





N3 40



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE S. PAULO

DIRECTOR

DR. FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO

VICE-DIRECTOR

DR. ANTONIO DE SAMPAIO DORIA

CONSELHO TECHNICO-ADMINISTRATIVO

DR. ERNESTO DE MORAES LEME

DR. JORGE AMERICANO

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO

DR. HONORIO FERNANDES MONTEIRO

DR. ANTONIO DE SAMPAIO DORIA

DR. MARIO MASAGÃO

PROFESSORES CATHEDRATICOS

DR. JOSÉ DE ALCANTARA MACHADO D'OLIVEIRA, de Medicina Legal

DR. THEOPHILO BENEDICTO DE SOUSA CARVALHO, de Direito Internacional

DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO, de Economia Politica

DR. SPENCER VAMPRE, de Introdução á Sciencia do Direito

DR. FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO, de Direito Judiciario Civil

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Publico Internacional

DR. ANTONIO DE SAMPAIO DORIA, de Direito Constitucional

DR. VICENTE RÃO, de Direito Civil

DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, de Direito Commercial

DR. MARIO MASAGÃO, de Direito Administrativo

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, de Direito Judiciario Civil

DR. JORGE AMERICANO, de Direito Civil

DR. ERNESTO DE MORAES LEME, de Direito Commercial

DR. HONORIO FERNANDES MONTEIRO, de Direito Commercial

DR. ALEXANDRE CORREIA, de Direito Romano

DR. LINO DE MORAES LEME, de Direito Civil

DR. NOÉ AZEVEDO, de Direito Judiciario Civil

DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Judiciario Civil

DR. JOSÉ SOARES MELLO, de Direito Penal

DOCENTES LIVRES

DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, de Medicina Legal

DR. MANUEL FRANCISCO PINTO PEREIRA, de Direito Internacional Privado

DR. ALVINO FERREIRA LIMA, de Direito Civil

DR. BENEDICTO DE SIQUEIRA FERREIRA, de Direito Judiciario Civil

DR. CANDIDO MOTTA JUNIOR, de Direito Penal

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA, de Direito Penal

DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, de Direito Judiciario Penal

COMISSÃO DE REDACÇÃO DA "REVISTA"

DR. SPENCER VAMPRE'

DR. GABRIEL JOSE' RODRIGUES DE REZENDE FILHO

DR. JOSE' SOARES DE MELLO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA DA
FACULDADE
DE DIREITO**

**JANEIRO - ABRIL DE 1938
VOLUME XXXIV - FASC. I**

**EMPRESA GRAPHICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAES"
RUA XAVIER DE TOLEDO, 72 SÃO PAULO (BRASIL) 1938**

INDICE DO FASC. I DO VOL. XXXIV

ASSUMPTOS

REMINISCENCIAS

A Casa da Faculdade de Direito de São Paulo — 1643-1937 — Ricardo Severo	11
--------------------------------------------------------------------------------	----

INÉDITOS DE ANTIGOS ALUMNOS

José Rubino de Oliveira — Notas biographicas — Redacção	31
Dissertação sobre materia do Direito Criminal, do alumno n.º 44 — 1866 — José Rubino de Oliveira	37

1866 — José Rubino de Oliveira

IN MEMORIAM

Professor Raphael Corrêa de Sampaio — Redacção	53
------------------------------------------------------	----

DOCTRINA

Evolução da theoria dos contractos em nossos dias — Clovis Bevilacqua	57
Da representação da herança pelo inventariante — Francisco Morato	67
Direito público — A. de Sampaio Doria	76
I — Bases na organização politica dos homens livres. Preventivos contra abusos do poder	76
II — Natureza das leis constitucionaes. Systemas de constituição. Conceito do direito constitucional	91
III — Separação dos poderes, e distribuição de funções. Sua evolução. Systemas actuaes. Conflictos e equilibrio	99
Algumas suggestões para a reforma da legislação judiciaria civil — Spencer Vampré	125
A responsabilidade das pessoas naturaes e juridicas por actos de seus prepostos — O artigo 1.523 do codigo civil — Waldemar Ferreira	134
As cathedras de direito publico argentino — Salvador M. Dana Montaña	158
El verdadero concepto económico-jurídico de la cessación de pagos — Raymundo L. Fernández	173

THESES

O artigo 9 do codigo civil em face do artigo 108 da Constituição de 34 — Antonio Miguel Leão Bruno	193
Prefacio á these — Honorio Monteiro	199

DISCURSOS

Oração do paranympho á turma de bachareis de 1937 — Jorge Americano	333
Discurso do orador da turma de bachareis de 1937 — Ricardo Wagner	341

PARECERES

Se pôde ser inventariante o herdeiro que promove a annullação do testamento do inventariado — Noé Azevedo	353
Influencia da coisa julgada no crime, sobre acção civil — Valor da prova testemunhal na investigação da paternidade — Sua limitação — Noé Azevedo	364

BIBLIOGRAPHIA

Giorgio del Vecchio, "Sobre os principios geraes do Direito" (tradução da "Revista de Critica Judiciaria" e prólogo de Clovis Bevilacqua) — Spencer Vampré	373
Extractos da "Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano e dei Rapporti di Famiglia", de Milão — Jorge Americano	375
Studi in memoria di Edoardo Tommasone — Spencer Vampré	379
Rogelio Galarce e Augustin Matienzo, "La expropiación en el codigo civil argentino" — Spencer Vampré	380
Gastão Ferreira de Almeida, "Os projectos do Codigo criminal brasileiro (de Sá Pereira) e do Codigo dos delictos para a Italia (de Ferri)" — Motta Filho	382
Enrique Carlos Zarate, "El control de las concesiones de servicios publicos" — Spencer Vampré	382
Helvecio Xavier Lopes, "Soluções praticas de direito do trabalho" — Spencer Vampré	383
A. C. Pacheco e Silva, "Serviços sociaes" — Motta Filho	384
Cesar Bierrenbach, "Produções literarias" — Spencer Vampré	385
Luis A. Argaña, "Tratado de derecho mercantil" — Waldemar Ferreira	386
Josefina Quiroga, "La madre en la legislación argentina" — Waldemar Ferreira	388
Enrique Diaz de Guijarro, "La caducidad del derecho del conyuge a custodiar los restos del esposo premuerto, por homicidio en su persona e por cremación de su cadáver" — Waldemar Ferreira	388
Ernesto Dihigo, "Sociedades de responsabilidad limitada" — Waldemar Ferreira	390
Victor N. Romero del Prado, "El derecho internacional privado en el proyecto de codigo civil de la Comisión Reformadora" — Waldemar Ferreira	393
Carlos Cossio, "La normalidad según el análisis de la conducta juridica" — Redacção	395

DIVERSOS

Mensagem do Director da Faculdade de Direito de São Paulo ao Director da Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Roma — Francisco Morato	399
Premio "Istituto dos Advogados de S. Paulo"	400

AUTORES

AMERICANO (Jorge) — Extractos da “Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano e dei Rapporti di Famiglia”, de Milão — (Bibliographia)	375
AMERICANO (Jorge) — Oração do paranympho á turma de bachareis de 1937	333
AZEVEDO (Noé) — Se pôde ser inventariante o herdeiro que promove a annullação do testamento do inventariado — (Parecer)	353
AZEVEDO (Noé) — Influencia da coisa julgada no crime, sobre acção civil — Valor da prova testemunhal na investigação da paternidade — Sua limitação — (Parecer)	364
BEVILAQUA (Clovis) — Evolução da theoria dos contractos em nossos dias — (Doutrina)	57
BRUNO (Antonio Miguel Leão) — O artigo 9 do codigo civil em face do artigo 108 da Constituição de 34 — (These)	193
DORIA (A. de Sampaio) — Direito publico — (Doutrina)	76
I — Bases na organização politica dos homens livres. Preventivos contra abusos do poder	76
II — Natureza das leis constitucionaes. Systemas de constituição. Conceito do direito constitucional	91
III — Separação dos poderes, e distribuição de funções. Sua evolução. Systemas actuaes. Conflictos e equilibrio	99
FERNÁNDEZ (Raymundo L.) — El verdadero concepto económico-jurídico de la cassación de pagos — (Doutrina)	173
FERREIRA (Waldemar) — A responsabilidade das pessoas naturaes e juridicas por actos dos seus prepostos — O artigo 1.523 do codigo civil — (Doutrina)	134
FERREIRA (Waldemar) — Luis A. Argaña, “Tratado de derecho mercantil” — (Bibliographia)	386
FERREIRA (Waldemar) — Josefina Quiroga, “La madre en la legislación argentina” — (Bibliographia)	388
FERREIRA (Waldemar) — Enrique Diaz de Guíjarro, “La caducidad del derecho del conyuge a custodiar los restos del esposo premuerto, por homicidio en su persona e por cremación de su cadáver” — (Bibliographia)	388
FERREIRA (Waldemar) — Ernesto Dihigo, “Sociedades de responsabilidad limitada” — (Bibliographia)	390
FERREIRA (Waldemar) — Victor N. Romero del Prado, “El derecho internacional privado en el proyecto de codigo civil de la Comisión Reformadora” — (Bibliographia)	393
MONTAÑO (Salvador M. Dana) — As cathedras de direito publico argentino — (Doutrina)	158
MONTEIRO (Honorio) — Prefacio á these “O artigo 9 do codigo civil em face do artigo 108 da Constituição de 34”, de Antonio Miguel Leão Bruno	199
MORATO (Francisco) — Da representação da herança pelo inventariante — (Doutrina)	67

MORATO (Francisco) — Mensagem do Director da Faculdade de Direito de São Paulo ao Director da Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Roma	399
MOTTA FILHO (Candido) — Gastão Ferreira de Almeida, “Os projectos do Codigo criminal brasileiro (de Sá Pereira) e do Codigo dos delictos para a Italia (de Ferri)” — (Bibliographia)	382
MOTTA FILHO (Candido) — A. C. Pacheco e Silva, “Serviços sociaes” — (Bibliographia)	384
OLIVEIRA (José Rubino de) — Dissertação sobre materia do Direito Criminal, do alumno 44 — 1866 — (Inéditos de antigos alumnos)	37
Redacção — José Rubino de Oliveira — Notas biographicas	31
Redacção — Professor Raphael Corrêa de Sampaio — Necrologio	53
Redacção — Carlos Cossio, “La normalidad según el análisis de la conducta juridica” — (Bibliographia)	395
SEVERO (Ricardo) — A Casa da Faculdade de Direito de São Paulo — 1643-1937 — (Reminiscencias)	11
VAMPRE’ (Spencer) — Algumas suggestões para a reforma da legislação judiciaria civil — (Doutrina)	125
VAMPRE’ (Spencer) — Giorgio del Vecchio, “Sobre os principios geraes do direito” (prólogo de Clovis Bevilacqua) — (Bibliographia)	373
VAMPRE’ (Spencer) — “Studi in memoria di Edoardo Tommasone” — (Bibliographia)	379
VAMPRE’ (Spencer) — Rogelio Galarce e Augustin Matienzo, “La expropiación en el codigo civil argentino” — (Bibliographia)	380
VAMPRE’ (Spencer) — Enrique Carlos Zarate, “El control de las concesiones de servicios publicos” — (Bibliographia)	382
VAMPRE’ (Spencer) — Helvecio Xavier Lopes, “Soluções praticas de direito do trabalho” — (Bibliographia)	383
VAMPRE’ (Spencer) — Cesar Bierrenbach, “Producções literarias” — (Bibliographia)	385
WAGNER (Ricardo) — Discurso do orador da turma de bachareis de 1937	341

Reminiscencias

A CASA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO 1643-1937

Ricardo Severo

I — NOTULAS HISTORICAS

A historia desta Casa da Faculdade de Direito tem a sua origem na data do estabelecimento em São Paulo da Ordem Serafica de São

Francisco de Assis, no terreno onde posteriormente se abriu o Largo de São Francisco.

Dizem as cronicas daquele tempo que, embora autorizada a fundação do Convento Franciscano no termo da antiga vila, por alvará de 29 de Novembro de 1624, a sua edificação só foi iniciada em 1639, proximo á ermida de Santo Antonio, na atual Rua Direita, “depois de examinados pelo 1.º Custodio Fr. Manoel de Santa Maria o local e os recursos que os moradores ofereciam” (*)

Quatro annos depois (em 1643), o 2.º Custodio Fr. Francisco das Neves determinou a mudança para a atual localidade julgada mais conveniente e onde se recommçaram as obras do mosteiro definitivo. Estas, porém, foram desde

(*) M. E. DE AZEVEDO MARQUES — “*Apontamentos historicos*” etc. — 1879 — Vol. I, pg. 109 — SPENCER VAMPRÉ — “*Memoria para a historia da Academia de São Paulo*” — 1924 — Vol. I, pgs. 1 a 5.

logo interrompidas em virtude de circunstancias provenientes da expulsão dos jesuitas em 1640; e sómente prosseguiram em 1644.

A construção deste convento está portanto ligada historicamente á revolta popular que libertou a Metropole do jugo castelhano, notavel movimento de independencia que proclamou a restauração da monarchia portuguesa, após ter aventado uma nova ordenação democratica.

A tradição, porém, seguiu o fio inquebrantavel do seu destino, pois que, dois seculos passados, esta Casa Conventual transforma-se na séde da primeira Faculdade Universitaria do Brasil independente, e finalmente republicano.

A criação da primeira Academia de cursos juridicos e sociais no Brasil surge no ano seguinte ao da sua independencia politica, proposta á Assembléa Constituinte na sessão de 14 de Junho de 1823 por José Feliciano Fernandes Pinheiro, depois ministro do imperio com o titulo de Visconde de São Leopoldo. Proposta esta de tal modo sensata no seu espirito inovador e na localisação das duas primeiras Universidades brasileiras, que, passados quatro anos de injunções politicas e longos debates, é promulgada a lei de 11 de Agosto de 1827 creando definitivamente os cursos juridicos de Olin-da e São Paulo.

Foi escolhido na capital desta Provincia o Convento de São Francisco para sua instalação e na ampla sacristia, adrede preparada, foi celebrada a inauguração da primeira *Academia de Ciencias Sociais e Juridicas* no dia 1.º de Março de 1828, sob a diretoria do Tenente General Toledo Rendon, assistencia do Presidente da Provincia e do Bispo diocesano, proferindo a primenra “oração de sapiencia” o illustre Professor Dr. Avellar Brotero.

A historia desta Casa tradicional e celebre nos anais paulistas condensa-se, portanto, nos seus dois largos periodos consecutivos de dois seculos de Convento e um seculo de Escola, concernentes á sua originaria função social e á sua adaptação para sodalicio academico.

II — ARQUITETURA
PRIMITIVA

O mosteiro franciscano, tal como o encontraram os fundadores da Academia de Direito, apresenta-se com a simplicidade duma arquitetura verdadeiramente primitiva, mas consentanea com o meio e a epoca, com a escassez dos recursos e dos materiais.

Algumas estampas do seculo passado e fotografias de 1860 (fig. 1), dão-nos o aspecto completo do edificio, que se integra, em seus traços estruturais, no tipo comum por todo o paiz e em especial nesta cidade (Carmo e São Bento) das vastas habitações coletivas destinadas a vida monastica. Esta função dá á sua arquitetura um carater uniforme: longa fachada de dois pisos, com filas de janelas repartidas de conformidade com as celas internas, ao lado a capela com a sua torre; como elementos decorativos apenas, aparentes, os quadros construtivos das janelas, de madeira lisa com o lintel arqueado, coberto por diminuta arquivolta, e como coroa-mento deste homogeneo frontispicio horizontal, uma cimalha corrida formando com o largo beiral saliente o entablamento terminal do desataviado edificio. A igreja lateral tem outras pretensões arquitetonicas, com pilastras nos angulos, arquivoltas, frisos e cornijas, frontão curvo, a composição de simetria axial tripla, propria deste tipo de templos coloniais, comuns em todo o Estado.

Não obstante a simplicidade da construção, no seu conjunto e nos elementos arquitetonicos, os mestres desta obra imprimiram-lhe as características do estilo *baroco-jesuitico* que após o renascimento manuelino se espalhou pela metropole e colonias durante os seculos XVII e XVIII, sob o titulo “estilo D. João V”, aqui denominado genericamente “do Aleijadinho”, de meado do seculo XVIII até á Independencia.

A extrema singeleza arquitetural que envolve muitas destas obras dos antepassados, embóra depreciavel aos olhos da modernidade, deu-lhes comtudo uma harmonia estetica digna de admiração, não só na sua logica adaptação á estrutura interna e á tecnica construtiva propria da epoca e do local, como tambem na sua extensa e calma horizontalidade

que tão acertadamente se harmonisa com o ambiente pacífico de beata clausura e com o quadro exterior da paisagem circundante. Será mera impressão de arqueologico saudosismo; entretanto citaremos a nota dum recente visitante, Paul Adam, que a proposito destes edificios monacais diz:

“Quel critique composera le livre qu’il faut sur ces églises, ces couvents du Brésil, sur leur architecture, sur les sites incomparables qu’ils dominent, et choisis, golfes, fleuves ou forêts, par le génie des fondateurs. Seuls les Egyptiens et les Grecs surent ainsi, en édifiant leurs temples ou leurs acropoles, en faire les centres d’un paysage limité, composé par la vue de l’homme qui s’arrête entre leurs colonnes, par celle du moine qui s’accoude à la fenêtre de son réfectoire” (*).

O plano do edificio obedece em suas linhas gerais á trama destas casas de comunidades, sempre dispostas em quadrilatero contornando um claustro central, e repetindo-se o dispositivo ao redor de pateos consecutivos quando o predio aumentava em extensão, de sorte a expôr ao ar e ao sol a maior superficie de fachadas.

Se não houvessem outros dados para uma reconstituição, bastaria seguir o memorial apresentado em Novembro de 1827 por Toledo Rendon sobre a vistoria feita no Convento de São Francisco, e ter-se-ia o risco do velho predio no tempo do seu aproveitamento para a futura Academia:

“Este convento tem salas na frente e no lado direito. No lado esquerdo está a igreja e, na retaguarda, um salão antigo e outro sumamente grande, em paralelogramo, destinado a celas. O primeiro serve sofrivelmente para uma escola, e do segundo podem formar-se duas. No lado di-

(*) PAUL ADAM — *“L’Effort Portugais”* — Paris, 1916 — Pag. 22.

reito também está uma boa livraria que me parece já tem 5000 volumes. Parte dela legada aos frades e parte é publica. Nos baixos do convento, se poderia estabelecer quatro aulas menores, formando-se duas da antiga aula dos frades e outras duas do lugar onde está a sacristia, mandando-se esta para o lugar antigo, por detraz da capela mór, de cujo lugar a mudaram os frades, por haver algumas ruínas nas janelas. Posta uma divisa no fim do salão grande, ficam os frades separados, e só terão encontro com estudantes, quando descerem para a igreja, porque até as escadas são separadas, indo uma para os mencionados salões e a outra para a parte dos frades e o coro. E aqui tem V Exa. acomodado o Curso Juridico com tres aulas em cima e quatro embaixo, para os estudos preparatorios, sem demolir nada e sem vexames dos frades”

Instalaram-se de inicio no Convento os cursos superiores, permanecendo á parte os preparatorios, até que a Academia ocupou a totalidade do edificio, conforme os planos das figs. 3 e 4, que restabelecem fielmente o memorial descriptivo de Rendon. Simplesmente o primitivo ingresso era pelo adro da igreja, comum aos religiosos e aos estudantes, e posteriormente, de reforma em reforma, foi passado para o centro do edificio e da praça fronteira, aberta também por influencia de Rendon, demolida que foi a cerca que fechava os “passaes” do Mosteiro.

Sobre este plano claustral, em torno do “Pateo das arcadas” (fig. 2), estabelece-se a Faculdade de Direito, fixando algumas das tradições nominais da vetusta Universidade de Coimbra, com “os geraes”, como eixo das “aulas maiores” e “menores”, a sala dos “atos grandes” e “capelos”, donde provinham, dentre solenes teorias de “becas”, as “borlas”, os “graus” doutorais, os “nemine discrepante” os “simpliciter”, os malfadados RR, e o regimento escolar sinalado pela “tor-

re da cabra”, aqui também celebre na vida anedótica de “veteranos”, “novatos” e “caloiros” ou “bichos” com as suas “troças” e “trotes”, que mantiveram nesta “Atenas” paulista a nota jovial da sua irradiante mocidade. Não a encimou porém, como na “Atenas” coimbrã, a vetustez do escudo heráldico com a lenda de Cindazunda, nem a arregimentou a filosofia escolástica de “habitos talaes” proveniente dos tempos medievais dos reis D. Diniz e D. João III (1290-1537). A nova Academia surge com uma orientação renovadora, impulsionada pelo espírito cívico da independência para a cultura do livre pensamento e naturalmente para o ensino livre.

Através deste comentário tradicionalista falam com expressiva linguagem os traços geométricos dos planos que chamaremos “históricos” das figs. 3 e 4, que condensam a arquitetura interna do secular Convento, tal como a encontramos ao raiar do século XX.

E como este edifício foi um exemplo modelar entre os grandes Mosteiros da era colonial erigidos na Província de São Paulo, interessará fixar também os detalhes relativos aos materiais e processos da sua construção.

III — MATERIAIS E PROCESSOS DE CONSTRUÇÃO

A principal matéria prima que concorreu para a avantajada *fabrica* desta edificação foi a própria terra do solo paulista transformada em *taipa*, mistura de “humus” e

saibros, apiloada em camadas sobrepostas entre fôrmas corridas de taboas, constituindo as espessas paredes do grande sobrado. Como travacção longitudinal uma vara roliça de madeira de 2 a 4 cm. de diâmetro, em geral de araçá-do-mato, estendida ao comprimento da parede, e transversalmente veem-se ainda os vestígios das barbacãs, devidamente compassadas, que foram moldadas em “banana-do-brejo” ou “palmito verde”, destinadas ás travessas do andaime, acompanhando a subida do muro. Tão habéis foram os taipeiros da época, e de tão boa escolha o material deste *formigão*, que após tres séculos os muros se conservavam sem trincas até a altura

dos telhados, dificultando pela coesão da massa a sua demolição. Os alicerces tinham cavoucos até 3 metros de profundidade, assentando sobre a tabatinga incompressível do subsolo, justo onde igualmente se firmáram as fundações do prédio atual. Os muros eram formados sobre esta base em toda a largura, sem resaltos até ao segundo piso, e as suas espessuras variavam de 10 palmos (2,20 m. na torre da igreja) até 5 e 3 (1,10 e 0,66 m.) nos muros externos e internos do Convento.

A cal foi apenas empregada nas argamassas de emboço e reboco, nos paramentos internos e externos dos muros, de mistura com saibro, e nas respectivas caiações com ocras ferruginosas.

Não foram empregadas alvenarias senão nos pilares das arcadas, com argamassa de saibro e blocos de arenito ferruginoso, de “pedra ferro”, que se encontra em veios entre as formações da argila compacta do sub-solo. O granito lavrado foi apenas usado em soleiras degraus e lagedos. Os tijolos somente aparecem em pavimentos, do tipo chato de ladrilho de forno, e alguns de grandes proporções (44 x 22 x 11 cm.) em obras posteriores á construção primitiva.

Nas restantes partes da construção foi empregada a madeira de lei — oleo, jacarandá, massaranduba, guatambu e canela (*) — em traves falquejadas no vigamento dos assoalhos, que eram compostos de tabões de largura até dois-e-meio palmos, unidos a meio fio e pregados sobre as traves e tarugos com cavilhas forjadas á mão; em peças inteiriças, esquadriadas e aplainadas nos requadros das portas e janelas, soleiras, peitoris, ombreiras, e dinteis, sendo que sobre a verga lindeira, um cimbri de paus roliços de grossuras decrescentes colocados transversalmente ao muro, formava o segmento do arco de descarga da taipa São detalhes construtivos interessantes que demonstram como, embora de grosseira

(*) Foi notoria a ausencia das perobas que constituem hoje o madeirame corrente de todas as construcções.

realização, as regras da arte de construir, ditadas por secular experiencia, foram applicadas por estes obreiros com tão elemental e deficiente materia prima.

Na fig. 5, apresentamos o arcahouço do telhado, armado á maneira antiga com linhas de nivel, pontaletes, e o varedo de dupla inclinação para lhe dar a elegante curvatura á maneira oriental caracteristica dos antigos telhados de telha redonda, de largos beiraes; e na fig. 7 o exemplo do tabique encontrado em divisões internas com a armação em cruz e o perfeito xadrez das fasquias de palmito.

As janelas eram do tipo chamado de guilhotina, com pequenos vidros retangulares e os “escuros” apainelados com postigo. Não se encontraram rotulas de modelo colonial, sómente em frestas na divisoria com a igreja; as portas lisas com frisos sobrepostos, e entre as almofadas, apenas, como variante de aprimorado trabalho, o exemplar da fig. 6 retirado duma entrada da ala direita. As ferragens, tambem de forja, eram de modelos comuns, constando de palmelas, espanholetas e simples ferrolhos; as fechaduras de broca, com volumosas chaves, e alguns espelhos recortados com o desenho de fig. 6. Os forros primitivos eram de taboas de cedro, unidas com junta de chanfro, com aba e cimalha da mesma madeira; os mais recentes de “camisa e saia”, fig. 8, e apenas o teto do salão tinha uma composição aprimorada, com applicações de molduras doiradas e decorações coloridas fig. 11; cobriu, desde a ultima reforma, o comprido salão das grandes solenidades, dividido em duas partes: dum lado a teia reservada a tribuna da congregação com as sedes catedraticas e o pulpito do orador, e do outro o anfiteatro destinado ao publico academico.

Quantos olhares de anciedade e de esperanças, hoje saudosos, terão guardado a memoria deste docel que abrigou gerações de lentes e bachareis, e sob o qual se afirmaram as mais solenes manifestações da intelectualidade paulista!

As outras salas conservaram as proporções e o aspecto da era conventual, de rude simplicidade, com as espaçadas

janelas ao fundo dos seus nichos arqueados, no vão dos muros de meia braça de grossura (fig. 8).

Não existiam já os pequenos “poiáis”, nos lados das antigas “ventãs”, a recordar o ambiente de clausura das celas monacais. Estas foram abertas, para se formarem espaçosas aulas em que outro noviciado se estabeleceu para a obra filantropica e sempre atual da Cultura.

IV — REFORMAS E AMPLIAÇÕES

O primitivo mosteiro sofreu varias reformas, não só durante a sua ocupação pela ordem franciscana, como tambem depois da sua adaptação aos cursos juridicos, em 1828.

Primeiramente foram instaladas no pavimento terreo as aulas do curso superior, permanecendo as aulas de preparatorios no Colegio dos Jesuitas, donde se passaram para um predio do Largo de São Francisco no quarteirão onde hoje está a Escola Alvares Penteado, que foi alcunhado entre os academicos o “curral dos bichos” Este curso anexo instalou-se mais tarde no rez do chão da Academia de Direito, acarretando a mudança novas obras de reforma para aproveitamento do andar superior, entre as quais a da Biblioteca Publica, creada em 1825 pelo primeiro presidente da Provincia, como ampliação da primitiva livraria do convento. De resto, estas casas monasticas, mantiveram sempre as suas bibliotecas, algumas notaveis pela quantidade de livros e opulencia ornamental, como a do Mosteiro Cisterciense de Alcobça (com 50 metros de comprimento e 34 janelas), tendo conjuntamente tipografia e escolas de ensino primario, gramatica, latim, teologia e musica. E’ de justiça constatar que estes retiros claustrais foram tambem o repositorio de artes e letras, que mais tarde, após a extinção das ordens religiosas, enriqueceram museus e bibliotecas publicas, transmitindo á posteridade este acumulado tesouro de creações do engenho humano.

Foi submetido o velho pardieiro a alterações e concertos indispensaveis, sendo o de maior monta consequencia do incendio que em 16 de Fevereiro de 1860 consumiu o arquivo da Academia, transmitindo-se á igreja, facto que alarmou toda a população da paucicéa, tal a sua estima pela tradicional reliquia dos antepassados, e tambem a raridade do impressionante acidente, considerado pela imprensa da epoca “um dos mais pavorosos incendios de que ha memoria nesta Capital” A providencia para a imediata restauração foi desde logo tomada pelo director Pires da Motta, sendo aberta subscrição publica, patrocinada pela Academia, para um novo altar-mór esculpado em madeira encomendado na Alemanha, que ainda hoje constitue o principal ornamento da igreja.

A reforma mais importante, porém, que se executou no edificio, foi a inclusão dum atrio central para o seu ingresso independente com tres portas para o largo e uma passagem central, abrindo para o eixo da galeria das arcadas, ladeado por duas escadas de marmore que davam acesso ao pavimento superior (figs. 3 e 4).

A Academia occupava então integralmente todo o Convento, contornando ainda, no andar, o abside da igreja com as salas de recepções e da congregação.

A esta reforma, realisada em 1886 pelo Director Cons.º Fleury, correspondeu a substituição da fachada principal por outra, em estilo de renascença, que não alterou as proporções e a distribuição das janelas, apenas equalisou algumas, conservando-as, porém, tais como eram primitivamente, firmes nos seus quatro membros de madeiras de lei, embutidos na velha taipa.

Revestiu-se a vetusta frontaria com uma composição estilizada sobre o classico *Vignola* modelada em argamassa de cal e areia; foi rapado o enorme beiral e substituido por um entablamento dorico denticular, com platibanda, suportado em toda a extensão da fachada por apilarados riscados em

bossas, com o seu capitel, base e pedestal, colocados simetricamente no entremeio das janelas (fig. 10).

Esta a armação arquitetónica com que se paramentou de novo o velho frontispício do convento, cortado á altura dos peitoris do andar por um arquitrave corrido; como motivo de centro a porta principal mais ampla, cuja altura atingia o piso superior, emoldurada por arco sobrelevado com as nascenças sobre duas colunas jónicas; coroava este conjunto um mesquinho frontão redondo com arquivolta, envolvendo o relógio sobreposto á platibanda; alguns apainelados mais, preenchendo o pouco vazio que sobrou, completavam o emboçamento arquitetural desta fachada, tal como existia ao tempo da demolição do velho predio, iniciada em 1932.

Foi esta demolição que nos permitiu investigar a composição estrutural do primitivo mosteiro, e as circunstancias da sua modesta formação. Tão parca de elementos artisticos e tão pobre na sua economia domestica, que do seu desfazimento nada resultou de utilisavel. Apenas entre os entulhos se acharam algumas raras moedas de cobre, das quais a mais antiga era do cunho de D. João V — 1718; e pelos cavoucos dos alicerces tambem foram descobertos os vestigios de sepulturas alinhadas nas galerias do claustro, encontrando-se ainda alguns tumulos sobrepostos, abertos nas espessas paredes dos corredores que conduzem ao segundo pateo menor, onde está o mausoleu do professor Julius Frank (fig. 12 e 13), construidos sob arcos de tijolos, rebocados e caiados internamente, de certo sepulcros destinados a personalidades eminentes da Ordem.

Si quizermos detalhar ainda o resultado destas pesquisas arqueologicas, não temos a inventariar mais do que: alguns raros pedaços de porcelanas da India e da China recordando o trafego navegante com o Extremo Oriente, terra-cotas negras de fabrico inglez muito em uso na metropole e colonias, e cacos de faiança pintada dos ceramistas portuguezes dos seculos XVIII e XIX, ao lado de restos de imagens tambem de barro dos coroplastas e imaginários metropolitanos.

