("lei dos industriários") era mais brando ("Noções de Legislação de Previdência e do Trabalho", pág. 70). Porisso, certamente, os julgadores resolveram, indevidamente, abrandar o rigor da lei vigente. Muitas vêzes desenvolveram elegantes e eloqüentes raciocínios, como é o caso do memorável voto que sôbre o assunto o Ministro DELFIM MOREIRA JÚNIOR proferiu no plenário do Tribunal Superior do Trabalho, que esbarravam, porém, na letra inflexível da disposição legal. Outras tantas fizeram remissões ao direito anterior, esquecidos de que a Consolidação, expressamente, o revogara.

Chegou-se a afirmar que o nosso entendimento implicava em ofensa à regra do art.º 132, parágrafo único, da Consolidação, que proibe sejam as faltas ao serviço descontadas do *PERÍODO DE FÉRIAS.*

Essa crítica não procede.

Em primeiro lugar, porque isso feriria a afirmativa anterior, emanente da própria lei, de que o empregado, para gozar quinze dias de férias, deverá ter ficado à disposição do empregador durante doze meses integrais. Evidentemente, o empregado que deixa de comparcer ao trabalho não está à disposição do empregador, porque não

está executando, nem aguardando ordens (art. 4, da Cons. das L. do Trab.).

Em segundo lugar, porque essa interpretação levaria o jurista a uma lamentável confusão, identificando duas entidades jurídicas diferentes: o *período de férias,* isto é, o número de dias de repouso anual remunerado, não se confunde com o *período aquisitivo do direito a férias,* ou seja, os doze meses de vigência contratual através de que se adquire a vantagem (art. 130). O período de férias (e não o "année de reférence") é que nunca deve ser descontado por faltas do empregado, justas ou não.

Exemplificando:

O empregado "X", durante doze meses de vigência do contrato individual de trabalho, tem 10 faltas injustificadas. Se o empregador lhe concedesse, sòmente, 5 dias de férias, estaria agindo ilegalmente, porque descontara aquelas ausências do período de férias. Agiria bem, no entanto, se concedesse ao seu empregado 11 dias de férias, aplicando a antiga tabela do art.º 132, da Consolidação.

Os escritores especializados sempre entenderam dessa forma, inclusive NEWTON DE LIMA, que analisa êsses textos legais em sua interessante monografia, para afirmar que os mesmos levam "à conclusão de que, para o empregado ficar com direito a quinze dias de férias, é essencial que não haja faltado sem justificativa, nem mesmo um dia que seja, no decurso dos doze meses correspondentes ao período de aquisição do direito, o que, convenhamos, é difícil de verificar-se" ("Férias Trabalhistas", págs. 26 e segs.).

Assim é, de fato, porque as férias têm altas finalidades higiênicas (como de início se constatou). Visam à reparação dos danos físicos e espirituais que o empregado sofre pelo desenvolvimento de trabalho. Quem mais trabalha, mais repouso precisa. Daí a justificativa fàcilmente encontrada para a orienteção do legislador brasileiro.

Se assim não fôsse, a escala mencionada do art.º 132, na sua redação anterior, seria inútil, pois não haveria hipótese de ter aplicação: ou o empregado faria jus a férias de quinze dias, ou não faria jus a férias — pois ou teria ficado na emprêsa por doze meses, ou não teria completado o prazo fatal exigido pelo art.º 130.

E' importante assinalar-se que a maioria das legislações do Ocidente fazem o período de férias variar em função do número de dias efetivamente trabalhados pelo obreiro durante o ano.

O Código do Trabalho do Chile, no seu art.º 98, estabelece que o empregado, para ter direito a férias, deve trabalhar, no mínimo, um ano para o estabelecimento, gozando quinze dias de repouso se houver trabalhado 288 dias ou apenas uma semana se houver trabalhado menos de 288 e mais de 220 dias. Caso contrário, não terá férias (AL-

FREDO GAETE BERRIOS, "Manuel de Derecho del Trabajo", pág. 85).

Ao que se depreende da parte final do art.º 82 da lei mexicana, segundo as palavras de MÁRIO DE LA CUEVA, há no Direito do Trabalho daquele país um única hipótese de redução do período de férias do trabalhador (quatro dias — depois de um ano de serviço; seis dias — depois de dois anos de serviços): E' que êle haja faltado ao trabalho sem motivo justificado durante o período de aquisição do direito ("Derecho Mexicano del Trabajo", 1.º vol., pág. 528 e 529).

Na Argentina, a Lei 11.729, alterando o art. 156 do Código Mercantil, estabeleceu uma escala de férias para os comerciários proporcional ao tempo de serviço dos mesmos no estabelecimento, de 10 a 30 dias. Um decreto de 23 de janeiro de 1945, do Poder Executivo, porém, estendeu os benefícios da Lei 11.729 a todos os trabalhadores nacionais. E o art.º 2.º dêsse Decreto estabelece, expressamente: "El trabajador, para tener derecho, cada año, al beneficio establecido en el artículo anterior, deberá haber prestado servicios durante la mitad, como minimo, de los dias hábiles comprendidos entre el 1.º de enero y 31 de diciembre" (FRANCISCO G. MARTINEZ e JULIO ARGENTINO G. MARTINEZ, "El Contrato de Trabajo", págs. 361 e 362).

Outra não é a orientação histórica do direito positivo uruguaio, que estipulava, já pela Lei n.º 10.023, de 13 de junho de 1941, posteriormente alterada pela Lei n.º 10.109 e pela Lei n.º 10.684, que as férias dos empregados nela especificados seriam adquiradas uma vez que o prestador de trabalho permanecesse no emprêgo 250 dias contínuos ou 300 dias alternados (ALBERTO SANGUINETTI FREIRE, "Legislación Social del Uruguay", 1.º vol., pág. 221).

O Código do Trabalho de França consagra o mesmo princípio. As férias normais do trabalhador francês são de quinze dias por ano, ou sejam — em média, *doze dias úteis*. Êsses doze dias correspondem aos doze meses do ano. Porisso. M. PIERRÉ WALINE, no seu curso do Instituto de Estudos Políticos da Universidade de Paris, ensina: "La durée du congé est en principe de *un jour ouvrable par mois de travail effectif*". As férias, pois, serão maiores ou menores, conforme o empregado tenha trabalhado EFETIVAMENTE maior ou menor número de meses durante o ano ("Droit du Travail", cap. IX, fasc. III, pág. 209).

O art.º 114, da legislação soviética, por seu turno, estabelece que após cinco meses e meio, pelo menos, de TRABALHO ININTERRUPTO, o obreiro tem direito a um repouso de duas semanas, no mínimo. De modo que o legislador do país que se intitula a pátria dos trabalhadores foi rigoroso como nenhum outro: basta que o empregado tenha uma falta ao serviço para que *perca o direito a férias*, enquanto que no Brasil, mesmo pela redação do art.º 132, da Consolidação, anterior ao advento da Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949, o empregado que tivesse uma falha ao serviço não perderia o direito a férias de todo. (DORVAL LACERDA, "A Legislação do Trabalho na Rússia Soviética", págs. 107 e 108).

Na Itália, a Carta del Lavoro exige, também, para a concessão de férias, um ano de servipo ININTERRUPTO por parte do empregado. O princípio se mantém, com as derrogações indicadas por RIVA SANSEVERINO ("Corso di Diritto del Lavoro", pág. 339).

Dêsse rápido esbôço de direito comparado apura-se, com facilidade, que o regime das férias proporcionais ao número de dias efetivamente trabalhados pelo empregado durante o "année de reférence" é um postulado universal. De modo que poderia haver rigor, mas nunca absurdo, em se dizer que a tabela do antigo art.º 132, da Consolidação, variava em função do número de faltas ao trabalho cometidas, sem motivo plausível, pelos empregados.

Tanto assim que a referida Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949, como teremos oportunidade de verificar linhas abaixo, expressamente, faz calcular o prazo de duração das férias em função do número de faltas (justas ou injustas) cometidas pelo trabalhador durante o decurso do ano.

4 — A DURAÇÃO DAS FÉRIAS NO DIREITO VIGENTE

A Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949, alterou a tabela de férias plasmada através do art.º 132, da Consolidação.

Entretanto, pela infelicidade com que foi dada nova redação ao dito art.º 132, nunca hão de ser poucas as críticas que se possam fazer aos legisladores.

A Lei n.º 816 alimentou os debates existentes sôbre a matéria em epígrafe.

Como vimos, o art.º 132, em sua primitiva composição, estabelecia:

— "Após cada período de doze meses a que alude o art.º 130, os empregados terão direito a férias, na seguinte proporção: — a) — 15 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador durante os 12 meses; b) — 11 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de 200 dias; c) — 7 dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por menos de 200 e mais de 150 dias".

A Lei n.º 816 manteve, e isso é importante, o corpo do artigo, fazendo alterações nas várias alíneas que o seguem. Acrescentou uma alínea nova, numerada de "A", e repetiu as alíneas anteriores, numerando-as diversamente. A antiga alínea "A" passou a "B" e assim por diante.

O resultado disso foi o seguinte texto:

"Após cada período de doze meses a que se refere o art.º 130, os empregados terão direito a férias, na seguinte proporção: a) — VINTE DIAS ÚTEIS aos que tiverem ficado à disposição do empregador durante os doze meses e não tenham tido mais de *seis faltas ao serviço,* justificadas ou não, nesse período; b) — Quinze dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador *durante os doze meses;* c) — Onze dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador *por mais de duzentos dias;* d) — Sete dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por menos de duzentos e mais de cento e cinqüenta dias".

O dr. ARMÊNIO MONJARDIM, consultor jurídico do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul, emitiu parecer sôbre o assunto, realçando a situação dubitativa criada pela Lei n.º 816, que não estabeleceu um limite que autorize saber quando o empregado terá, de fato, direito a quinze dias de férias. O referido comentarista, porém, não aventurou uma solução para o caso, confiando-a, precavidamente, aos tribunais trabalhistas do país ("Boletim do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul", 26 de outubro de 1949, pág. 308 — Pôrto-Alegre).

Também nós, em estudos confiados à divulgação de revistas nacionais e estrangeiras, partimos do mesmo ponto de vista.

Consideramos, então, o seguinte:

Se o empregado, durante o "année de reférence" tem, no máximo, seis faltas — gozará 20 dias úteis de férias. Se tiver mais de seis faltas, terá só direito a onze dias de repouso (alínea C). Se não tiver tido, durante o ano, nenhuma falta, por permanecer os doze meses à inteira disposição do empregador, teria direito a quinze dias (alínea B). Mas, nesse caso, teria, também, simultâneamente, a prerrogativa de exigir 20 dias de férias, com fundamento na alínea A. E, pelo espírito do Direito do Trabalho, ir-se-ia aplicar a lei mais favorável ao empregado. De modo que, pràticamente, não haveira hipótese do trabalhador brasileiro auferir, na atualidade, salários de quinze dias a título de férias anuais.

A lei estaria, com seu confusionismo, colaborando para a discórdia das classes. O legislador haveria incrustado no Direito Positivo um postulado inútil, inócuo, inaplicável, perdido, isolado, um verdadeiro anacoluto de ordem jurídica, sem o menor valor prático.

Êsse nosso ponto de vista, porém, está refundido, graças a um estudo mais refletido e após mais profunda meditação sôbre a matéria.

Reparamos as críticas feitas ao nosso legislador. Não que os comentados dispositivos tenham ganho em claridade e valor objetivo. Mas porque chegamos a uma compreensão diferente, encontrando,

na vida prática do Direito do Trabalho, situações em que o empregado pode gozar quinze dias de férias, mesmo em face da lei atual.

Salvo melhor juízo, entendemos, pois, que a escala de férias do art.º 132, na sua atual redação, deve ser aplicada da seguinte forma:

a) 20 dias úteis para o trabalhador que, durante os doze meses de vigência do contrato, tenha cometido seis faltas ao serviço, *JUSTIFICADAS OU NÃO;*
b) 15 dias úteis quando êle tiver tido mais de seis faltas, mas *TÔDAS ELAS JUSTIFICADAS* na forma do art.º 134, da Consolidação;
c) 11 dias úteis quando, no período aquisitivo, tiver tido mais de seis faltas *INJUSTIFICADAS* sem ter deixado de trabalhar, no mínimo, 200 dias;
d) 7 dias úteis, quando houver trabalhado, nos doze meses, *MENOS DE 200 E MAIS DE 150 DIAS.*

Essa interpretação, que nos parece rigorosamente exata, servirá para desanuviar os horizontes turvados pela má redação do mencionado diploma legal.

5 — UM PROBLEMA DE DIREITO INTERTEMPORAL

Como ficou realçado, o direito a férias é conquistado em doze meses de vigência contratual e gozado nos doze meses subseqüentes.

Com o advento da Lei n.º 816, em vigor desde 2 de novembro de 1949, criou-se um problema de direito transitório.

— Se o empregado alcançou o direito a férias antes daquela data e se o empregador lhas conceder depois dela, essas férias deverão ser calculadas de acôrdo com a lei vigente na época em que se completou o "período aquisitivo" ou de conformidade com a lei em vigor na época da concessão?

A questão é, nìtidamente, de direito intertemporal.

Não se pode, aqui, pretender aplicar, pura e simplesmente, um princípio de eqüidade e atribuir ao trabalhador que gozará férias depois de 2 de novembro de 1949 a tabela organizada pela Lei n.º 816, apenas porque lhe é ela mais favorável.

No caso, forçoso é atentar para os dispositivos legais e doutrinários que regem a espécie, já que o Direito do Trabalho, como departamento da ciência jurídica, a êles se subordina, em que pesem as pretensões revolucionárias dos que querem fazer do Novo Direito um Direito de Oposição aos cânones gerais da investigação jurídico-filosófica.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil — retraçando a orientação histórica do legislador pátrio — pôs a salvo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Colocou-os acima do arbítrio do Estado. Erigiu-os em entidades superiores, intangíveis, em face da lei futura.