São estes unicos restos arqueologicos os anonicos documentos de dois seculos de existencia do grandioso Mosteiro da Ordem de São Francisco. Permanecerá, todavia, fielmente reconstituído na sua forma primitiva e no proprio local, o *Pateo das Arcadas*, (figs. 2 e 9) que foi o quadrante axial da habitação monastica, o centro tradicional da primeira Academia de Direito, e que constituirá tambem o nucleo em torno do qual vae desenvolver-se o plano arquitetónico do novo edificio.

V — O NOVO
EDIFICIO

Durante o periodo reitoral do Dr. J. de Alcantara Machado de Oliveira (1930-1935) foram iniciados os estudos para a reforma completa do predio, correlativamente aos da sua substituição por um novo edificio digno das brilhantes tradições e da função cultural da Academia, superlotada pelo extraordinario aumento da matricula, insufficiente para o desenvolvimento e modernização do ensino.

O longo e debatido estudo deste projeto pode separar-se em quatro problemas, a que foram dadas as respectivas soluções, compreendendo o primeiro o aproveitamento do existente, e a construção de dois novos salões em dois pavimentos, sobre o quintal dos fundos, fronteiro á Rua Riachuelo, e apenas recompondo a fachada sobre o Largo com uma porta monumental; o segundo nas mesmas condições, porém acrescentando dois pavilhões nos fundos de sorte a acomodar a biblioteca, sala de leitura, o salão de honra e mais quatro grandes salas para aulas; o terceiro não de reforma mas de predio novo com tres pavimentos e novas plantas, porém, com a clausula obrigatoria da permanencia inalteravel do "Pateo das Arcadas" (fig. 18); o quarto e ultimo segundo o plano anterior, mas com quatro pavimentos, tal como está sendo construido, (figs. 14 a 17 e 19 a 21).

Por honroso convite do Dr. Alcantara Machado foi-nos dado colaborar tecnicamente em todos estes estudos com o caloroso empenho da illustre Congregação e o devotamento

dos dignos e sucessivos diretores da Faculdade, Dr Waldemar Ferreira, Dr. Gama Cerqueira, Dr. Raphael Corrêa Sampaio, Dr. Candido Motta e Dr. Francisco Morato.

Neste integro e douto Cenaculo foi minuciosamente analisada e discutida a solução definitiva, tendo-se evidenciado dois pontos de vista diversos na orientação do projecto: a construção dum edificio, desenvolvido em altura, inteiramente moderno na sua arquitetura interna e externa, ou dum predio sobre o terreno ocupado pela tradicional Academia, recordando exatamente a arquitetura luso-brasileira dos fins do seculo XVIII ao raiar da Independencia. Prevaleceu esta ultima opinião, para que justamente no edificio publico a que se prendem as mais lidimas memorias da cultura paulista, se fixem como num museu os elementos duma epoca e duma tradição que se tornou nacional pela arte dos mais notaveis mestres e alvoneis brasileiros; emquanto o urbanismo da grandiosa capital, pelo impulso inevitavel do seu extraordinario desenvolvimento, vai demolindo todos os arcaicos padrões do velho burgo de Piratininga.

Assente esta orientação, o estudo do projeto enveredou pelos elementos mais caracteristicos dessa arquitetura tradicional.

Baseada no chamado estilo barroco-jesuitico da ultima fase do renascimento classico — e que alguns criticos consideram a sua degenerescencia — esta arte dominou no centro da Europa e nas suas peninsulas de fundo latino durante dois centenarios, até ao seculo XIX, creando as eras florecentes de Bernini na Italia, de Churriguera na Espanha, de Luiz XV na França e D. João V em Portugal.

Daqui a transportaram nobres, frades e leigos para os dominios coloniais espalhados por outros continentes, nos quais começavam a arquitetar-se novas nações. Mas esta arte de caracter eminentemente social, adaptando-se aos novos meios fisicos, etnicos e morais, creou por sua vez modalidades regionais que, se não constituem novos estilos, entretanto realisaram em novas formas concepções originais de carater proprio e independente.

Assim no Brasil, com a arquitetura colonial, que erigiu nas diminutas vilas da primeira colonização e nas capitais das imensas provincias os humildes mocambos, os fidalgos solares, os palacios do governo e os templos de rara magnificiencia com a materia prima, o artifice e a mentalidade creadora proprios do novo paiz.

Os elementos componentes e caracteristicos da arquitetura *baroca*, na livre fantasia da sua composição, mais ornamental que construtiva, modificaram-se quando se naturalizaram brasileiros. E esta alteração pode exprimir-se por um mais lato *embarocamento*, não só dos elementos retilineos e planos como dos perfis curvilineos que compõem os pedestais, fustes e capiteis, em colunas, pilastras e balaustres, os saimeis, os alizares, as arquivoltas e os frizos das cimalthas, cuja cornija se liga muitas vezes ao filete do arquitrave por meio de garganta curva desenvolvida em perfil de *escocia*.

A linha curva domina todos os espaços susceptiveis de ornamentação, como se fosse a expressão grafica mais adaptavel ao ambiente tropical. No baroco da metropole foram conservados mais fielmente os perfis retilineos que constituem o arcabouço neo-classico, embora uma excessiva decoração ornamental, aplicada com maior profusão nos interiores, denuncie a mesma superabundancia, ora estilizada ora de flagrante naturalismo, destacando-se entre as lacas e os dourados, angelicas imagens e alegorias, motivos da fauna e da flora, encarnados no natural.

Da opulencia decorativa desta era archeologica são exemplos admiraveis alguns interiores de afamadas catedraes brasileiras e numerosos altares de magnifica talha espalhados pelas suas antigas igrejas e capelas.

De resto nos outros paizes em que se aprimorou o *Baroco*, tambem sobre um esqueleto geometrico de linhas classicas, se acumulou a sobrecarga duma arte essencialmente plastica e ornamental; e foi a maneira expressiva desta modelação, resultante da epoca, do meio e do artista, que lhe deu o caracter proprio a cada paiz.

Esta arte colonial, depreciada, pois que esparsa por todo o paiz sem um museu de conjunto, constitue não obstante, na especificidade dos seus detalhes, uma realidade nacional.

Tomando destes elementos os mais característicos, procurou-se adornar a vestimenta arquitetural do novo edificio da Faculdade, enquanto o seu interior obedece aos mais modernos preceitos duma escola universitaria da atualidade. É claro que as proporções dos grandes sobrados coloniais não podem aplicar-se diretamente á confeção dum predio de varios andares, com vinte e cinco metros de altura, de carater monumental. Mas, a documentação artistica recolhida das antigas construções de São Paulo, Ouro Preto, Congonhas, Sabará, Mariana, Caeté, Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco, etc., presta-se inegavelmente para compor um todo de harmonia estetica que representará no quadro urbano da modernidade, reconstituindo a obra admiravel e rediviva das gerações antepassadas, a homenagem publica a uma Epoca, uma Arte e uma Tradição nacionais.

Em consequencia deste proposito de nacionalisar o mais possivel o estilo do edificio, como se houvera sido delineado por qualquer mestre-de-risco do seculo XVIII, procurou-se nas suas linhas gerais estabelece-lo nos moldes das grandes edificações civis da epoca e da verosimel origem desse provavel arquiteto antepassado. Esta proveniencia, naturalmente europeia, deveria ter sido peninsular, não porém doutros paizes do velho continente. Para completar portanto esta verosimilhança no tempo e na arte foi adotado o estilo do renascimento barroco-jesuitico implantado no Brasil pelos seus primeiros construtores.

E assim foi delineada a composição da fachada em tres corpos avançados sobre dois outros em recuo, cujo aspecto de mais calma uniformidade constitue o fundo sobre que se destacam os motivos principais destinados a dar á arquitetura do edificio o carater monumental que lhe compete. O do centro compreende o portico de seu ingresso principal com um alto embasamento de cantaria, no qual se abrem os tres arcos da

entrada, servindo de soclo a uma colunata composita, que suporta o frontão curvo de recorte colonial; os corpos secundarios têm como motivo dominante uma grande janela com balcão, ornamentada com os motivos dos portais modelados pela arte característica de Antonio Francisco Lisboa (nas suas igrejas de Ouro-Preto, São João d'El Rey e outras do Centro Mineiro). Nos membros que constituem o esqueleto arquitetônico do edificio, na variada molduragem que compõe cimbalhas, arquivoltas, capiteis, bases, linteis, etc., desde o rodapé até ao coroamento, foram conservados e rigorosamente interpretados os modelos, perfis, contornos dos tipos coloniais mais característicos, assim como foram aproveitados os motivos ornamentais que enriquecem os monumentos históricos da arte colonial espalhados de Sul a Norte do paiz, e os quaes um exame arqueológico, que data de vinte anos passados, nos leva a classificar, pela sua original adaptação ao meio físico e social, como duma *Arte brasileira*. (*)

Arte representativa duma notavel conjunção histórica e geográfica, duma síntese morfológica, que alguns críticos da história da arte denominaram também *Baroco-Franciscano* (como uma nova espécie ou variedade), para melhor definir num só integral a ação universalista dos missionários

(*) RICARDO SEVERO (da Academia de Ciências de Lisboa, do Instituto de Coimbra, do Instituto Histórico e Geográfico de S. Paulo, etc.): "*Da Arquitetura e Habitação nos climas quentes*" — Tipos Gerais e Regionais — in Quarto Congresso Médico Latino-Americano. Rio de Janeiro, 1908. "*A Tradição*" — in Instituto Histórico e Geográfico — São Paulo, 1911. "*A Arte Tradicional no Brasil*" — A Casa e o Templo — in Sociedade de Cultura Artística — Conferências — 1914-1915, pags. 37 a 82, com ilustrações. "*A Arte Tradicional*" — Conferência no Gremio Politécnico — publicada na "Revista do Brasil" Tomo IV, 1917, pgs. 394 a 424, com estampas. "*Da Arquitetura Colonial no Brasil*" — Arqueologia e Arte" — in "Estado de São Paulo" numero do Centenario, 7 de Setembro de 1922, reproduzido em "La Nacion" de Buenos Aires, com ilustrações. "*A Proposito da Arquitetura Colonial*" — in "Estado de São Paulo", 15/4/1926. "*A Restauração da Igreja da Ordem Terceira do Carmo*" — in "Estado de São Paulo", 1927.

franciscanos, companheiros — de armadura monacal — da aventura lusiada dos seculos XV a XVI, partindo conjuntamente do Centro Peninsular e Português, que Eugenio D'Ors considera e classifica o *Arquetipo do Baroco* (*).

O novo edificio da Faculdade de Direito de São Paulo constituirá portanto um padrão nacional, que não contrastará com o avançado progresso da modernidade paulista, e pelo contrario será uma eloquente afirmativa da sua cultura atravez duma historia gloriosa, digna de ser fixada de modo imperduravel. num dos seus principais monumentos.

(*) EUGENIO D'ORS — *Du Baroque* — Trad. de A. Rouardt-Valéry — Paris, Gallimard, 1936 — pags., 185 e segs.

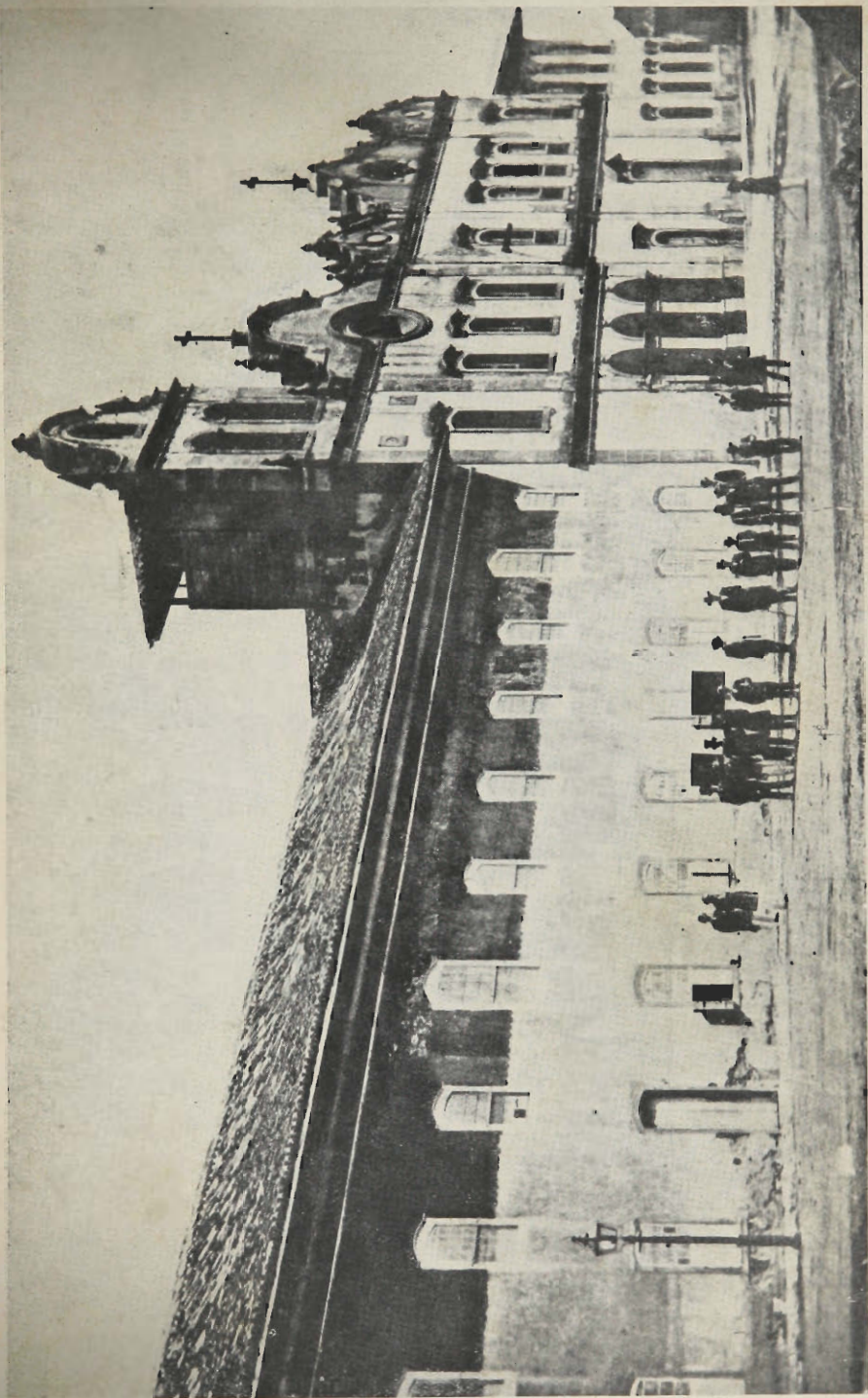


Fig. 1 — A Faculdade de Direito em 1860.

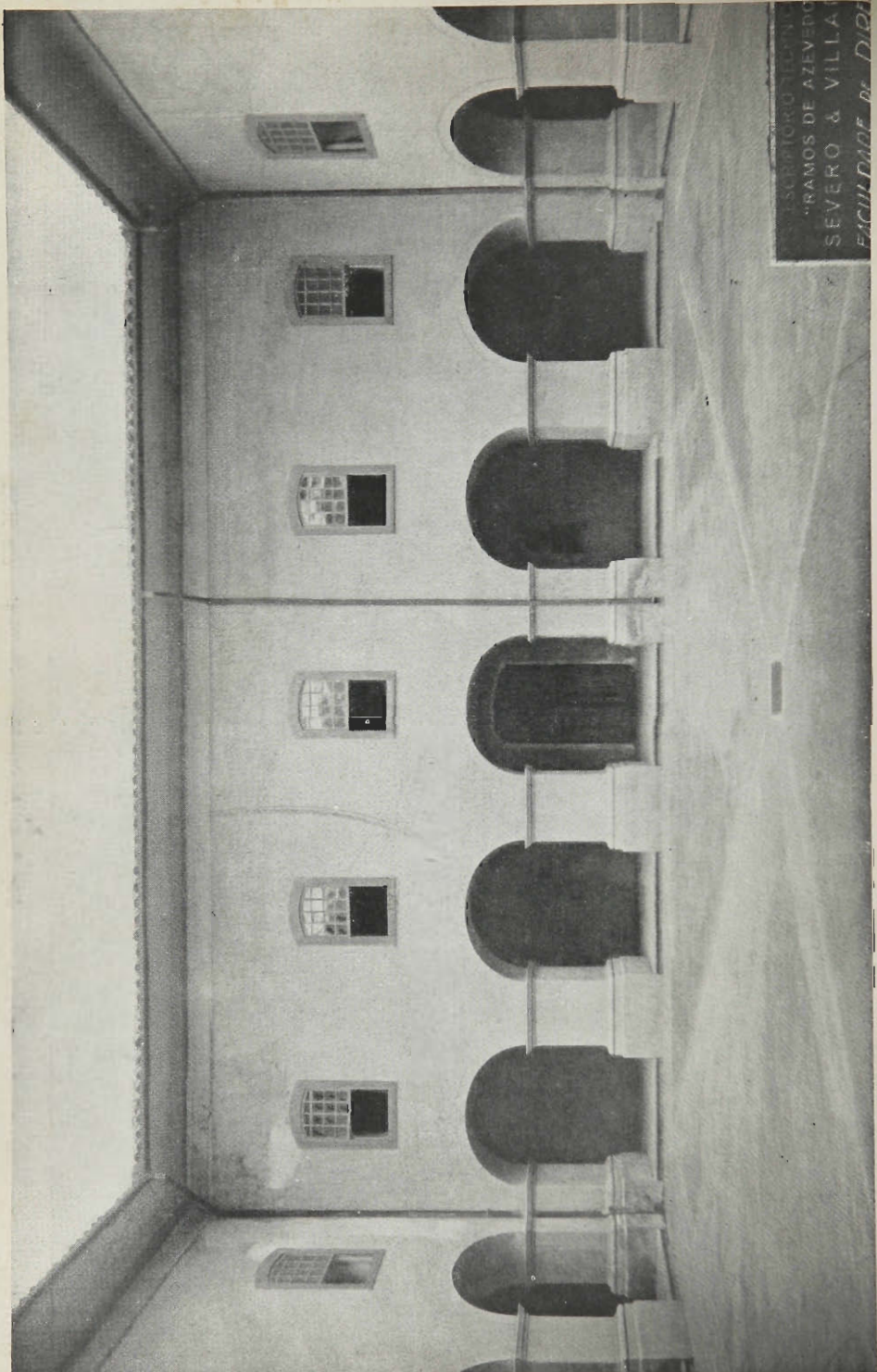
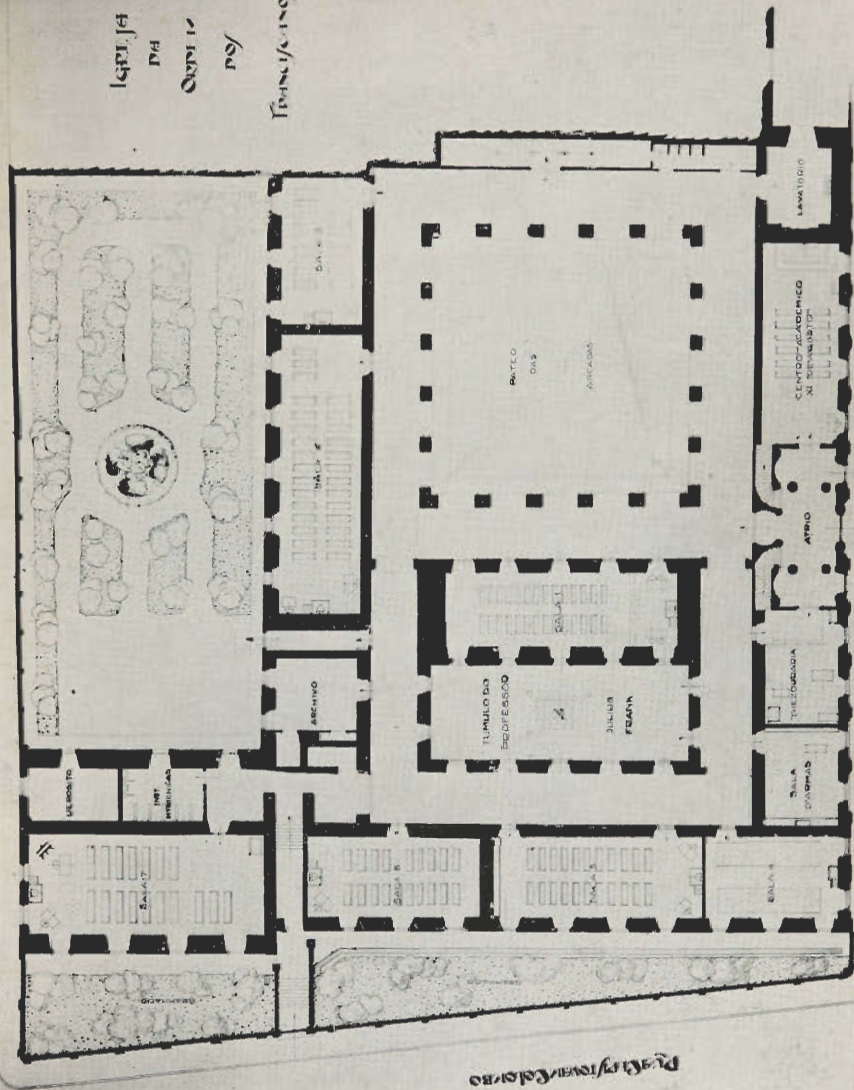


Fig. 2 --- O antigo "Pateo das Arcadas".

1911/14
17/4
1911/12
19/

1911/12/19/



Proj. do Sr. Carlos

Fig. 3
VALDO NOVO
1911/12/19/

Letras de São Francisco

Fig. 3 — Plano do antigo Mosteiro e Academia — Rez-do-Chão.

1911/12/19/

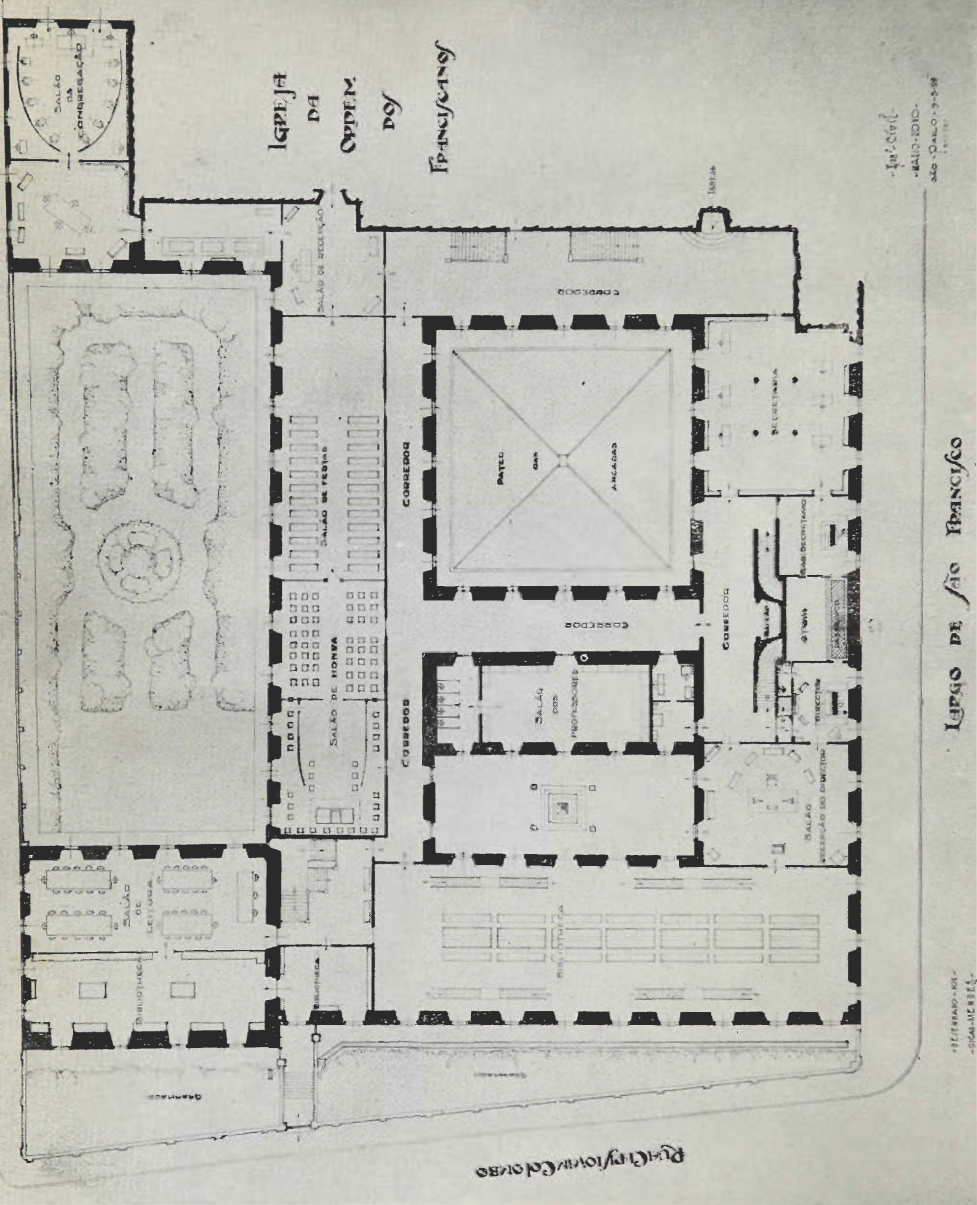


Fig. 4 — Plano do antigo Mosteiro e Academia — Primeiro Andar.

LEPO DE S. FRANCISCO

PROJ. DE S. FRANCISCO

LEPO DE S. FRANCISCO
 1910-1911
 1912-1913
 1914-1915



Fig. 5 — Armadura do antigo telhado.

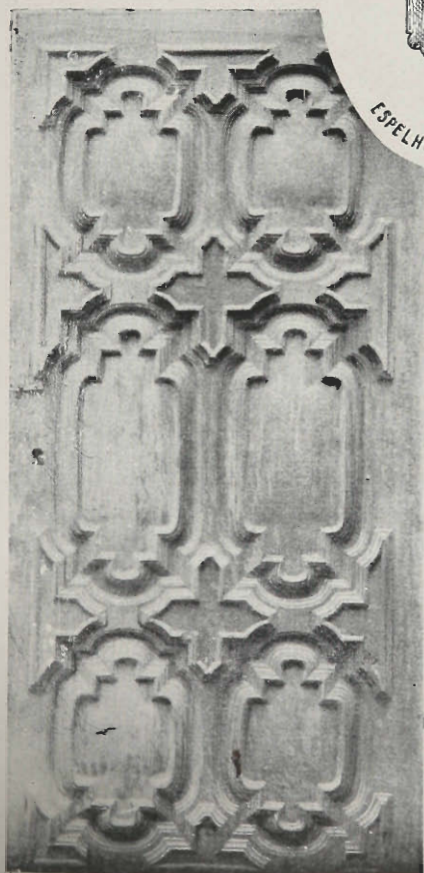


Fig. 6 — Porta almofadada do Mosteiro.

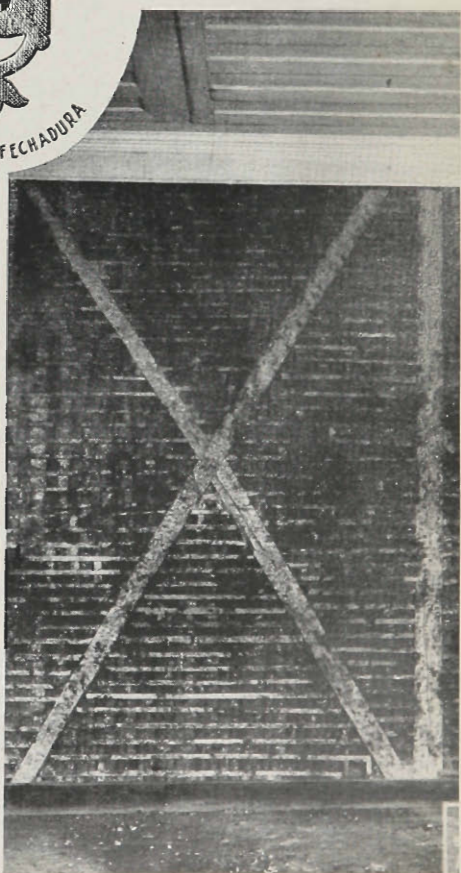


Fig. 7 — Tabique das paredes interiores.

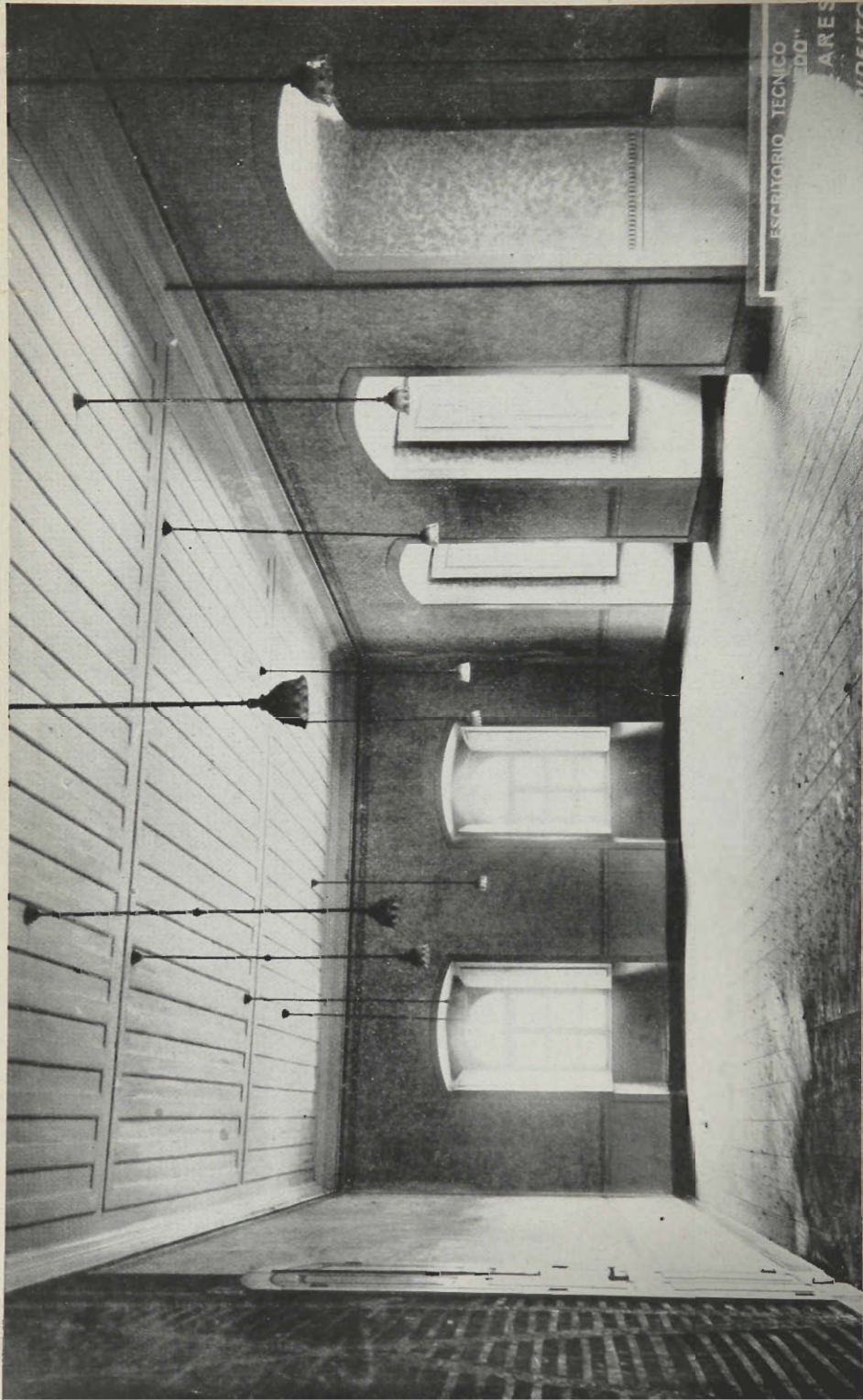


Fig. 8 — Sala d'aula da antiga Academia.

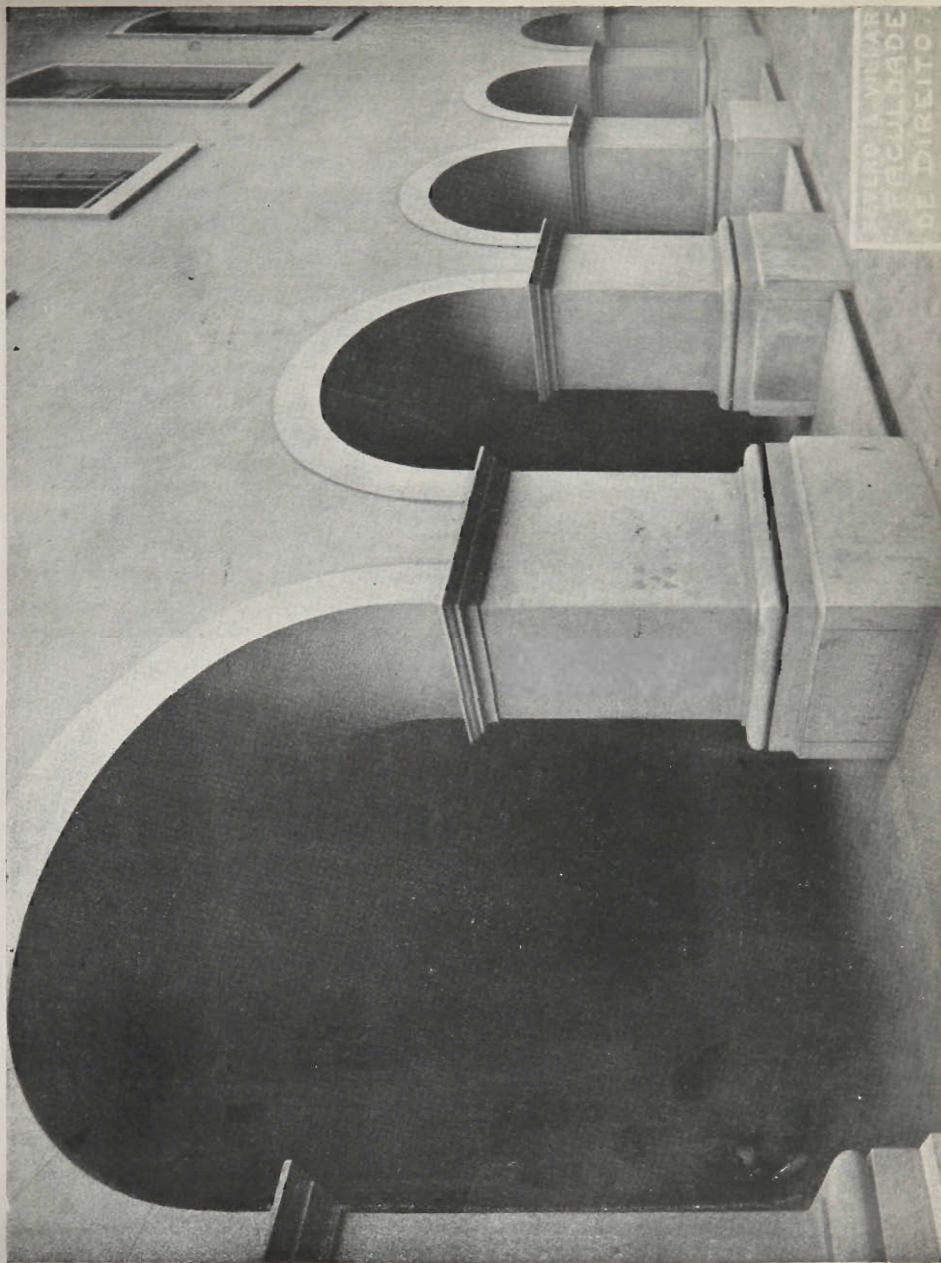


Fig. 9 — O "Pateo das Arcadas" restaurado.

FACULDADE
DE DIREITO.
18 2 32 200

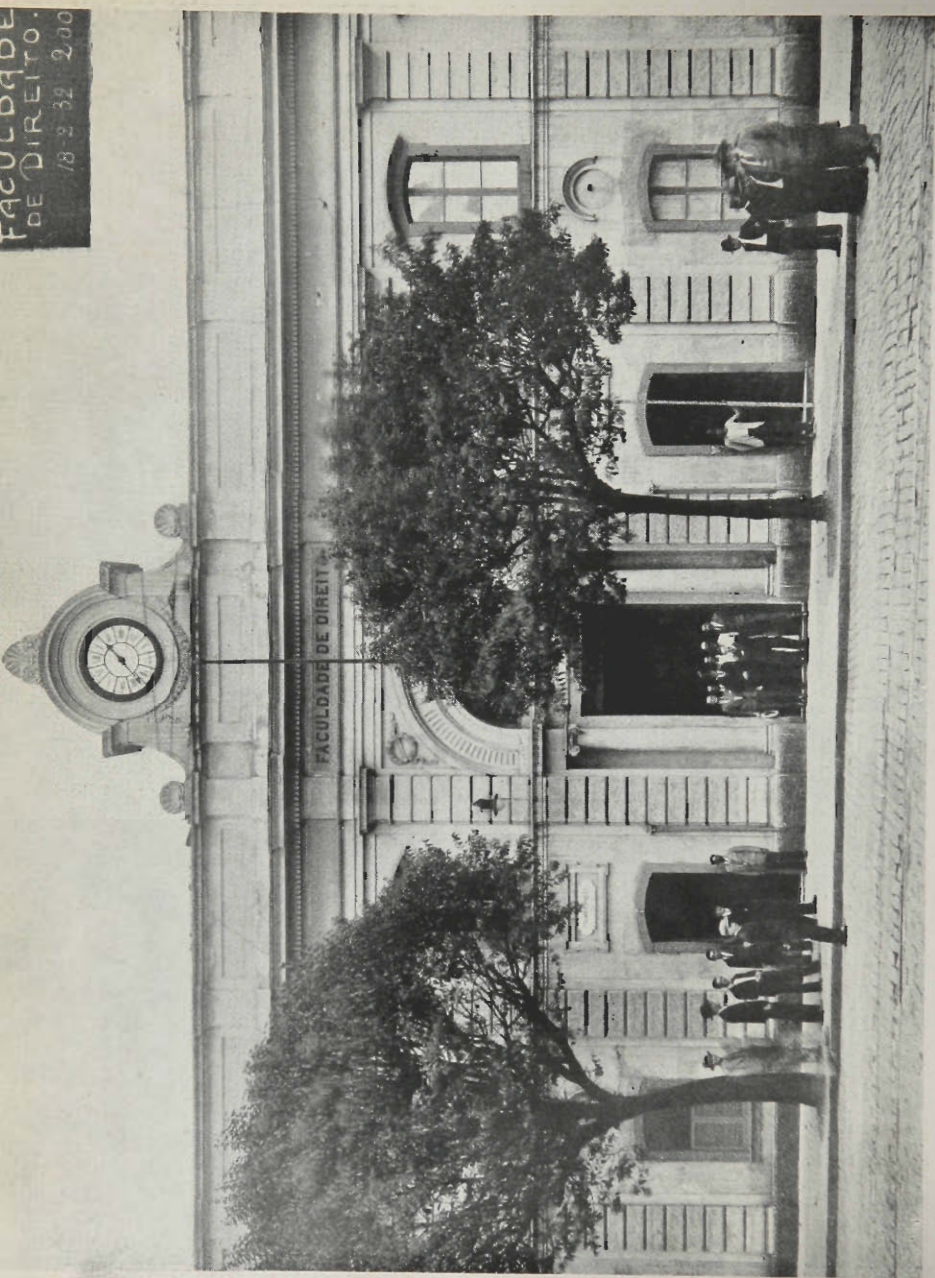
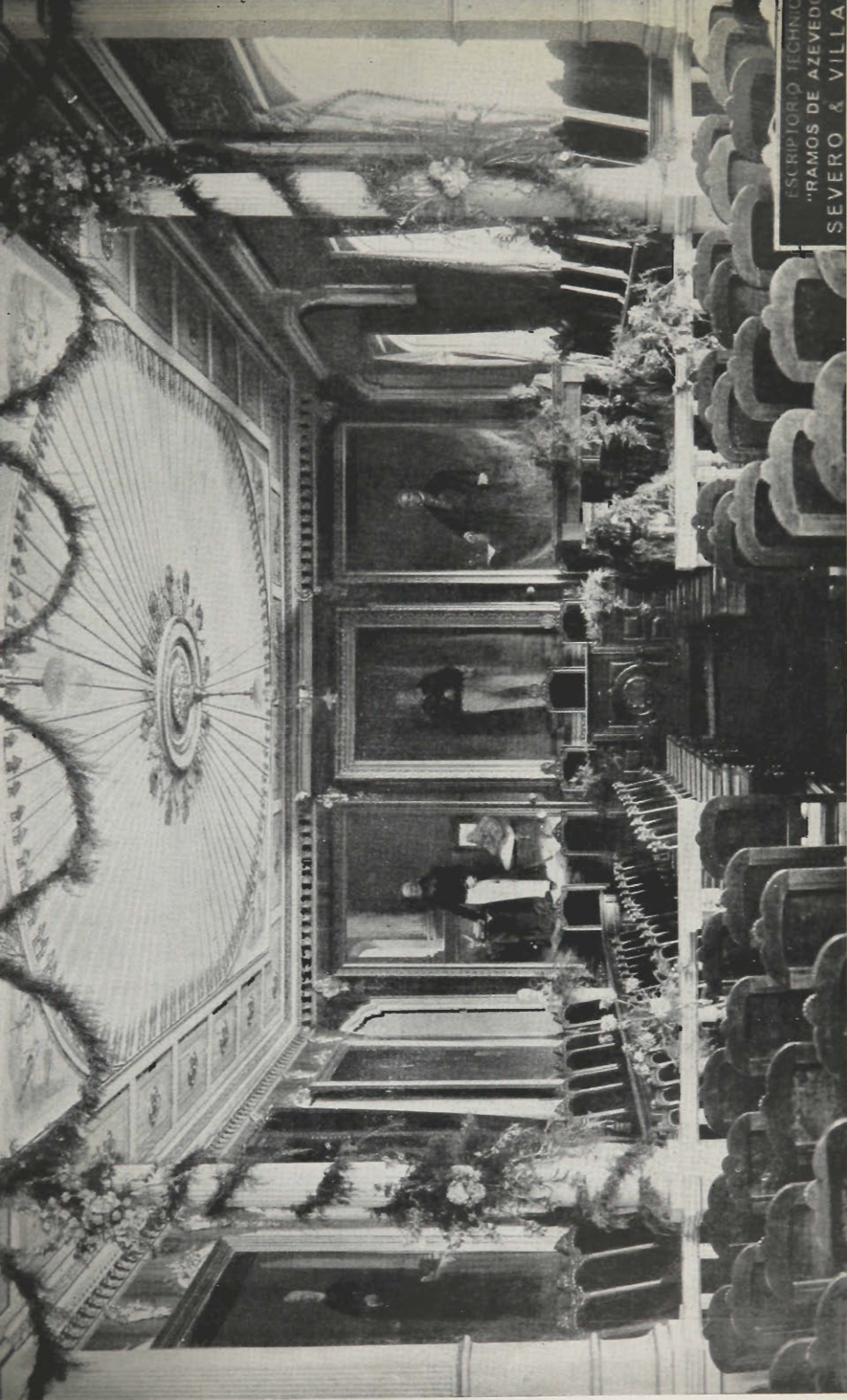
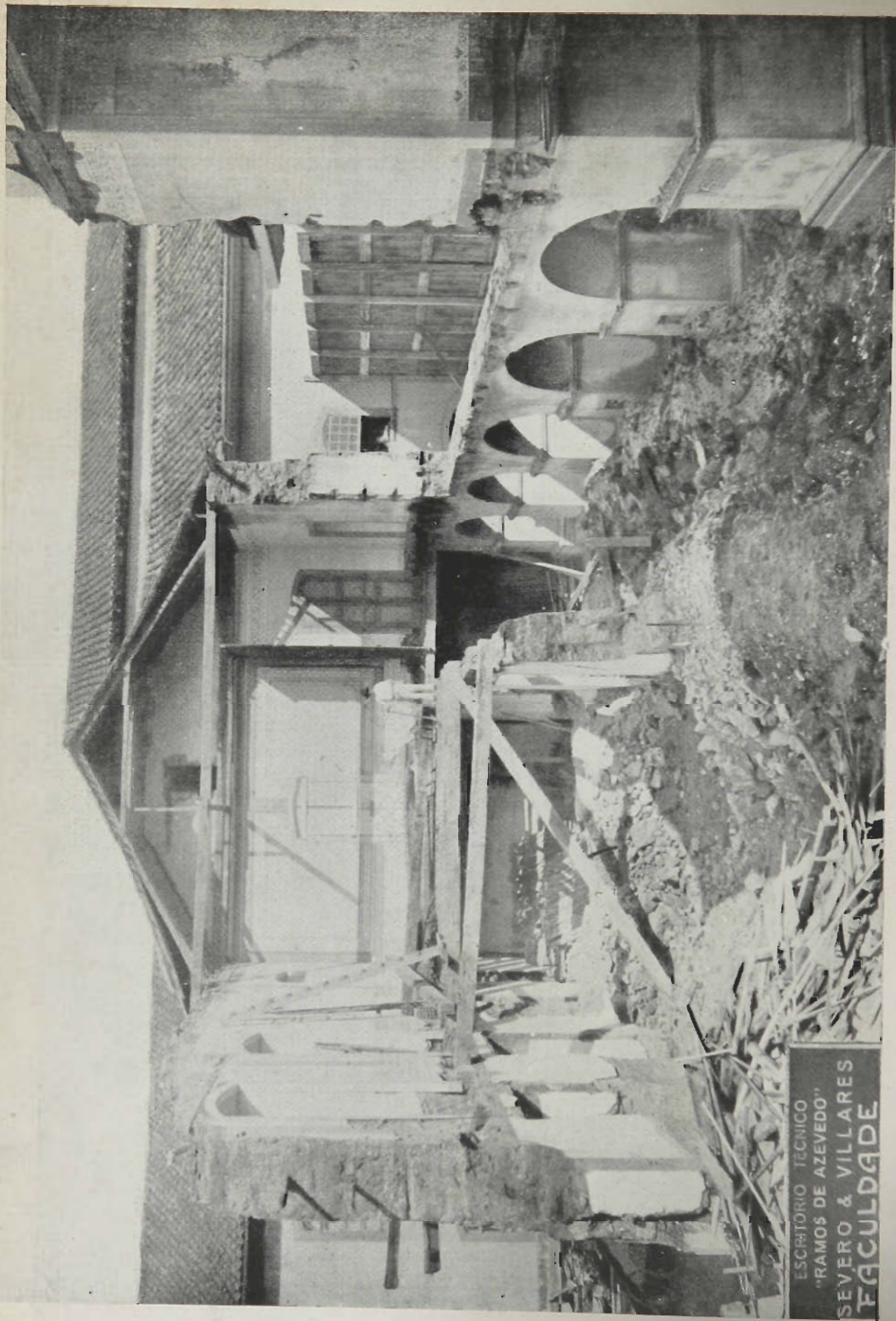


Fig. 10 — Frontaria da Academia em 1886-1932.



ESCRITORIO TÉCNICO
"RAMOS DE AZEVEDO"
SEVERO & VILLA

Fig. 11 — Salão Nobre da Faculdade em 1886-1932.



ESCRITÓRIO TÉCNICO
"RAMOS DE AZEVEDO",
SEVERO & VILLARES
FACULDADE

Fig. 12 — Um aspecto da demolição.

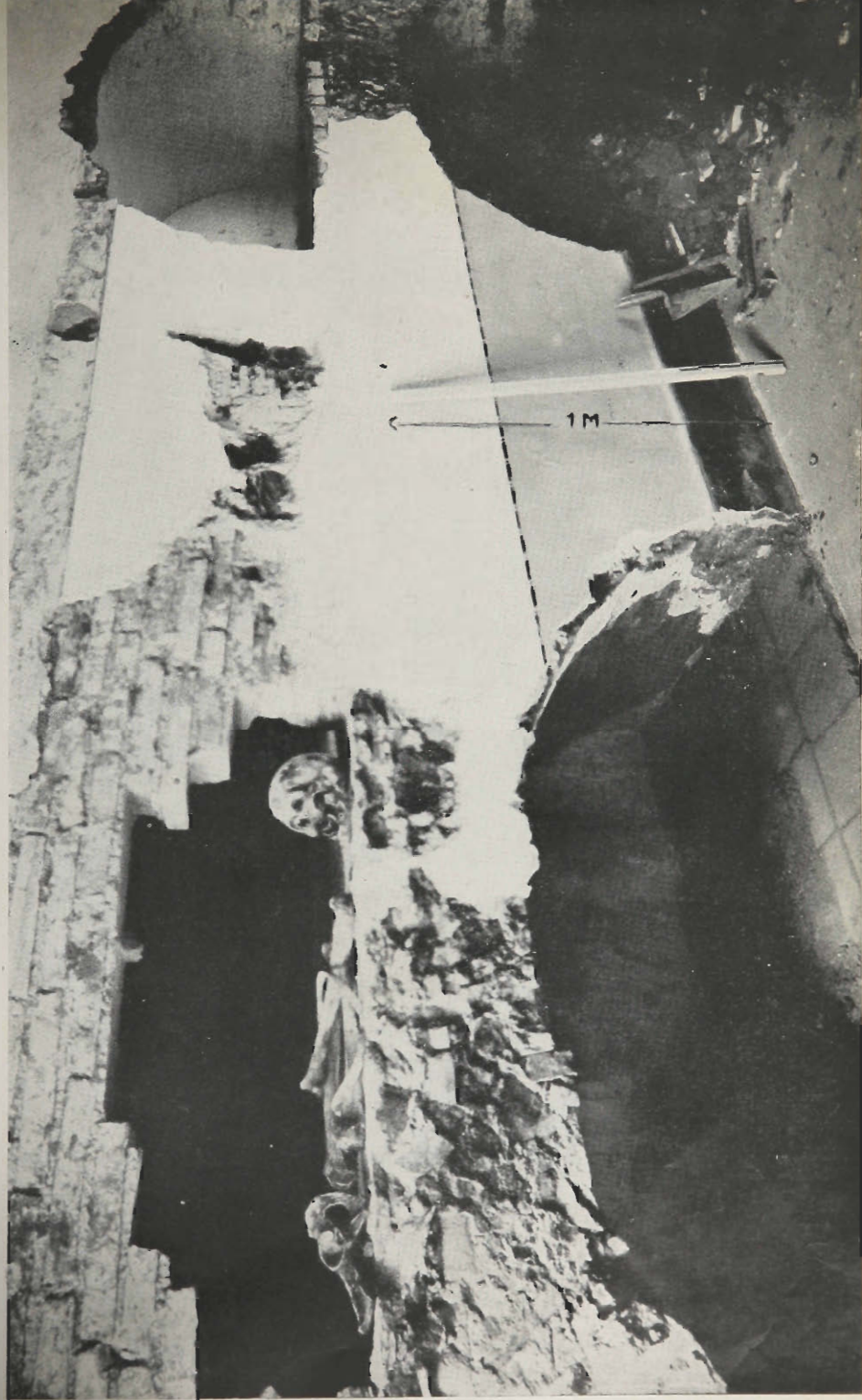


Fig. 13 — Tumulos abertos nas paredes.

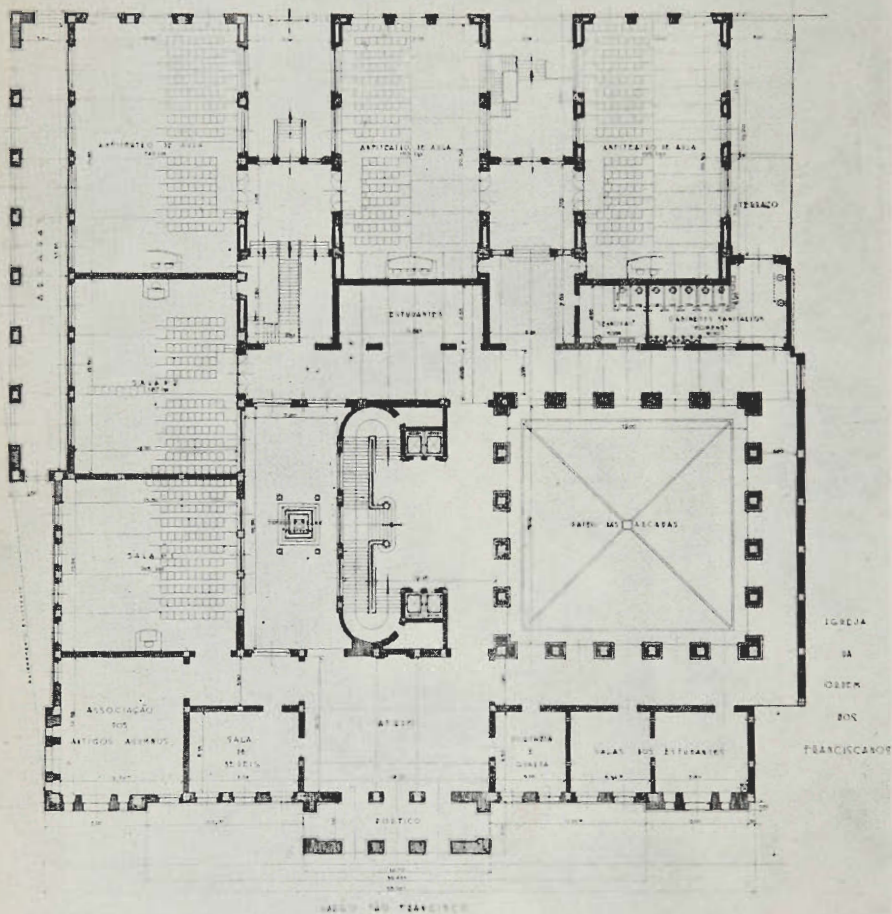


Fig. 14 -- Planta do novo edificio -- 1.º pavimento.

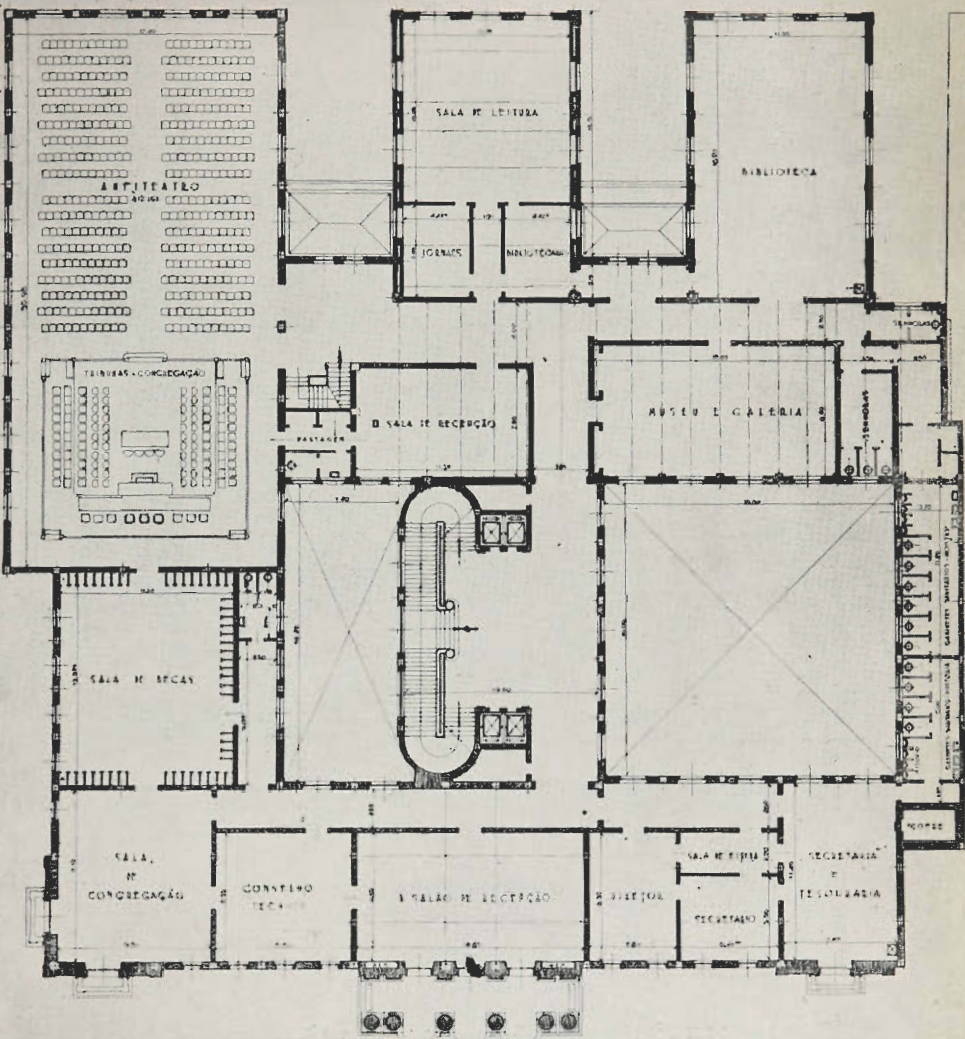


Fig. 15 — Planta do novo edificio — 2.º pavimento.

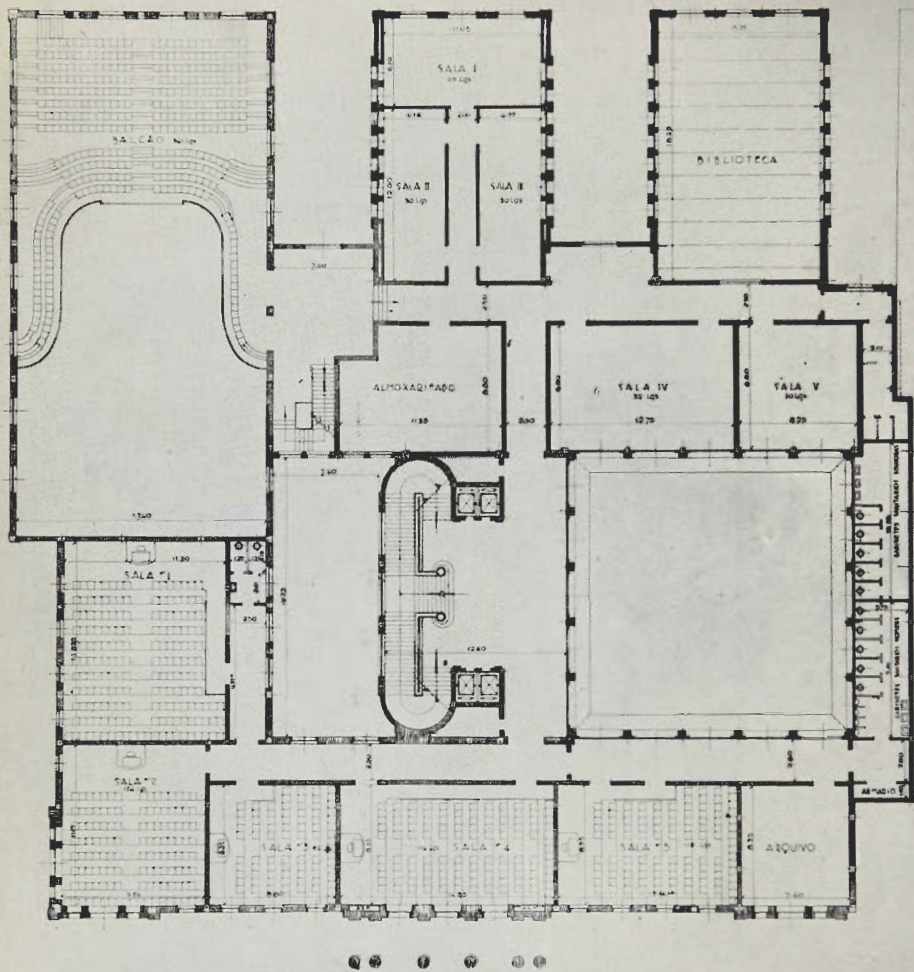


Fig. 16 — Planta do novo edificio — 3.º pavimento.