O art.º 6.º da atual Lei de Introdução — sofrendo evidente reflexo da situação política dominante na época de sua elaboração não deixou de fazer uma restrição à teoria anterior. Ressalvou a integridade da coisa julgada e das situações jurídicas definitivamente constituídas, a não ser quando a lei, expressamente dispusesse em sentido contrário.

O texto constitucional, todavia, retomou o curso pretérito. E riscando qualquer hipótese que possa pôr em risco a integridade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, renovou os conceitos tradicionais dêsses institutos que servem de catetos para o triângulo das prerrogativas fundamentais do interêsse jurídico particular perante o Estado (art.º 141, parágrafo 3.º).

Somos dos que, no jôgo dos dispositivos evocados, entendem que a Lei n.º 816 sòmente se aplica nos casos em que o "período aquisitivo do direito a férias" termina depois de 2 de novembro de 1949.

Isso porque o empregado *adquire o direito a férias* no decurso de doze meses de vigência do pacto laboral e a lei nova não pode alterar os direitos adquiridos.

O problema do *direito adquirido,* que está longe de ser novo, está ainda mais distante de ser pacífico.

Alguns autores especializados de indiscutível mérito mental vieram, para o caso concreto, no estilo do debate travado nos arraiais amplos da Teoria Geral do Direito, contrapondo à idéia de *direito adquirido* a noção de *expectativa de direito*. E' o caso de ARNALDO SUSSEKIND e, em parte, de JOÃO CAMPOS DUHA' *(IN* "Revista do Trabalho", janeiro-fevereiro, 1950, págs. 42 e seguintes; *IN* "Direito e Jurisprudência do Trabalho", janeiro, 1950, págs. 11 e seguintes).

Pela circunstância de se tratar de uma lei de interêsse público, cujo efeito é, em regra, geral e imediato, a situação não se altera, porque o texto constitucional, expressamente, declara que o direito adquirido em nenhum caso pode ficar ofendido.

Por outro lado, CLÓVIS pondera, com grande objetividade: "Os escritores, opondo a idéia de direito adquirido à de expectativa de direito, como fizeram BLONDEAU e DEMOLOMBE, ou de interêsse, como propuseram LAURENT e THEOPHILO HUC, ou de faculdade, como quer GABBA, que estudou particularmente essa matéria, nenhuma luz trouxeram à questão, antes concorreram para obscurecê-la. O que se deve dizer é que o direito adquirido, de que

aqui se trata, é o direito incorporado ao patrimônio do indivíduo; e que o princípio da não retroatividade é um princípio de proteção individual" ("Teoria Geral do Direito Civil", pág. 23).

E formula, logo após, o mencionado autor brasileiro: "De acôrdo com essas idéias, podem ser estabelecidas as seguintes regras, que auxiliarão a resolver as dificuldades que, porventura, ofereçam os casos concretos: a) — OS DIREITOS REALIZADOS OU APENAS DEPENDENTES DE UM PRAZO PARA QUE SE POSSAM EXERCER não podem ser prejudicados por uma lei, que lhes altere as condições de existência; b) — O DIREITO SUBORDINADO A UMA CONDIÇÃO NÃO ALTERÁVEL A ARBÍTRIO DE TERCEIRO merece o mesmo respeito que o já efetuado; Etc." (CLÓVIS BEVILÁCQUA, Op. cit., loc. cit.).

Ora, tanto o direito a férias está incorporado ao patrimônio do empregado que, se fôr êle despedido após o decurso do "année de reférence", o empregador será coagido a lhe pagar uma indenização, chamada "indenização de férias", calculada em moeda corrente e proporcional ao exato valor das férias já conquistadas (art.º 142).

Nesse ponto, tem inteira razão o brilhante jurista nacional, EGON FELIX GOTTSCHALK: "Antes de perfazer um ano de vigência do contrato individual de trabalho, o que existe é apenas uma situação em curso, "facta pendentia", afinal, uma situação jurídica ainda não definitivamente constituída. Para o empregado, antes de completar o período aquisitivo, não há "direito adquirido", mas apenas uma "expectativa de direito". Logo, passado o período aquisitivo, sucede assim a condição pré-estabelecida em lei, nasce o direito do empregado às férias, com a correlata obrigação do patrão de concedê-las. E' adquirido o direito, pois, existe quando incorporado ao patrimônio do indivíduo, desde que o fato aquisitivo se conformou com as preceituações da lei vigente em seu tempo e, portanto, seja válido" *(IN* "Trabalho e Seguro Social", março-abril, 1950, pág. 242).

Como se irá por outro lado, conciliar o ponto de vista daqueles que, apesar de tudo, insistem em dar uma retroatividade à Lei n.º 816 colidente com o texto do direito comum e do direito constitucional com a letra dos diplomas trabalhistas?

Como fazê-lo se o próprio art.º 130, da Consolidação, diz ser o direito a férias *ADQUIRIDO* após cada período de doze meses de vigência do contrato individual de trabalho?

Como fazê-lo se o consolidador repetiu o princípio, categòricamente, o que revela em dôbro sua orientação, definindo o direito a férias, pela segunda vez, como um direito adquirido (art.º 142)?

Como fazê-lo se a Consolidação chama de *PERÍODO AQUISITIVO* aquêle prazo de doze meses de vigência contratual (art.º 134)?

Como sobrepor, portanto, a investigação doutrinária, pura, abstrata, à lei material, imediata, viva?

Por valorosa que seja a investigação teórica para abrir novos rumos ao direito objetivo, não pode ela estar acima dos ditames em vigor.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho dispôs, em seu art.º 912, que os princípios imperativos que nela se contêm terão aplicabilidade imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência dessa Consolidação. Seria a mesma hipótese, cabível ao debate por *analogia juris* e *analogia legis*. Os postulados de ordem pública imperativos da Lei n.º 816 se aplicariam, genérica e imediatamente, a tôdas as situações iniciadas sob a vigência do direito anterior — mas *não às consumadas*, que é o caso típico das férias já adquiridas.

Por outro lado, deve ser visto o problema em atenção aos interêsses dos empregadores. Muito embora o Direito Social possua inegável e elogiável espírito protetor da classe proletária, o certo é que o contrato de trabalho é bilateral. Êle o é num duplo sentido. Em primeiro lugar, porque resulta de duas vontades livres no momento da celebração do pacto, embora muitas vêzes não o sejam para a discussão de suas cláusulas (o que é comum aos "contratos de adesão"). Em segundo lugar, porque dêle decorrem, sinalagmàticamente, conseqüências (direitos e deveres) para os dois convenentes.

Assim, findo o "período aquisitivo do direito a férias", cria-se, também, para o empregador, ao lado do dever, da obrigação de conceder as férias adquiridas pelo empregado, uma prerrogativa, um direito, qual seja aquêle de escolher livremente a época da concessão das férias (art.º 139), respeitado o limite do art. 131. E é lógico, natural que o patrão tenha essa prerrogativa, porque êle conhece as necessidades da emprêsa; assim como é intuitivo que a concessão das férias será feita de acôrdo com a lei da época em que o período aquisitivo se terminou. Caso contrário, pela simples deliberação patronal, um empregado poderia ter gozado menor número de dias de repouso do que seus companheiros de serviço, embora houvessem todos trabalhado o mesmo tempo e os mesmos dias. Apenas porque o empregador resolvera dar a um férias antes de 2 de novembro e aos demais após essa data.

Consolidada a situação na forma do art.º 130, combinado com a alínea aplicável do art.º 132, exerce-se, livremente, a vantagem patronal conferida pelo art. 139.

De modo que é o último dia do "período aquisitivo" que estratifica a posição jurídica — e fá-lo com tintas definitivas — tanto para o empregado, quanto para o empregador.

Só se se permanecer na posição violentamente renovadora daqueles que querem libertar o Direito do Trabalho da influência do Direito Civil (DÉLIO MAGALHÃES, "Férias Trabalhistas", *IN* "Trabalho e Seguro Social", março-abril, 1950, pág. 255), esquecendo que do segundo provém o primeiro e olvidando que a própria lei especial, como é ordinário, coloca a lei comum na posição de fonte supletiva do Direito do Trabalho.

Forçamos, assim, o reexame da matéria. Julgamos que só se pode dar a última palavra sôbre a tese se estivermos em consonância com os princípios gerais da ciência jurídica. O Direito do Trabalho é uma ramificação do Direito. Como investigação científica e na interpretação de suas regras, deve estudar o problema jurídico-social das relações humanas regulamentadas debaixo dos mesmos critérios específicos que dominam nos outros campos do Direito.

Aquêles princípios fundamentais (INVREA), em síntese, nos conduzem à conclusão de que a lei antiga deverá servir de base para o cálculo das férias adquiridas antes de 2 de novembro de 1949, mesmo quando após essa data é que venham elas a ser gozadas. Caso contrário, se dará à lei uma retroatividade perigosa por ferir situações definitivamente solidificadas e direitos adquiridos (DE RUGGIERO, "Instituzioni di Diritto Privato", pág. 52; ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, "Tratado de Direito Civil Brasileiro", 2.º vol., pág. 360; EDUARDO ESPÍNOLA, "Sistema do Direito Civil Brasileiro", 1.º vol., pág. 236).

CONCLUSÕES

Primeira conclusão

— As férias trabalhistas — por seu caráter higiênico de recuperação orgânica e com sua índole econômica, no sentido de preparar o trabalhador para a produção de bens valiosos em quantidade e qualidade — têm, portanto, alta relevância social. São de ordem pública.

Segunda conclusão

O direito positivo vigente faz com que a aquisição do direito a férias se efetue no último dia de *cada período* de doze meses de vigência do contrato individual de trabalho (arts. 130 e 132).

Assim, por exemplo, o empregado que só houver trabalhado para o mesmo empregador durante 23 meses fará jus, apenas, a um período de férias.

Terceira conclusão

Pelo caráter higiênico do instituto, as férias são, no Brasil, seguindo-se a orientação das legislações modernas dos povos cultos, calculadas em função do número de dias efetivamente trabalhados pelo empregado durante o período aquisitivo do direito (art.º 132).

Quarta conclusão

As férias devem ser calculadas pela seguinte escala, organizada de acôrdo com a alteração imposta à Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949:

I — O empregado que tiver menos de seis faltas, justificadas ou não, durante o "período aquisitivo" — gozará 20 dias úteis;

II — Aquêle que tiver mais de seis faltas, tôdas justificadas — gozará 15 dias úteis;

III — Aquêle que tiver mais de seis faltas injustificadas — gozará 11 dias úteis;

IV — Aquêle que houver trabalhado menos de 200 e mais de 150 dias — terá direito a 7 dias úteis de repouso remunerado por ano.

O empregado que só tem faltas justificadas terá direito a 20 ou 15 dias úteis de férias, conforme o número dessas faltas (inferior ou superior a 6), porque se considera que tenha êle permanecido à disposição do empregador durante os doze meses de vigência do contrato. *Isso por abstração,* com fundamento legal no art. 134, que especifica quais sejam as faltas justas e proíbe sejam elas descontadas do período aquisitivo do direito (respeitadas, apenas, as exceções contidas no art.º 133, da Consolidação).

Quinta conclusão

A lei nova não pode ferir direitos adquiridos, nem subverter situações jurídicas consolidadas.

Porisso, a Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949, só será aplicável quando o "período aquisitivo do direito a férias" houver terminado depois de 1.º de novembro daquele ano, isto é, depois do último dia de vigência da lei anterior.

Pelotas, em 29 de junho de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: DARIO DE BITTENCOURT

Na plêiade dos modernos estudiosos do Direito do Trabalho, no Brasil, notadamente no Rio Grande do Sul, está se destacando, ùltimamente, a figura do Dr. MOZART VICTOR RUSSOMANO.

As revistas especializadas, de tempos a esta parte, vêm, amiúde, inserindo interessantes estudos doutrinários, de sua autoria e, mesmo, com freqüência, vimos recebendo, por intermédio de opúsculos, os mais percucientes estudos de sua autoria, nesta tão tentadora seara.

De entre tais estudos, merecem destacado, ambos publicados em 1949, *"O empregado rural no Direito Brasileiro do Trabalho"* e *"O repouso semanal remunerado"* (Echenique & Cia., 1949, Pelotas; respectivamente, com 14 e 48 págs.).

Partícipe do atual CONGRESSO JURÍDICO, o jovem professor da co-irmã Faculdade de Direito de Pelotas, entre outras contribuições, apresentou o trabalho subordinado à epígrafe em destaque. Em 16 páginas datilografadas, aborda o autor os seguintes assuntos: Generalidades, aquisição do direito a férias, duração das férias, a duração delas no direito vigente, um problema de Direito Intertemporal, e finalisa com as conclusões.

Trata-se, sem dúvida, de uma brilhante contribuição aos trabalhos congressuais, com a qual o seu autor — herdeiro dos forais de inteligência e cultura dos Russomano, de Pelotas — grandeia o justo renome que possui, como estudioso dos mais palpitantes problemas do Direito do Trabalho, com ser, por outro lado, um fino poeta, com livros publicados.

Adotamos, integralmente, as

CONCLUSÕES

do trabalho, — que são estas:

I — As férias trabalhistas, por seu caráter higiênico de recuperação orgânica e com sua índole econômica, no sentido de preparar o trabalhador para a produção de bens valiosos, em quantidade e qualidade — têm, portanto, alta relevância social. São de ordem pública.

II — O direito positivo vigente faz com que a aquisição do direito a férias se efetue no último dia de *cada período* de doze meses de vigência do contrato individual de trabalho (art.ºs 130 e 132 C. L. T.).

III — Pelo caráter higiênico do instituto, as férias são, no Brasil, — seguindo-se a orientação das legislações modernas dos povos cultos — calculadas em função do número de dias efetivamente trabalhados pelo empregado, durante o período aquisitivo do direito art.º 132).

IV — As férias deverão ser calculadas pela seguinte escala, organizada de acôrdo com a alteração imposta à Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei n.º 816, de 9 de setembro de 1949:

1 — O empregado que tiver *menos de 6 faltas, justificadas ou não,* durante o período aquisitivo — gozará 20 dias úteis;
2 — Aquêle que tiver *mais de 6 faltas,* tôdas *justificadas* — gozará 15 dias úteis;
3 — O que tiver *mais de 6 faltas injustificadas,* — gozará 11 dias úteis;
4 — Quem houver *trabalhado menos de 200 e mais de 150 dias* — terá direito a 7 dias úteis de repouso remunerado por ano.

V — A lei nova não poderá ferir direitos adquiridos, nem subverter situações jurídicas consolidadas.

Sala das Sessões do CONGRESSO JURÍDICO, na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre (Universidade do Rio Grande do Sul), em Pôrto Alegre, aos 11 de agôsto de 1950.

(ass.) *Dario de Bittencourt,* relator
Magdaleno Girão Barroso
Henrique Stodieck
Mario Seixas Aurvalle

*) O "parecer" acima, presente na 9.ª Comissão, mereceu aprovação, com o seguinte

ADITIVO

A 9.ª Comissão, incumbida do estudo e parecer sôbre as téses referentes ao DIREITO DO TRABALHO, perconisa ao CONGRESSO JURÍDICO — por intermédio da Mesa dirigente — se dirija ao Poder Legislativo, propugnando o aprimoramento da legislação relativa ao instituto trabalhista das "FÉRIAS", recolhendo as emanações jurisprudenciais que vêm abrandando o rigorismo da lei e transformando-as em Direito Positivo.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE prof. Darcy Azambujo — (substituindo, ocasionalmente o sr. José Salgado Martins) — O Congresso passará a apreciar agora o parecer da Comissão respectiva sôbre a tese do dr. Mozart Victor Russomano. O relator é o dr. Dario Bittencourt, — a quem concedo a palavra.

O SR. DARIO BITTENCOURT — Sr. presidente, srs. professores, srs. Congressistas.

Foi presente à 9.ª Secção do Congresso a tese do professor dr. Mozart Victor Russomano, da Faculdade de Direito de Pelotas.

Preliminarmente, devo dizer que o instituto das férias foi transplantado do Direito Administrativo para o Direito do Trabalho. Êle teve sua gênese no Direito Administrativo, quando se assegurou o gôzo de férias anuais aos funcionários públicos.

Quando da introdução no Direito Brasileiro, do instituto das férias, em 1925, por isso que lavrava entre nós um espírito demasiadamente reacionário, houve uma grande celêuma e um desgôsto muito profundo entre as classes chamadas conservadoras — comércio e indústria. Entendiam elas que o trabalhador não deveria gozar dêsse instituto, —o qual permaneceria única e exclusivamente no âmbito do Direito Administrativo. Entretanto, de 25 anos a esta parte, ou seja, desde dezembro de 1925, o instituto das férias, introduzindo no Direito Brasileiro, tem passado por várias fases. Ainda, real e efetivamente não aingiu o seu clímax. E' um insituto em franca evolução.

O professor Mozart Victor Russomano apresentou um belo trabalho sob o título: "Indicação sôbre o instituto trabalhista das férias".

O relatório sôbre o mesmo é o seguinte:

(Lê o Relatório e Parecer).

A êste parecer foi apresentado um adendo, no sentido de que o Congresso Jurídico se deveria dirigir ao Congresso Nacional propugnando pelo aprimoramento da legislação, conforme as emanações da jurisprudência.

Ocorre que, de conformidade com o Direito Positivo, para que o trabalhador nacional goze da licença anual, denominada "férias", faz-se mister que exerça sua atividade na emprêsa no período de 12 meses. Após cada período de 12 meses é que o trabalhador terá direito às férias respectivas, de sorte que decorrido o primeiro período de 12 meses de trabalho tem direito a 20 ou 15 dias de férias, a maior ou menor número de dias, conforme as faltas praticadas durante o ano.

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO

O Direito Positivo entende fazer-se mister que o trabalhador exerça sua atividade de 12 meses, no segundo período, para ter direito ao gôzo de férias. Entretanto, muitas vêzes o trabalhador, antes de completar o segundo período, deixa a emprêsa; seria então prejudicado. Então, os Tribunais do Trabalho vêm entendendo que, para o gôzo das férias no segundo período não se faz mister a sua atividade no transcurso dos doze meses integrais. Entretanto, uma vez que é Direito Positivo, os tribunais do trabalho, a julgarem por esta forma, estarão agindo contra a lei.

Levando em conta que o Direito do Trabalho é todo dirigido com a finalidade de beneficiar a classe menos favorecida pela fortuna — os hipossuficientes, no dizer do professor Cesarino Júnior, de São Paulo — as Juntas de Conciliação e Julgamento vêm, de uns tempos a esta parte, humanizando a norma legal.

Acontece que, de qualquer forma, estão agindo contra a lei e, para evitar qualquer prejuízo aos trabalhadores, entendeu a Comissão que o Congresso Jurídico se deva dirigir ao Congresso Nacional, sugerindo seja legislado a respeito, transformando em Direito Positivo essas emanações da jurisprudência, que só vêm beneficiar o trabalhador nacional .

O SR. PRESIDENTE — Estão em discussão as conclusões do parecer apresentado pela Comissão sôbre a tese do dr. Mozart Victor Russomano, expendidas pelo professor Dario Bittencourt.

(Pausa).

Ninguém querendo fazer uso da palavra para discutí-las, vou submetê-las a votos. Os srs. Congressistas que as aprovam queiram ficar sentados. (Pausa).

Aprovadas.

"RUY E O DIREITO DO TRABALHO"

Dario de Bittencourt

Docente-livre e Professor Catedrático, interino, de "Direito Industrial e Legislação do Trabalho" da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre (da Universidade do Rio Grande do Sul).

(SÚMULA PARA DESENVOLVIMENTO ORAL)

1 — A vida apostolar de Ruy Barbosa; julgamento apressado de Gilberto Freyre.

a) *Gilberto Freyre, "Inglêses"*, pág. 169: "...Os problemas sociais quase não existiam para o glorioso campeão brasileiro do *habeas-corpus*. Passou pela campanha da abolição como quem atravessou um corredor que apenas fôsse de uma ordem jurídica a outra. Na Federação — e na sua conseqüência: a República de 89 — só enxergou a questão política a desajustamentos que supunha fôssem entre nós os mesmos que na América inglêsa. No Civilismo, fêz-se paladino de uma causa que não era senão a dos românticos brasileiros das soluções jurídicas. Uma causa melancòlicamente vazia de sentido social e de realidade brasileira..."

b) *Gilberto Freyre, "Voltando a Ruy Barbosa"* e *"Pela segunda vez voltando a Ruy", in* "Correio do Povo", de P. Alegre, edições de 7 e 21 de maio de 1950: "...Os menos intransigentes na devoção a Ruy temos que continuar estranhando a indiferença em que o campeão do *habeas corpus* se manteve diante da questão social ou — excetuada a escravidão — das questões sociais de sua época e do seu país, só se tendo referido a elas no fim da vida, já valetudinário e incapaz de orientar, não direi uma "legislação social adiantada", mas simples reformas sociais num país, como o Brasil, desde a extinção da escravidão necessitando delas. Num país saído às tontas do regime do trabalho escravo para o de liberdade econômica".

2 — A abolição do trabalho servil e a atuação do acadêmico de direito, do advogado, do jornalista e do deputado Ruy Barbosa.

3 — O problema da habitação obreira e os preconícios de Ruy, através um parecer parlamentar (1892), voltando à carga mais tarde (1893)

a) Ruy, "Obras Completas", vol. XIX, tomo II — 1892 — pag. 237. — "Obras Completas", vol. X, tomo IV — 1893 — pag. 1.

4 — A questão social, a encíclica "Rerum Novarum" e o necrológio do papa Leão XIII, feito pelo senador Ruy Barbosa.

a) "Anáis do Senado Federal" 1903, vol. I, pag. 462

b) Leão XIII. "Rerum Novarum", Rio, 1950, edição Org. Simões, com palavras de Ruy Barbosa sôbre Leão XIII, pags. 3/5.

5 — O elogio do trabalho na obra de Ruy Barbosa.

a) Ruy Barbosa, "Oração aos Moços", ed. A. dos Reis, Rio, 1932, pág. 40/41;

b) idem idem, *in* "Ensaios Literários", Rio, 1949, págs. 213/215;

c) idem idem, edição nacional da Casa de Ruy Barbosa, Rio, 1949, págs. 35/36;

d) idem idem, edição do Serviço da Imprensa Universitária da URGS, 1949, págs. 17/19.

6 — A questão social e os Códigos Civis.

7 — A integração da Legislação Social no complexo do Código Civil.

8 — A elaboração do Código Civil Brasileiro e os problemas proletários.

a) Evaristo de Moraes, "Direito Operário", Rio, 1904, pág. 23 e 28.

b) Ruy Barbosa, "Imprensa", vol. I, págs. 89/90.

c) contribuição do "Centro das classes operárias" (Proj. Cód. Civ., vol. III, págs. 33/35).

d) emendas relativas ao instituto da locação de serviços (Proj. III pág. 34).

e) "homestead"

f) solução para o problema da família irregular (6 anos = casamento ou indenização)

g) exclusão da mulher casada do rol dos relativamente incapazes;

h) isenção do serviço da Guarda Nacional, em tempo de paz, ao operário;

i) fixação em lei do máximo do tempo de trabalho;

j) redução das horas de trabalho.

9 — Códigos Civis, — "códigos da burguesia e do capitalismo..."

Opiniões de: Georges Renard, Alfredo Palacios, Lacerda de Almeida, Evaristade Moraes e Pontes de Miranda.

10 — A primeira conflagração mundial e as agitações obreiras.

11 — Os problemas proletários, pela vez primeira, têm guarida em uma Constituição — a Mexicana, de 31 de janeiro de 1917.

a) "Constitucion politica de los Estados Unidos Mexicanos", Mexico, 1927;

b) B. Mirkine-Guetzevitch, "Las nuevas constituciones del mundo" Editorial España, s/d, pags. 637.

12 — A revolução soviética (7 de novembro de 1917) e suas conseqüências para a classe obreira mundial.

13 — As agitações grevistas de 1917/1918, no Brasil, e sua repercussão no Congresso Nacional.

a) Evaristo de Moraes, "Direito Operário", págs. 78;

b) Documentos Parlamentares — Legislação Social, I, pág. 119/437;

c) Alcides Maya, discurso na Câmara dos Deputados, sôbre "O projeto do Código do Trabalho", *in* "A Federação", de 1918.

14 — Projetos de cláusulas trabalhistas a inserir-se nos tratados de paz, elaborados durante a primeira conflagração mundial e depois do armistício de 11 de novembro de 1918.

a) Justin Godart, "Les clauses du travail dans les traité de Versailles" (28. juin. 1919).

15 — A primeira lei moderna brasileira sôbre Direito Operário: a de Acidentes do Trabalho (19 de janeiro de 1919).

a) Afrânio Peixoto, "Marta e Maria", pág. 311

b) Documentos Parlamentares — Legislação Social, I, 1.ª parte.

c) Afrânio Peixoto, *opus cit.*, pág. 379/383 e pag. 439.

16 — Ruy Barbosa — legítimo precursor, inobstante olvidado injustamente, da Legislação Trabalhista Brasileira:

a) entrevista ao "Correio do Povo", de Pôrto Alegre, em 1919; sua ressonância na convenção presidencial (25.2.1919), através declaração de voto do senador Soares dos Santos, da bancada do Rio Grande do Sul;

b) conferência: "Às Classes Conservadoras", pronunciada na Associação Comercial do Rio de Janeiro, a 8 de março de 1919;

c) A famosa conferência "A Questão Social e a Política no Brasil", proferida no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro (20 de março de 1919).

in Ruy Barbosa, "Campanha Presidencial", Bahia, 1919.

17 — O operário no Direito Internacional: o tratado de paz de Versailles (28.6.1919) e as cláusulas trabalhistas nêle ensartadas (Parte XIII) e nos deSaint Germain (10.9.1919) e de Saint Quentin (? 1919)

a) Justin Godart, "Les clauses du travail dans le traité de Versailles"

18 — A remarcada influência social no Direito Político; a Constituição de Weimar (11 de agôsto de 1919).

a) Francisco Walker Linares, "Orientacioón del Derecho Social contemporâneo", pág. 58;

b) Francisco Alessandri Gimenez y otros, "Las actuales orientaciones del Derecho",

c) Ottmar Bühler, "La constitución alemana de 11 de agosto 1919".

19 — Normas trabalhistas nas modernas constituições, inclusive nas brasileiras, desde a reforma de 7 de setembro de 1926 até 18 de setembro de 1946.

a) B. Mirkine-Guetzévitch, "Les nouvelles tendances du Droit Constitutionnel", Paris, 1931;

b) Roger Bonnard, "La guerre de 1939/1940 et le Droit Public", Paris, 1940;

c) Georges Burdeau, "Manuel de Droit Public-Les libertés publiques, les droits sociaux";

d) A. Svolos, professeur à la Faculté de Droit d'Athènes, "Le Travail dans les Constitutions contemporaines", Paris, 1939;

e) Carlos A. Ayarragaray, "El destino del Derecho Procesal al término de la guerra", Buenos Aires, 1945;

f) Paulino Jacques, "As inovações da Constituição de 1946 no domínio do Direito Social", *in* "Arquivos do Instituto de Direito Social", vol. 9/n.º 1; págs. 85/91;

g) Nelson Marcondes Amaral, "O Direito Internacional Social no plano Simonsen", *in* cit. "Arquivos", págs. 113/121;

20 — Se fôra Ruy, um dia, Presidente... (conclusão).