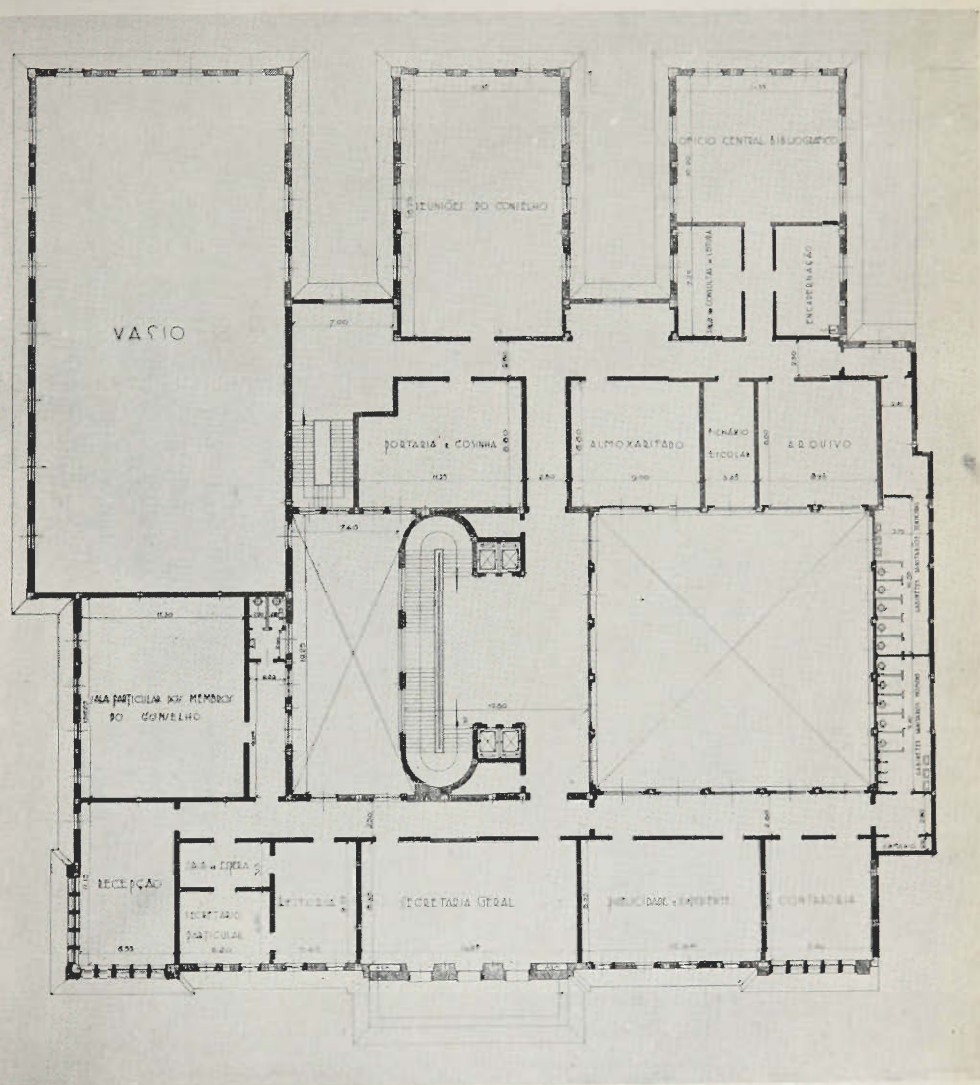
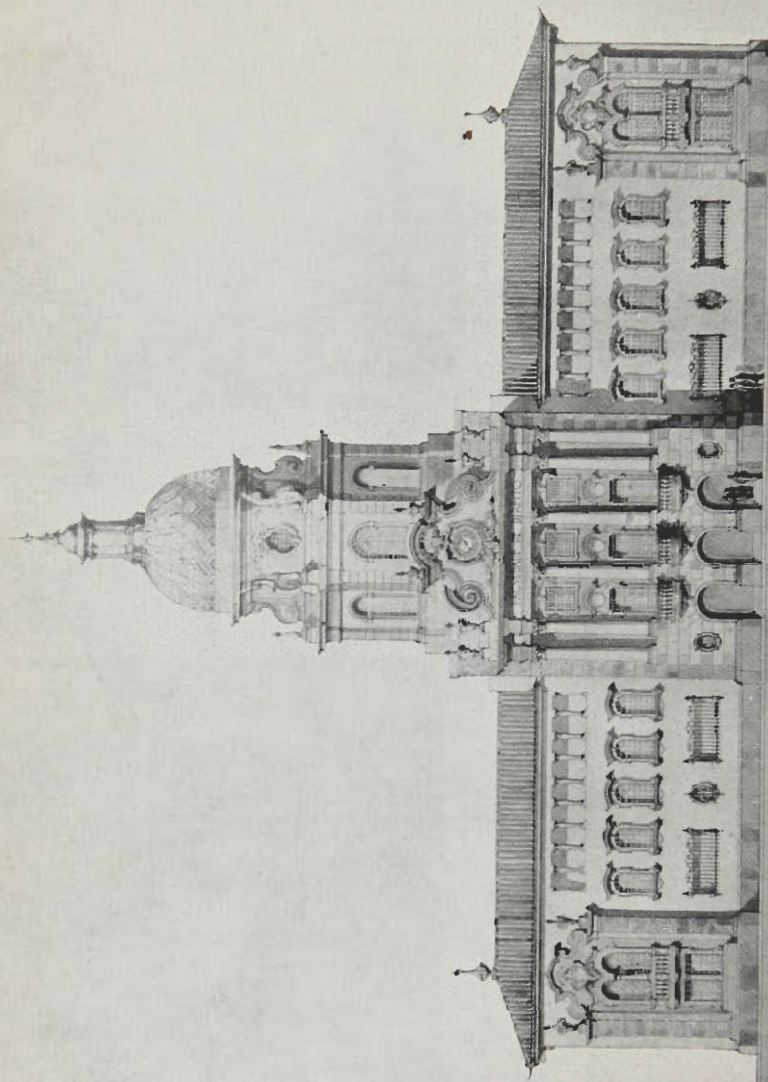
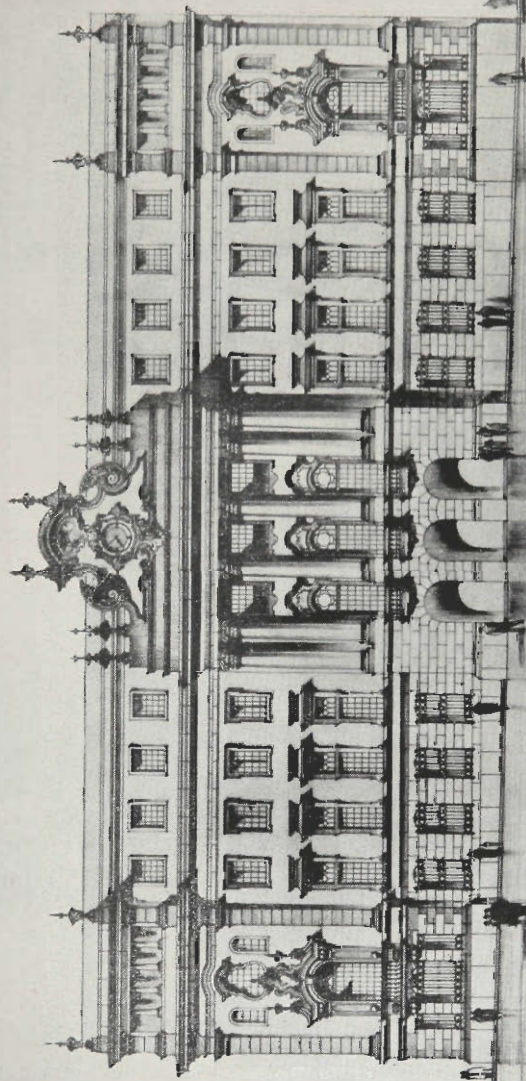


Fig. 17 — Planta do novo edificio -- 4.º pavimento.



ANTEPROJETO PARA A FACULDADE DE DIREITO - SÃO PAULO

Fig. 18 -- Fachada para o ante-projeto de 3 pavimentos.



FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO
RUA SÃO FRANCISCO



Fig. 20 — Fachada do novo edificio, executada na rua Riachuelo,



Fig. 21 — Detalhe dos pateos nos fundos.

Inéditos de antigos alumnos

Foi exemplo notavel á mocidade estudiosa, e aos trabalhadores intellectuais do Brasil, a simpática figura de José Rubino de Oliveira, de quem publicamos a seguir uma dissertação, elaborada como estudante desta Faculdade, para onde entrou após memoraveis concursos, e como remate á sua gloriosa ascensão toda devida ao talento e á sua imensa coragem de lutador.

Nascido em Sorocaba, neste Estado, aos 24 de agosto de 1837. filho de humílissima família, viu-se obrigado a aprender o officio de seleiro, pois aquella cidade constituia então famosa feira de muares, único meio naquella época para o transporte terrestre de cargas e pessoas. No entreposto sorocabano, para onde concorriam tropeiros e negociantes de animais, em avultado número, se realisavam algumas das transações mais valiosas da época, recebeu as primeiras impressões materiaes.

E' digno de registro que Julio Frank, o misterioso e querido Mestre do Curso Anexo a esta Faculdade, esteve em Sorocaba, á procura de qualquer serviço que lhe grangeasse o sustento, poucos anos antes de nascer Rubino de Oliveira, — em

condições de pobreza e humildade que rivalisaram com a do Professor desta Casa.

Em Sorocaba estudou Rubino as primeiras letras, e, logo que nesta cidade de S. Paulo se inaugurou o Seminario Episcopal, correu a matricular-se, talvez desejoso de adotar a carreira ecclesiástica, um dos refúgios intellectuais do Brasil para os em quem sobrava talento e minguavam posses. Também sempre se manteve fiel ao catholicismo, e, embora abandonasse o curso do Seminario, pugnou sempre, na tribuna e na imprensa, em prol da Igreja. Chegou mesmo a sustentar pública discussão com alguns pastores evangélicos, no Salão Joaquim Elias, á rua Libero Badaró, sobre “Os caracteres da verdadeira Igreja” — discussão que empolgou toda a Cidade, e que contou com a assistência, entre outros, de Joaquim Nabuco. Já então se diplomara Rubino em direito, nesta Faculdade, o que ocorreu em 8 de novembro de 1868. Tal era já o seu renome, e tão sólido preparo possuía, que alguns dias depois, em 30 de novembro, se inscreveu em defesa de theses, sendo aprovado plenamente, — aprovação muito honrosa para o rigor da congregação naquelle tempo. Recebeu o grau de doutor em 23 de abril de 1869. Em 1871, desejoso de mais rápida fortuna profissional, se muda para Atibaia, onde abre banca de advogado; mas, dentro em pouco, ei-lo de novo em São Paulo, a pleitear, no civil e no crime, ao lado de Luiz Gama, Clemente Falcão Filho, Brazilio Machado, Dino Bueno e outros.

Demos alguns ligeiros traços da sua biografia acadêmica. Matriculou-se em 1864, terminando o curso em 1868, contando por companheiros de turma Carlos Leoncio de Carvalho, que depois foi lente desta Faculdade, Eduardo Ernesto da Gama Cerqueira, José Francisco Diana, Pedro Belfort Vieira, Venancio de Oliveira Ayres, Didimo Agapito da Veiga, Conrado Erichsen, e outros, que mais tarde se notabilisaram na advocacia, no jornalismo, na magistratura e na politica.

Fôra belo retratar a época estudantina de 1864 a 1868, — em que também frequentam esta Faculdade Martim Cabral, Francisco de Paula de Oliveira Borges, Ruy Barbosa, Antonio de Castro Alves, Sancho de Barros Pimentel, Alberto Bezamat, Afonso Penna, Rodrigues Alves, Bías Fortes, Aureliano Coutinho e Joaquim Nabuco, para citar apenas os que em primeiro lugar ocorrem. Mas, não seria azada esta oportunidade, destinada apenas a relembrar, brevemente, a posição intelectual e moral de Rubino entre tantos talentos de escol. Basta dizer que ele viveu ao lado de Castro Alves, e de seus amigos, acompanhando com Brazilio Machado e outros amigos dedicados os indizíveis sofrimentos do poeta, em seguida ao tiro que casualmente desfechava no pé ao caçar perdizes nos matagais da atual Consolação; e que sempre brilhou em meio de tão refulgentes inteligências. Acompanhou piedosamente o grande vate da “Cachoeira de Paulo Afonso” ao Rio de Janeiro, quando este se recolheu vencido e alquebrado para ir morrer em sua terra.

Em 1879, inscreve-se Rubino de Oliveira para o concurso de substituto de direito natural, batendo-se com Dino Bueno, Vicente Mamede e José Avelino Gurgel do Amaral, e consegue a nomeação, classificado em primeiro lugar. Foi este o remate vitorioso de uma série de violentos esforços. No ano anterior, disputara outro, para a vaga aberta com a promoção de Sá e Benevides para catedrático, juntamente com Leite de Moraes, que foi o nomeado, Gurgel do Amaral, Bulhões Carvalho, Frederico Abranches, Dino Bueno e Vicente Mamede.

Em 1873, concorrera com Joaquim Augusto de Camargo, Delphino Pinheiro de Ulhôa Cintra e Joaquim José Vieira de Carvalho para a vaga de Duarte de Azevedo, promovido a catedrático, concurso que se anulou por não obter nenhum dos opositores maioria absoluta, e que por isso se reabriu em seguida, inscrevendo-se de novo Joaquim Augusto de Camargo, Vieira de Carvalho, Delphino Cintra e o nosso Rubino de Oliveira.

E' curioso assinalar que Rubino de Oliveira se saiu, a princípio, sofrivelmente; depois regularmente, e afinal otimamente, vencendo o preconceito de côr, naquele tempo mais pronunciado do que agora, legando á mocidade e aos candidatos ao magistério um exemplo a imitar, e uma confiança no proprio esforço, digna de recordar-se como incentivo e padrão.

Logrou prender a atenção e a estima dos discipulos, e dos colegas de magistério, exercendo desde 1882, até a sua morte, ocorrida em 1891, a

cadeira de Direito Administrativo, em substituição ao Conselheiro Furtado, que se jubilara.

Infelizmente o seu “Epitome de Direito Administrativo Brasileiro” não oferece hoje interesse algum, não só por ser exposta a matéria muito elementarmente, como pela reforma radical dos métodos desta disciplina e das leis que regulam a matéria.



Joel' Rubino Vol.^a

Dissertação

sobre matéria

de
Direito Criminal

por

Jose' Rubino Vol.^o

(N.^o 44.)

Divertidas.

Que influencia tem, por mozo directo, a desistencia do mandatario sobre a criminalidade do mandante, e a desistencia do autor sobre a criminalidade do cunha, felice?

Deba maneira, por que esta duplicada questão n'õ foi proposta, se vê claramente que ali se trata de um delicto, em que apparecem mais de um agente, cujas criminalidades n'ã s'ão iguaes. Ha alguem que manda, e alguem que obedece; alguem que tem a acç'õ principal, e alguem que a auxilia. E' poro necessario examinar as relaç'ões entre estes diversos agentes, para se poder avaliar a influencia da desistencia de uns sobre a criminalidade de outros.

Ora, nesta questão ha duas hypotheseas differentes, e portanto duas classes de relaç'ões distinctas, como logo veremos; pelo que e necessario, que dividamos este pequeno trabalho em duas partes, em cada uma das quaes trataremos de uma d'aquellas hypotheseas.

Comencaremos portanto por aquella que se achou em primeiro lugar; e assim procuraremos estabelecer qual seja a influencia da desistencia do mandatario sobre a criminalidade do mandante.

O crime ou delicto, sendo uma acç'õ ou omis'ão contra a lei penal por parte de um agente intelligente e livre, presunde - e necessariamente a seu agente, crime

um effeito á sua causa. Ora da mesma sorte que muitos
causas podem concorrer para produzir um mesmo effeito,
assim também muitos agentes podem apparecer
na perpetração de uma mesma crime.

Tal é a hypothese da presente questão: ha um agente,
que concebe o crime, que prepara todos os meios para
a sua perpetração, e confia á outro a sua execução;
ha outro agente, que abraça a alheia concepção, que adhi-
re ás intencões, que elle são dadas, e que, em conformida-
de com ellas, não pôr em execução o acto por outro con-
cubido.

Se o acto criminoso se realisar, é uma causa intellectual
é o primeiro agente, por que for elle quem o concebeu
e dispõe os meios para a sua realisação; é uma causa
material é o segundo agente, por que for elle quem
pôr em accão a força necessaria para a sua execução.

Mas dito que o agente material, não concebesse o acto
criminoso, e por isso se denominar causa material,
como se fosse seu instrumento. Da causa intellectual,
não se pode concluir a uma inculpabilidade; por
quanto, muito embora não nascesse nelle a ideia
criminoso, todavia elle podia conhecer por sua in-

Intelligencia a realidade do acto, que se lhe ordenava, e por sua liberdade deizer de adhirir ao proposito de sua realisação.

É portanto manifesto, que o agente material, isto é, aquella que realisa os projectos extrínsecos de outro, é responsável pelas consequências de seu acto, como se elle o tivesse engendrado, pois que o pratica com sciencia e livremente. Diremos mesmo, que o consideramos mais culpado do que o mandante, do que aquelle que concebe o crime, por que este poderia ser levado pelo impulso de uma paixão; entretanto que o mandante, ás mais das vezes, accêta a missã de animo tranquillo, investigado somente pela frieza da razão; mais extrínseco ainda, por que a sua resistência poderia fazer desaparecer o crime, uma vez que o mandante não encontrasse outro, para encarrégá-lo da execução do seu projecto.

Abriu pois um recôo concluímos, que o agente material, quando considerado em face da justiça absoluta, é mais culpado do que o agente intelectual, por isso que este concebe a ideia, que mandou realisar, entretanto que aquelle annô a ideia

o facto.

Além se em face da justiça absoluta o executor do delicto é mais culpado do que aquelle, que o suggerou, em face do direito positivo não é elle mesmo eximivoso: ainda mais; ^{mas} demonstra a existencia do mandado, e não se determina o seu autor, o executor acorrta com toda a responsabilidade, por que então elle é considerado ao mesmo tempo como autor e executor.

Avizem estabelecidas as relações entre o mandante do delicto e o mandatário, e visto, que, se desistido o mandante, prosegue o mandatário, toma elle sobre si a responsabilidade total de seu acto; pois o facto de ter sido mandado não extingue nelle nem a razão, nem a liberdade, e portanto não pode lhe fazer desaparecer a criminalidade.

Além no caso contrario, que é o da mesma questão, acontece a mesma coisa? Será irresponsavel o mandante, o agente intellectual do delicto, que não foi realizado em consequencia da existencia do mandatário, d'aquelle que tinha de ser o seu agente material?

Para dar uma solução satisfatoria a esta questão,

curpura distinguir entre o crime e a tentativa. Considera-
simô-la pois debaixo d'estes dois pontos de vista.

Se nos perguntassem se o mandante era responsável
pelo delicto, que não existiu, por haver o mandatario des-
tido de sua execução, a resposta seria, que não;
porisso que até a concepção do acto contrario a
lei penal, e a ordem de o executar, para se applicar
ao agente a pena correspondente ao delicto, que da
concepção não se convertem em facto; pois o facto
material, que constitui o acto contrario a lei penal,
é o elemento essencial do delicto, que conjuntamente
com a liberdade, da qual deve ser acompanhada, offe-
rece a base da criminalidade. Ora se no mandante
ou da parte de mandante houve apenas a concepção
e a ordem de execução, não se houve por parte
do mandatario o facto por aquelle proconcedido;
como dizer que aqui houve o delicto, quando lhe
faltam elementos essenciaes? e como dizer que hou-
ve criminalidade onde não houve delicto?

É por manifesto que a criminalidade do agen-
te não se prova, neste caso, nem de pela intenção do
crime, pois, qua este, ainda q̃ de sua parte começado,

todavia não foi committido.

Elles se agora não perguntassem, se aquelle mandante, cujo projecto criminoso não foi executado por desistência do mandatário, poderia ser considerado como coimissor de tentativa de crime, que concebeu e ordenou, não responderemos pela affirmativa, fundados na razão seguinte.

O novo Código, estabelecendo o crime de tentativa, diz, que ella será punida quando for manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinqüente. Ora no caso em questão houve da parte do mandante, além da execução do acto criminoso, a ordem de execução, que é certamente um acto exterior, por isso q. diversamente não poderia elle committir o seu projecto ou mandatário, havia tambem para elle principio de execução, porque de mente em que o mandatário accitou a missão, e dirigio-se á execução do crime, os seus factos para o mandante. Devem ser reputados como principio de execução, por que da sua parte

Si em todo feito no momento em que teve lugar a execução.

Oras, nestas circumstancias, se não se realisar o acto final do delicto, foi porque o mandatario desistiu do crime, sem que essa desistência tivesse parte o mandante; pelo que não teve effecto os actos por elle praticados, em tanto quanto estiverem em si, por circumstancias independentes de sua vontade, como seja aquella desistência espontanea do mandatario, que temha de realisar o crime.

Cando occorrer, é manifesto que aquella desistência por parte do mandatario não exime o mandante da criminalidade de tentativa na especie do crime concebido e ordenado.

Por tanto agora a nossa segunda parte, e vejamos qual é a influencia da desistência do autor sobre a criminalidade do cúmplice.

Na generalidade, com que esta questào nos foi proposta, sempre que fazamos uma distincção, a fim de não compromettermos a soluçào, que, sendo genérica, applicarà a todas as especies de cúmplicidade; o que não pode ter lugar.

Como se vê do art.^o 5.^o e 6.^o §§. 1.^o e 2.^o do novo Código Criminal, a cumplicidade pode apparecer por actos anteriores ao delicto, na sua realisação, e posteriores a elle. Ora não ha duvida que neste ultimo caso não tambem quer a quantia proposta, por isso que, sendo ja' consummado o crime, e' impossivel a desistência por parte de seu auctor. Logo assim, e' certo que somente nos dois primeiros casos pode aquella quantia ser emendada, como tendo lugar somente quando o auctor deixou por si de attingir a consummação do crime. Considerar-se-á, por tanto no primeiros casos, até e', nos actos preparatorios.

Os actos preparatorios do delicto ou até por si delictos, ou não; se o são, respondem por elles auctor e cumplice na razão de sua criminalidade respectiva; se o não são, como neste caso a lei não pune, por isso, não os figuramos idolados do principio de especussão, e visto que nem auctor nem cumplice tem responsabilidade alguma.

D'agora deduzimos, que a desistência do auctor sobre a criminalidade do cumplice, nestes actos simultaneamente quanto preparatorios de um delicto, não tem influencia alguma, visto como são tais actos,

quando por sua natureza absoluta não são evi-
dentes, a lei não define crime algum.

Quando porém, além dos actos preparatorios, regre-
sa o principio de execução (e é este o segundo caso),
unido embora o autor suspenda o seu acto, e fique
por esse desamplo mero do crime de tentativa,
segundo a letra do Código; todavia, se o cumplice
constancia na execução, está acovetado com toda
a responsabilidade, por isso que deixando de se-
guir o exemplo do autor em sua desistência, ma-
ntém a sua proeza, e como tal commette o delicto.
Assim pois concluímos, que a desistência do au-
tor, quer nos actos preparatorios, quer no
commoço de execução, em nada aproveita
ao cumplice; e uma vez que este prozeza,
provisto que, ficando-lhe intacta a intel-
ligencia e liberdade para conhecer a ne-
cessidade evincente e suspender seus proce-
sos na carreira do crime, não o fez, mas
pelo contrario tomou sobre sua unica re-
sponsabilidade a realisação do delicto.

Tal é o que pensamos a respeito das questões,
que nos foram propostas, e para cujas soluções

judgámos indispensável distinguir entre os diversos actos constitutivos do delicto, ou crimes, podendo ser executados por um só individuo ou por vários, dá lugar á pluralidade de agentes, nos crimes distinguimos os diversos elementos — razão e liberdade; de modo que, respondendo cada um pelo acto que produziu, não pode a decistência de um diminuir a criminalidade de outro.

Esta última conclusão rean. nos a ideia de uma separação em relação á solução da primeira questão. Elle dizemos, que dada a decistência por parte do mandatário, restava ao mandante o crime de tentativa na especie do delicto concebido e ordenado havendo assim conclusões, não tinhamos em mente que a criminalidade do mandante se dissimulasse pela decistência do mandatário, pelo contrario faziamos applicação da doutrina, que nos sugere a ideia desta separação, por isso que, não tendo lugar o facto criminoso pelo mandante ordenado, faltava o elemento material do delicto, em caso tal si elle poderia ser imputado como tentativa ou actor.

practicado até' então

Faculdade Juridica

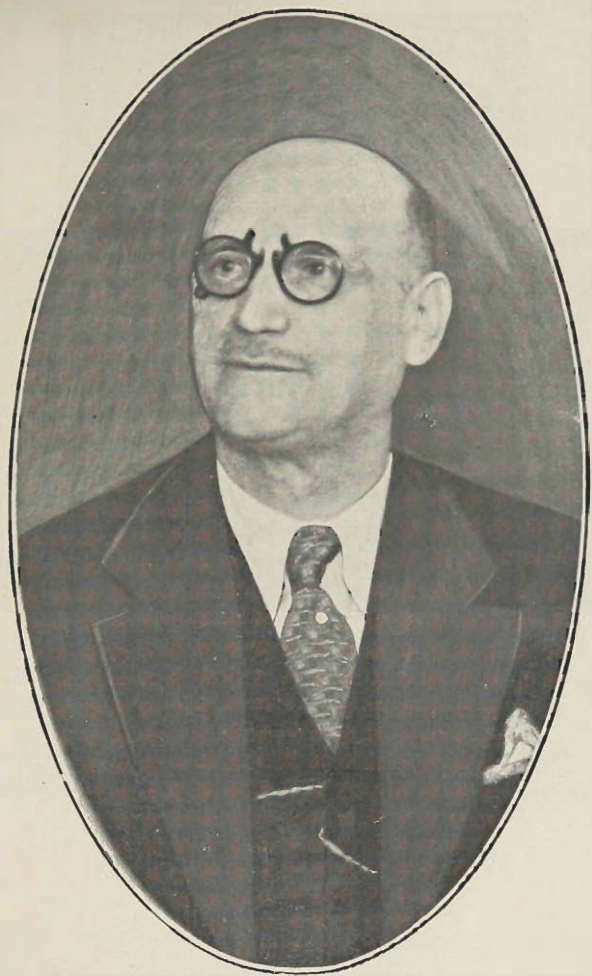
de
S. Paulo

1º de Outubro de 1866.

José Rubino d'Almeida

(Nº 44)

In Memoriam



Professor RAPHAEL CORRÊA DE SAMPAIO

Professor Raphael Corrêa de Sampaio

Com o falecimento do professor Raphael Sampaio, ocorrido a 10 de novembro findo, sofreu a Faculdade de Direito profundo golpe.

Distinguia-se aquele Mestre pela particular dedicação, incessante através de longo tirocínio, que consagrava á Academia, sob todos os aspectos da sua atividade.

Era, na Congregação, o guarda fiel das tradições do glorioso instituto, pelas quais sempre zelou com afeto, que o perpassar dos anos redobrava.

Poucos dias antes da infáusta ocorrência, instado pelos colegas a deixar por alguns dias os trabalhos acadêmicos, para dedicar á saúde abalada os cuidados por éla requeridos, respondeu o professor Raphael Sampaio que preferia morrer no seu posto.

E aí o colheu a morte, quando, no Doutoral, e perante a Congregação, arguia um dos candidatos á livre docência.

* * *

Filho de Geraldo Augusto de Sampaio e D. Isabel Maria de Azevedo Sampaio, ambos de velha estirpe paulista, nasceu o Professor Raphael Sampaio em Pirassununga, dêste Estado, a 21 de dezembro de 1873.

Concluidos os preparatórios no antigo Curso Anexo, ingressou na Faculdade, e, durante o curso acadêmico, professou humanidades no Colégio Paulista e redigiu o jornal "A República"

Recebendo gráu em Ciências Jurídicas e Sociais a 3 de dezembro de 1896, passou a dedicar-se á advocacia, e á direção da “Gazeta Jurídica”, onde brilhavam Duarte de Azevedo, João Monteiro, Raphael Corrêa, Souza Lima, Pedro Lessa, Aureliano Coutinho, João Mendes Junior, Brasílio Machado, Ferreira Alves, e outros espíritos de escol.

Exerceu também, com grande proficiência, o cargo de Promotor Público nesta Capital.

A 19 de abril de 1911 foi nomeado lente substituto da 1.ª Sécção, passando mais tarde a reger, como professor efetivo, a cadeira de Direito Judiciário Penal.

Foi Presidente do Conselho da Caixa Econômica Federal em São Paulo, e, durante varias legislaturas, representou o povo, como deputado e como senador, no Congresso Legislativo do Estado.

Foi membro da Comissão Diretora do Partido Republicano Conservador, e da do Partido Republicano Paulista.

Tomou parte saliente na elaboração do Projeto do atual Código do Processo Civil e Comercial do Estado, como membro da Comissão respectiva.

Era mordomo na Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, e membro do Conselho Penitenciário do Estado.



D o u t r i n a

Evolução da theoria dos contractos em nossos dias

Clovis Bevilacqua

I. O contracto surgiu, no cosmos juridico, ao se desprender a individualidade do homem da massa geral da collectividade; e, ao mesmo tempo que concorreu para o robustecimento da personalidade, se fez instrumento de harmonia dos interesses, dia a dia mais volumosos e mais largamente distanciados no espaço. Definimol-o, de accordo com o Codigo Civil e qualquer dos Codigos vigentes, sem exceptuar o sovietico, um accordo de vontades para o fim de adquirir, conservar ou extinguir direitos.

A reacção contra o individualismo e, principalmente, as perturbações politicas e sociaes investiram contra essa noção classica, contra a propria figura do acto voluntario gerador de obrigações, arrastando até, na subversão, os proprios Codigos Civis, que se dão como inapplicaveis.

Ha, sem contestação possivel, desorientação na doutrina, da qual, felizmente, a serenidade mental salvou alguns mestres, para conforto do nosso espirito.

RIPERT, professor de grande renome, depois de passar em revista a legislação civil de seu paiz (1), exclama desalentado: "Estamos hoje muito desilludidos sobre o valor do contracto. A theoria da autonomia da vontade está desacre-

(1) *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL e RIPERT, em XIV vols.

ditada pelos philosophos, o liberalismo, abandonado pelos economistas” (2). E accrescenta: “Assistimos á decadencia da soberania do contracto. Na hora actual, esta decadencia accentua-se rapidamente” (3).

E assim é o tom geral do civilista, que tambem nos informa: “Os praticos sabem muito bem que o Codigo Civil já quasi não se applica” (4).

GASTON MORIN, decano da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier, entende que não são obrigações contractuaes as que são obra exclusiva de uma das partes e as impostas pela jurisprudencia. “São operações que de contracto apenas têm o nome” As convenções collectivas são obrigatorias para individuos que não lhes devam o seu sentimento. O contracto dirigido e o colectivo não são contractos, no sentido exacto do termo. Esse vocabulo esconde, em vez de exprimir, a realidade. Designando operações juridicas desconhecidas na epoca do Codigo, é a applicação do processo das ficções, que tem por fim disfarçar o *real novo* em *conceitos antigos* (4-A).

Outro é o ponto de vista do eminente professor LUIZ JOSERAND, conselheiro da Corte de Cassação, que, assignalando a evolução no dominio do contracto, considera-a manifestação de movimento de mais longa envergadura, que interessa a todo o direito e da qual resulta que o “*negotium juris* dos romanos se tornou, ao mesmo tempo, acto privado e acto publico, tendo a liberdade perdido a sua funcção de principio regulador supremo dos contractos” (5). A accumula-

(2) *O regimen democratico e o direito civil moderno*, traducção de J. Cortezão, S. Paulo, 1937, Saraiva e Cia., p. 179.

(3) *Idem, ibidem*, p. 272.

(4) *Op. cit.*, p. 433.

(4-a) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, vol. 36, p. 550 e 560.

(5) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, p. 3. O autor vê, nesse factio, a realização de idéas de COSENTINI, *La riforma della legislazione civile*, cuja primeira edição italiana é de 1911.

ção de capitaes e a concentração de emprezas impuzeram essa mudança. Entre contractantes poderosos e contractantes infimos, desapareceu a liberdade contractual. Era forçoso que intervisse outro poder, para transformar a egualdade theorica, contrariada pelos factos, em egualdade effectiva, com uma politica de regulamentação e intervencionismo, de onde resultou não a morte do contracto, mas a transformação do seu conceito, o phenomeno do *dirigismo contractual* (6).

Ao contrario do que sustentam outros, pullulam, actualmente, formas novas de contracto. Apenas estes se estandarizam, sem prejuizo do conteudo obrigatorio; com a immixtão dos Poderes Publicos, na vida contractual; attenuação da força circulante do contracto e da constituição de um estado de classe (7).

II. Entre nós, repercutiu esse aspecto da doutrina contractual, e uma das mais notaveis manifestações apparecidas com essa orientação é a de ARTHUR ROCHA, em seu livro *Da intervenção do Estado nos contractos concluidos* (8). Enfrenta somente um sector do problema, que está preoccupando os juristas europeus; mas discute-o com severidade e penetração, mostrando que as modificações da theoria contractual, exigidas pelo estado actual das coisas, podem ser obtidas pela jurisprudencia, sem quebrar a moldura do Codigo Civil que, no art. 7 da Introducção, lhe offerece os amplos recursos da analogia juridica e dos principios geraes de direito, capazes de submeter á ordem juridica quantas formações sociaes o progresso determinar nas relações de ordem privada.

(6) *Revue cit.*, p. 5 e 6. Em differentes publicações juridicas tem JOSSERAND exposto estas idéas.

(7) *Loco citato*, p. 5 a 30.

(8) O livro é de 1932, e tem por subtítulo — *A revisão dos negocios privados e o Codigo Civil*.

Na legislação também se reflectiram as idéas, que se agitam no mundo juridico estrangeiro; mas desarticuladamente, por provisões desconexas, attendendo a casos ou situações differentes.

III. A tendencia para a socialização do direito privado não é dos nossos dias, após guerra, bolchevismo e estatismo. Sem remontar ás idéas revolucionarias, que precederam ao periodo constructivo de STAMMLER, GIERKE, DUGUIT e outros, vulgarizaram-se entre os nossos juristas, como é sabido, as idéas do socialismo juridico, através das obras de GIANTURCO, CIMBALI D'AGUANO, TORTORI, COSENTINI, MENGER, etc.