CONCLUSÃO

Ruy Barbosa não poderia ter ficado, como não ficou, em que peze o ponto de vista de Gilberto Freyre, estranho aos anseios da massa obreira do Brasil.

Ouviu-lhe sempre os anseios; escutou-lhe queixas e reclamos e por ela, desde estudante de direito, se interessou — como excele de sua atuação a prol da abolição da escravatura.

Buscou dar-lhe habitação condigna, víveres de boa qualidade, água pura e abundante ar, em conformidade, aliás, com o sábio precocínio de Lord Beaconsfield, primeiro ministro do Reino Unido da Grã-Bretanha, Escócia e Irlanda.

Jurista emérito, perfeitamente em dia com todos os problemas sociais, foi, por outro lado, testemunha ocular das agitações grevistas de 1917/1918, no Rio de Janeiro.

Não poderia desconhecer a Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917; não poderia ter se despreocupado da revolução soviética de 7 de novembro de 1917 e seus efeitos na massa obreira internacional; não poderia ter ficado estranho aos debates parlamentares travados no Brasil, versando sôbre a instituição, em nosso país, de um "Código do Trabalho".

E que a nada disso foi estranho e, bem ao revés, que de tudo se apercebeu, demonstrou, exìmiamente, em sua magistral conferência no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, à noite de 20 de março de 1919 — meses antes da assinatura do tratado de paz de Versailles. Nessa conferência, traçou êle os rumos do Direito do Trabalho do Brasil.

Assim, "SE FÔRA RUY, UM DIA, PRESIDENTE DO BRASIL", o nosso Direito do Trabalho teria sido introduzido na sistemática nacional, pelo menos, DEZ ANOS ANTES DE 1930.

Conseguintemente, apressado e injusto foi e continua a ser o julgamento de Gilberto Freyre sôbre Ruy Barbosa — *"quod erat demonstrando"*.

Pôrto Alegre, 11 de agosto de 1950.

CONGRESSO JURÍDICO DE PÔRTO ALEGRE — SALA DAS SESSÕES DA 9.ª COMISSÃO — DIREITO INDUSTRIAL E LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

TESE DO PROFESSOR DARIO DE BITTENCOURT: "RUY E O DIREITO DO TRABALHO".

INDICAÇÃO

A comissão, pela unanimidade de seus membros, e tendo em vista o PARECER oral apresentado pelo Relator, professor Magdaleno Girão Barroso

RESOLVE

A) não sòmente louvar o brilhante trabalho apresentado pelo professor DARIO DE BITTENCOURT, uma vez que representa uma

das mais importantes contribuições ao esclarecimento que da obra de RUY BARBOSA se vem fazendo a partir da comemoração de seu centenário;

B) como recomendá-lo à aprovação do plenário do Congresso, com o destaque prevista pela parágrafo único do art. 13 do Regulamento, para que o seu ilustre autor tenha ocasião de especialmente esplaná-lo, restaurando, assim, de público, e com reflexo na opinião nacional, a verdade a respeito da co-participação do insigne polígrafo baiano na obra de estruturação da nossa legislação social;

C) e ainda, por fim, solicitar que seja incluído nos Anais, que do Congresso venham a ser publicados, encaminhando-se um exemplar à CASA DE RUY BARBOSA, para que nos seus arquivos possa figurar.

Pôrto Alegre, 15 de agosto de 1950.

Magdaleno Girão Barroso (Fac. Dir. Ceará)
Henrique Stodieck (Fac. Dir. Florianópolis)
M. S. Aurvalle
Mozart Victor Russomano (Fac. Dir. Pelotas)

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE Prof. José Salgado Martins — Há sôbre a mesa, a tese "RUY E O DIREITO DO TRABALHO", de autoria do Dr. Dario de Bittensourt, e que tem por relator o Dr. Magdaleno Girão Barroso.

O SR. GIRÃO BARROSO — Excelentíssimo sr. Presidente, snrs. Congressitas, minhas senhoras, meus senhores.

O meu relatório vai ser, — como já o foi na Comissão, — ùnicamente oral, pois que, por uma feliz coincidência, eu já havia tratado exatamente, precisamente, do assunto, num trabalho escrito para a comemoração do centenário de RuyBarbosa, inserto na "Revista da Faculdade de Direito do Ceará".

Nesse trabalho — intitulado "Diretrizes sociais, econômicas e financeiras de Ruy Barbosa" — tive ocasião de estudar o assunto rigorosamente, não só nas obras sôbre a vida do grande político baiano, como na própria fonte original. Tais idéias eu alí havia expendido, quer no que concerne aos problemas gerais de economia e finanças, quer no que respeita aos problemas sociais e, mais particularmente, aos problemas relacionados com o Direito do Trabalho. De maneira que, em virtude disso, me abstive de escrever algo de novo a propósito do assunto para justificar a tese, o estudo do meu eminente colega professor Dario Bittencourt, intitulado "Ruy e

o Direito do Trabalho", tese na qual o seu autor, de maneira brilhante, incisiva e mais que oportuna, contradiz uma afirmação injustamente feita a respeito de Ruy, pelo conhecido sociólogo Gilberto Freyre, afirmação essa imperativamente feita, quer no seu livro "Inglêses no Brasil", quer em artigos para a imprensa, aqui mesmo publicados.

Diz Gilberto Freyre:

"... Os problemas sociais quase não existiam para o glorioso campeão brasileiro do *hábeas-corpus*. Passou pela campanha da Abolição como quem atravessou um corredor que apenas fosse de uma ordem jurídica a outra. Na Federação — e na sua conseqüência: a República de 89 — só enxergou a questão política a desajustamentos que supunha fôssem entre nós os mesmos que na América inglêsa. No Civilismo, fêz-se paladino de uma causa que não era senão a dos românticos brasileiros das soluções jurídicas. Uma causa melancòlicamente vazia de sentido social e de realidade brasileira..." ("INGLÊSES". pág. 169).

"... Os menos intransigentes na devoção a Ruy temos que continuar estranhando a i n d i f e r e n ç a em que o campeão do *habeas-corpus* se manteve diante da Questão Social ou — excetuada a Escravidão — das questões sociais de sua época e do seu país, só se tendo referido a elas no fim da vida, já valetudinário e incapaz de orientar, não direi uma "Legislação Social adiantada", mas simples reformas sociais num país, como o Brasil, desde a extinção da escravidão necessitando delas. Num país saído às tontas do regime do trabalho escravo para o de liberdade econômica". ("Voltando a Ruy Barbosa", *in* "Correio do Povo", de Pôrto Alegre, 7 de maio de 1950).

Meus senhores, só se poderá justificar realmente uma afirmativa destas, (e é o que deflui o trabalho do professor Dario Bittencourt), ou porque Gilberto Freyre se haja precipitado no seu conceito, não tendo conhecimento pleno dêste aspecto da obra de Ruy ou porque pretendesse, porventura, fazer uma confusão ou uma identidade impossível entre a questão social e o socialismo. Porque, de outro modo, não fôra possível escrever o que êle escreveu, e se o tivesse feito ainda durante a vida de Ruy, decerto êsse grande homem, essa inteligência tão polimorfa, teria se defendido mais que suficientemente, como certa vez se defendeu da afirmação de que nunca soubera advogar a causa do operariado. Nessa defesa contra a increpação que lhe havia sido feita, escreveu Ruy uma de suas páginas mais belas:

"Dêsses mesmos antros morais, da caverna dessas consciências de visco peçonho, saiu também a minha inimizade aos operários. Mãe mentira desbanca na maternidade os ratos. Cada manhã uma

minhada. Onde o princípio de liberdade, onde o princípio de igualdade, onde o princípio de fraternidade, que, nesta terra, me deixasse jamais de ver a seu lado?

"Mas que importa? Quanto mais notória a verdade, mais meritória a obra dos aduladores. Na sorte do operário culminam três problemas capitais: a justiça, a instrução, a nobilitação do trabalho. Eu tive o batismo de minha carreira profissional, pleiteando, gratuitamente, na tribuna criminal, a justiça para uma inocente filha do povo, desonrada por um argentário, cujo dinheiro zombava dos tribunais; e Deus permitiu que, com ser ainda tão desautorizada a minha voz no seu primeiro ensaio, não bastasse a opulência do ricaço para subtrair ao castigo legal o poderoso libertino. "A minha obra de empenho nas câmaras imperiais, foi a reforma do ensino público, trabalho que mereceu ser proclamado na Europa como o mais considerável de todos os até alí existentes na história do parlamento brasileiro. E quem teria ido mais longe do que eu em serviços das classes trabalhadoras do Brasil, se a política, nos quase quarenta anos de então a hoje, em vez de me pilhar ali à-toa as idéias, houvesse dado à instrução popular o desenvolvimento com que o meu projeto a organizava? A maldição das classes laboriosas, entre nós, era a propriedade servil; e eu, desde 1869, me inscrevi entre os primeiros precursores de sua extinção radical, erguendo, primeiro do que ninguém, em São Paulo, o brado público do abolicionismo, a que servi nos mais avançados postos até sua vitória final, dezenove anos depois. Quem, portanto, no Brasil, lutou mais pela regeneração do trabalho?"

Esta resposta de Ruy Barbosa demonstra, da maneira mais eloqüente possível, que êle, durante os seus trabalhos e a sua vida tão intensa, jamais deixou de se preocupar com as classes sofredoras, com os humildes, e quando a questão social surgiu no Brasil, êle se tornou, mesmo, um de seus vanguardeiros, procurando, antes de mais ninguém, advogar o revisionismo da nossa Constituição, no sentido de permitir, de dar ensanchas a que fôssem reguladas por leis públicas, as relações entre o Capital e o Trabalho.

Eu não quero ir mais longe na minha exposição, aprovando plenamente, de acôrdo aliás, com o ponto de vista unânime da Comissão, a tese do meu ilustre colega, visto que êle terá ocasião, logo depois de mim, demasiadamente, de expor a sua investigação a respeito do assunto. Quero apenas lembrar a esta Casa que durante a campanha presidencial de 1919, os partidários de Epitácio Pessôa, seu opositor, negavam terminantemente a possibilidade do Estado intervir, com suas leis, na discórdia entre Capital e Trabalho, batendo-se constantemente pela prevalência da doutrina individualista e privatística.

Ruy, entretanto, no mesmo tempo, na mesma época, pleiteou a revisão da Constituição, dizendo que só o espírito atravessado nos domínios austrais poderia contrapor-se agora à evolução geral do mundo, arrastada em torrentes com os conceitos de socialismo, negando, com êstes erros categóricos, a lei ou arbítrio de interferir nas controvérsias entre obreiros e patrões.

Vejam senhores, um homem que isso afirma e que chegou, por estas afirmações, até a ser taxado de comunista, um homem dêsses continua hoje negado e incompreendido, por uma das maiores penas da nossa intelectualidade, o que ainda mais grave torna a afirmativa.

O SR. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — Aliás o Sr. Gilberto Freyre tem sido injusto para com Ruy Barbosa em tôdas as suas manifestações; reiteradamente injusto.

O SR. MOZART VICTOR RUSSOMANO — O professor Gilberto Freyre, de fato, foi um crítico rigoroso ao ponto de vista de Ruy Barbosa em face do Direito do Trabalho, porque fêz um confronto, quanto à ação, no terreno dos problemas sociais, entre Ruy Barbosa e Nabuco.

O SR. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — Questão de ponto de vista.

O SR. MOZART VICTOR RUSSOMANO — E' questão do modo pelo qual os dois estadistas brasileiros desenvolveram as suas grandes e radiosas vidas.

O SR. GIRÃO BARROSO — De maneira que, para terminar, diria apenas que, na campanha de 1919, expandindo suas idéias numa plataforma política, nos discursos que fêz às classes conservadoras e às classes trabalhistas, Ruy Barbosa advogou quase todos os privilégios de que hoje desfrutam as classes trabalhadoras, batendo-se — como disse João Mangabeira em seu livro *"Ruy, o estadista da República"* — pelos problemas da habitação operária, trabalho de menores, da jornada de trabalho, do trabalho das mães operárias, acidentes no trabalho, do seguro-operário, da igualdade de sexo no trabalho, do salário mínimo, do trabalho noturno, do trabalho em domicílio; enfim, tudo quanto a mais avançada Legislação Social pudesse prever, foi discutido com a minudência e proficiência com que, em 83, discorrera sôbre as instituições de ensino.

Portanto, meus senhores, a tese do meu ilustre e prezado colega Dario Bittencourt, está mais do que justificada e explicada, correspondendo, aliás, à afirmativa do grande biógrafo de Ruy quando diz que ninguém como êste viu no Brasil, tão cedo e tão longe, os problemas sociais. (Muito bem), (palmas).

O SR. DARIO DE BITTENCOURT — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Concedo a palavra ao nobre Congressista.

O SR. DARIO DE BITTENCOURT — Seuhor Presidente; senhores Congressistas, senhores professôres, minhas senhoras, meus senhores.

Teríamos imenso gôsto de desenvolver, com maior amplitude, o modesto trabalho que tivemos oportunidade de apresentar a êste Congresso; porém, como o tempo urge e grande número de teses está sôbre a mesa, e outras para vir a plenário, não desejamos por isto, nos alongar por mais tempo.

Entretanto, queremos, ainda que sintèticamente, após o brilhante relatório do eminente colega e amigo professor Girão Barroso, da Faculdade de Direito do Ceará, esquematizar o plano do trabalho que ao Congresso apresentamos.

Partindo das premissas de que o sociólogo brasileiro sr. Gilberto Freyre, reiteradamente, em livros e artigos de jornal, entendeu não ter Ruy Barbosa se preocupado com os problemas sociais do trabalhador brasileiro, procuramos, penetrando naquela selva que é a obra de Ruy, encontrar elementos em contrário, para concluir da seguinte forma: se Ruy Barbosa tivesse sido eleito Presidente da República, por volta do ano de 1920, então a Legislação Social Trabalhista Brasileira, que ingressou a jacto no nosso elenco jurídico, dez anos antes, nêle teria penetrado.

Verificamos, assim, sem nos preocupar com o trabalho de Ruy em prol da abolição do trabalho servil, que já no ano de 1882 o grande brasileiro batalhava no seio do Congresso Nacional, em prol da habitação operária, procurando, num luminoso parecer, fazer com que o Poder Público se preocupasse com êsses problemas, até então desconhecidos do nosso Parlamento.

Em seguida, anos mais tarde, por ocasião de apresentar um outro parecer, versando sôbre questões de ensino, Ruy teve ensêjo de, mais uma vez, focar o problema e desenvolvê-lo com outra amplitude, preocupando-se não só com a habitação, mas, também, com o vestuário e o problema das férias operárias.

Em 15 de maio de 1891 foi publicada a famosa encíclica "Rerum Novarum" do Santo Padre Leão XIII, que é considerada, justamente, como a carta católica do trabalho. Ruy Barbosa interessou-se pelo assunto e quando foi do trespasse do grande antistite, em sessão do Senado Federal, aos 21 de julho de 1903, teve oportunidade de render pública homenagem a "alma ismpática às grandes questões sociais".

Em passagens as mais diversas da obra de Ruy Barbosa encontra-se o elogio do braço obreiro, das mãos calosas do proletário e,

em artigo inserido na "A Imprensa", em data de 11 de outubro de 1898, anunciando dever ser votado, naquele dia, no Senado, o projeto regulando a locação do serviço agrícola, fez sua profissão de fé contrária a tôda e qualquer regulamentação de serviços, por implicar em diminuição da liberdade individual e em um constrangimento incompatível com o trabalho verdadeiramente livre.

"Magna pars" na feitura do Código Civil, Ruy Barbosa não poderia desconhecer a contribuição trazida aos respectivos trabalhos, pelo "Centro das classes operárias", bem assim como as discussões travadas acêrca do instituto da locação de serviços.

O ano de 1917, em plena conflagração européia, foi de ermarcada repercussão no panorama jurídico mundial, com reflexos no Brasil: a 31 de janeiro, o México promulga a sua Constituição — onde, pela vez primeira, os problemas laborais têm guarida em uma Lei Magna; a 7 de novembro é vitoriosa a revolução soviética e, no nosso país, especialmente em Rio, São Paulo, Santos, Recife e Pôrto Alegre, eclodem violentos movimentos grevistas; o deputado Mauricio Lacerda, buscando uma atitude de transigência com as classes obreiras, apresenta à Câmara dos Deputados um projeto de CÓDIGO DO TRABALHO. Será possível que Ruy Barbosa a tudo estivesse alheio, de olhos fechados e de ouvidos moucos?...

A resposta, dá-no-la o próprio Ruy, através monumental conferência versando sôbre "A Questão Social e a Política no Brasil", proferida no Rio de Janeiro, no Teatro Lírico, a 20 de março de 1919 — antes, consequentemente, da assinatura dos diversos tratados de paz que deram fim à primeira conflagração mundial, e, onde uma parte importantíssima, a Parte XIII, tôda ela é dedicada aos problemas operários, por isto que, para a maioria dos parlamentares e dos jornalistas, importava em verdadeira "novidade", com idéias anteriormente só proferidas pelos *leaders* operários em seus sindicatos e em seus comícios — Ruy Barbosa alçou a bandeira de revisão constitucional, para empreender-se uma "segunda emancipação" a prol dos trabalhadores do Brasil, profligando a República que, reacionàriamente, "imersa desde o comêço no egoísmo da política do poder pelo poder, traidora desde o seu comêço aos seus compromissos, tinha muito em que ocupar a sua gente, para ir esperdiçar o tempo com assuntos sociais"...

E, buscando amparo para sua candidatura, após prolongadas considerações, assim peróra: "Operários brasileiros, se não renunciais à vossa terra, olhai, enquanto seja tempo, pela vossa Pátria!"

Teria sido, acaso, Ruy, um displicente, frente a questão social?...

Gostariamos imensamente de prosseguir nesta série de considerações ,afim de, repisando, deixar perfeitamente esclarecido que, mui ao revés, desde os agraços, sempre se preocupou com a vida

e o bem estar do operário brasileiro; mas acontece que o tempo urge e, por isto mesmo, dando por palidamentejustificada e obscuramente defendida a tese proposta, concluiremos, agora, na presunção de ter esclarecido que Ruy Barbosa — em que péze a opinião reiterada do sr. Gilberto Freyre a respeito — jamais esteve "indiferente" face à Questão Social, eis que, contràriamente, sempre pôz em equação os problemas obreiros, buscando para os mesmos uma solução equidosa e justa! (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Antes de passar à tese seguinte, deveremos pôr em votação as conclusões do parecer apresentado pelo relator, dr. Girão Barroso, sôbre a tese do professor Dario Bittencourt — *"Ruy e o Direito do Trabalho"*. O sr. secretário terá a bondade de ler as conclusões, para que o Congresso as tenha presentes.

O SR. SECRETÁRIO — (Lê):

"A comissão pela unanimidade de seus membros, e tendo em vista o PARECER oral apresentado pelo Relator, professor Magdaleno Girão Barroso

RESOLVE

A) não sòmente *louvar* o brilhante trabalho apresentado pelo professor DARIO BITTENCOURT, uma vez que representa uma das mais importantes contribuições ao esclarecimento que da obra de RUY BARBOSA se vem fazendo, a partir da comemoração de seu centenário;

B) como *recomendá-lo* à aprovação do plenário do Congresso, com o destaque previsto pelo parágrafo único do art. 13 do Regulamento, para que o seu ilustre autor tenha ocasião de especialmente explaná-lo, restaurando, assim, de público, e com reflexo na opinião nacional, a verdade a respeito da co-participação do insigne polígrafo baiano na obra de estruturação da nossa legislação social;

C) e ainda, por fim, solicitar que seja incluído nos Anais, "que do Congresso venham a ser publicados, encaminhando-se um exemplar à CASA DE RUY BARBOSA, para que nos seus arquivos possa figurar".

(Deixa a presidência o professor Salgado Martins, sendo substituído pelo professor Darcy Azambuja).

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão o parecer da Comissão. (Pausa).

Como ninguém quer fazer uso da palavra, passa-se à votação. Os srs. Congressitas que não estiverem de acôrdo, tenham a bondade de se levantar. (Pausa). Aprovado.

SESSÃO SOLENE DE ENCERRAMENTO DO CONGRESSO JURÍDICO

Realizada a 17 de agôsto de 1950
sob a Presidência do Prof. Dr. Júlio César Bonnazzola

O SR. PRESIDENTE — Júlio César Bonnazzola — Vamos dar início à sessão de encerramento oficial do Congresso.

Tem a palavra o sr. professor Edgar Luiz Schneider.

O SR. EDGAR LUIZ SCHNEIDER — (Lendo):

A promoção dêste congresso não visou, apenas, a aproximação entre os homens do direito, senão também ao intuito de conferir, ao cabo de meio-século da Faculdade, que o ensina, os rumos nos quais se louvam seus mestres e as tendências nas quais se espelha a evolução jurídica do mundo.

Encargos dessa eminência, que tanto variam nas suas fontes geradoras, nunca terão um patrocínio, talvez, mais à feição, que entre os titulares do magistério. Não vai nisso um enaltecimento sem causa. São muitos, e todos de brios análogos, os cultores da ciência de Ulpiano, tais os legisladores, que a enriquecem, os advogados que interpretam e os juízes que a aplicam.

O MAGISTÉRIO DO DIREITO

Mas, os professôres que, nas práticas de uns e outros, buscam as provisões, valorizadas pela intuição e pela experiência, não só as coordenam, que ainda as depuram e propagam. Nessa faina diuturna, que remonta às nascentes do direito e se purifica nas suas águas perenes, em demanda da justiça, o mestre adulçora e irradia o fervor predicante.

Empossado nesses atributos, é de admitir-se, pois, que ao docente caiba, antes que aos demais, o afã de acolher as conquistas jurídicas e servir à sua difusão, entre as gerações que se sucedem.

Todavia, onde melhor o pudera, sentindo ao perto as frágoas da luta, senão ao contato do magistrado e profissionais do fôro, como familiares que são da rotação social do direito, em cuja primado assenta o destino da civilização?

Estão todos, nesse sacerdócio, impregnados da fascinação da verdade. Assim, os advogados que, segundo Ângelo Majorana, "fazem praça da porção contida nas razões de seus clientes, os juízes que trazem a verdade completa ao âmbito de suas sentenças, e os mestres que, no campo teórico, a procuram inteira e sem limites".

Dessarte, sem custo se percebe quanto ao professor interessa a expansão do direito, à luz da filosofia e da ciência, recebendo de permeio os influxos da realidade ambiente, onde surgem e se espraiam as inovações fecundas e duradouras.

Nessa posição tocou ao magistério da antiga Faculdade de Pôrto Alegre, que o promoveu, secundada pela Ordem e Instituto dos Advogados, participar dêste congresso, tendo a honrosa presença de catedráticos ilustres, assim das cultas nações platinas como das escolas congêneres de São Paulo, Ceará, Santa Catarina e Goiás.

A ORDEM JURÍDICA

Graças ao convívio, que se estabeleceu, através de porfiados debates, nos quais surgiram e transcenderam ao plano alto da consciência jurídica as manifestações do plenário, não tardou a franquear-se, nesse encontro sugestivo, a supremacia social do direito.

Fora da órbita de passadas concepções, cujo traço mais saliente residia em confirmar sua efetividade ao âmbito nacional, eis que já agora é o direito situado entre horizontes mais amplos, que são os contornos do próprio orbe civilizado.

Reluta o espírito jurídico em assentir que os povos, integrantes da família humana, possam recìprocamente destruir-se, apesar de tôdas as generosas franquias acumuladas, ao correr da emulação entre os homens, zelosos de servir ao engrandecimento e progresso comuns.

Porque a guerra, oriunda da avideza e do arbítrio, é a negação dêsse roteiro fraterno, ingentes são os esforços que, em conjurar ou amortecer seus golpes, aplicam e desenvolvem os paladinos da civilização.

Mas, em vão que o tem sido tanta diligência, só resta esperar do direito, como instrumento capaz de unir e aplacar, a construção da paz, sem prevenções nem temores.

Não foi outra, por certo, a intenção que serviu de esteio às Nações Unidas, em cuja organização sobressaem o Conselho de Segurança e a Côrte Internacional de Justiça, regidos ambos pelos princípios de direito, abraçados pela carta de São Francisco.

Meio-século atrás, já advertia Rui Barbosa que "a grande fraqueza das civilizações mais adiantadas é a ausência duma autoridade que, nas relações internacionais, aplique a sanção do direito".

Entretanto, o que deveras singulariza, nos seus propósitos, a entidade nascente, a par com a sua definição da paz, é a penetração desta nas inteligências, mediante a cooperação universal nos domínios da educação, do trabalho e do bem-estar gerais.

Com efeito, a exortação às soluções pacíficas será sempre platônica, enquanto não emergir de um estado de consciência resultante da cultura e capacidade de subsisitir e prosperar, a salvo de constrangimento e de ficções.

Razão por que já não são, apenas, as relações entre os Estados que se regem pelo direito internacional, visto que igual amparo já desfrutam os homens, sem qualquer distinção.

É o que declara e se propõe assegurar a organização das Nações Unidas, ao estatuir os direitos e deveres internacionais da pessoa humana, em cuja fixação se extremaram tantos e agitados congressos, nos quais ressoaram as franquias da Magna Carta, sete vêzes secular.

UM MUNDO SÓ

Menos que a mentalidade é, pois, a própria consciência de um mundo só, que se alonga e difunde entre as nações, movendo-as à reação salvadora contra o avanço da cortina de ferro, anteparo da tirania e da escravidão.

Não há civilização que, ao rigor, perdure em meio de antagonismos, como não há paz que deite suas raízes em um mundo de onde desertaram a liberdade e a justiça.

Sentem e proclamam os observadores que a terra já começa a tornar-se pequena, tanto se multiplicam seus habitantes e diminuem os víveres, ao ponto de enormes populações padecerem a inclemência da penúria e da fome.

Ora, a vida é naturalmente um direito e o trabalho é socialmente um dever, sendo a preservação de ambos a condição da sobrevivência, insusceptível de restrições.

Sem dúvida, não teve outro alvo o plano Marshall, que já foi considerado a maior iniciativa democrática do século e destinado a facilitar a ressureição econômica da Europa, propiciando a tôdas as criaturas os meios de viverem e consagrarem-se a uma atividade útil.

Fundados nesses pressupostos, que são a pedra angular da civilização, os seus líderes propugnam o fortalecimento de várias instituições e dpilomas legais, uns e outras aplicados a estreitar as relações humanas, a conservar os recursos naturais do solo e a abrir à ciência os arranjos hábeis para produzir em proporção das necessidades crescentes.

Estão nesse caso os organismos, criados e mantidos em auspicioso e regular funcionamento pelas Nações Unidas, como ainda em

projeto a organização do comércio internacional e a carta interamericana de garantias sociais.

Percebe-se assim que os vários povos, conduzidos pela intuição do destino e alertados pelos perigos envolventes, não mais se dispõem a agir isolados e dispersos, senão que procuram, nas normas jurídicas de comum observância, um estuário aberto à compreensão e segurança recíprocas.