A linguagem de alguns destes autores é identica á dos que acabam de ser invocados, se attendermos á realidade dos tempos.

MENGER vê na liberdade contractual uma guilhotina, porque não pode ser, realmente, livre aquelle que se acha em posição de inferioridade economica, ou de dependencia, ou forçado pelas necessidades da vida, em face do mais poderoso, ou mais forte (9).

E' de COVIELLO esta ponderação: "Liberdade sem egualdade é liberdade de um ou de muitos, tyrannia de uma parte e escravidão de outra" (10). E COSENTINI, commungando nas mesmas idéas, adeanta: "O Estado não pode nem deve desinteressar-se das relações entre o capitalista e o proletario; isso importaria em abandonar todo o direito das obrigações á força antiracial do egoismo, ao interesse individual do mais poderoso, á acção deleteria da especulação e da concorrência. Em verdade, emquanto um conjunto de disposições legislativas não vier refreiar o arbitrio dos privilegiados, um triste estado de coisas se apresenta aos olhos do observador" (11).

(9) *Il diritto civile e il proletariato*, p. 17.

(10) *L'equità nei contratti*, p. 7-8.

(11) *La riforma della legislazione civile*, 1911, p. 297.

Eis ahi: o reconhecimento da desigualdade economica tornando irrisoria a liberdade contractual, e da necessidade da intervenção dos Poderes Publicos, afim de restabelecer o equilibrio das partes contractantes.

E esse modo de ver se infiltrou na mentalidade commum dos que meditam acerca dos phenomenos economicos e juridicos. Apenas, em nossos dias, a questão adquiriu maior estensão: não se limita a uma classe de individuos, estende-se á massa geral da população. E ameaça destruir a organização juridica, sem poder substituil-a por outra, que assegure as condições de vida e desenvolvimento da sociedade.

Aos juristas, como aos homens de Estado e a todos que se interessam pelo progresso social e o bem estar dos individuos, cabe envidar esforços para desfazer a confusão desorientadora, restabelecer a segurança nas relações e reforçar os esteios ethico-juridicos da civilização, adaptando-os, quando necessario, ás situações novas, que a vida social for creando.

IV Em conferencia feita em 1936, na Faculdade de Direito de Paris, sobre o thema — *As tendencias modernas do direito das obrigações*, o professor IZLADITS, de Budapest, mostrou mais confiança nas verdades adquiridas do direito, do que os seus collegas francezes aqui invocados. A sua these é demonstrar que o moderno direito das obrigações é mais flexivel, mais equitativo, em uma palavra, mais social. No seu pensar, as medidas excepcionaes, tomadas para attender ás perturbações do presente, desapparecerão, com a volta da sociedade ás condições normaes. Certamente algumas dessas medidas exprimem idéas suas e têm valor duravel, como a protecção dos arrendamentos commerciaes e industriaes, a theoria da imprevisão ou impossibilidade economica (12).

A prova de que as metamorphoses politicas não exigem transformação no direito privado, allega o professor hun-

(12) *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 1937, p. 119 a 135.

garo, está em que, na Italia fascista, ainda não se operou alteração no direito privado que não possa figurar num Estado democratico; que o projecto official do *Codice Civile* está escripto num espirito conservador; que o Projecto Grande italiano de *Codigo das obrigações*, redigido no quinto anno da era fascista (1927), se distingue por seu espirito de moderação, adaptando-se a uma grande democracia e a um Estado totalitario (13).

Podemos accrescentar que o movimento legislativo da America do Sul, relativo ao direito privado, como o *Codigo Civil* do Perú e o Projecto argentino de *Reforma do Codigo Civil*, tambem não sentiram necessidade de assentar sobre outras bases as relações de ordem privada.

O Codigo Civil do Perú, no art. 1.328, estatue:

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutar-se según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

A *Reforma do Codigo Civil argentino* dispensou-se de offerecer, na parte dispositiva, uma definição de contracto á semelhança do que fez o legislativo peruano; porém dispõe:

Art. 820 — Las convenciones incluidas en los contratos son obligatorias para las partes y deben ser cumplidas de buenafé. Ellas obligan a lo que está expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas, teniendo en cuenta los usos del lugar.

E' a noção do contracto, que não pode desaparecer, sem que se subverta a ordem social.

V. Ao meu ver a perturbação intellectual, que se reflecte na politica e no direito, ha de passar, afinal, e a vida juri-

(13) *Bulletin* cit., p. 121 a 122.

dica retomará o seu andamento normal, em consonancia com o evoluer da sociedade, sem que as necessidades novas determinem novas formas de coexistencia humana, ou tenham de romper as bases geraes da estructura juridica.

a) Soçobraria a vida social, se della desaparecessem o contracto, a segurança das relações juridicas e a autonomia da vontade, isto é, a livre actividade das partes nas gerencia dos seus negocios.

Certamente, a lei deve intervir para defender os fracos, que o egoismo dos fortes procura submeter. Sempre o fez, em beneficio dos incapazes, e hoje, com o formidavel desenvolvimento das industrias, vae fazendo mais largamente aos locadores de serviço.

b) A socialização do direito privado ha de ser o equilibrio dos interesses de individuo e os da sociedade, a harmonia das relações entre as classes sociaes; porquanto a sociedade se compõe de individuos e, se o comprimirem ou lhe absorverem a liberdade afogada no grupo social, desaparecerá o elemento activo, de que depende o progresso em todos os sectores da vida, definhará o todo pela debilidade das unidades componentes. O individualismo exaggerado, que aliás não constitue ideal de nenhuma escola, é desorganizador; mas a socialização extremada, que muitos apregoam, é atrophiante. O grupo (classe ou nação) é forma social necessaria; mas, á semelhança do organismo animal, se compõe de cellulas, tecidos, aparelhos, que não podem ser desprezados, sem sacrificio do aggregado. E a intervenção dos Poderes Publicos para impedir o abuso do direito, ou para soccorrer os fracos, equilibrando as forças dos contractantes, ou para impedir o collapso de energias uteis, é, em grande parte, movimento em apoio do individuo isolado ou em classe, e poderá ser contra a propria classe, quando esta fôr compressorá.

c) Prefaciando a traducção franceza do Codigo das obrigações da Polonia, HENRI CAPITANT refere-se ao *periodo*

de nacionalismo exagerado (14), que atravessamos; e, na Alemanha, surgiu a *theoria racista do direito*. São fructos da conturbação dos espiritos, em consequencia da grande guerra, que recalçou a espiritualidade humana para as camadas inferiores, desde muito transposta pela cultura.

O direito tem base universal, porque é organização da vida social, onde quer que ella se apresente, e aspira á universalidade dos seus preceitos fundamentaes, sem prejuizo de adaptações regionalistas, porque a humanidade é uma só familia e tende para a unidade moral.

d) A applicação e a interpretação das leis pelo Poder Judiciario, dentro do espirito de justiça, da razão juridica e da orientação do direito nacional, devem ter a largueza necessaria, para prover os casos novos e preencher as lacunas do direito escripto, emquanto não sobrevém a reforma exigida pela evolução social.

Ha pouco, PHILADELPHO AZEVEDO assignalava a these do Ministro CARLOS MAXIMILIANO “de que são offensivas da lei magna os contractos, em que as garantias só cabem a uma das partes, em detrimento da outra; assim, nas vendas com reserva de dominio, a perda da coisa, com todas as prestações já realizadas, apenas pelo inadimplemento da ultima, envolve, para o illustre juiz, um contracto usurario, considerado illicito pela Constituição” (15).

O contracto era aberrante da justiça, da razão juridica, e dos principios dominantes em nossa legislação. Não podia prevalecer, e, muito menos, servir de fundamento a uma acção penal de apropriação indebita, contra o comprador, que se recusava a restituir o objecto, para cuja aquisição já havia pago todas as prestações menos a ultima. A construcção

(14) *Code des obligations de la République de Pologne*, 1935, p. VII.

(15) *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, ed. de 30 de dezembro de 1937.

jurídica da reserva do domínio, nas vendas a prestações, é, tecnicamente, viciosa, e, moralmente, condenável.

e) No meu sentir, a evolução do direito obrigacional deve ser encaminhada no sentido da flexibilidade dos dispositivos e da equidade das soluções. Insisto no meu pensamento já exposto em outra oportunidade, de que o direito necessita abeberar-se, de mais em mais, de elemento ethico. E tudo isso dentro das largas e sólidas bases dos principios já definitivamente fixados, porque é essencial para a vida em sociedade a segurança das relações jurídicas. Sem essa segurança, sem a estabilidade dos direitos adquiridos, a personalidade individual se dissolve e o edificio social desmorona.

Falando, ha pouco, perante os juristas reunidos no *Congresso da Semana Internacional do Direito*, o Ministro MAURICIO VIOLETTE exclamava: “Nossa democracia prefere que o mundo seja construido segundo a lei do consentimento. estamos persuadidos de que seria grande felicidade, se uma idéa tão essencial como a dos contractos fosse elucidada, com regras precisas, que attendessem a certa imprevisibilidade, porém de modo definido e claro, para que cada um ficasse, antecipadamente, informado dos riscos possiveis, na hora em que as vontades se vinculassem” (16).

São as idéas de liberdade individual e de segurança na vida das relações sociaes, que dessas palavras transpiram. A liberdade racionalizada pelo direito justo e a segurança da actividade productiva são condições essenciaes á coexistencia humana, porque a liberdade é força propulsiva, mas, sem a segurança jurídica, a sua acção resultará inutil ou de valor precario.

A conciliação dessas duas forças, a liberdade, que se expande, e a segurança que lhe assegura a efficiencia, dentro da ordem jurídica, depende, necessariamente, de uma legis-

(16) *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 1937, julho a setembro, p. 277.

lação saturada de moral e do sentimento de respeito á personalidade humana.

O conflicto entre a rigidez do principio conservador e garantidor — *pacta sunt servanda* e a regra excepcional da justiça — *rebus sic stantibus*, se resolve, na pratica e na jurisprudencia, pela bõa fé na interpretação dos contractos, e, na legislação, pela saturação da moral na vida juridica.

Da representação da herança pelo inventariante

Francisco Morato

Sem embargo de ser muito segura a intelligencia que a boa doutrina e a jurisprudencia tem dado ao thema acima enunciado, uma ou outra divergencia tem apparecido de onde em onde na opinião de alguns juristas e pragmaticos; divergencia de todo infundada e a nosso ver oriunda do baralhamento ou falta de travação logica dos principios que regem a materia.

Para os poucos que divergem, a duvida manifesta-se particularmente na venda de immoveis, porque, segundo dizem, não sendo a herança pessoa juridica e não sendo o inventariante representante della, a venda só é possivel no nome dos herdeiros, com a annuencia e comparecimento de todos elles ao acto da escriptura, pessoalmente ou por procurador munido de poderes especiaes. O inventariante não teria qualidade para figurar na venda e nunca lhe seria licito outorgal-a no nome da *herança*, pela razão de carecer a successão hereditaria de personalidade juridica.

São pontos de vista indefensaveis, contrarios á pureza e rigor das normas, condemnados na pratica quotidiana dos auditorios de justiça, no estylo dos interpretes, na expressão dos julgados e até no uso correntio da linguagem vulgar.

Desdobra-se o thema em tres principaes questões, uma relativa á natureza juridica do cargo de inventariante, outra á comprehensão e latitude de seus poderes, a terceira á

maneira, modo ou nome com que deve a herança figurar nos actos juridicos.

* * *

Quanto ao primeiro topico, está assentado na doutrina e na jurisprudencia que o inventariante não é um simples depositario, a quem compete apenas a guarda e conservação dos bens inventariados, senão tambem um administrador e possuidor da herança commum, a quem tocam as funcções e deveres attinentes á administração e posse em que se acha legalmente investido. Pela investidura e attribuições do cargo, é equiparado a um procurador ou mandatario geral.

Esta é a licção de Coelho da Rocha, reproduzida nos arts. 2082 - 2086 do codigo civil portuguez, ensinada nos commentarios de Dias Ferreira e Astolpho de Rezende, acolhida pela torrente de nossos praticos e interpretes, consagrada na letra e espirito de nossa legislação (COELHO DA ROCHA: *Direito Civil, not. U ao § 475*. DIAS FERREIRA: *Cod. Civ. Port. An., vol. IV, pag. 86 — 93*. ASTOLPHO DE REZENDE: *Manual do Cod. Civ., vol. XX, n. 84*. CLOVIS BEVILAQUA: *Commentarios, vol. VI, pag. 246*. COD. CIVIL, *arts. 1579 e 1755*).

Investido dos encargos de depositario, possuidor e administrador dos bens inventariados, o inventariante é *representante* da herança como *depositario, possuidor e administrador*.

Envolve duplo equivoco a affirmação que sobre o assumpto fez um douto jurisconsulto, de que o inventariante não é representante do espolio, visto ser simples guarda e administrador e visto não ser a herança pessoa juridica (*Revista Geral de Dir., Leg. e Jurisp., V-403*). Duplo equivoco, primeiro porque o administrador é necessariamente representante, em actos de administração, daquelle em cujo nome age e administra; depois porque, si o não ser a herança pessoa juridica fosse motivo para dizer-se que o inventariante não é representante della, chegar-se-ia á conclusão esdruxula

de que o inventariante não é representante de ninguém ou que opera e administra em nome e por conta própria.

* * *

Quanto ao segundo, não menos clara e pacífica é a theoria e a pratica do direito.

Na dupla qualidade de possuidor e administrador da massa commum, pela propria auctoridade e attributos do cargo, cabe ao inventariante dar andamento aos termos do inventario; ter em boa guarda e cuidados os haveres da herança; attender ás despezas necessarias e uteis de conservação, reparos, cultura e custeamento; cobrar e receber as dividas activas, usando para isso das acções adequadas, receber e vender os fructos e bens que forem de alienar, arrendar as cousas a isso destinadas; usar dos interdictos possessorios, não apenas contra extranhos senão ainda contra os proprios herdeiros, que lhe ameacem, perturbem ou esbulhem a posse.

Competem-lhe em geral todos os poderes de administrador; não assim os de alienar, hypothecar, transigir ou praticar actos que exorbitem da administração ordinaria ou impliquem disposição.

Nos actos de administração ordinaria, age por sí; nos de disposição, como são os de venda de immoveis, cessão de dividas, arrendamento a longo prazo, depende de licença judicial, concedida mediante audiencia dos interessados.

Na pratica do juizo divisorio, na interpretação doutrinall e interpretação judiciaria, a determinação dos poderes do inventariante não comporta actualmente duvidas serias.

Agindo, no exercicio de administração ordinaria, por prerogativa do proprio cargo, ou praticando actos de disposição ou gestão anomala, apoiado em alvará expedido com audiencia dos interessados, num e noutro caso o inventariante representa a herança.

A questão é apenas de medir-se a extensão de seus poderes, que variam conforme as circumstancias e que depen-

dem ou independem de auctorização do juiz da causa, segundo as hypotheses occorrentes.

* * *

Dos aspectos ou desdobramento do thema, o ultimo é o mais interessante dos tres.

Pretende-se que, não sendo a herança pessoa juridica, não pode o inventariante figural-a nominalmente nos actos judiciaes; pelo que, na venda de immoveis, deve a respectiva escriptura ser passada com a presença pessoal ou por procurador dos coherdeiros interessados, sempre no nome destes e nunca no da herança, que é entidade juridicamente inexistente.

Comquanto partindo do principio certo de que a herança não é pessoa juridica, é este um modo de ver errado em todas as suas conclusões, chocante da terminologia corrente, das regras da linguagem, da pratica assidua e invariavel do fôro, da doutrina do mandato, da logica e dos exemplos que o direito offerece em varias situações analogas, dos principios que regem a capacidade juridica em geral e a capacidade de ser sujeito de uma relação juridica processual em particular.

Chocante da terminologia corrente, tanto dos juristas quanto do vulgo, porque, quando têm de referir-se aos bens que compõem a fazenda que deixa um defuncto e ás pessoas nella interessadas como herdeiros ou legatarias, empregam todos a locução a *herança* ou a *successão hereditaria* de Fulano, como envolvendo em sua synthese todo o patrimonio, encargos e direitos successorios do *de cuius*.

As palavras *herança* e *successão* tomam-se algumas vezes como synonymas, usando-se uma e outra em dois sentidos. No *sentido objectivo* para significar a universalidade dos direitos activos e passivos de um defuncto taes quaes existiam no momento de sua morte; no *sentido subjectivo* para ex-

primir o direito por força do qual os bens se devolvem aos herdeiros ou successores. Outras vezes destacam-se os dous termos, chamando-se *herança* ao acervo dos bens e *successão* ao direito de recebê-los.

Na phraseologia geral emprega-se o termo em dupla accepção — *ampla* e *restricta*; na *ampla* abarcando todo o patrimonio do morto, com seus direitos, responsabilidades e herdeiros; na *restricta* cingindo apenas a universalidade dos direitos activos e passivos.

Na representação da herança nos actos juridicos do foro judicial, do foro extrajudicial ou do trafico geral dos negocios, a idéa de pessoa ou herdeiro a quem se defere é congenita ao termo.

Neste sentido, usa-se invariavelmente para traduzil-a a palavra *herança* ou *successão hereditaria*, sem declinar os herdeiros ou enumerar os seus nomes um a um; é uma expressão generica e resumida, uma palavra que traz insita na sua abreviatura a idéa do acervo de bens e da vocação dos interessados.

Nas acções litigiosas, nos processos de jurisdicção gracioza, nos arestos dos tribunaes, nas sentenças dos magistrados, na jurisprudencia eurematica mais cuidadosa, na jurisprudencia formularia mais perfeita, em juizo e fóra de juizo, todos os actos são expedidos, todos os julgados proferidos e todas as referencias feitas em nome da *herança* ou *successão* do *de cujus*, como termo designativo do seu patrimonio e de sua transmissão áquelles a quem legalmente toca adil-o.

Não seria possivel nem explicavel esta harmonia, constancia e diuturnidade de linguagem, si porventura a terminologia quebrantasse as regras do fallar, a realidade das cousas ou as observancias de rigor no mundo juridico.

Não só não quebranta, senão que está em concordancia com ellas. Nas leis da grammatica e da elocução, no phrascar dos eruditos e do povo, é de grande uso e não menor prestimo o emprego da synecdoche, pela qual podemos significar e comprehender as partes por um termo designativo do

todo ou um termo generico abarcando muitas individualidades.

O modo commum de fallar não se afasta do systema de direito nem dos preceitos que se guardam *nemine contradicente* em conjuncturas analogas.

O inventariante é equiparado a um mandatario geral. Nos actos de administração ordinaria age por si, com as prerogativas e attribuições da propria investidura; nos actos de disposição age auctorizado por alvará de licença, expedido sob a formalidade de consulta preliminar dos interessados. Advirta-se que a formalidade na hypothese de disposição é da *audiencia* e não da *annuencia necessaria* dos interessados, porque a discordancia não obsta á expedição, quando mal fundada ou contraria aos interesses da maioria ou do espolio.

Num e outro caso, age representando a herança ou patrimonio como projecção da personalidade juridica do seu auctor e daquelles que lhe succedem, no desempenho de um como mandato posthumo do defuncto e de um mandato geral deferido por lei.

Exercitando o mandato, falla em nome da *herança*, que é o nome que exprime o conjuncto dos bens na sua relação com os herdeiros.

A mesma coisa acontece com a *herança jacente* e com a *massa fallida*.

A *herança jacente* não é pessoa juridica e, no emtanto, o seu curador tem a guarda, conservação e administração de seus bens, é o *representante* della e, como representante, falla no nome da *herança jacente* e não no de seus eventuaes herdeiros. Falla como orgam directo da propria vontade, sem ser todavia o titular dos direitos que procura fazer valer; a par e passo que no seu officio tem capacidade juridica, os direitos que tutela remanescem inherentes a um patrimonio de herdeiros que não se sabe si existem.

Em que pese á opinião em contrario de Lyon Caen et Renault, Bonelli, Lacerda de Almeida e outros grandes interpretes, a *massa fallida* não é pessoa juridica. Entretanto, na fallencia a sua representação activa e passiva em juizo faz-se em nome da *massa*. E' em nome da *massa fallida* e não dos credores que os syndicos e liquidatarios effectuam vendas e contractam em geral. Ninguem se refere aos bens e credores de um fallido senão pela designação de *massa fallida* de *Fulano*. Nunca se viu em actos de representação dos syndicos e liquidatarios exigir-se comparecimento dos credores.

A fallencia é um desses processos singularissimos, em que o sujeito capaz de agir não é o sujeito do direito pelo qual age. "*Mentre é vero e corretto dire che il curatore (syndico ou liquidatario) no rappresenta il fallito e nemmeno i creditori ma il patrimonio in istato di fallimento.* (MORTARA: *Procedura Civile, vol. II, n. 509 bis.* CARVALHO DE MENDONÇA: *Tratado de Direito Commercial, vol. VII, n. 359*).

Na opinião dos propugnadores que sustentam o erro que profligamos, não sendo a massa fallida pessoa juridica, tambem não se poderia dizer que os syndicos e liquidatarios são *representantes* della nem tampouco permittir-lhes que fizessem venda de immoveis sem a presença do fallido e dos credores.

A logica tem exigencias irreductiveis.

Mas a representação da herança, sob o nome de *herança* e não dos *herdeiros*, assim nos actos de administração como nos de disposição, está em plena harmonia com a construcção scientifica dos juristas, principalmente na esphera do direito judiciario.

Os processualistas illuminam a materia, de tal arte a demonstrar ainda uma vez que aquillo que se acha consagrado no uso inveterado da linguagem, da jurisprudencia e da pratica do foro judicial e extrajudicial, corresponde

quasi sempre a uma verdade ou regra consagrada na doutrina.

Ao lado das figuras typicas e genuinas de pessoas juridicas, têm a lei e pratica plasmado outras entidades ou figuras especiaes, que, revestindo alguns elementos exteriores de pessoa, são para certos efeitos tratadas como pessoas, embora careçam do attributo essencial da pessoa, que é ser sujeito de direitos.

Na Allemanha, o novo regulamento processual, assim como o codigo do commercio, admittem expressamente que uma *collectividade* ou *união*, que não tem propriamente capacidade juridica, possa assumir no processo a posição de uma entidade juridicamente capaz.

Em torno deste preceito tem a escola e a jurisprudencia construido alli varias doutrinas, semelhantemente ao que succede entre os intellectuaes italianos.

Pensam alguns que taes *uniões* são verdadeiras pessoas juridicas, como sujeitos activos e passivos dos direitos relativos ao seu patrimonio; donde se deduz que ellas e não os individuos que a compõem é que são partes e se representam nos actos juridicos.

Entendem outros que ellas têm uma capacidade meramente *formal*. Os componentes individuaes é que são partes, figurando nos actos ou em juizo sob o nome colectivo.

Sustentam uns terceiros a doutrina dos chamados *patrimonios autonomos* — e este parece o ponto de vista real, verdadeira synthese do que se passa no mundo phenomenol juridico.

O patrimonio autonomo é a massa patrimonial pertencente a um determinado sujeito e que, porisso, não é em si mesma uma pessoa juridica. Embora, porém, tendo um sujeito determinado, é subtrahida á administração desse sujeito e confiada a um administrador que a gere em nome dessa massa; o que permite que o patrimonio autonomo se comporte no commercio juridico como um todo inde-

pendente, analogamente a uma pessoa. Os casos principaes desta figura são a massa fallida, a herança jacente, a herança sob administração do cabeça de casal ou inventariante (CHIOVENDA: *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, n. 227. MORTARA: *Ib.*, n. 505 e seg.).

Nem é outro o ponto de vista e systema entre nós.

O inventariante não é um procurador ou representante dos herdeiros; é o representante da herança, de um patrimonio autonomo e independente, que age e falla em nome da *herança* e não dos *herdeiros*.

Si em alguns casos não pode agir sem audiencia dos herdeiros, a intervenção destes se explica pelo interesse que têm na herança e não por uma representação que della não têm.

Em theoria está o thema bem fixado; praticamente não comporta duvida possivel.

Direito Público

A. de Sampáio Dória

I

BASES NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DOS HOMENS LIVRES. PREVEN- TIVOS CONTRA ABUSOS DO PODER.

Que é o que se pretende, acima de tudo, com a organização do estado num povo livre?

A independência do país, a ordem pública, a segurança jurídica, o bem geral, que, sendo o bem de todos, é bem para cada qual.

Sobre isto, importa conhecer, como preliminar, duas aberrações.

Uma é a concepção de que os indivíduos existem para o estado, e não o estado para os indivíduos. E' pregão de déspotas. Está nos evangelhos ter vindo Cristo ao mundo para salvar o homem, e não para imolá-lo á sociedade, que, sem o homem, não é nada, e nunca existiu. Nem mesmo tem conteúdo o sacrificio de cada um em benefício de todos. O benefício geral, como a idéia genérica da côr em relação ás cores concretas, é a generalização, ou o que houver de comum nos benefícios individuais. Mas, se cada cidadão é inutilizado ou anulado de alto a baixo, que resta, como bem de todos eles? O que fica, é, sem nenhuma duvida, a satisfação pessoal dos dirigentes. Nada mais.

Em tempo de guerra, compreende-se que o estado exija de todos o sacrifício, até da vida, em defesa da pátria. Nenhum povo deixa, em tal emergência, de praticar este princípio. Mas, em tempo de paz, só algumas nações instituem a mesma subordinação, em caráter permanente. As democráticas a repelem por irracional ou tresloucada. Em verdade, o estado, que o homem organiza, se destina ao bem do homem, e não à sua desgraça. As sociedades se formam em função dos indivíduos, por eles e para eles. E, nas sociedades, a organização política, ou estado, surge, mas é para garantir, igualmente, a cada um a liberdade, isto é, fazer ou deixar de fazer o que, generalizado, não destrua nem prejudique a vida social. Nunca, para suprimir aos homens a dignidade da existência. E' no reconhecimento dos direitos do homem que reside a razão primária ou de ser do estado. Fóra disto, o estado semelhará não a uma bençã dos povos sensatos, mas a uma catástrofe dos povos desgraçados.

Outra aberração nefasta é a concepção de uma soberania idêntica ao arbítrio de um déspota, ou á vontade do povo, onipotência suprema, e nada mais. E' concepção que não corresponde á realidade por inteiro dos fatos. Ao lado do fenômeno patológico, que se encontra a cada passo, de uma soberania idêntica á vontade de um rei, ou aos impulsos da plebe amotinada, também se observa, nos estados em que o soberano é o povo organizado, como na Inglaterra, na Belgica, nos Estados Unidos, na França, ou na Suissa, que a vontade soberana, longe de ser um poder supremo para seja o que for, tem objetivos inequívocos, imutáveis. Onipotência, certo; mas para o bem social. Não tem, nem póde ter este poder o propósito de reduzir, por exemplo, a nação a colônia de outros povos, nem é natural que deprima, ou suprima, no homem, a sua personalidade. A soberania, nos povos democráticos, dá o que póde, para manter, no exterior, a paz e a independência do país, e promover, dentro das frontei-

ras, a segurança jurídica, a assistência coletiva, os interesses gerais. A soberania, em suma, cuja organização é o estado, não deve ser, embora tenha sido, e seja aqui e ali, ainda hoje, a onipotência assim para o bem como para o mal. Dentro das leis que presidem a conservação e desenvolvimento da natureza humana, organiza-se a coacção social, sob a forma de estado, para manter, em face de outros povos, a independência da nação, e para assegurar, dentro do país, a cada cidadão, fazer ou deixar de fazer o que, mesmo generalizado, não obste à existência próspera do todo. A doutrina da identidade da soberania com a vontade do povo, ou a vontade dos imperantes, sem uma finalidade objetiva e precisa, seria aberrante do senso comum. Investidos alguns homens da força do direito contra o crime, não é natural que a transformem em força do crime contra o direito.

E o que ainda mais agrava o problema, é que, mesmo em doutrina, o sofisma de uma soberania idêntica à vontade do povo, arbitrária, não se destrói com facilidade.

Em primeiro lugar, como determinar, com precisão científica, os limites objetivos, para além dos quais o exercício do poder público resvala do justo para o injusto, do natural para o patológico, do que deve para o que não deve? A liberdade, como produto da vida social, é faculdade de ação compatível com a vida próspera da sociedade. Mas onde está esta linha de compatibilidade? Quais são as condições de vida e desenvolvimento da sociedade, cujo respeito são as fronteiras naturais da liberdade? Ver com acerto onde se traça a linha de compatibilidade da ação individual com a existência da sociedade, ou, vale dizer, lograr a determinação exata do direito, não é tarefa de um homem, mas, como a formação de qualquer outra ciência, é tarefa de gerações, através dos séculos. Em todos os tempos, e por toda parte, vão os juristas normalizando, na observação das sociedades, a ciência do direito. As ações sociais dos indivíduos constituem uma trama confusa de causas e efeitos, e as relações constantes entre estes efeitos e estas causas, são leis,

que, quando digam respeito à conservação e desenvolvimento do homem e da sociedade, se dizem jurídicas.

Em segundo lugar, embóra cáiba à ciência determinar o direito, quem o torna obrigatório em leis são os políticos, os estadistas, os governantes. O soberano, isto é, o que exercer a soberania, é o juiz inapelavel da competência da soberania. Mesmo nas democracias, vive o povo, afinal, sob o predomínio, consentido embóra, de alguns chefes que o conduzem. Em nome próprio, ou em nome de outrem, a realidade é que são sempre homens que ditam as leis.

Mas estes homens, evidentemente, não são deuses. Muito longe estão mesmo de semi-deuses. Ainda quando superiores, continuam falíveis e parciais. Neste caso, si se der que estes homens, por desvios de inteligência, ou impulsos de paixões, em vez de converterem em leis o direito, pratiquem atos em detrimento dele? Si, em vez de inflexíveis em filar pela gola os delinqüentes, entrarem eles próprios, por ambição política, ou vingança, a trair, a oprimir, a rapinar e assassinar?

O povo, depois de lhes ter confiado as forças armadas, e o tesouro público, fica, do seu lado, desarmado, à espera das ordens, a que é obrigado a obedecer. Não são raros, na história dos povos, os atentados oficiais até à dignidade da vida. Nesta conjunctura, como ha de o povo ludibriado defender-se dos governos, que os desgraçam, restaurando a legitimidade do poder? Apelando para as armas?

Mas as revoluções, além de semear infortúnios novos, agravam, sem quasi excepção, os males que as tenham gerado. Enquanto puder o povo suportar esses males, é mais prudente fugir, até o último instante, aos horrores da guerra civil, cujas feridas sangram gerações, sem organizar a ordem jurídica.

E' a lição de bom senso de S. Tomás de Aquino: "Se a tirania não for excessiva, aconselha, é preferível tolerar em paciência seu mal, que expôr-se a consequências piores em caso de derrota ou mesmo de êxito. Porque, no primeiro caso o tirano vencedor, provocado, se torna mais cruel; no

segundo caso, discórdias civis são de temer, seja durante a reação, seja depois quando se trate de organizar o novo governo. O mais claro resultado destas discussões é suscitar outro tirano que, temendo a sorte do seu antecessor, se torne ainda mais despótico por ele”

Mas, quando excessiva, quando os governantes, odiosos e odientos, como no bolchevismo russo, insistem em anular, por sistema, as vantagens do estado, opondo seu arbítrio à liberdade, confiscando por cubiça a propriedade, destruindo em proveito próprio a segurança jurídica, então o dever dos que tiverem força e personalidade, é sacudir por terra o jugo dos déspotas, ou caudilhos, para implantar, em bases mais sólidas, na linguagem da proclamação norte-americana, um regime que assegure ao povo o direito de viver e de ser feliz.