Tanto mais profícuos, nesse sentido, serão seus esforços, quanto menos contingentes as garantias dispensadas à livre expansão das energias individuais, postas ao serviço do progresso e dignificação humanas.

A DEMOCRACIA E AS LEIS

Contudo, só a democracia poderá propiciar aos consórcios políticos, integrados de unidades conscientes, a realidade e o gôzo de todos os direitos, que estimulam e robustecem os empreendimentos meritórios.

Debaixo dêsse sistema, que não mistifica e que não oprime, deparam espontânea acolhida, nas emergências mais diversas, tôdas as reivindicações, contanto que exprimam um anseio justo ou signifiquem uma providência tempestiva.

Nos governos que o objetivam, as leis não oscilam ao influxo do capricho, pois que refletem a pressão de necessidades inelutáveis. Reside nisso a congruência de seus textos e a oportunidade de seus fins.

"Legislar para progredir", afirma Georges Rippert, "tal é a regra que se impõem os governantes democráticos".

São de pensar igual quantos se debruçam sôbre a realidade viva e contemplam a evolução do regime, atentos, à sua prática e seguros de seus benefícios, que derivam da sobriedade e da conveniência.

Mui diferente é, entretanto, o panorama que se desdobra sob os governos de fato, que não discernem entre as leis boas e as más, tanto se preocupam de as multiplicar, afeitos a sobressair pela autoridade sem contraste.

A proliferação legislativa encerra, naturalmente, uma série de malefícios, tendo como suas causas a redundância, a contradição, a obscuridade, que tumultuam e disturbam a ordem jurídica.

O maior detrimento que, todavia, ocasionam cifra-se, em gravitarem, como cogumelos, à margem dos códigos, cuja unidade desaparece nas investidas sem lógica e sem plano, que desencadeiam os inovadores apressados.

Tôda vez que se aconselha a reforma de certos mandamentos legais, é evidente que, em lugar da realização dela por via duma lei nova, mais convirá que o seja através de emenda à codificação existente.

Nesse particular, é bastante concludente o exemplo de diversos países, sobretudo europeus, com a Inglaterra à frente, e onde as leis se rejuvenescem, imprimindo ao repositório antigo um sôpro de plena atualidade.

Sempre que assim não acontece, a técnica legislativa desgarra de seus preceitos e se arvora em matriz de flagrantes absurdos, bafejados pela sofreguidão e demagogia políticas, que tanto conspiram em prejuízo das construções jurídicas.

Bem o sentia Rui Barbosa, ao asserverar que "as codificações são monumentos destinados à longevidade secular" e, nesse longo ciclo, não perdem jamais a sensibilidade às transformações ambientes.

E' a ocorrência imanente e dominadora, que se verifica onde quer que os fatos sociais interessam às criações do espírito e concernem as relações entre os homens.

POSIÇÃO DO BRASIL

Não há dúvida que, a despeito de país novo, já sobram ao Brasil, neste terreno, as sugestões e os exemplos que testemunham uma adiantada evolução jurídica.

Estão vasados nesse teor seus vários códigos, que assomam entre os congêneres como padrões de sabedoria e de eficiência, tanto se esmeraram seus autores em recolher e acrisolar as conquistas de alto cunho.

Mas se refletiram e condensaram as teorias então em voga, nem por isso se mostraram menos permeáveis às modificações ditadas pelo transcurso do tempo, sob o império das exigências sociais e econômicas, como o demonstrou o nosso Código Comercial, cujo centenário se festeja neste certame.

Consideráveis foram, por certo, as influências que se desatavam, especialmente durante as duas conflagrações e neste após-guerra, configurando outros rumos nos quais ganham extensão e se revestem de maior consistência os direitos e deveres humanos.

São as inovações resultantes dessa revolução mundial, consequente aos prélios cruentos e sacudida pelo apêlo à liberdade e segurança econômica, que avultam entre as máximas reivindicações do século, os materiais que demandam estudo e judiciosa acolhida nos textos legais.

O SENTIDO DO CONGRESSO

Outra não tem sido, nos congressos jurídicos, a preocupação de seus organizadores e, conquanto nela se louvassem os promotores da presente assembléia, importa salientar que deveras a realizaram, através da conjugação de valiosos esforços de seus delegados, entre os quais se distinguiram verdadeiros e eméritos cultores do direito.

Quase não houve ramo da ciência de Ulpiano onde se não deparasse uma tese, ou uma indicação, formando algumas dezenas, que versam e discutem questões de indubitável magnitude, nos dias atuais.

Assim se explica que as controvérsias assumissem, não raro, uma feição vigorosa e ardente, que punha em realce um desencontro de opiniões, sem agressividade e sem malícia.

Mas, convinham todos, nsse empenho leal, em buscar a isenção e o acêrto, que são atributos inseparáveis de tôdas as decisões destinadas a influir e a perdurar.

A lucidez e o realismo que, dessarte, se comunicaram aos sucessivos trabalhos, múltiplos e variados, mostram que os juristas, partícipes dêste conclave, souberam onde e como situar suas conclusões.

Inteiramente se justificam, portanto, a ufania e o entusiasmo que usufrue e manifesta, nesta sessão de encerramento, o primeiro congresso jurídico do Rio Grande do Sul.

Suas diretrizes e seus resultados evidenciaram a clarividência da iniciativa e enalteceram os préstimos que à rota aprazada conferiram, ao longo de sete dias de magnífico labor, os homens do direito, que acorreram uns do estrangeiro e outros de paragens distantes do Brasil.

Nunca se contemplou, neste rincão meridional, uma afluência mais expressiva de profissionais e de mestres, enlevados e unidos pela consciência jurídica, como espelho vivo de nobres e gloriosas pelejas.

Graças a êsse ofício sacerdotal, eis que se efetuou, entre nós, uma confraternização de juristas, pois não tiveram outro sentido, neste plenário, suas relações tão gratas e seus debates tão memoráveis.

GRATIDÃO QUE PERDURA

Muito se deveu, nessse particular, às duas presidências do congresso, que possuíram como seus titulares os professores Waldemar Martins Ferreira, representante da tradicional Faculdade de São Paulo, e Júlio César Bonnazzola, docente da prestigiosa Faculdade de Buenos Aires.

Suas figuras que, à frente dos trabalhos, se destacaram pelo engenho e tato magistrais, impuseram-se à geral simpatia e sobressaíram pela erudição e equilíbrio científico.

Igualmente relevante foi a projeção intelectual, que grangearam pelas teses apresentadas, ao mesmo tempo que pela participação nas discussões, outros professôres de Buenos Aires e Montevidéu, assim como de Faculdades de nosso país.

Assinalaram-se ainda, por suas contribuições, algumas das quais notáveis, promotores e advogados do Rio Grande do Sul, todos portadores de credenciais ao aprêço e à estima de seus pares.

Em vista do apreciável e fecundo saldo, que decorreu dessa diligência, consagrada inteira ao êxito do congresso, são de merecido louvor, aos seus delegados as palavras que me cabe proferir, especialmente em nome da Faculdade de Direito de Pôrto Algre, sob cujo patrocínio e desvelada cooperação se reuniram e trabalharam, em plena efusão espiritual, os desinteressados batalhadores da ordem jurídica. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Fará uso da palavra o sr. professor Magdaleno Girão Barroso.

O SR. MAGDALENO GIRÃO BARROSO — Exmo. Senhor Presidente dêste Congresso Jurídico.

Exmos. Senhores Representantes do Exmo. Senhor Governador do Esta e de S. Excia. Reverendíssima, o Senhor Arcebispo Metropolitano.

Senhor Diretor da Faculdade de Direito.

Senhores Congressistas.

Minhas Senhoras e Meus Senhores.

Perante uma sociedade como esta, em que ao índice cultural se casa o seu elevado refinamento social, é uma temeridade a minha palavra, neste momento, uma vez que ao aceitar esta tarde, nas últimas horas da sessão plenária, o convite com que me honrou o sr. Diretor da Faculdade de Pôrto Alegre, para aqui falar em nome dos srs. representantes das delegações dos demais Estados do Brasil, eu tive uma porfia com o tempo, e lamentàvelmente, não me foi possível cumprir o protocolo de um discurso escrito. Seria possível assim, meus senhores e minhas senhoras, que a emoção, o tumultuar dos meus sentimentos nesta ocasião mão me permitissem, talvez, pronunciar uma só palavra.

Vou exprimir de u'a maneira perfeita os sentimentos, as emoções, tudo o que nos vai no espírito, diante desta magnífica solenidade. Na falta, porém, de uma palavra, pelo menos eu poderia apelar para o meu silêncio e os Exmos. Srs. Congressistas, talvez não notassem a falta da minha palavra, porque pelo menos lhes seria possível aplicar a lógica dos efeitos jurídicos do silêncio, isto é, sentir o pulsar dos nossos corações, sentir a nossa sinceridade, tudo isto que nós também sentimos, êste refluir de sentimentos extraordinários que nos comovem, que nos irmanam, em função dêsses dias de trabalho, de vida íntima,

de "téte-a-tète" cultural, em que pudemos cada vez mais nos conhecer e admirar e em que, realmente, levamos a efeito uma contribuição em favor da cultura jurídica nacional.

A tarefa que me foi cometida é, sem dúvida, grave e severa e confesso que, ao aceitá-la, não medi bem a responsabilidade que assumia, porque me deixei levar mais pelo entusiasmo e pela honra de vir nesta tribuna representar os meus ilustres colegas das Faculdades do país. Mas, eu vim como um soldado que vai para a batalha cumprir com o seu dever indeclinável. O soldado sabe, que, talvez, lhe faltem as fôrças, que a sua coragem venha a fraquejar, que o seu próprio vigor físico não possa corresponder, na medida de seus desejos, à sua tarefa; mas, apesar de tudo isto, êle não se acovarda, toma as armas e avança para a trincheira. E' o que estou procurando fazer, meus ilustres colegas, com o mesmo espírito do soldado, porque nós também somos soldados do Direito e é a êste espírito que nós estamos dando u'a magnífica contribuição neste Congresso, porque o Direito, creio eu, é sobretudo uma fôrça incoercível que vem do mais íntimo do sêr, que não podemos bem definir, mas que sentimos que sempre esteve em nós, em todos os momentos da vida, que sempre esteve em nós, em todos os momentos da História. O homem primitivo, o homem da caverna já sentia o seu direito e êsse direito vem acompanhando a humanidade em todos os tempos. Quando o homem descobriu o fogo, e quando vários homens se reuniram em tôrno da primeira lareira, êles já começaram a criar o Direito, já começaram a organizar a sociedade, porque, como diz o provérbio latino, "ubi societas, ibi jus".

Mais tarde, o homem evoluiu, mas evoluiu, sempre com o direito. Nos tempos antigos, na Grécia, dotada de grande sabedoria filosofica, entre os romanos, dotados de espírito pragmático, e que nos deram êsse grande edifício da juridicidade do Código Justiniano; na Idade Média, na Idade Moderna, e em todos os tempos, até nossos dias, nós vemos que cada vez mais precisamos, necessitamos dêsse elemento jurídico, que é intrínseco à nossa personalidade e sem o qual nós não podemos, absolutamente, organizar e fazer viver a comunhão social.

Já o afirmou um filósofo norte-americano, que, nos tempos atuais, a sociedade talvez não resistisse ao impacto da ciência, isto é, que a ciência está criando, para o mundo atual, tais fatôres de complexidade orgânica, tais transformações de natureza material que talvez não fôsse possível à ética, ao direito, portanto, acompanhá-la nesse evolver tão rápido e tão inusitado. E, assim, temia êsse filósofo norte-americano que, de um momento para outro, viesse a sociedade a voltar ao cáos de onde viera, por efeito de fôrças físicas, de fôrças naturais, despertadas e em eclosão sôbre a sua realidade.

Quero crer que, ao afirmar isto, o seu autor estivesse porventura impressionado com as invenções mecânicas e os grandes produtos da física moderna, sobretudo da física nuclear e da física intra-atômica, pois que esta, como nós sabemos, criou o problema formidável que diz muito de perto com a nossa sobrevivência ou com a nossa morte, e pôs, nas mãos dos homens, talvez não moralmente e suficientemente preparados para isso, uma arma que poderá fazer tôda a sua felicidade ou tôda a sua desgraça.

Como, então, meus senhores, acompanharemos êsse evolver da sociedade e conseguiremos que ela resista a êsse avanço formidável das ciências naturais, em face de um certo atraso das ciências éticas e sociais? Só é possível, por meio do Direito. Só pelo Direito, quero crer, poderemos realizar a transformação social de que nós necessitamos para o asseguramento da sobrevivência do mundo de hoje. (Palmas).

E' verdade que contra esta tendência, que está no espírito de todos os verdadeiros juristas e de todos os amantes do *jus*, manifestam-se, na atualidade, muitas fôrças, muitos fatôres que é necessário vencer, mas nós para isto precisamos ter o espírito forte, pelo menos aquêle espírito que nunca abandonou o grande filósofo alemão Kant e que, sob o efeito da tirania, chegou a afirmar: eu nunca disse tudo o que queria, mas pelo menos, nunca disse o que não queria. Se nós não pudermos dizer tudo o que queremos, se não pudermos manifestar integralmente o nosso pensamento, pensamento de liberdade, de Direito, de justiça, de paz, pelo menos nós não devemos dizer o que não queremos. Não devemos concordar com a tirania, com a guerra, não devemos aceitar o pessimismo do momento atual, porque só assim poderemos vencer a crise de civilização, de progresso, a crise verdadeiramente fundamental em que nos encontramos na atualidade. E uma das contribuições para isto é, justamente, êste Congresso, que teve por objetivo congregar homens de pensamento, juristas dos vários quadrantes da nacionalidade e não sòmente dela, mas também dos países vizinhos, para o fim de, mais uma vez, cantarem um hino de supremacia e glória ao Direito e nêsse hino externarem suas idéias e manifestarem livremente, dentro de um ponto de vista prático, o seu ponto ed vista, criarem ou consolidarem as doutrinas filosóficas e jurídicas, para não deixarem que a cincia jurídica pare, mas, pelo contrário, evolua cada vez mais, em busca dos seus grandes objetivos, dos seus grandes ideais.

Êste Congresso, meus senhores, foi realmente uma demonstração magnífica, extraordinária, rara mesmo, de confraternização cultural, de irmanação, de entendimento, de compreensão afinal de contas, onde todos nós, em contato uns com os outros, aprendemos alguma cousa de novo, quer do ponto de vista pròpriamente cultural jurídico,

da ciência que amamos, quer do ponto de vista social, quer do ponto de vista nacional ou internacional, porque a geografia que nos separa é pela experiência dêsses congressos, pelo contato que acabamos de estabelecer, uma geografia que nos une, porque só assim poderemos aquilatar que as fôrças que dormem isoladas em cada um de nós, quando irmanadas, unidas, removem montanhas. (Palmas).

Eu estou falando em nome de todos os congressistas dos Estados do Brasil aqui representados, Estados do norte, Estados do sul e Estados do centro. Todos êles. E' possível que a minha palavra não exprima bem o pensamento, todos êles estão perfeitamente de acôrdo com os altos objetivos dêste Congresso e de acôrdo em que êle colimou, realmene, de u'a maneira belíssima e incontrastável, todos seus elevados objetivos. Porisso, merecem louvores os membros da Congregação da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, da Universidade do Rio Grande do Sul, que organizaram êste magnífico conclave, especialmente o Ilmo. Sr. professor Salgado Martins, que, de modo tão brilhante, conduziu nossos trabalhos. (Palmas).

Quero chamar a atenção, também, para a contribuição de todos os senhores professores dêste Estado e tenho que felicitar o Rio Grande do Sul e felicitar esta sociedade, por contar em seu meio com uma plêiade tão brilhade, tão vigorosa, tão cehia do espírito de dever, como essa de que fui testemunha e que compreende os juristas desta Faculdade. Levo, e creio que todos nós dos outros Estados levamos, uma indelével impressão pela maneira como todos êles se desincumbiram de sua tarefa, de modo equilibrado, demonstrando uma cultura superior e, sobretudo, externando pontos de vista, quer dentro do direito objetivo, quer dentro do direito filosófico e político, externando pontos de vista que são os mais oportunos, os mais interessantes e mais dignos da aceitação geral.

Ao falar em nome dos Srs. congressistas de todos os demais Estados, eu me sinto verdadeiramente à vontade e desejaria que, através de minha voz, repercutisse, de maneira integral, tudo aquilo que êles poderiam pessoalmente expressar. Entretanto, a vossa sensibilidade, srs. congressitas, meus senhores e minhas senhoras, haverá perfeitamente de preencher as lacunas da minha palavra, reconhecendo tudo isso que não pude exprimir, nem dizer.

Resta-me apresentar as nossas despedidas, despedidas que não são um adeus, porque representam antes um traço de união, que nos congregará daqui por diante, pelo pensamento, pela idéia, em função do Direito e, ao mesmo tempo, formular as nossas congratulações a S. Excia. o Sr. Diretor da Faculdade re Pôrto Alegre, ao Sr. Presidente do Congresso, aos demais congressistas e ao Rio Grande do Sul em geral, pelo brilhante êxito dêste conclave. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Se algum dos senhores congressistas quiser nos honrar com a sua palavra, para expressar seu pensamento, apresentar alguma sugestão ou externar alguma idéia, esta Mesa terá muito prazer em lhe conceder a palavra. (Pausa).

O SR. JULIO BONAZZOLA.

Exmo. Sr. Vice-Presidente dêste Congresso Jurídico.

Exmo. Sr. Representante de S. Excia. o Sr. Governador do Estado.

Exmo. Monsenhor Representante de S. Excia. Rvma. o Sr. Arcebispo Metropolitano.

Exmos. Magistrados da Justiça.

Exmos. Srs. Congressistas.

Senhoras.

Senhores.

Meus queridos alunos.

Conta uma lenda árabe que as flores de um jardim murcharam quando o jardineiro que as havia cuidado se afastou do lugar. Assim foi que as hastes esguias das brancas magnólias se quebraram, como minaretes de alabastro; que as rosas cerraram suas pétalas como cerram-se os negros olhos da mulher amada; os níveos cálices das flores se fecharam como a noite e os jasmins caíram como mãos extenuadas pelo trabalho. Esta parábola, senhores, muito conhecida na lenda árabe, tivemos a sensação de viver neste Congresso, quando o eminente professor Waldemar Ferreira, chamado por suas tarefas, afastou-se do nosso lado e nós tivemos a impressão de que o jardim dêste Congresso Jurídico também havia murchado, como as flores do jardim da lenda árabe. Mas o esplendor das idéias sobrepuja a matéria humana, é o signo da fé que, sem dúvida, sobrepaira, como gorjeios de pássaros, nas raízes do nosso pensamento, para torná-lo cada vez mais brilhante. E o professor Waldemar Ferreira está presente no nosso espírito e para êle peço entusiástica salva de palmas. (palmas prolongadas).

Numa noite de emoção, não posso tampouco deixar de expressar o quanto senti nesta cidade, tão semelhante aquela que cantei em minha prosa e em meus versos íntimos. Quero cantar também a esta Faculdade de Direito de Pôrto Alegre que, com tanta dignidade, representa êste querido decano, dr. Salgado Martins.

A Faculdade de Direito de Pôrto Alegre poderia significar um exata paralelo com a Faculdade de Direito de Santa Fé. Também a Faculdade de Direito de Santa Fé, sr. Diretor, faz pouco tempo cumpriu 50 anos de existência e, naquela cidade, que nós chamamos "a cidade das lousas e das pedras", também floresceu, como nesta, um resplendor de idéia jurídica que surgiu pouco a pouco e que já completou um cinqüentenário, que nós celebramos com o mes-

mo entusiasmo com que estamos celebrando o cinqüentenário da fundação da Faculdade de Pôrto Alegre.

Existe outra homenagem mais esta noite: é a homenagem ao centenário do Código Comercial. As teses apresentadas pelos diversos professores no sexplicam a razão de ser de sua vitalidade. A vitalidade do Código de Comércio está em dois pontos fundamentais: em ter respeitado os usos e costumes locais em seguir a trajetória dos mesmos e em ter esperado, como diz o professor Estrella, que as reformas se fizessem com método e precaução.

Quero comparar, senhores, como se estivesse numa aula amável de todos os dias, com os alunos, as fontes diversas que temos em nossa legislação, pela qual podemos, os países sul-americanos, ter orgulho de latinidade.

Eu queria fazer, se me permitissem, sr. Vice-Presidente, um pequeno relatório de confronto entre as fontes das legislações e a fonte das demais legislações européias e norte-americana. A fonte jurídico-filosófica da Alemanha está inspirada no matematicismo jurídico. A perfeição de suas ciências exatas chegou a fazer pensar, aos seus tratadistas do direito, que o Direito poderia ser contemplado em fórmulas que aproximassem também do matematicismo das ciências exatas. Parece que se esqueceram do pensamento de Justiniano, quando dizia que o orador jurídico e o jurista devem conhecer muito bem a lei e devem conhecer muito bem a vida. O jurista não pode encerrar-se na tôrre de marfim da completa indiferença à vida que passa. Tampouco poderemos, senhores, inspirar-nos na legislação inglêsa, baseada no direito consuetudinário, onde se conservam ainda normas do tempo de João sem Terra, do ano de 1200; uma legislação que mantém ainda a determinação de prisão por dívidas, abolida de nossos princípios políticos, como uma das normas imanentes da liberdade do homem sôbre a terra; uma legislação, finalmente, onde as reformas nem sempre são possíveis, frente aos erros, porque a escola inglêsa sustenta que "se está escrito, está bem escrito".

Como poderemos inspirar-nos na legislação norte-americana, eminentemente casuística, onde os advogados e professores não têm nenhum sistema para conhecer quais são os princípios jurídicos genéricos, que inspiram as resoluções de seus pensamentos?

Para o jurista norte-americano, todos os problemas se resolvem com os casos. Para nós, todos os porblemas devem resolver-se por princípios, porque os princípios, no Direito, muitas vêzes são imanentes.

Como poderemos inspirar-nos, também, na legislação francesa, que tanto serviu de modêlo à nossa?

Não queria recordar aos senhores, para não cansá-los, tôda a história do chamado "direito intermediário", que vai do iluminismo, desde os enciclopedistas, até a codificação do direito francês.

Conseguida a unidade política da França, em 4 de Agôsto de 1789, assegurada pela Convenção a unidade territorial e política, restava àquele país a necessidade de uniformizar a sua legislação civil. No sul pontificava a influência do Direito Romano. No centro e norte da França, predominavam as normas contraditórias do direito consuetudinário, e regulavam as normas territoriais do direito feudal, as Ordenações inaplicáveis, as Ordenações do Rei, e a longa formação e ensinamentos, sempre permanentes, do direito eclesiástico.

O Brasil e a Argentina têm como fonte comum a inspiração peninsular: as Ordenações Filipinas, de Filipe II, imperaram no Brasil e tiveram sua influência no que é hoje meu país. Estamos irmanados numa mesma latinidade, e eu me sinto perante vós como entre irmãos de sempre e vos posso dizer, sem nenhum laivo de vaidade, que, com muita tranqüilidade, eu poderia dar minhas aulas de Direito na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, com a mesma tranqüilidade de espírito e o mesmo prazer com que o faço nas aulas universitárias de meu país; e temos de comum até os nossos rios; os nossos caudalosos rios como o Paraná, que nasce no Parimá, no grande maciço atravessa regiões do Brasil e vem fecundar as costas argentinas, nas águas dos istmo, onde nós cantamos com San Martin, em 1813, as páginas gloriosas da liberdade, e, no delta do Rio da Prata, e, nas correntes cálidas dêsse mar, volta a banhar outra vez as costas fecundas do Brasil; por que, senhores, se há esta identidade antropológica e social, que tanto têm descrito vossos autores, não podemos aspirar e permitir a pretensão de ver vitoriosa a proposição que irei fazer diante de vós?

Vou permitir-me, antes dessa proposição, recordar não uma parábola, mas um fato histórico. Contam, que numa tarde de outono, sôbre o fundo brumoso de Paris e a gaza aveludada da praça da Concórdia, ao entardecer tranqüilo e ameno, passeava pelos jardins uma senhora, uma anciã, amparada em um bastão, seu cabelo encanecido, um pouco curvada, denotando certa distinção e dignidade da aristocracia. Depois de caminhar pelo jardim, com alguns titubeios, aproximou-se de uma rosa e admirou-a com enlêvo, com tanto enlêvo, que se aproximou para, tomando-a entre as mãos, beijá-la. Naquele momento um guarda do jardim lhe disse: — Senhora, é proibido tocar nessa rosa, porque é a rosa de Espanha". Ergue-se a senhora e, com os olhos marejados de lágrimas, disse-lhe: "Eu plantei esta rosa. Sou a rainha-mãe de Espanha e vim ver como tinha florescido".

Pois quisera eu, como a rainha-mãe de Espanha, aqui lançar também uma semente, para, num dia outonal e já tão envelhecido quanto ela, poder vir vê-la e beijá-la nesta cidade de Pôrto Alegre. (Palmas).

Por que, senhores, se temos esta tradição comum, por que não fazemos, como dizia há pouco o professor Girão Barroso, com que o

Direito nos una — porque o Direito é a vida — e não pensamos, senhores, em fazer *um Código de Comércio único do Brasil e da Argentina?* (Palmas).

E' esta uma noite de homenagem, é uma noite de emoção.

Com uma emoção que me faz ir quase às lágrimas, devo acrescentar que esta noite é também a do centenário da morte do General San Martin e vou usar da vossa benevolência, nesta noite de homenagens, para traçar um breve perfil de San Martin. San Martin foi um dos poucos soldados sôbre a terra, cuja espada não se utilizou jamais para conquistar, mas para libertar os povos. A espada flamejante de San Martin serviu para abrir sulcos fecundos na terra dura da América. Sua disciplina anterior, formada nas casernas da Espanha, permitiu-lhe voltar às terras da América e substituir os "montoneros", os gaúchos e a ferocidade, pela disciplina que tudo consegue e tudo organiza. Assim foi que um dia dirigiu-se a Mendoza, para fazer a campanha libertadora do norte. E sua obra, meus senhores, foi compreendida primeiro e apoiada primeiro pelas mulheres. As mulheres ajudaram-no a fazer a roupa para os seus soldados, as mulheres bordaram, em fios de filigrama de ouro, o sol dourado de sua bandeira. E a despedida de San Martin da praça de Mendoza parecia aquelas despedidas de epopéia, onde os heróis insignes, ao se despedirem, juravam por seu rei e suas damas. E assim foi que escalou os Andes, os mais altos cumes do mundo, desde o dia glorioso de Maipú, depois do desastre de Cancha Rayada, ressonando os clarins para chegar em frente ao seu batalhão. Foi assim, que um dia conseguiu escalar o Tupungado, para travar a batalha de Chacabuco, como querendo buscar, nas mais altas montanhas do mundo, a forma pela qual seus soldados se aproximassem tanto de Deus, para arrancar o azul e o branco e o sol para a nossa bandeira. E assim conseguiu libertar o Chile.

Logo veio a campanha difícil do Perú, onde, caminhando entre os frios desfiladeiros das montanhas, marchando com os soldados fatigados, com suas mulas, à maneira de Napoleão, quando subiu ao São Bernardo, mas sem imitá-lo e com fins distintos, porque ia libertar outro país, chegou ao Perú e o povo o aclamou e êle declarou, em nome da expedição libertadora, em 27 de novembro de 1820, a liberdade do Perú.