A grande sabedoria, porém, a sabedoria prática, que transparece na experiência dos povos, está na adoção de medidas que previnam os abusos do poder. Na fabricação, por exemplo, das belonaves, se vão fazendo, a cada experiência, alterações no seu mecanismo, para evitar os desastres que vitimam. Para-quedas por sobre as nuvens nos enguiços dos aviões são o último recurso, como, para os povos em desespero, as revoluções. O que é prudente, é ir aperfeiçoando o aparelho, para lhes evitar o mau funcionamento. Tal no aparelhamento do estado representativo: perfeições sucessivas que os desastres sugerem, vão evitando, ou atenuando, de um lado, as demasias do povo soberano, e, do outro lado, os abusos de poder nas mãos dos representantes.

Não é preciso apelar para o governo direto. Os excessos de autoridade das multidões são ainda mais deletérios, que os abusos dos reis, ou a truculência dos caudilhos. Os tribunais da plebe, na praça pública, enrubecem de horrores páginas e páginas da história. Os morticínios da revolução franceza as carnificinas da revolução russa, as tragédias da revolução espanhola, dão a medida do que costumam ser as decisões da multidão desenfreiada, ou das “frentes populares”, esquecidas do direito. Razão por isto

assistia a Voltaire, quando causticava o governo da população, como o despotismo da canalha.

Si, contudo, em vez do governo direto integral, forem adotados institutos dele, paralelamente com a representação política, como na Suíça e em muitos estados da União Americana, bem possível é que se logrem alguns contrapesos eficazes aos abusos do poder representado.

Como, porém, o que tem vingado, em vez do governo direto, é o sistema representativo com ou sem institutos do governo direto, os povos isentos de absolutismos políticos vão introduzindo, na estrutura do estado, à medida das necessidades, peças novas, experimentadas, com que se vão acautelando dos abusos emergentes de que a representação política é prolífera.

A construção perfeita de qualquer máquina útil, como um automovel ou avião, exige dos seus construtores conhecimentos de três ordens: primeira, a finalidade da máquina, o que esperam obter dela; segunda, o seu domínio pelo condutor; e, terceira, a técnica da sua construção. O que se espera, por exemplo, de um aeroplano comercial, é a deslocação cômoda, rápida e segura, pelos espaços aéreos. Mas é preciso que o seu piloto o possa dirigir na subida, contraste-lo na viagem, e dominá-lo nas descidas. Além disto, para construir, são indispensáveis conhecimentos de técnica, como os referentes ás leis do peso, do equilíbrio, da resistência e durabilidade do material que nele se use.

Tal na estrutura do estado. Os estadistas, políticos e juristas, não se sairão bem de sua empresa, se não forem mestres nas três ordens de conhecimentos: primeiro, o que se visa com o estado; segundo, não perder o povo o senhorio do seu governo; terceiro, a técnica da organização do poder.

O que cada povo pretende essencialmente assegurar com a sua organização política, é a independência do país, a segurança jurídica, e o engrandecimento nacional. Mas, instituindo governantes, é preciso que o povo não perca o leme, como quando se convertam os representantes que eleja, em

senhores, que o escravizem. Além disto, para que a máquina do estado atinja os seus fins, são os estadistas obrigados a aplicar, na sua organização, certos conhecimentos de técnica, sem os quais a náó do estado, na imagem de Alceu, no VI século antes de Cristo, naufragará, açotada pela violência das tempestades.

Essas três ordens de conhecimentos correspondem a três grupos de leis: as referentes ás eleições dos governantes pelos governados; as referentes ás instruções dos governados aos governantes; e as referentes à responsabilidade dos governantes perante os governados.

Primeiro, as de livre escolha dos governantes pelos governados. Nada de regimes autocráticos, nem do tipo bolchevista, nem do tipo fascista, que uns e outros são, no fundo, a imposição violenta de imperantes ao povo desarmado e submisso. No mandato político, os dirigentes são meros procuradores do povo. E o seu poder só se legitima, quando assenta no livre consentimento dos governados.

Segundo princípio, para que o povo possa ser o piloto do estado, é o consentimento dos governados na maneira como os representantes se desempenham do mandato que lhes tenham outorgado. Os governantes, certo, não se reduzem a funcionários que cumpram ordens dos representados. Mas não se alçam, por outro lado, a senhores que dêem ordens aos cidadãos. Nem empregados, nem patrões. No direito privado, quando constitue alguém procurador, o que primeiro faz, é dar a este, na procuração que passe, instruções, para agir em seu nome. O procurador, ao exercer o mandato que aceita, delibera por si, em cada caso concreto, mas dentro da vontade do seu cliente, expressa nos poderes que a procuração consagre. Tal na representação política. A nação comete a certo número de pessoas a incumbência do governo. Mas lhes dá, na constituição, nas leis, e, fóra delas, na imprensa, nos partidos e nos comícios, instruções de como devem agir nas linhas gerais. A constituição lhes traça as atribuições, lhes delimita os poderes, e, através do livre exa-

me dos problemas, e da crítica aos homens públicos, a nação põe os dirigentes, em cada problema, ao par do seu pensamento e da sua vontade, para que jamais deliberem contra ela. Sem a fixação e limitação das competências aos órgãos do poder, e sem a liberdade de pensamento, com que os cidadãos examinem e critiquem livremente as soluções, dadas, ou por dar, aos negócios públicos pelos seus representantes, o arcabouço, a armação, a estruturação do estado, nos povos livres, se desconjuntaria ao primeiro sobressalto, e se iria esborroando progressivamente, até o dia em que a catástrofe final o reduza de todo a entulho, a cinza e pó.

O terceiro princípio, ainda na organização constitucional dos povos livres, é o da responsabilização dos governantes, pelo que tenham feito ou deixado de fazer, perante o tribunal supremo da opinião pública. De fato, que'adeantaria a eleição de representantes, e as instruções que recebam, si não pudesse o povo que os eleja, e os instrua, chamá-los a contas periodicamente de como estejam cumprindo os deveres do mandato, si não houvessem sanções que aplaudam a lealdade, e condenem a traição, com que tenham governado? Si o dono de uma herdade, para a qual nomeie administrador, não pudesse chamá-lo a contas, si não pudesse dispensá-lo, quando faltasse às suas obrigações, ou mantê-lo, enquanto fiel e útil, claro está que deixaria praticamente de ser o dono da herdade. Da mesma fórmula, que adeantaria eleger e fixar normas aos governantes, si, depois de investidos no poder, não pudesse chamá-los a contas o povo que os elegeu? Não é porque seja difficilima ou precária esta prestação de contas, que se deva renunciar a estabelecê-la.

Nos casos mais graves, de delitos funcionais, instituem-se tribunais que pelo menos à perda do cargo possam condenar os transviados.

Mas, nos casos em que não haja propriamente delitos, mas divergências com a opinião pública, a responsabilidade se vem tornando efetiva, nos grandes povos, mediante uma

de duas soluções fundamentais. A primeira, pela queda dos gabinetes, ao sabor dos parlamentos, e, complementarmente, pela dissolução da câmara dos deputados, por iniciativa do poder executivo. A segunda, sem a dissolução da câmara, nem destituição do executivo, renovando a nação, livremente, por períodos curtos, em eleições diretas, representantes da sua confiança.

Para se estabelecer a instância popular, em que o chefe do executivo e os legisladores são chamados a contas, impõe-se, antes de mais nada, a imparcialidade absoluta do poder organizado no processo eleitoral. Nenhuma compressão, desde a indicação dos candidatos, até à proclamação dos eleitos. Não é que não possam os governantes cujo mandato termine, candidatar-se a reeleições. A responsabilização não se anula com o pedido, que façam ao povo, de renovação do mandato expirante. O que lhes é vedado, é interferirem, mesmo só com o prestígio do cargo que exerçam, ou com promessas de emprego, ou ameaças de demissão, em favor de sua candidatura, ou de candidatura da sua simpatia. A nação, para se pronunciar livremente, sentenciando, no veredicto das eleições, sobre si os seus representantes agiram bem ou mal, exige dos poderes constituídos uma atitude de magistrados, a mais inflexível imparcialidade nos pleitos eleitorais. Do contrário, lá se vai por águas abaixo o magno princípio da responsabilidade, sobretudo nos regimes presidenciais.

Ao lado da abstenção absoluta do governo nas lutas eleitorais, cumpre, para que a opinião pública não perca o comando na máquina do estado, respeitar-se, todos os dias, de manhã a noite, a liberdade do pensamento, e de associação política. Sem o livre exame, sem liberdade de crítica, não se esclareceria nunca a opinião pública, para responsabilizar com eficiência ou proveito, sentenciando com justiça, ou julgando conforme os interesses gerais do momento. Onde a imprensa não for livre, onde se capitularem delitos de opinião, fica o povo sem elementos para pensar com verdade e

justeza. Os fatos sociais são apresentados a uma só luz aos indivíduos, e, si desde criança estão privados de olhá-los por todos os lados, terminam por pensar como querem que eles pensem. A mentalidade se deforma, e a opinião pública que, nestas condições, acaso se forme, nenhum valor tem, como expressão verdadeira das realidades sociais sobre o estado e seus fins.

Por outro lado, sem o direito de associação política, não se formariam nunca os partidos, e, só com opiniões dispersas e caóticas, só com opiniões puramente individuais, sem unidade, como formar-se a consciência nacional, como força que se imponha, a opinião pública vigilante, que impere?

A organização legal dos partidos políticos para as eleições livres, assim como os tribunais especiais, são, em suma, no regime presidencial, as duas providências capitais, para a efetiva responsabilidade dos governantes. No regime parlamentar, além destas duas, acrescem a renovação dos gabinetes pelas câmaras, e a dissolução das câmaras pelo executivo.

O povo que não puzer todo o seu cuidado em consagrar estes princípios técnicos na organização do estado por que se reja, perde o domínio e a direção da máquina política, que organize, e está mas é no caminho da sua perdição. Quando menos espere, as forças armadas, virando partido político, deliberam em nome do povo, posto que, algumas vezes, para evitar que a anarquia tripudie sobre os direitos mais sagrados. Então, o pulso forte de um ditador pode manter a ordem, mas como um capitão negreiro nas senzalas.

O problema da maior prudência é sistematizar a representação eletiva, para que não se ensejem os golpes de estado, nem proliferem os abusos de poder. Tem o estado por missão magna manter, no exterior, a paz e a independência do país contra agressões estrangeiras, e promover, no interior, a ordem pública, a segurança jurídica, e o engrandecimento coletivo. Mas manter a paz e a independência do país, e promover a ordem, a segurança e o progresso, sem escravizar os cidadãos.

Eis o grande problema.

Os povos livres têm dado a este problema, nas suas linhas gerais, quasi sempre, a mesma solução, como, para fabricar automóveis, as boas fábricas lançam mão da mesma técnica geral. Aqui e ali, variedades accidentais, mercê das condições geográficas e econômicas, mercê do material humano, raças, religiões e culturas. Mas, em grande parte, e no essencial, as soluções se aproximam.

Qual é, porém, a solução geral, de que se têm valido os povos livres?

Em toda parte, nos estados democráticos, a peça mais importante, na máquina do estado, é a *separação de poderes*. Não confiar nunca o poder público a um só homem. Mas distribuir o exercício da soberania por três órgãos. Foi o que resultou da experiência universal, e especialmente da experiência inglesa, da francesa, da estadunidense. Onde o princípio da separação não se institua, ou funcione mal, a segurança jurídica terá desaparecido, ou nunca existiu. Nas repúblicas italianas em que os três poderes se achavam reunidos, lembra Montesquieu, a liberdade se encontra menos que nas monarquias. (Esp. das Leis, Liv. XI, Cap. VI). Da mesma forma, continua Montesquieu, entre os turcos onde os três poderes são reunidos na cabeça do sultão, “reina tremendo despotismo” A tendência tão do gosto moderno para as autarquias e tribunais administrativos com função legislativa, judiciária e executiva, para administrar a seu arbítrio, e fazer justiça sem lei, é um eclipse da civilização política, um retrocesso nas trevas, onde fuzilam calamidades.

Outra peça de importância capital, no governo dos povos livres, é a *temporiedade das funções eletivas*. A perpetuidade do poder nas mãos de alguns homens termina por confundir o interesse nacional com o interesse destes homens. Os déspotas querem o poder vitalício e sem partilhas. Para não o perder, não vacilam, dispondo, como dispõem, do tesouro e da força, em suprimir a liberdade ao povo, em nome

da disciplina, em lhe sacrificar sem entranhas o bem estar, e, mesmo, em lhe pôr sem clemência a vida a prego. E o povo, sem armas e sem dinheiro, que ha de fazer, nesta conjuntura, senão gemer, na humildade, a sua desdita, e clamar, morrendo, ave Cesar? Só quando lhe pareça propício, rebelar-se de armas em punho, para se fazer ouvido e respeitado. Com a temporariedade do poder, porém, as eleições gerais resolvem satisfatoriamente, nos estados bem organizados, as crises mais graves.

O mecanismo da temporariedade não tem sido o mesmo em toda parte. O princípio é não admitir representantes políticos vitalícios. Mas, embora temporários, póde acontecer que, sem sair das suas atribuições, deliberem, em certos casos, contra as aspirações populares. Para evitar este abuso, duas técnicas têm sido empregadas pelos povos mais cultos: a técnica parlamentar, e a técnica presidencial. Na parlamentar, além da temporariedade do poder eletivo, se processa a dissolução da câmara dos deputados. O presidente da república, ou o rei, por si só, ou com assentimento da câmara alta, convencido do desacordo entre a opinião dos representantes e a opinião pública que os elegeu, dissolve a câmara e, no mesmo passo, convoca o povo para as eleições gerais. Já no regime presidencial, a dissolução das câmaras não tem lugar. Neste regime, só resta o recurso de abreviar o mandato. Não apenas, temporário, mas breve. Dois anos são, nos Estados Unidos, a duração do mandato dos deputados. Eleições repetidas e a breve tempo previnem ou, pelo menos, reduzem a pouco o dissídio entre os representantes e os representados.

Terceira providência de igual monta é a *limitação do poder*. Não basta distribuir por três órgãos, sem vitalicidade, o exercício da soberania. E' indispensavel precisar as atribuições de cada órgão do poder. E esta delimitação precisa não se alcança, sem determinar, com a fixação das competências, o que não podem fazer. Não é prudente traçar apenas a alçada de cada órgão do poder. E' absolutamente

necessário delimitar o terreno sagrado dos direitos fundamentais, invioláveis pelos órgãos do poder. Sem esta limitação, a soberania seria praticamente o arbítrio dos representantes. E os órgãos do poder, embora menos que a multidão, não só erram de boa fé e por ignorância, senão também exorbitam por egoísmo insofreavel, e política exaltada. A soberania só tem senso, quando poder de todos para o bem de todos. E o máximo dos bens que a todos interessa, é o respeito aos direitos fundamentais, como o da vida, o da igualdade, o da liberdade de pensamento, a liberdade de crença, de reunião, de profissão, de associação, de ir e vir, o poder de fazer, ou deixar de fazer, tudo o que, facultado a todos, não destrua a sociedade, nem lhe embarace o engrandecimento. Ora, para evitar abusos, possíveis, ainda no regime da tríplice organização de poderes temporários, a experiência tem sugerido, com a distribuição deles por três órgãos, já temporários, a definição dos direitos fundamentais do homem, como zona inviolavel pelo poder, instituindo, ao mesmo tempo, garantias que tornam efetiva essa inviolabilidade.

E' verdade que alguns povos, como o inglês, não limitaram os poderes de seu parlamento. Aí, os representantes deliberam sem nenhuma restrição, soberanamente. Mas os abusos dos partidos políticos, no parlamento britânico, são quasi impossíveis, mercê das suas tradições liberais, mercê do prestígio da corôa cuja onipotência caiu, mercê de uma câmara de lordes já sem o direito de veto à vontade dos comuns, mercê de uma opinião pública, sempre vigilante, organizada em partidos tradicionais, e mercê de uma imprensa do mais alto quilate.

Outros povos, porém, como os Estados Unidos, não confiaram, só nos freios da opinião pública, a segurança dos direitos fundamentais, contra abusos do poder. Os Estados Unidos, como país de ontem, país de imigração, trabalhado por todas as raças, movimentado por todas as tradições, todas as religiões, todas as ideologias, ainda não teve tempo de caldear as correntes dos povos, que o formam, numa con-

cência nacional, apurada pelos séculos, em uma opinião pública por assim dizer atávica, como na sua mãe pátria. Daí, a sabedoria de limitar em lei suprema a competência do parlamento e a ação do executivo. Não lei ordinária, que o parlamento pudesse revogar por outra lei ordinária. Mas lei constitucional, que, só por outra lei constitucional, pudesse ser revogada. Enquanto, na Inglaterra, vigora sem restrições o princípio de que a lei posterior revoga as anteriores em contrário, nos Estados Unidos, como nos países de constituições rígidas, as leis posteriores ordinárias não revogam as leis constitucionais, que lhes forem contrárias, criando-se, dest'arte, o problema de inconstitucionalidade das leis, a sua inaplicabilidade pelos tribunais, a sua nulidade prática.

Daí, em quarto lugar, em complemento à limitação dos poderes pelas constituições escritas, *a competência da justiça para julgar em última instância da constitucionalidade das leis ou resoluções dos outros poderes.*

O regime da supremacia do poder judiciário, como cúpula da constituição em garantia dos direito individuais, foi uma inspiração divina na organização do estado. E' o maior segredo da estabilidade nas instituições políticas dos Estados Unidos.

A Espanha, apesar da experiência americana de poderes independentes e harmônicos, caiu no erro de facultar ao parlamento a exoneração, por interesses partidários, do presidente da República, como, no regime parlamentar, a queda dos gabinetes. Precipitou-se, com a prática imponderada desta prerrogativa fatal no abismo da guerra civil, sem piedade, que a reduziu a escombros. Os Estados Unidos, ao contrário, firmaram, no aparelhamento do seu estado, a eletividade e temporariedade das funções de governo, a divisão, a independência e harmonia dos poderes, a limitação constitucional na competência de todos, e, para coroar este maravilhoso mecanismo, alçaram, em graça dos deuses, como guarda e oráculo da sua constituição, uma côrte de justiça que é garantia suprema da ordem jurídica.

Constituição, aliás, de aspecto rude, mas armada de princípios que a lei ordinária não pôde violar. De princípios que maiorias eventuais no parlamento não podem quebrar. Destes princípios, ressalta, como peça por excelência de segurança jurídica, a irrevogabilidade das leis constitucionais por leis ordinárias, e consequente aplicação pelos tribunais das leis constitucionais aos casos concretos contra as ordinárias que as contravierem.

Esta irrevogabilidade é o elemento específico do regime das constituições rígidas. Não é nunca prudente colocar os direitos do homem à mercê das paixões que convulsionem as assembléias políticas. Seria, sob a aparência de um regime de constituição escrita, instituir, na realidade, a identificação da soberania com a vontade das maiorias políticas ou a vontade pessoal do chefe do executivo.

Por isto mesmo, não é prudente arquitetar constituições analíticas, nem meter a martelo, no organismo de uma constituição escrita, preceitos de direito privado. As constituições que duram, são concisas, imperativas e só alteráveis, nalguns pontos, de século em século. O povo a deve ter na memória e no coração, como bíblia sagrada. Jamais revogá-las no todo, para redigir outra. Mas, sempre, conservá-la, aperfeiçoando-a, até se aproximar da imutabilidade.

II

NATUREZA DAS LEIS CONSTITUCIONAIS. SISTEMAS DE CONSTITUIÇÃO. CONCEITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.

São leis constitucionais todas as que se referem à estrutura e ao funcionamento do estado, e nada mais.

O estado pode ser unitário ou federativo, e é a lei que o determina. O estado pode ser republicano ou monárquico, é a lei que o institue. Como organização da soberania, pôde o estado ter um só órgão supremo, ou dois, ou três independentes e coordenados, por onde se exerça a soberania, e é a lei que o estabelece. O estado pôde funcionar sob o regime parlamentar, como sob o regime presidencial, e é a lei que o adopta. Todas as leis sobre a estrutura do estado são leis constitucionais.

Plasmada a corporação do estado, sob este ou aquele molde, ainda é a lei que distribue pelos seus órgãos as funções da soberania. Discrimina o que compete à união, aos estados ou províncias e aos municípios. Determina o que compete ao parlamento, com uma ou duas casas, e o que a cada uma incumbe; o que cabe ao poder executivo, e ao poder judiciário. E todas estas leis são leis constitucionais.

Como complemento deste segundo grupo de leis, além das que modelam a estrutura anatômica do estado, ha um terceiro grupo de leis que precisam as funções dos poderes. São as que levantam balisas ao arbítrio dos governantes. Não basta realmente declarar o que podem êles fazer; não

menos importante é fixar o que não podem fazer, no terreno da personalidade do cidadão, e dignidade da vida humana. Embora escolhidos pelo povo, embora recebam do povo instruções para o governo, embora responsabilizados no tribunal da opinião pública, ou em tribunais especiais, que a lei institua, ainda é comum abusarem os governantes do poder em que se achem, contra a liberdade ou direitos compatíveis com a coexistência próspera de todos. Ficam eles, e sobre todos o chefe da nação, armados da força militar, aparelhados dos recursos do tesouro, dispondo dos cargos públicos, aureolados de um prestígio irresistível, e o povo que os elege, que os arma, que para eles trabalha, fica inerte, desarmado de força militar, ou de outra qualquer que os possa conter dentro dos seus deveres de mandatários. Si os governantes agirem, por ambição pessoal, contra o povo que os elegeu, (e sabe-se que é proverbial rebelar-se a criatura contra o criador), não tem o povo como defender-se da traição com que o surpreendam.

O recurso extremo da conspiração que trame, o da revolução que deflague, é como o das operações cirúrgicas, quando não ha outro remédio, para recobrar a saude, ou evitar a morte. O que a inteligência elementar, a que prevê e sabe prover, está indicando, é evitar a necessidade das revoluções, cerceando, sem prejuizo de uma autoridade forte, os poderes aos governantes. Outorgue-se-lhe o que fôr necessário, sem regatear. Mas negue-se-lhe o desnecessário, seja como fôr. Delegue o povo aos seus representantes somente o que não puder fazer por si mesmo, como assinalara o avisado Montesquieu.

Já se distribuíram os poderes por três órgãos. Já se discriminaram as atribuições a cada um dos órgãos do governo. Mas é pouco. E' preciso opor expressamente a cada um deles barreiras intransponíveis, determinando em lei, além do que podem fazer, igualmente, em termos peremptórios, o que não podem fazer na seara dos direitos do homem. E o que

não podem fazer, é tudo o que violar a razão de ser da soberania, tudo o que atentar contra o direito de viver, o direito de pensar livremente, o direito de ir e vir, o direito de associar-se, o direito de possuir, o direito de trabalhar, o direito de crer, o direito ao apóio da lei que defenda, o direito de eleger governantes, e outros da mesma natureza. A sociedade se fôrma, para que possa o homem melhor viver e prosperar, e não para asfixiá-lo numa atmosfera sem ar. As leis que declaram quais sejam estes direitos, e, ao mesmo tempo, estabeleçam os instrumentos com que se fazem respeitados contra abusos do poder, são leis constituintes do estado, leis que definem a natureza essencial da soberania.

São, em suma, leis constitucionais: 1.º) as que talham a estrutura do estado; 2.º) as que determinam as competências dos poderes; e 3.º) as que definem os direitos fundamentais do homem, e instituem garantias a estes direitos.

Na Inglaterra, as leis constitucionais vêm sendo elaboradas em fragmentos, de época em época, como imperativos da necessidade, a que tem provido em reações triunfantes. Mas, ainda hoje, são leis esparsas, não codificadas, costumes por onde a estrutura e as funções do estado se revelam. Nada ha, no direito constitucional inglês, que não tenha primeiro estado na consciência do povo, e não tenha sido por ela imposto como imprescindível ao equilíbrio entre as liberdades populares e a autoridade pública.

Em outros países, as leis constitucionais têm sido codificadas, como as civis, as penais, as comerciais. Em vez de usos e costumes, preceitos escritos, normas sistematizadas e distribuídas em livros, títulos, capítulos, secções, artigos e parágrafos.

As vezes, antecipando à consciência jurídica do povo, a codificação constitucional é obra de arte literária, uma arquitetura romântica em nome e prol de uma ideologia, ou aspiração sonhadora. O povo não a sente, mal a conhece, ou a desconhece de todo. Não é o fruto que tenha desabrochado da seiva de sua vida. E' a oferta de um padrão ideal,

por onde, se quizesse, poderia cunhar, pouco a pouco, a sua política. Com tal orientação, não é raro contravirem os costumes partidários ás leis constitucionais. Póde, neste caso, ter um povo, no papel, a mais bela constituição do mundo, e carecer, na prática, de segurança da vida, da liberdade e da propriedade.

Para codificação das leis constitucionais, não têm todos os povos adotado o mesmo sistema. Mas duas orientações.

A primeira consiste em não se distinguirem as leis constitucionais senão pelo seu objeto. São elaboradas como as leis comuns. São revogáveis como as leis ordinárias. Leis constitucionais e leis não constitucionais estão no mesmo nível de gênese e de obrigatoriedade, têm o mesmo valor de aplicação. Não podem os tribunais, neste regime de nivelamento das leis, questionar sobre a constitucionalidade delas. Desde que votadas pelo parlamento, todas se impõem com igual força. E vigora, em toda a sua plenitude, o princípio de que as leis posteriores revogam as disposições anteriores em contrário. E' o sistema da Inglaterra e da França.

A consequência do nivelamento das leis, quanto à sua força imperativa, é a onipotência do parlamento. O parlamento só deixa, neste regime, de ser soberano, quando, para par, se pratica o referendo popular e a iniciativa popular, um e outro irrestritos, e, em matéria constitucional, obrigatório pelo menos o referendo. Neste caso, a soberania, a palavra última, suprema, cabe sempre diretamente aos cidadãos ativos. Mas, sem a concomitância do governo direto com o representativo, o parlamento, sempre que se nivelem, na mesma força imperativa, as leis constitucionais e as leis ordinárias, é soberano, delibera o que entenda e como entenda, exerce, em suma, poderes ilimitados.

O segundo sistema consiste em se distinguirem as leis constitucionais das outras, além de pelo seu objeto, pelo processo da sua elaboração. Este processo é mais complicado que o da elaboração das leis ordinárias. Exige-se, para se

instituírem leis constitucionais, maior número de proponentes, votação mais cerrada, maior número delas, e mais tempo para serem aprovadas. Em alguns casos, como na federação, pode-se exigir, ou se exige, a intervenção legislativa das províncias, dos cantões, dos estados membros. De qualquer fôrma, o processo de elaboração das leis constitucionais é mais complicado que o das leis ordinárias. E, por esta razão, toda lei em cuja elaboração se observar o processo comum, é nula, se contravier à lei constitucional. E' o sistema dos Estados Unidos.

Deste desnivelamento das leis constitucionais e ordinárias, quanto ao processo de sua elaboração, e quanto à sua força imperativa, decorre em consequência a limitação de poderes do parlamento. O parlamento não póde, em lei ordinária, contrariar disposição constitucional. Não tem poderes para se contrapor às leis constitucionais, senão revogando-as pelo processo complexo da sua elaboração. ^u

Outra consequência, repitamos, é a capacidade dos tribunais, para decretar a inapplicabilidade de leis ordinárias, contrárias à constituição. Enquanto não revogada por outra lei constitucional, as deliberações parlamentares que a contrariarem, são írritas e nenhuma. E' mercê desta faculdade judiciária, que as leis constitucionais servem a conter abusos dos representantes, para maior segurança das liberdades individuais.

Por isto mesmo que, neste segundo sistema, os poderes se limitam pela constituição, que é o instrumento por excelência do mandato político, o instrumento onde se exaram os poderes que o povo delega aos representantes, não se compreende a inserção, nas cartas constitucionais, senão de matéria estritamente constitucional. O que não disser respeito à estrutura do estado, às atribuições dos seus órgãos, e aos direitos fundamentais, que o governo não pode violar nem por meio de leis, deve ficar no nível das leis revogáveis pelo processo ordinário da elaboração.

Dir-se-á que certos preceitos devem figurar nas constituições, por serem fundamentais à vida social, como, por exemplo, a indissolubilidade matrimonial.

Admitamos que o sejam. Mas são muitos os preceitos desta natureza em todos os ramos de direito. E a ter de elevar à categoria de lei constitucional tudo o que for fundamental, e não dever, por isto, ficar exposto a revogações fáceis, as constituições teriam de ser enciclopédicas, compendiando quasi todo o direito positivo.

Objetar-se-á que certos preceitos, como a indissolubilidade matrimonial, estão na consciência do povo, e é o povo soberano que quer, na sua soberania, a constitucionalização de tais preceitos.

O argumento erraria o seu alvo. Si certo princípio é sustentado pela consciência nacional, e si é a consciência nacional que dita as leis, tal princípio seria mantido em toda a sua plenitude pela consciência nacional, mesmo na situação de direito comum.

A razão sólida, a mais, por que se incluem, nas constituições rígidas, certos princípios, além da natureza constitucional imediata do seu objeto, é o amparo do homem, na sua vida e na sua liberdade, é a defesa de seus direitos fundamentais contra abusos do poder.

Alegar-se-á que é difícil verificar, entre os preceitos que limitam as atribuições dos poderes, os que importem na defesa direta da personalidade do homem, na garantia da liberdade contra abusos do poder. Parecerá a certos espíritos imbuidos de realismo e pragmatismo político, que esta verificação é pura metafísica, e, pois, assunto estranho à ciência do estado, e indigno da política.

No entanto, nada mais fácil, nem mais necessário, que semelhante verificação.

Os princípios essenciais à vida jurídica dos povos ou se acham expostos à violação sempre iminente do poder, ou não excitam, não assanham, não provocam nunca, na sua prática habitual, a má vontade, a cobiça, ou as iras dos governantes.

Dos primeiros, citemos de exemplo a liberdade do pensamento. O seu exercício, no livre exame das cousas públicas, pôde contrariar, e contraria de fato, a cada passo, os governantes. Dirigente nenhum recebe com agrado a opposição que lhe façam. E tal seja a situação, que eles não cochilariam, em defesa das suas posições, e até da sua tranquillidade, impedir o exercício da liberdade de pensamento. A liberdade de pensamento é um princípio contra cujo exercício o poder está sempre de pé atrás. Não ha nada mais exposto às violações por abusos de poder.

O mesmo não acontece com outros princípios, como a indissolubilidade do vínculo conjugal, ou a pontualidade dos pagamentos nas relações de crédito. A vigência da indissolubilidade matrimonial por toda a parte não irrita os governantes, não lhes abala a estabilidade, não os põe em perigo, não os incomoda com responsabilidades. A pontualidade dos pagamentos muito menos. Devem estes princípios, só por serem fundamentais à vida civil ou comercial, ser guindados às alturas de princípios constitucionais?

Para que? E porque, si, não resultando da paz doméstica, ou do hábito da pontualidade, ameaças ao poder, nunca sugerem tais princípios ao governo, para a sua tranquillidade, medidas que atentem contra o seu exercício?

Não assim o da liberdade da imprensa, ou de reunião em praça pública.

E não menos o princípio da propriedade: o espetáculo das riquezas alheias incita às vezes ao apropriação sem indenização, sob a doutrina de que o capital está ao serviço do estado, e não o estado ao serviço dele. O poder é, muitas vezes, tentado, mesmo sob a fórmula de defesa do estado, a desrespeitar a propriedade, com a decretação de impostos que confiscam, ou intervenções ruinosas na economia nacional.

Para que o poder não viole este e outros princípios juridicos, é que se definem eles nas constituições, e nelas se instituem os instrumentos da sua garantia, como o habeas-

corpus. Ficam nestas alturas, como barreiras opostas ao exercício abusivo do poder.

Em suma, são leis constitucionais apenas as que modelam o estado, as que estabelecem as atribuições dos poderes, e as que definem os princípios expostos às violações pela autoridade pública. Direito constitucional é o conjunto das leis que têm por objeto a estrutura do estado, a competência dos poderes e os direitos fundamentais cujo exercício póde suscitar reações dos governantes.

III

SEPARAÇÃO DOS PODERES, E DISTRIBUIÇÃO DE FUNÇÕES. SUA EVOLUÇÃO. SISTEMAS ATUAIS. CONFLITOS E EQUILÍBRIO.

E' muito comum baralhar-se separação de poderes com distribuição de funções, ou divisão e colaboração dos órgãos de soberania. Reina, por estes lados, lamentavel imprecisão sobre o que seja realmente poder, função, autoridade pública, e órgão político. Desta confusão, por vezes mais verbal que real, resultaram controvérsias, não raro infantis, mas intermináveis e perturbadoras. No entanto, uma coisa é separação de poderes, e outra, muito diversa, distribuição de funções. E' o que examinaremos daqui a pouco.

Em sociedades incipientes, não se separam os poderes, e, até, a princípio, mal se discriminam as funções públicas e particulares. E' o que se observa facilmente nos pequenos agrupamentos de famílias, nas tribus rudimentares, semelhantes a certos aldeamentos de índios, onde o cacique exerce o poder sem restrições, nem partilhas. Ele dá ordens, e as faz cumprir. Ele dirime litígios individuais, e julga os delitos, administra os interesses coletivos, e comanda nas guerras. Em suma, em tribus selvagens, como nos absolutismos à Luiz XIV, o estado é o cacique.

Mas assim que a tribu cresce e se desenvolve, já não pode o chefe resolver, por si só, todos os problemas da comunidade. Quando não haja outros motivos, faltam-lhe tempo, capacidade e resistência. Chama, então, como auxi-

liares de seu braço, indivíduos de sua confiança com quem vai distribuindo as funções públicas. Estes auxiliares de que se cerca, porém, nada deliberam sem as suas instruções; não têm poder próprio; agem em nome do chefe. Comete este a uns o encargo de resolver querelas individuais, são os juizes. A outros ouve como conselheiros, ou incumbem a arrecadação dos impostos, ministros da fazenda, a organização das milícias, ministros da guerra, e assim para os demais serviços do estado. As funções públicas se distribuem, segundo as suas especializações, por indivíduos ou corporações, secretarias, assembleias, tribunais.

Mas todos os funcionários públicos, espalhados pelo país, são meros auxiliares do chefe. O chefe é o soberano, a cuja vontade todos obedecem sem tugar nem mugir. Do alto do seu trono, pode chegar à maravilha de forjar todos os moldes da vida social, desde a política até as modas, projetando a sua sombra, dia e noite, por toda parte, entre os empregadores e os empregados para contratar o trabalho, entre o produtor e o consumidor para tabelar o preço, entre pais e filhos para dirigir a educação, entre o crente e o sacerdote para pontificar a fé, entre o cientista e o público para dogmatizar a verdade, entre o homem e a mulher para disciplinar o amor, entre tudo e todos para que a nação seja um só pensamento e uma só vontade, ocupe o seu lugar no sól, e realize, na paz e na guerra, os seus destinos históricos irrenunciáveis.

Em tais povos, ha, sem duvida, distribuição de funções públicas: ministros que administram, câmaras que legislam, tribunais que julgam, e, para tudo, repartição onde se aglomeram funcionários de todas as categorias. Distribuição de funções, não ha duvida; mas não, separação de poderes. A distribuição pode, mesmo, ter atingido o grau máximo da perfeição. Da homogenidade inicial numa tribu primitiva, se pode ir ter à heterogeneidade complexa de funções nos estados modernos. Mas hierarquizados todas à vontade de um chefe. E' a característica das sociedades incipientes,

encruadas, ou retrogradadas: distribuição de funções, mas não separação de poderes.

Esta começou, na história dos povos, com as reivindicações liberais.

Percebe facilmente o povo que a absorpção de todos os poderes por uma só vontade termina por lhe semear a desgraça nos caminhos da vida. As vantagens apregoadas da ordem e disciplina lhe custam, na verdade, os olhos da cara. E, de outro lado, as desvantagens da concentração dos poderes, sem audiência dos governados, reduzem o povo a manadas de alimárias, que se sacrificam em combustíveis de guerra, para forjar a glória dos ditadores. E' lição da história: por toda parte, em todos os tempos, o absolutismo estiolou em germen a capacidade adquirível de se governar o povo por si mesmo.

Mas, como, no homem, ainda o mais desgraçado, sob as cinzas de sua degradação, não se apagam os últimos vestígios da centelha divina, que lhe vem da origem, só se conforma a criatura humana com a sujeição que a deprime, quando e enquanto não puder reagir. Os povos mais viris foram atacando o poder ilimitado dos reis, e reclamando para si uma participação cada vez maior na estatuição das leis. De reivindicação em reivindicação, terminaram alguns povos, como, em primeira plana, o povo inglês, por conferir a si mesmos todo o poder de legislar. Durante muito tempo, ainda ficaram os reis com o poder de executar as resoluções que o povo estatuiu. Mas, como no exercício desta prerrogativa, os monarcas solapassem, às vezes pela astúcia, e outras pela força, o privilégio de legislar que o povo lhes subtraíra, as reivindicações populares foram às últimas, chamando o povo também a si a função de executar as leis e resoluções que votasse. Aqui, destronando monarcas como na França de Luiz XVI; ali, conservando-os como na Inglaterra, onde reinam, sem governar.

Quebrada assim a hierarquização de todas as funções soberanas ao arbítrio de um só homem, estava, no mesmo

passo, lançada a separação verdadeira de poderes, como sistema distinto da simples distribuição de funções.

Nem pelas causas que as geram, se pode confundir distribuição de funções com separação de poderes. Uma, a razão por que se separam; e outra, a por que se distribuem.

Distribuem-se as funções públicas segundo as suas espécies, para que sejam exercidas com menor dispêndio de forças e maior eficiência prática, com menos desacertos nas deliberações, e mais a tempo e a hora na aplicação.

Separam-se os poderes, para melhor garantia da liberdade.

Pode haver função sem poder, e nunca poder sem função.

Função é a faculdade e o ato de agir dentro das leis ordinárias.

Poder é, além de função, a faculdade de agir por delegação direta da soberania. Não, faculdade soberana de agir, nem, como se exprimia Robespierre, “as diversas partes essenciais e constitutivas da soberania” Poder não é a soberania em si. Mas delegação direta da soberania. Enquanto os órgãos forem apenas de funções, a hierarquização entre eles é condição de sua eficiência, e, até, de sua subsistência. Mas quando se alçam a poderes, a hierarquização desaparece, é possível opor-se uns aos outros; são independentes entre si, embora devam ser harmônicos e em mútua colaboração.

Enquanto apenas função, não ha garantia da liberdade. Só quando poderes, a garantia surge contra os excessos do executivo.

Si, em cada sociedade, os indivíduos não se molestassem entre si, si só fizessem ou deixassem de fazer o que, generalizado, não destruísse a sociedade, nem lhe embaraçasse o desenvolvimento, claro está que não precisaria haver autoridade pública, governo de qualquer espécie. Mas, como, por incapacidade, por ignorância e por ambição, os

homens, na mesma sociedade, se entrechocam, quando largados a si mesmos, força é que se institua, em cada sociedade, o poder público, com o encargo de obrigar a cada um o respeito às condições de vida e prosperidade do todo.

Mas, por outro lado, porque o poder público é exercido, afinal, por homens, e estes, também por incapacidade, por ignorância e por ambição, em vez de o exercerem somente em benefício das condições da vida e prosperidade do todo, costumam transviar-se, praticando atos contra a liberdade e contra os interesses gerais, a dura experiência da vida tem levado os povos sensatos a já não confiar às cegas o poder público, que são obrigados a instituir, ou suportar, a não confiá-lo ao arbítrio de um só homem. Além da cuidadosa distribuição das funções, que já tenham, sentem-se os povos na indeclinável necessidade de opor ao poder executivo o poder legislativo, e, às vezes, a um e ao outro, o poder judiciário.

Em lógica abstrata, parece que só ha lugar para dois órgãos do poder: o que faz a lei, e o que a executa. Correspondem, dizem, aos dois momentos essenciais na vida da lei: o ato que a cria, e o ato que a realiza. Os poderes seriam, então, dois: o deliberativo e o executivo. O primeiro resolveria os negócios do estado, e o segundo executaria as deliberações do primeiro.

Nessa teoria, as funções judiciárias ficam entre as do executivo. São realmente aplicação da lei. Desde que alguém alegue a existência de um atentado ao direito, o poder público verifica, pelos seus agentes, a procedência ou não do alegado, e resolve, com as provas que colher, a questão de direito suscitada. Resolve assim declarando o direito, o conteúdo da lei, como providenciando a execução da sentença que lavrar. “Para que haja um ato jurisdiccional, expõe com insistência Duguit, é preciso que haja uma questão de direito a resolver; é preciso que se tenha suscitado esta questão de direito, e é preciso que o agente público intervenha antes do mais para resolver esta questão de direito. E’ sobre isto que releva insistir particular-

mente, porque é o que caracteriza propriamente o ato jurisdicional”

As soluções jurisdicionais se impõem de si mesmas; têm de ser acatadas, respeitadas, cumpridas. A função judiciária não termina com a solução dada à questão de direito que tenha sido submetida ao juiz. Continúa nas medidas que tenham por escôpo fazer respeitada e cumprida a solução que o juiz tenha dado. Sendo esta a natureza das funções judiciárias, e si só nisto ficasse, realmente a autoridade judiciária não se poderia razoavelmente destacar das funções executivas.

Não é, porém, universal a teoria de dois órgãos apenas do poder, e, pois, de que o judiciário não é poder. Nos Estados-Unidos são três os órgãos da soberania, o legislativo, o executivo, e o judiciário, como o eram entre nós, até a constituição de 1937.

Dois são os sistemas de separação de poderes. O sistema parlamentar, que a Inglaterra, a França e outros povos adotam, cada um com as suas pequenas diferenças locais, e o sistema presidencial que os Estados-Unidos implantaram em 1787, e que se irradiou pelo continente americano.

O sistema parlamentar é o da dicotomia do poder. O sistema presidencial é o da tricotomia.

Não se trata, aqui, de uma questão opinativa. Mas de realidades objetivas. No sistema parlamentar não se pôde deixar de reconhecer a supremacia da câmara legislativa sobre os demais órgãos da autoridade pública. No sistema presidencial, porém, o executivo e o judiciário são poderes como o legislativo.

E' que nos Estados-Unidos, as decisões da justiça se impõem ao legislativo e ao governo, contendo-os, a ambos, nas ráias inconfundíveis das suas atribuições constitucionais. O judiciário pôde opor-se ao poder legislativo como ao executivo. O que eleva a função judiciária à categoria de poder, não é apenas o fato de intervir o juiz para resolver uma questão de direito, e fazê-la vingar. Mas a prerroga-

tiva nova de se opor ao poder executivo nas suas ilegalidades contra a ordem jurídica, e, cousa realmente nova, opor-se igualmente ao legislativo nas suas deliberações inconstitucionais. Enquanto não puder opor-se a outro poder é apenas autoridade judiciária, pura e simples. Mas si as suas decisões tornarem nulas resoluções do legislativo por contravirem a constituição, então, mais do que autoridade judiciária, é poder judiciário. Está no mesmo nível que os demais poderes. Exerce, no seu sector, autoridade suprema, delegada embora, mas suprema. E é por isto que pôde opor-se ao poder legislativo e executivo nas suas demasias.

Poder aqui significa a competência que se tenha, de agir sem subordinação ou revisão de outro poder, embora em cooperação com ele, e por delegação direta do povo soberano. A delegação do exercício da soberania, em dada esfera, se expressa em constituição rígida, e não apenas flexível. O elemento específico do poder, como potência acima de autoridade, ou mero órgão de funções específicas, é a capacidade de opor-se a qualquer poder. Nos Estados-Unidos, uma decisão da Suprema Côrte põe embargos a deliberações dos outros poderes, por contrários a preceitos da constituição de 1787.

Na Inglaterra, não. As deliberações de seu Parlamento são soberanas. Não ha, na Inglaterra, constituição rígida, que limite os poderes da Câmara dos Comuns. O executivo é mera delegação do Parlamento sob a forma de gabinete ou ministério. E o judiciário não pode deixar de aplicar uma lei do Parlamento, sob o pretêsto de sua inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade das leis não é problema que se suscite nos tribunais ingleses. Por isto, em rigor, o que ha, na Inglaterra, é uma divisão de funções, cooperação do executivo com o legislativo, e supremacia final do Parlamento.

Com pouca diferença, na França. Lá, o judiciário não é realmente um poder, mas uma autoridade pública. “Chegou o momento, confessa Hauriou, de declarar francamente que o regime democrático exclue o poder judiciário da lista

dos poderes públicos empenhados no jogo político da separação dos poderes”

“Mas, acrescenta, deve ele ser substituído por outro que é o poder de sufrágio. — Gradualmente, com os progressos da soberania nacional e do sufrágio, o poder do sufrágio tem participado mais ou menos do govêrno com o poder executivo e com o poder deliberante” A multiplicidade e a periodicidade das eleições importam numa participação direta do povo no equilíbrio dos poderes.

De modo que, para Hauriou, ha, na França, três poderes: o legislativo, o executivo e o de sufrágio. O judiciário é ramo do executivo.

Não nos parece acertada a inclusão do poder de sufrágio entre os poderes do estado. Trata-se de uma democracia representativa. E, dentro dela, o sufrágio não decide, mas renova a representação, para que ela renovada decida.

Na França de 1789, a Assembléa nacional distinguia três poderes, um dos quais era o judiciário, independente e igual aos dois outros. Pela declaração de 1789, art. 16, e pela constituição de 1791, os poderes eram partes essenciais e constitutivas da soberania. Sonharam os revolucionários criar três poderes, e, particularmente, um legislativo e um executivo absolutamente independentes entre si. A constituição de 1848, art. 19, insiste nos princípios do romantismo revolucionário de 89. “A separação de poderes, proclamara ela, é a primeira condição de um govêrno livre”.

Mas o erro de uma separação absoluta de poderes, cada um dos quais agindo soberanamente em órbita própria, se tornou manifesto nos golpes de estado que geraram os absolutismos napoleônicos. “Os fatos políticos, doutrina Duguít, são o produto de uma infinidade de causas complexas. Mas estou convencido que a separação rigorosa que se pretendeu estabelecer entre os órgãos, no ano III, e em 1848, foi a causa principal dos graves conflitos que acabaram em golpes de fôrça”

A lição aproveitou aos francezes. E, hoje, na França, outra é a concepção jurídica de separação dos poderes. “O que se chama hoje separação dos poderes, continua Duguit, (D. C., V. II, pg. 536) é uma regra em virtude da qual existem órgãos de representação de soberania nacional, uma colaboração íntima e constante destes órgãos, uma ação recíproca de uns sobre os outros, e também uma separação entre o pessoal administrativo e o pessoal judiciário, uma independência tanto quanto possível atribuída ao pessoal judiciário”

Quer dizer que, rigorosamente, não ha, na França, separação de poderes. O parlamento e o govêrno, encarnado no chefe do estado, exercem um sobre o outro uma ação recíproca constante, pondo em comum seus esforços para a realização dos fins do estado. O sistema de hoje é bem diverso, nota Duguit, do que se quis estabelecer em 1791, em que cada um dos órgãos incorporava um elemento distinto da soberania, e devia ser independente e soberano em sua esfera.

E pondera: “Eu creio que, para evitar confusão, em lugar de separação de poderes, melhor seria dizer colaboração dos órgãos”

O judiciário, também para Duguit, não é um poder. “Para demonstrar que a justiça é um poder autônomo, seria preciso demonstrar que ela é um elemento destacado da soberania do estado, incorporada em um órgão de representação. Ora, essa demonstração é impossível, porque este fracionamento da soberania é impossível. E’ uma concepção metafísica, sem valor real”

Em suma, “o que se chama impropriamente separação de poderes é a diversidade de participação dos diferentes órgãos na atividade geral do Estado” (Op. cit. pg. 341)

Realmente, a separação de poderes não pôde ser concebida, hoje, como a coexistência de dois ou mais órgãos soberanos em sua esfera de ação. Cada qual giraria à parte, sem contato com os outros. E como a finalidade do estado é uma só, estes órgãos independentes inevitavel é

que terminem por se hostilizar, e gerar os golpes de estado. Modernamente, separação de poderes corresponde a duas realidades diferentes.

Ora, é a repartição das funções do estado por dois órgãos, em cooperação recíproca, mas subordinado o executivo à onipotência do parlamento; ora, é a repartição de funções por três órgãos independentes e coordenados entre si. Aquela é o sistema parlamentar. Esta, o presidencial.

No sistema presidencial a separação de poderes compreende, além da repartição de funções, a independência entre os órgãos, sem quebra da harmonia e cooperação com que devem agir, para a realização dos fins do estado. No sistema parlamentar, o poder executivo se subordina à soberania do parlamento. No presidencial, não. Os poderes são três, e ha, entre eles, independência e harmonia.

Não divaguemos. Independência dos poderes é essencialmente:

Primeiro, não serem nunca os órgãos de poder confiados às mesmas pessoas. Quem exerce função de um está privado de exercer as de qualquer outro.

Segundo, não ter nenhum dos órgãos o arbítrio de compor ou exonerar membros dos outros órgãos. Compreende-se que, já na composição geral dos órgãos, já na dissolução coletiva do parlamento, já na exclusão de alguns membros de qualquer esfera, intervenham os demais órgãos. Mas sem arbítrios, sem poderes discricionários, senão como aplicação rigorosa da lei. E' o que se verifica, por exemplo, quando o parlamento destitue por crime de responsabilidade o presidente da República; quando o poder judiciário sentencia à perda do mandato, por infração à lei, a um parlamentar; ou quando o chefe da nação, com apóio do senado, nomeia, (onde não é eletiva a composição da magistratura) os ministros do Supremo Tribunal. Mas, em todos estes atos, nenhum poder tem o direito de demitir a seu alvedrio membros dos outros poderes; nenhum pode exonerá-los a nuto. E' possível admitir-se, mesmo, que só os membros de cada poder possam destituir seus pares do

mandato que exerçam. Mas ainda quando se admita a interferência de uns nos outros, é sem arbítrios, em obediência rigorosa à lei. Pela mesma razão por que não é possível que membros de um poder exonerem a seu salvo membros de outros poderes, não é admissível que os prendam. A independência desapareceria sem as imunidades parlamentares ou judiciárias. Salvo caso de flagrante em crime inafiançável, a prisão só pôde efetuar-se, com prévia licença do órgão a que pertença o indigitado. Praticamente, a independência consiste, sob este aspecto, em não ficar membro nenhum de qualquer dos poderes à mercê do arbítrio de outro poder.

Terceiro, não poder nenhum órgão anular ou alterar as deliberações dos outros, em matéria de sua competência privativa. A competência de cada órgão é determinada pela constituição. As funções que se distribuem pelos órgãos da soberania, são de duas naturezas: 1.º) competência privativa, como a do parlamento para emendar a constituição, a do judiciário para dirimir litígios entre indivíduos, e a do executivo para comandar fôrças armadas; e 2.º) competência concomitante, como a do parlamento e do executivo para elaborarem uma lei ordinária, comporem a suprema Côrte, ou ultimarem tratados internacionais. A independência nas funções privativas não poderia, em bôa técnica, excluir a cooperação em funções comuns, e, mesmo, nas privativas. Como os interesses que eles disciplinam, são do estado, da pátria comum, do povo todo, a privatividade não exclue a harmonia com que todas agem para o predomínio da lei, e realização do bem geral. Nas competências privativas, porém, se acentua o traço mais vivo da independência.

Mas, além da independência entre os órgãos, como elemento que eleva as funções a poderes, um segundo elemento caracteriza a separação de poderes no sistema presidencial. Na concepção de que poderes são elementos intrínsecos da soberania, os órgãos que os exercem, giram em esferas autônomas, sem se tocarem teoricamente, mas, na prática, em hostilidades iminentes, que desfecham, como sig-

no fatal, golpes de estado. Na concepção, porém, de que poder é a capacidade de agir, por si, sem dependências mas por delegação constitucional da soberania do povo, além da independência com que agem entre si os poderes, mercê das suas atribuições privativas, o executivo e o legislativo colaboram nas mesmas atividades públicas, e todos, mesmo nas competências exclusivas, se inspiram na mesma finalidade do estado. Daí, como segunda característica da separação de poderes, a cooperação, a harmonia entre eles. Não só independentes, mas harmônicos ou coordenados.

Dir-se-á, talvez, que seria mais simples e mais harmônico a hierarquização de todos os poderes a um só órgão. Haveria, dentro do país, mais ordem e mais disciplina, e, nas relações externas, mais respeito ao direito e maior projeção internacional da nação.

Mas ha uma razão prática da maior importância para a separação dos poderes. E' a garantia da liberdade contra as tiranias e as demagogias. A liberdade política, assignala Montesquieu, no Espirito das leis, Livro XI, Cap. IV, não existe, ainda nos governos moderados, senão quando não se abusa do poder. "Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem o poder, é levado a dele abusar. Ele vae até onde encontre barreiras. Quem o diria? A própria virtude tem necessidades de limites. Para que não se possa abusar do poder, cumpre que, pela disposição das cousas, o poder detenha o poder."

Retrilhando o caminho desbravado por Locke, na observação dos costumes políticos da Inglaterra, Montesquieu acrescenta :

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se confunde com o executivo, não ha liberdade, porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Ainda não ha liberdade, si o poder judiciário não se separa do legislativo e do executivo. Si estivesse reunido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois que o juiz se-

ria o legislador. Si reunido ao executivo, o juiz teria a força de um opressor”

A grande lição que Montesquieu colhia da organização política da Inglaterra, é que só quando se oponha o poder do povo ao poder dos reis, tem o povo resguardada a sua liberdade contra a opressão dos reis.

Locke, antes de Montesquieu, já tinha posto em relevo a repartição de funções da Inglaterra. Eram, no seu entender, três os poderes: o legislativo, o executivo e o confederativo. No estado que tudo faça pela conservação da sociedade, doutrinava Locke, “não ha senão um poder supremo que é o legislativo, ao qual os demais devem estar subordinados.”

Já não se trata de hierarquização dos poderes à vontade de um homem ou do executivo, mas à vontade do parlamento que representa o povo. E, como, com a separação de poderes, o que se tem por mira é opor o povo um poder seu ao executivo que o tire, nada mais sábio que organizar o povo um poder seu que contenha a corôa no respeito às liberdades públicas. Mas conservou o povo inglês o poder executivo separado do legislativo. Porque, “si as pessoas que fizerem as leis tiverem o poder de executá-las, grande seria, dada a fragilidade humana, a tendência de acomodarem as leis aos seus interesses privados, e estes interesses podem ser contrários aos fins da sociedade e do governo. Onde o bem público for levado a sério, o poder que faz as leis, se separa do poder que as executa” (Essay of civil government).

Através das lutas constantes pela liberdade, o povo inglês obteve, na Câmara dos Comuns, que o representa, a soberania dos seus destinos políticos. Hierarquizando, embora, o executivo ao parlamento, e não admitindo, apesar do imenso respeito que vota à justiça, opor-se o poder judiciário às suas decisões soberanas, a liberdade ficou acutelada contra os abusos do governo. Não teria ficado, contra as demasias das multidões, contra as loucuras demagógicas, contra a vontade sem peias da plebe, si não fossem

as suas tradições liberais, a consciencia cívica e jurídica popularizada, como sangue vivo que circula oxigenado nas veias do país. E estas tradições de liberdade, esta cultura cívica e jurídica não se improvisam.

Os Estados-Unidos, apesar de sua origem britânica, das suas tendências britânicas, de seu propósito de imitar, quanto possível, a organização política da mãe pátria, não tinham tradições que refreiassem os excessos às massas populares. Não é de confiar o exercício direto da soberania a um povo sem cultura profunda, e sem tradições jurídicas. A soberania não é onipotência para tudo. Tem uma razão genética de ser. Ela surge para assegurar as liberdades iguais. A opressão sempre nefasta não é só das corôas. É mais grave ainda, quando concebida nas entranhas das turbas, nas sociedades populares de salvação pública, nas assembleias nacionais à 1789. Daí não terem os patriarcas da democracia americana adotado o sistema inglês de opor apenas ao executivo o poder legislativo. Era preciso acautelar-se contra os excessos das multidões no legislativo, as suas paixões, os seus baixos interesses, a sua decadência plebéia. Mas como? Definindo, numa constituição rígida, os princípios jurídicos, estáveis ou eternos, que limitem os poderes ao parlamento. Este não é soberano. Soberano é só o povo diretamente, ou representado em congresso constituinte.

Mas, para que tal constituição, limitadora dos poderes do legislador, como do executivo, não ficasse exposta aos golpes de estado de um e outro, os constituintes americanos alçaram à categoria de poder o órgão judiciário, para defender a constituição contra abusos do governo ou do parlamento, opondo-os, como poder, aos outros dois poderes nas suas resoluções inconstitucionais.

Daí o sistema americano da verdadeira separação de poderes independentes e coordenados entre si. Três são os órgãos de soberania nacional: o legislativo, o executivo e o judiciário, independentes e harmônicos entre si, como se exprimia, entre nós, a constituição de 1891. A de 1934 re-

produziu o conceito. E a de 1937 abriu mão dele e do sistema, para hierarquizar todos os poderes ao chefe do executivo, em nome de misteriosas realidades brasileiras.

Mas que é o que se pode alegar contra o sistema presidencial de separação dos poderes?

Duas objeções andam no ar. Preliminarmente, alega-se, a separação de poderes só existe na “teoria literária das constituições”

Isto seria verdade si a separação de poderes fosse o que apregoaram os revolucionários de 1789, ou 1848, na França.

Mas, objetam, a separação de poderes é incompatível com a soberania, por natureza indivisível. E’ o que dispara Duguit com esta energia:

“Sendo soberana a vontade geral, é soberano cada um dos elementos que a compõem; cada um destes elementos da soberania é delegado mediante representação a um órgão e cada órgão exerce uma função diferente. Finalmente um poder é um elemento fracionado da soberania incorporado em um órgão, o qual exerce uma função correspondente. Sendo indivisível a soberania, cada um destes poderes é soberano, e sendo una a soberania, posto haja muitos poderes soberanos, não ha jamais senão uma só soberania”

Compara, então, Duguit, para causticar a doutrina com ferro em brasa:

“O espirito aproxima espontaneamente essa teoria da trindade politica com a teoria teológica da trindade divina. A mesma concepção e a mesma maneira de raciocinar são a base de uma e outra. A divindade é una e indivisível. Formam seus atributos outras pessoas distintas, igualmente divinas. Mas a divindade continua una e indivisível, apesar da existência de três pessoas divinas. Da mesma forma, a soberania é una e indivisível, seus atributos formam três pessoas distintas igualmente soberanas. Não obstante, ha uma só soberania una e indivisível, apesar da existência de três poderes soberanos” (D. C., V 2, p. 522).

A este aspecto, realmente, não ha teoria cuja metafisica páire mais acima das nuvens. Mas é critica à concepção franceza de 1791 e 1848. Nada tem que ver com a realidade da separação de poderes, como na vida constitucional dos Estados Unidos.

A soberania não pode deixar de ser, em cada povo, uma só; não se comprehende a coexistência de duas ou mais. E' una e indivisivel.

A separação de poderes, na teoria e na prática americana, não implica em ser cada poder soberano. Nenhum é soberano. Só a nação é soberana. Para que cada poder, ou qualquer, fosse soberano, seria preciso que cada um pudesse agir sem subordinação a nenhuma vontade senão à sua, tivesse poder acima da qual não existisse outro. Ora, isto não se dá no sistema presidencial. O legislativo está subordinado à constituição. O executivo não pode transpor as ráias constitucionais. O judiciário só pode aplicar a lei sem legislar. Nenhum gosa de poderes ilimitados. A separação no sistema presidencial, é de poderes limitados. Se nenhum é soberano, como supor contradições entre a separação deles e a indivisibilidade da soberania? A contradição seria flagrante, si os poderes fossem parcelas soberanas da soberania nacional. Mas não é o que se apregoa em doutrina, nem o que se realiza no governo estadunidense. Cada poder é um órgão com a competência de agir, ora em cooperação, ora em independência recíproca, mas todos por delegação de soberania nacional, a cuja constituição estão sujeitos.

A segunda objeção é mais complicada.

Sabe-se, por experiência, que não podem duas ou mais pessoas mandar por último na mesma casa. Emquanto estejam de acordo, tudo vai bem. Mas, na hora da desinteligência, quem resolveria o dissídio? Si, surgido o desacordo, chegassem a uma composição amigavel, ainda tudo iria bem. Mas se tomar cada um attitude intransigente? Si terminar um por impor sua vontade, ficará só ele a mandar por último. Si não chegarem por si mesmos a nenhum acomodamento, nem houver imposição da vontade do mais forte, a

discórdia perdurará, anarquizando tudo, escancarando as portas aos golpes de estado. Na hipótese de terminar por impor um sua vontade aos outros, some-se a coexistência de poderes iguais. Em qualquer hipótese, a separação de poderes é um devaneio de teóricos, sonho de juristas sem o senso real da vida. Em suma, o que, a este respeito, a experiência nos ensina, é que a separação de poderes é sempre nefasta. “Na Constituição do ano III, expõe Duguit, a Convenção reproduziu quasi nos mesmos termos os princípios de 1791 sobre a separação dos poderes e a regra dos três poderes. Ela tentou criar também três poderes e particularmente um poder legislativo e um poder executivo absolutamente distintos e independentes um do outro. Sabe-se quantos males resultaram disto. A história do governo ditatorial é a de uma série ininterrupta de golpes de estado; ela acabou no 18 brumário, que destruiu o regime” (D. C., Vol. 2, p. 533). A objeção é, pois, que a separação de poderes é a causa principal dos golpes de força, contra os regimes que a instituírem.

E’ preciso, porém, distinguir. Si a separação de poderes é a de vários órgãos, rigorosamente independentes entre si, soberanos, sem colaboração recíproca, claro está que a consequência fatal é o não funcionamento do governo, e, por fim, os golpes militares, que substituem a lei pelo arbítrio.

Mas si separação de poderes não é o sistema romântico da revolução franceza, mas o sistema parlamentar inglês, ou francês de hoje, ou o sistema presidencial dos Estados-Unidos e do fim da primeira República entre nós, a objeção já não procede.

Certo, os atritos podem surgir. Mas ha, para cada um deles, solução legal. A independência, sem soberania, não exclue a cooperação e harmonia entre os poderes. E’ o que facilmente se póde verificar.

Mas respondamos à objeção. Assinalemos, em primeiro lugar, que onde não houver separação de poderes, haverá hierarquização deles ao arbítrio do poder executivo, e, ás vezes, do legislativo. E, a consequência desta hierarquização

é quasi sempre a tirania, a supressão da liberdade, e o opróbrio da vida.

Não se deve perder de vista que os fatos sociais são complexos, e, por vezes, contraditórios. Hoje, como outrora, se encontram os dois regimes: o da hierarquização e o da separação de poderes.