Mas a grandeza de um homem nunca se vê no triunfo. Todos somos grandes, frente ao triunfo, todos nós nos sentimos cheios de valor, quando temos êxito e sucesso em nossas emprêsas. Já o adverte Kant, quando diz que "nunca tenhas demasiada fé para ser vaidoso e nunca tenhas demasiada desesperança para crer que tua esperança não se vá cumprir".

E San Martin, demasiadamente glorioso por suas batalhas e seus

êxitos, retirou-se de seu país, para que sua espada vencedora não influísse na organização política da Argentina.

Foi grande na renúncia. Pobre e sem recursos até o dia de seu falecimento, em 17 de agôsto de 1850, quando, às três horas da tarde, o surpreendeu a morte.

E, quem havia de dizer que, cem anos depois, fizesse eu esta oração! Com a devida vênia, do nobre sr. Presidente, pediria a êste Congresso que fizesse um segundo de silêncio, em sua homenagem. (Os Congressistas, de pé, prestam a homenagem).

Para terminar, devo expressar meus agradecimentos, porque esta noite é de festa e emoção.

Devo agradecer ao senhor Diretor da Faculdade, professor Salgado Martins, a quem não sei se admirar mais a enorme bondade que teve para conosco, ou admirar mais o acêrto com que dirigiu as deliberações dêste Congresso.

Quero expressar, também, a grande admiração científica que me produziu o professor Ernani Estrella, que me ocorre dizer que é um Savonarola do Direito.

Quero, também, expressar minha admiração científica pelo dr. Antônio Martins Filho, que com tanta fé — porque só a fé move — e convicção logrou vitória na defesa de sua tese, em que votei, e que tanto admiro.

Quero expressar, também, a minha simpatia pelo sr. Diretor da Faculdade de Direito de Pelotas, professor Bruno de Mendonça Lima, pois, me ocorre pensar que o professor Bruno de Mendonça Lima tem a bondade infinita dos bem-aventurados, que jamais há uma sombra de suspeita nêle, ainda que isso pudesse turvar-lhe a alma.

Quero expressar, também, minha admiração pelo dr. Luiz Lopes Palmeiro, e não sei se seu nome nasceu no Renascimento, ou se êle é uma figura que se move em Versailles.

Quero expressar, também, minha admiração pela consciência jurídica de todos os demais professores, pelos eminentes juízes e magistrados, que até me fazem pensar na Carta de São João, quando diz: "Não há pobres, nem ricos; não há grandes nem pequenos; todos são iguais ante Deus".

Parece-me que vós, juízes, também tendes êste sentido eminente da Justiça, porque sentís que todos são iguais ante a lei.

Aos integrantes das comissões que trabalharam com entusiasmo, ao sr. Secretário, tão cheio de cortesia, dr. Plauto Azevedo, e às demais pessoas que não menciono por falta de memória, posso assegurar que admiro em cada uma delas as suas virtudes humanas.

E por último, exmas. autoridades, minhas senhoras, meus senhores e meus alunos, quero agradecer-lhes tôdas as atenções imerecidas,

que expressar-lhes que quando os srs. visitarem a minha populosa cidade de Buenos Aires, ou cálida e ingênua cidade de Santa juntos a cidade, para sentir juntos as mesmas emoções.

Quero formular votos para que as nossas relações sejam cada vez mais fortes, para que a nossa fé e entusiasmo sejam cada vez mais estreitos, para que a nossa estrêla de idealismo se levante cada vez mais serena e dizer como Horácio: "Nem tudo morre". (Palmas).

O SR. SALGADO MARTINS — Antes de declarar encerrada a sessão que põe têrmo aos trabalhos dêste conclave, sinto o honroso dever de, em nome da Comissão Organizadora do Congresso Jurídico, comemorativo do cinqüentenário de fundação da Faculdade de Direito, agradecer aos eminentes professores, advogados, juristas, magistrados, a todos aquêles que trouxeram o brilho do seu concurso para assegurar o êxito do empreendimento cultural que realizamos.

Tudo neste dia se reúne para acentuar a nossa emoção. Duas gerações confraternizam, neste momento de tanta evocação para a história da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre: a geração gloriosa que fundou esta escola e a geração dos seus professores que comemoram o cinqüentenário.

Temos a ventura, a inigualável fortuna de contar ainda com professores que fundaram esta Escoal e que aqui assistem o seu cinqüentenário. Entre nós, temos a felicidade de contar com a presença de um mestre venerando, o ilustre professor Normélio Rosa... (De pé, a assistência saúda com prolongada salva de palmas o professor Normélio Rosa, que agradece comovido)... o professor Normélio Rosa, no qual eu personifico tôda aquela plêiade de lutadores que fundaram esta casa de ensino superior, no ano já remoto de 1900.

Quero, também, lembrar o nome daqueles que ainda assistem o transcorrer desta data significativa, os professôres Plínio de Castro Casado, James Darcy e Valentim do Monte.

Nêles pulsa, ainda, com tôdas as suas glórias, a história desta Faculdade.

O Congresso Jurídico que promovemos realizou-se entre duas datas nas quais se descobre uma perfeita identidade e um tocante signo de idealismo. Iniciamos os nossos trabalhos a 11 de agôsto, desta comemorativa da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, e encerramos êste Congresso em 17 de agôsto, data que recorda o centenário da morte de uma das figuras mais extraordinárias da América, o herói e libertador San Martin. (Palmas prolongadas).

Onze de agôsto é o signo da consciência jurídica do Brasil e a espada de San Martin é o instrumento glorioso através do qual vários países da América encontraram a sua libertação e a sua redenção. (Palmas).

Onze de agôsto é a concretização de uma idéia generosa, porque representa os fundamentos do ensino jurídico no Brasil; dezessete de agôsto recorda uma vida que, pela espada, realizou a sublimidade do Direito. (Palmas).

Devo expressar, ao término dos trabalhos dêste Congresso, os agradecimentos comovidos da Faculdade de Direito, pêlo concurso que as delegações das diversas Faculdades trouxeram ao êxito dos seus trabalhos.

Em primeiro lugar, agradeço a cooperação generosa e brilhante que nos deram as gloriosas Faculdades de Direito de Buenos Aires e de Santa Fé, (Palmas) enviando-nos, para representá-las neste certame de inteligência e cultura, a figura fidalga e amiga do professor, Júlio César Bonnazola. (Palmas). Êle, agora, não pertence às Faculdades que representa. E' mais um professor que conquistamos. (Palmas). A sua atuação, a simpatia com que se incorporou à história desta Faculdade, será perenemente um traço de união entre o Brasil, o Rio Grande do Sul e a generosa nação Argentina. (Palmas).

Quero agradecer à Faculdade de Direito do Ceará, (Palmas). O gesto com que nos distinguiu, enviando, para representá-la, dois professores eminentes de sua Congregação, cujo nome declino com profunda simpatia, os profesosres Antonio Martins Filho e Madgadelo Girão Barroso. (Palmas).

Devo agradecer à Faculdade do glorioso Estado Irmão de Santa Catarina, que se fêz, também, representar neste Congresso, pela brilhante delegação, em que figura um ilustre professor de Direito, Henrique Rupp Júnior (Palmas), filho espiritual desta Casa e representante daquela gloriosa geração que foi contemporânea da fundação desta Faculdade.

Devo agradecer à Faculdade de Goiás, a distinção, também, que nos conferiu, através da representação que delegou ao ilustre professor Antônio Martins Vieira, (Palmas), que contribuiu magnìficamente para o acêrto das nossas decisões.

Devo agradecer à tradicional Faculdade de Direito de São Paulo, berço glorioso do ensino jurídico no Brasil, escola que contribuiu tão decisivamente, com o ensino do Direito, para preparar diversas gerações que foram valores decisivos na história política, jurídica e espiritual do país.

Devo agradecer à Faculdade do glorioso Estado irmão de Santa ela nos mandou para representá-la neste Congresso e para presidir os seus trabalhos, uma das mais eminentes expressões do magistério jurídico, a figura ímpar de Waldemar Ferreira. (Palmas). Devo agradecer à Faculdade irmã de Pelotas, (Palmas) pela delegação brilhante que nos enviou e cujos méritos, talentos e virtudes eu quero personi-

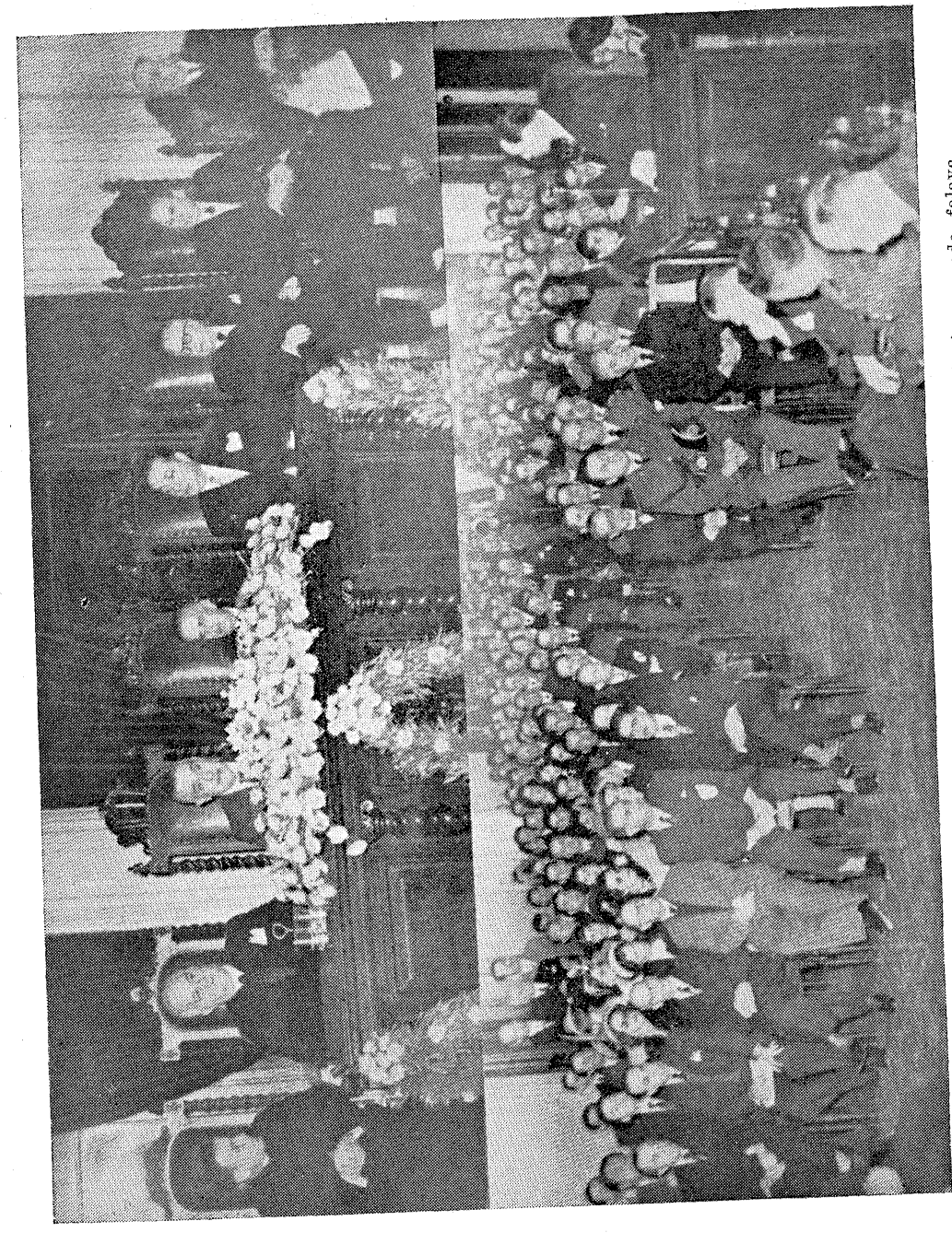
ficar, nessa figura eminente de professor e de jurista, que é Bruno de Mendonça Lima. (Palmas).

Agradeço, por fim, ao ilustre presidente do Tribunal de Justiça, um dos presidentes de honra dêste Congresso, a honra que lhe conferiu, ao comparecer à sua inauguração e à sessão de encerramento dos nossos trabalhos, (Palmas), exemplificando, com a sua presença, que advogados, professôres e juízes estão irmanados no mesmo ideal e servindo à mesma causa.

Quero agradecer ao Exmo. Sr. Governador do Estado, pela distinção e bondade com que procurou corresponder ao convite que lhe endereçámos para ser um dos presidentes de honra dêste Congresso, e para trazer à sua inauguração o concurso do seu prestígio e da sua inteligência. (Palmas).

Agradeço às autoridades do Estado, aos senhores magistrados, membros do Ministério Público, advogados e posso declarar com orgulho que, se não fôra a simpatia e o concurso que deram a êste Congresso, não teríamos obtido o êxito com que coroamos os nossos trabalhos. E ao solicitar ao eminente professor Bonnazzola que declare encerrada a sessão, quero apenas dizer que os professôres desta Faculdade, no ano do seu cinqüentenário, prometem tudo porfiar, para serem herdeiros e sucessores dignos daquela obra gloriosa que os companheiros de Normélio Rosa realizaram no Rio Grande do Sul.

(Palmas prolongadas).



Sessão solene inaugural — vista parcial da mesa e da assistência, quando falava o Prof. José Salgado Martins.

Visita dos Congressistas ao Palácio do Govêrno, quando o governador Walter Jobim agradecia a saudação do Prof. Antônio Martins Filho.

Sessão solene de encerramento, quando falava o Prof. Edgar Luis Schneider.