Que é o que se pode concluir desta realidade? Não se pode generalizar uma parcialidade. Só se infere em lei a unidade na variedade dos fenômenos. Onde não se trilhar unidade, não ha o que induzir.

Mas, por outro lado, a ciência não se constitue de fatos isolados. E' uma sistematização de leis. Não basta, na espécie vertente, notar a contradição dos fatos. Ha, em cada um deles, causas e efeitos?

Duas causas, pelo menos. A primeira é a hierarquização dos poderes. A segunda, a separação deles. São dois fatos de que defluem conseqüências diferentes. Poder-se-á determinar a constância e permanência entre aqueles antecedentes e estes conseqüentes?

Verificadas as relações constantes entre uns e outros, isto é, entre a hierarquização dos poderes, como antecedente, e os resultados que dela decorrem, como conseqüente, e, da mesma fôrma, entre a separação de poderes, como antecedente, e os resultados que dela derivam, como conseqüentes, passa o observador a uma nova indagação. Entre estas e aquelas conseqüências, qual o grupo que corresponde aos fins da sociedade, ou á razão de ser do estado? A hierarquização ou subordinação de todos os poderes ao arbítrio de um homem é favoravel ou contrária à vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade? A independência e harmonia dos poderes é favoravel ou contrária ao destino do homem e aos fins da sociedade?

O problema pôde complicar-se. O homem e a sociedade são hoje o que não foram ontem, diferem aqui do que são acolá. De modo que as conseqüências da dependência ou da independência dos poderes entre si podem variar conforme

a raça e a cultura do homem, conforme as tradições, as condições econômicas e situação de vizinhança e outras da sociedade. E o regime que hoje der certo, póde amanhã, com a mudança das circunstâncias, ser entrave à conservação e desenvolvimento do povo.

Considerados devidamente todos estes fatores, a ciência registrará as leis, isto é, as relações constantes entre os regimes em prática e os seus malefícios ou benefícios verificados.

Nesta verificação, um dos elementos de maior pêsso na produção das conseqüências ou efeitos dos regimes em ação, é a natureza da vontade humana nos que governam. Não se póde, senão incidindo em erros irremissíveis, abrir mão da grande lei psicológica, posta em tanto relevo por Montesquieu, de que o poder tende sempre aos abusos, e só se detém deante do poder.

Tudo considerado, conclue-se que, na realidade dos fatos, em condições normais, isto é, num povo civilizado, exceptuadas as épocas em que se convulsione em anarquia, os resultados da independência e harmonia dos poderes entre si são mais favoráveis à conservação e desenvolvimento do homem e da sociedade, do que as conseqüências da hierarquização de todos os poderes ao arbítrio de um só homem, ou de uma corporação.

A razão é sempre a mesma: quem quer que disponha do poder, tende a abusar dele. Só se detém deante de barreiras que não possa remover. Só se eximiria desta lei quem estivesse em cheiro da santidade. Por mais patriota, por mais bem intencionado, por mais firmeza que tenha de character, não ha quem escape à contingência humana, mesmo em boa fé, do erro e do abuso.

Deante disto, o dilema de que a separação de poderes ou dá em anarquia e gera golpes de força, ou termina por ser substituído pela hierarquização, já perde os seus contatos com as realidades sociais.

Resta, então, examinar si realmente ha, ou não, no mecanismo da separação de poderes, soluções legais para os con-

flitos entre eles. Si houver, o dilema cái. Si não houver, colhe.

Ora, três ordens de atritos são possíveis entre os órgãos de soberania.

Primeiro, reações entre o legislativo e o executivo.

Segundo, divergências entre o judiciário e o legislativo, agravadas, às vezes, pelo apoio do executivo ao legislativo.

E, terceiro, choques entre o judiciário e o executivo.

Três são os poderes. Três as ordens de desencontros entre eles. Si houvesse um poder moderador, chave e cúpula do sistema, então a solução dos conflitos entre os outros três poderes caberia ao poder moderador. Mas teríamos, com ele, caído na hierarquização dos poderes a um só.

A hipótese é de não haver poder moderador, poder supremo, mas três órgãos da soberania nacional, independentes e harmônicos entre si. As desinteligências entre estes órgãos são inevitáveis. E de duas uma: ou ha solução legal para elas sem quebra da independência que essencializa a separação, ou não ha solução legal, e, na atmosfera e mal estar reinante, as desordens virão, virão os golpes de estado, que mudam regimes.

E' preciso, pois, para valer de fato o sistema de separação de poderes, resolverem-se, dentro da lei, os conflitos que surjam entre eles.

Nos paizes bem organizados, como os Estados-Unidos, as soluções existem apropriadas e imperativas, sem criação de um quarto poder, o moderador, e sem apelo a plebiscitos ou referendos.

Vejamos.

Primeiro, atritos entre o executivo e o legislativo.

Os desentendimentos entre eles podem ser de duas espécies: ou na estatuição das leis, ou na política do governo. Num e no outro caso, as soluções variam com o sistema parlamentar ou presidencial de separação de poderes.

No sistema parlamentar, as desinteligências mal chegam a esboçar-se, porque a separação de poderes é mínima, ou

quasi só reduzida a uma separação de funções e cooperação recíproca, mas, afinal, sob a vontade soberana do parlamento. Já no regime presidencial, a separação de poderes é ampla, positiva, inequívoca, e, por isto, os conflitos são dia a dia iminentes. Já não estão os poderes sob a vigilância onipotente do parlamento, ou de outro órgão, e, por isto, serão não apenas iminentes, mas da maior gravidade, os conflitos dos poderes, si não houver, no sistema, instrumentos que lhe permitam o funcionamento em harmonia. Sem eles, a separação seria realmente uma loucura, um plano inclinado, escorregadio para os golpes militares. Felizmente, existem, mas tão delicados, que o seu funcionamento normal pressupõe estadistas não tanto de pulso de ferro, como de character, cultura e sagacidade.

Mas examinemos as soluções. O primeiro conflito se verifica na estatuição das leis. No regime parlamentar, sendo o executivo praticamente uma comissão da Camara dos Deputados, não se compreende nem sanção nem veto aos projetos de lei do parlamento. O parlamento elabora a lei de acordo com o gabinete. Resta ao chefe do executivo apenas o trabalho da promulgação e da publicação. A promulgação para autenticar o texto votado pelas casas do legislativo. A publicação da lei para o conhecimento de todos. Os conflitos, pois, não são de esperar. No regime presidencial, porém, os conflitos são possíveis. A elaboração das leis é objeto da competência de ambos. O executivo póde apresentar projetos de lei, e, em certas matérias, o projeto é sempre de sua iniciativa. Mas, além da apresentação de projetos de lei, cabe ao executivo sancionar ou vetar, no todo ou em parte, ou só no todo, os projetos das leis, aprovados pelas câmaras. Sancionando-os, não ha conflito. Mas si vetá-los?

Aqui, duas hipóteses se podem dar: ou as câmaras legislativas se conformam com o veto, ou não. Em ambas as hipóteses, ha soluções para o conflito. Na primeira, pela conformidade do legislativo com o executivo que terá reconsiderada a sua attitude. Na segunda, mantendo a sua attitude

anterior, e, neste caso, é o executivo que se conforma com o legislativo.

De sorte que, embora coopere o executivo com o legislativo, cabe a este a palavra final em matéria de estatuição de leis. A cooperação dos dois órgãos em matéria legislativa não exclue a supremacia do parlamento.

Agora, os atritos em matéria da política do governo. A orientação geral que o chefe do executivo imprima aos negócios públicos, pôde repercutir desfavoravelmente nas câmaras legislativas. Não se trata de crimes que o governo perpetre. Mas de direção opinativa onde ha margem para largos poderes discricionários. Como resolver, nesta emergência, a discórdia? Si o regime fôr parlamentar, nada mais facil. A queda do gabinete, e consequente organização de um novo põem logo de harmonia o legislativo com o executivo. Mas si o regime for presidencial, a solução da queda de governo não tem logar. Dimitir-se o chefe do executivo por imposição do parlamento, seria a subordinação do órgão executivo ao legislativo, e lá se iria a separação dos poderes. Não é, pois, solução, mas golpe de violência. Renova-se o gabinete no regime parlamentar. Mas no presidencial, em que não ha gabinete responsavel pela orientação geral do governo perante o parlamento? Em rigor, não ha mesmo ministérios, não se pôde dizer que exista gabinete, mas ministros ou secretários do estado, isolados, da confiança pessoal do chefe do executivo. Neste caso, como harmonizar os poderes, sem quebra da independência recíproca?

Ainda aqui, cumpre distinguir, na orientação geral dos negócios públicos, internos ou externos, aqueles que se não podem consumir sem a cooperação do parlamento, ou de uma das suas câmaras. Quando Wilson, presidente dos Estados-Unidos, empenhou o seu país, em 1918, nos compromissos da Liga das Nações, o senado recusou ratificar a sua política exterior. Abriu-se, evidentemente, um desacordo. Mas a solução constitucional foi dada sem quebra de independência recíproca. Prevaleceu o parecer do senado. Só por um processo seria possível triunfar o parecer do presidente da-

quela República na sua política contrária ao parecer do senado. Seria, na renovação do mandato seu e dos senadores, eleger o povo maioria de senadores que estivessem com a política internacional do presidente. Não foi o que se verificou. Na successão de Wilson, o povo elegeu para a presidência da Republica candidato da política oposta. E assim se encerrou o dissídio, sem quebra da independência dos poderes, e na mais perfeita consagração da democracia. Falou, no caso, por último quem tinha, afinal, de suportar as consequências da política que predominasse.

Nos demais casos, isto é, na política do governo que se consuma sem audiência do parlamento, ainda que este entenda estar em mau caminho o governo, predomina a vontade do executivo. Si o regime fosse parlamentar, o governo seria a vontade do parlamento. Mas, sendo presidencial o regime, a divergência de opinião, que surja, não tira ao executivo o seu império. O mais a que pôde recorrer o parlamento, é apelar para a decisão das urnas. Na successão do chefe do executivo, o povo ou reelegerá o presidente, consagrando a sua política, ou o derrotará nas urnas, condenando-a. A palavra final será a dos governados, como é natural e justo.

Para casos tais, poder-se-ia ainda apelar, sem ofensa aos bons princípios, para o referendo popular. O mal deste apelo, si repetido, estaria no excesso de agitação popular, sempre que a maioria dos representantes entender opor-se ao presidente. A experiência dos Estados-Unidos consagra por sábia a solução popular das eleições gerais.

E' o que Hauriou denomina o poder de sufrágio. Excluindo o judiciário da categoria de poder, ele considera o de sufrágio como o terceiro poder.

E' o poder a quem incumbe a solução final nos atritos entre o executivo e o legislativo.

Quando a luta se exaspera entre o parlamento e o governo, a solução imediata, no regime parlamentar, é a dissolução da câmara dos deputados, para que o povo decida. O poder de sufrágio tem, neste caso, a palavra final.

Passemos, agora, a examinar os atritos possíveis entre o judiciário e os dois outros poderes.

Tais atritos só podem ser de natureza judiciária. São excluídas as questões estritamente políticas, isto é, as que se decidem, não pelo critério da lei, mas pelas conveniências atuais. Um juiz não pôde, por exemplo, revogar uma lei ou nomear um embaixador, decretar o estado de sítio, ou dissolver o parlamento. A missão do juiz é resolver uma questão de direito por provocação da parte, ou mesmo “ex-officio”. Só no exercício desta missão é que poderiam surgir atritos. Atritos com o governo, ou atritos com o parlamento. E’ o caso, por exemplo, da concessão de uma ordem de “habeas-corpus” O governo prende certo indivíduo. Recorre o preso ou alguém por ele ao tribunal, e o tribunal, julgando ilegal a prisão, ordena a soltura da vítima. O choque é inevitável. Mas já resolvido em si mesmo. No caso prevalece a resolução judiciária.

Dir-se-á que o tribunal pôde errar, e não seria prudente, por isto, dar-lhe faculdade de decidir sem apelo, contra atos do governo. Seria implantar a ditadura judiciária.

Em primeiro lugar, o que o tribunal faz em tais casos, é interpretar a lei, examinar os fatos, e aplicar a lei aos fatos, para restabelecer uma situação de direito. E’ a missão judiciária. Si, interpretando a lei, si, examinando os fatos, errar, paciência. Também pôde errar o governo cujos atos sejam anulados pela intervenção judiciária.

Em segundo lugar, como haver por ditadura a supremacia do judiciário em matéria jurisdicional? Alguém tem de falar por último nas cousas humanas. Si não for o tribunal na solução das questões de direito, será outro órgão. E si o falar por último implica em ditadura, quem quer que fale por último, terá de exercer tal ditadura. O argumento prova, pois, demais. Si, mesmo assim, verificar o povo que, com a supremacia judiciária na aplicação de certa lei, ha danos a lamentar, nada lhe impede de alterar a lei que cause tal dano, seja por danosa em si, ou porque os tribunais a estejam interpretando mal. O juiz não estatue, não derroga nem

revoga a lei. Fá-la cumprir na solução das questões de direito. Logo, ainda por este lado, a argüição da ditadura judiciária sôa falso. Si não se quizer que, contra atos do governo, fale a justiça sem apelo, o que primeiro importa é não criar o governo a questão de direito com os cidadãos. Da parte do governo, bastará que respeite, por sua vez, as leis.

E si o atrito for com o poder legislativo?

Elaborou o congresso uma lei, que se acôima de inconstitucional. Recorrem os prejudicados aos tribunais, para que resolvam a questão de direito suscitada. Contraditando-se com a lei constitucional uma lei ordinária, não póde o tribunal eximir-se ao dever de amparar a lei constitucional que a ordinária não derroga. E' conflito que não se póde jamais verificar onde a constituição não for rígida, isto é, onde a lei constitucional puder ser elaborada pelo mesmo processo de elaboração da lei ordinária. Porque, neste caso, a lei posterior revoga sempre os textos legais em contrário, sem distinção. Conflitos desta natureza só são possíveis nos regimes de constituições rígidas.

Enquanto se elaborava a lei, o poder judiciário se manteve em silêncio. Não lhe cumpria agir. Só quando lhe baterem às portas, invocando a proteção constitucional, é que o tribunal exerce o seu mistér de resolver estas questões de direito. E, resolvendo-as com aplicar a constituição contra leis ordinárias, é como si declarasse nulas as leis ordinárias. Si applicasse a lei ordinária, é como se declarasse nula a lei constitucional. De qualquer fórmula, terá de preferir uma. E, como no regime das constituições rígidas, não se applica, em matéria constitucional, o princípio de que qualquer lei posterior revogue a anterior, terá o juiz de pôr embargos à ação inconstitucional do legislativo.

Quer-se, porém, como convém, evitar táis conflitos? Nada mais facil. Cumpra o legislador o seu dever, sem sair da competência que tenha. Não tem competência para revogar, em processo de elaboração comum, preceito constitucional. E si o tenta, exorbita. O que fizer, não é razoavel que preva-

leça. Não tem o legislativo competência para dar-se competência contra a constituição que lh'a negue.

E, por aqui, se vê bem claramente como é possível estabelecer, no aparelhamento do estado, a independência dos poderes, nos termos expostos, compatível com a harmonia entre eles, como peças de uma só máquina, cada uma das quais com função própria, e todas em harmonia para a mesma finalidade. Não ha conflito para o qual não se encontre solução legal. Não é necessário apelar para as revoluções, ou os golpes de estado. No mecanismo da separação de poderes, concebida à maneira da grande república do norte, e não à da metafisica de 1789, o equilibrio é sempre possível, sem desprestigio do estado, e para maior beneficio de todos.

Com a simples distribuição de funções e sua hierarquização ao poder executivo, não ha garantia da liberdade. Distribuem-se as funções, repartindo-as com os vários órgãos, e pondo-as em colaboração reciproca, com um propósito distincto da separação de poderes. A distribuição de funções se inspira na necessidade de assegurar ao estado eficiencia e continuidade de vida. A separação, porém, de poderes se inspira na necessidade de garantir a liberdade contra os abusos de poder, atalhar os golpes de estado, e prevenir as guerras civis.

Algumas sugestões para a reforma da Legislação Judiciaria Civil

Spencer Vampré

As queixas, que diariamente surgem nas conversações e na imprensa periódica, a respeito da morosidade e da incerteza das aplicações do direito, recaem, em sua maior parte, sobre as regras do processo, cuja observância muitas vezes destrõe a realidade prática do direito substantivo. Si me assiste um direito pessoal ou real, e perco a demanda, que intentei para torná-lo respeitado e eficaz, praticamente se desmentiu aquele meu direito, pois o Estado não acudiu com a sanção pronta que o meu interesse individual e a vida social exigem. Quaisquer sugestões, portanto, que visem tornar a discussão judicial mais pronta, mais segura e mais econômica, devem merecer acolhida simpática, e a colaboração dos que creem no progresso indefinido das instituições humanas.

AS NULIDADES

Comecemos por um dos capítulos mais complexos do direito processual — o das nulidades. Devemos considerar, em primeira linha, que a própria existência de nulidades, em atos solenemente praticados sob as vistas dos juizes, constitue uma aberração, dado que aos juizes assistem conhecimentos juridicos elementares, e todos os atos são notificados á parte adversa. Dever-se-ão consignar no código do processo civil estes princípios fundamentais, salva a redação:

Art. A parte, contra quem se quizer que produza efeitos qualquer ato judicial defeituoso, poderá pedir ao Juiz que o declare ineficaz, enquanto se não sanar o defeito que o inquine.

§ 1. A nulidade de qualquer ato judicial só a este abrange, e será sanada logo que, alegada, assim o ordene o Juiz, observadas as solenidades preteridas.

§ 2. Si os autos se acharem conclusos para sentença, em primeira ou segunda instância, converter-se-á o julgamento em diligência para serem supridas as nulidades do ato defeituoso, ou se realizar este de novo, sem prejuizo de todos os outros atos judiciais subsequentes, que não forem decisórios.

Parece-nos que si se adotar como critério fundamental que o Juiz de primeira, ou segunda instância, tem o dever, e o direito, de sanar todas as nulidades apontadas pela parte a quem prejudica, e que estas não importam a ineficácia dos atos informativos, mas apenas a da decisão, ter-se-á simplificado o processo civil, extirpando-lhe um dos mais sérios e invencíveis defeitos.

Cumpré assinalar que o processo judicial não é mais que uma discussão ordenada e não arbitrária para descoberta da verdade dos fatos e reta aplicação do direito. Não se poderá negar, sob suspeita de possível parcialidade do Juiz, que este providencie pela exata observância de todas as formalidades, e mesmo pela repetição de atos, uma vez inquinados de defeitos que prejudicarão o seu julgamento futuro, ou o do Tribunal *ad quem*.

Esta matéria é complexa, e, uma vez que visamos apresentar “sugestões”, parece-nos mais conveniente atingir outros

problemas do que nos emaranharmos em regras processuais secundárias, tendentes á perfeita realização dos princípios expostos.

Toquemos outro ponto:

OS RECURSOS

Nada pode haver mais chocante, mais flagrantemente injusto, mais revoltantemente anti-social e anti-juridico, do que deixar o Tribunal Superior de tomar conhecimento de um recurso por não ser cabível, ou por falta de formalidades processuais no respectivo instrumento, ou por ter sido interposto com errôneo fundamento. Desde que a parte recorreu, pagou as custas, a parte adversa foi ouvida, e o Juiz deu a sua decisão confirmatória da decisão recorrida, nada deve impedir ao Tribunal Superior de entrar no mérito do recurso, uma vez que a sua função primordial é administrar justiça, corrigindo o erro judiciário ou a injustiça da decisão, ou ainda provendo á segurança de um direito. Não ha, a nosso ver, mais dramático espetáculo do que o que assistimos todos os dias — não se tomar conhecimento de um recurso, porque este não era cabível, porém um outro, quando é certo que a parte recorreu, e que o Juiz entendeu de mandar segui-lo. Não vêem os Juizes de Segunda Instancia que estão assim matando o direito, por amor á formalidade processual? Para evitar tal inconveniente propomos o seguinte principio:

Art. De qualquer decisão do Juiz, poderá a parte recorrer por instrumento, e sem efeito suspensivo, para o Tribunal Superior. Este, tendo elementos para decidir, julgará logo, confirmando ou reformando a decisão recorrida, e não os tendo mandará preliminarmente que o recorrente os supra, intimada a parte adversa.

Esta sugestão visa acabar com a nefasta distinção entre apelação e agravo, havendo apenas *recurso*, sem efeito

suspensivo. Acrescentariamos que, em casos especiais, e para evitar consideravel dano ao recorrente, poderia o Juiz exigir do recorrido que segurasse o recorrente de qualquer dano que a execução imediata da decisão lhe possa causar, caso não venha a ser confirmada. Si se receiar abandonar a tradição, poder-se-á manter ao recurso da decisão final do Juiz o efeito suspensivo, e a todos os outros o efeito devolutivo, podendo, entretanto, o Juiz suspender a execução ou dar execução imediata, si a parte interessada o reclamar e der segurança á outra do resarcimento do dano eventual.

ATOS SOB PROTESTO

Outra sugestão: — permitir á parte interessada praticar qualquer ato de instrução do processo (inquirição de testemunhas, exames, vistorias, depoimento da parte adversa, precatórias, etc.), embora a parte adversa se oponha, desde que a requerente pague as custas, e não haja suspensão do andamento do feito. Estes atos serão praticados *sob protesto*. Exemplifiquemos para melhor compreensão: — O autor quer ouvir uma testemunha. O réu pretende que se acha exgotada a dilação probatória. Ou o autor quer que os peritos respondam a um quesito. O réu se opõe a esse quesito por ser impertinente. O Juiz dá razão ao autor, e decide que a testemunha não deve ser ouvida, ou o quesito não deve ser respondido. Pois bem: o autor poderá pedir que se faça sob protesto, isto é, pagará as custas respetivas, e pleiteará que no julgamento em primeira ou segunda instância se aprecie a admissibilidade, ou inadmissibilidade, da prova requerida. Parece-nos isso muito mais lógico, e mais pronto, do que interromper o processo, interpor agravo, e levar ao Tribunal Superior prematuramente uma questão que ele poderá apreciar de futuro sem prejuizo para ninguem, e ainda com a vantagem de maior abundância de elementos de discussão.

Outra sugestão, e esta da maior simplicidade, é a que consiste na triplicação dos autos, mediante a máquina de escrever: — todo e qualquer articulado, requerimento, ato probatório, ordinatório ou decisório, é feito á máquina em três exemplares, ficando o original em cartório donde nunca sai a não ser para a sentença ou despacho do Juiz, e sendo as duas cópias, autenticadas pelo escrivão, entregues a cada uma das partes, ou (sendo elas muitas) áquela que fôr encarregada por todas de recebê-las.

Parece-nos que os artigos seguintes englobam as regras dominantes:

Art. 1. Todos os processos cíveis serão dactilografados de acôrdo com os dispositivos da presente lei, podendo ser feitos em papel carbono os exemplares ou cópias a que ela se refere.

Art. 2. Todos os articulados, requerimentos, alegações e cotas, feitos por um litigante, serão dactilografados em triplicata. Apresentados ao escrivão, depois de verificar este que os três exemplares conferem entre si, submeterá o primeiro deles ao despacho do juiz, e este porá também a sua rubrica nos dois outros. O escrivão guardará o primeiro exemplar em cartório, autoando-o juntamente com os documentos que o instruirem, e entregará o segundo ao autor e o terceiro ao réu, certificando neles o despacho exarado pelo juiz no primeiro, e certificando neste a entrega referida, da qual poderá exigir recibo.

A entrega da cópia a qualquer dos litigantes poderá ser também feita por oficial de justiça, praticadas as formalidades referidas, e a certidão da entrega será junta ao primeiro exemplar.

Art. 3. Todos os documentos, instrumentos, mapas e papeis, com que uma parte instruir os seus requerimentos, ou alegações, serão oferecidos jun-

tamente com duas cópias, sendo o respetivo original junto aos autos, em cartório, e sendo cada uma das cópias entregues a cada um dos litigantes, depois de conferidas e com as formalidades do artigo anterior.

Art. 4. Sempre que houver mais de um autor ou réu, salvo si forem marido e mulher, o juiz, a requerimento de qualquer deles, ou sob representação do escrivão, indicará qual o advogado dos autores ou réus que em nome de todos receba as cópias.

§ Único. Poderão, entretanto, todos os litisconsortes obter do escrivão as cópias, pagando as respetivas custas.

Art. 5. Todos os termos de audiências, assentadas, depoimentos das partes, e testemunhas, e quaisquer outros, lavrados pelo escrivão e seus ajudantes, serão dactilografados em triplicata, á medida que se forem exarando.

§ Único. O primeiro exemplar, assinado pelo juiz, pelo escrivão e pelas partes, ficará autoado em cartorio, e os dois outros, finda a audiência, serão entregues, depois de rubricados por todos, e pelo escrivão, a cada um dos litigantes, ou ao advogado indicado pelos autores ou réus, si forem mais de um.

Art. 6. Nas vistorias, arbitramentos, e outros exames periciais, será o laudo oferecido em três exemplares dactilografados, sendo o primeiro autoado em cartorio e os demais entregues ás partes com as formalidades dos artigos precedentes.

Art. 7. O juiz dará a sua sentença em triplicata dactilografada, ficando o original em cartorio e sendo as cópias assinadas e rubricadas entregues ás partes com as mesmas formalidades.

Art. 8. Para apresentar-se á instância superior não necessitará a parte de traslado, bastando-lhe depositar em cartório todas as cópias que houver recebido, as quais, depois de ordenadas e conferidas pelo escrivão, ficarão autoadas em cartório, remetendo-se áquella instância os autos formados pelos primeiros exemplares.

Art. 9. Os autos formados pelos primeiros exemplares não sairão de cartório sob pretêsto algum, salvo para o juiz, mas poderão ser livremente consultados pelas partes ou por terceiros.

Art. 10. Quaisquer erros ou omissões não prevalecerão contra o teor dos autos que ficam em cartório, e dos documentos que os instruirem, pois devem as partes sempre conferi-los com as cópias que recebem, não se admitindo reclamações a respeito, uma vez decorridos os prazos em que podem reclamar contra os despachos, na conformidade das leis do processo.

Art. 11. Ao advogado ou procurador que cientemente e por mais de uma vez apresentar no mesmo feito cópias erradas, ou omissões, será vedado o direito de receber cópias e só terá vista dos autos em cartório. Si ainda reincidir na infração, poderá ser suspenso até 60 dias, e si ainda perseverar, ficará impedido de procurar na causa.

Art. 12. O escrivão, que for omisso ou negligente na extração e conferência das cópias, ficará sujeito ás penas disciplinares na conformidade da legislação vigente.

Art. 13. Continuarão a ser praticados todos os termos e fórmulas consagrados pelas leis do processo e pela praxe, no que não forem contrários á presente lei, revogadas as disposições em contrário.

OS ESCRIVÃES

Cumprе considerar agora outro aspecto do problema processual. Nunca se conseguirá rápido andamento dos feitos, enquanto subsistir o monopólio dos escrivães. A observação diária nos ensina que os prazos forenses se dilatam indefinidamente pela pouca atividade dos escrivães ou escreventes, que, trabalhando por distribuição, não têm interesse em se tornarem mais operosos. Neste ponto, nas comarcas de maior movimento, a lei de organização judiciária poderá criar tantos escrivães quantos sejam necessários para o movimento dos feitos, e ainda admitirá que qualquer escrivão possa funcionar em qualquer ato judicial. Haverá, assim, uma distribuição inicial para o escrivão-secretário do Juízo, que será o encarregado de guardar os autos originaes e juntar-lhe todos os termos lavrados por ele próprio, e pelos outros. Mas, qualquer escrivão disponível poderá ser chamado para dactilografar o termo processual requerido pelas partes, recebendo por isso os emolumentos respectivos, e entregando ao escrivão-secretário o original, e ás partes as cópias, como ficou referido acima.

Os escrivães-secretários terão a guarda dos autos de cada Juízo, conforme distribuição, e os escrivães comuns terão escritórios como os tem os advogados, mas só poderão praticar os atos do seu ofício no edificio do Forum e na presença do Juiz. Nas comarcas de grande movimento poder-se-ão criar Juizes especiais para presidir aos atos instrutórios do processo.

Teremos assim as vantagens de extinguir o odioso monopólio dos escrivães, de incentivar maior provento aos mais ativos e enérgicos, e de acelerar o andamento dos feitos, — condição cada vez mais imperiosa num mundo, como o atual, em que o tempo adquire progressivamente maior valor.

Finalmente uma última sugestão:

O CALENDÁRIO JUDICIAL

A triplicação dos autos, e a possibilidade de realizar os termos judiciais, não só com o escrivão-secretário, mas com quaisquer outros, tornam possível instituir o calendário judicial, isto é, a prefixação do tempo em que serão praticados todos os atos de cada demanda. Assim, proposta uma ação no dia 2 de Máio, o escrivão-secretário organizará desde logo as datas de início e de terminação de cada uma das fases da demanda, por exemplo — contestação até 12 de Máio; réplica até 22 de Máio; tréplica até 1 de Junho; dilação probatória até 22 de Junho; razões do autor até 2 de Julho; razões do réu até 12 de Julho; sentença do Juiz até 12 de Agosto.

Claro está que as exceções deverão ser apresentadas conjuntamente com a contestação, bem como a reconvenção. Recebida a exceção, dilatária ou peremptória, poderá o autor pedir que, não obstante, se prosiga na demanda, si não preferir aguardar o pronunciamento do Tribunal Superior, no recurso que interpuzer.

Rejeitada a exceção, poderá a sua matéria ser apreciada conjuntamente com o mérito, salvo si o excipiente tiver recorrido ao Tribunal Superior e este tiver confirmado a sua rejeição.

Como ficou explicado, o Tribunal Superior não anulará o processo, em virtude da decisão sobre as exceções, mas apreciará também o mérito, e aproveitará todos os atos de instrução, que não ficarem prejudicados.

Poderá parecer que muito inovamos com estas sugestões. Mas, uma idéia dominante poderá orientar e iluminar a quem quizer adoptá-las — a de que é necessário economisar o esforço dos que combatem pelo direito, tornando o direito judiciário civil uma verdadeira garantia dos direitos civis, e não, como até aqui tem sido tantas vezes, o guarda illusório de sua segurança.

A responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas por atos de seus prepostos

O art. 1.523 do código civil

Waldemar Ferreira

I

Largo tem sido o debate, na doutrina e na jurisprudência, acerca do art. 1.523 do código, que só admite a responsabilidade do patrão, amo ou comitente, por atos de seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele, provando-se que eles concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

Com o intuito de interpreta-lo, apresentou DANIEL DE CARVALHO á Camara dos Deputados, em 19 de novembro de 1934, um projeto, contendo apenas estes dois artigos:

“Art. 1. — A culpa ou negligência do patrão, amo, comitente, ou pessoa jurídica que exerça exploração industrial, no caso do art. 1.532 do código civil, considera-se provada, desde que o esteja a culpa ou negligência dos seus empregados, serviçais ou prepostos.

“Art. 2. — Revogam-se as disposições em contrario”

Esse projeto, que tanta discussão provocou no periodismo brasileiro, apareceu acompanhado de brilhante e sugestiva justificação, digna de maior publicidade.

Era deste teor:

“I. — Para maior clareza desta justificação, transcrevem-se os seguintes dispositivos do código civil:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

II. O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

IV. Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

V. Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até á concorrente quantia.

Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, n. III, abrange as pessoas jurídicas, que exerçam exploração industrial.

Art. 1.523. Executadas as do art. 1.521, n. V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligencia de sua parte.

“II. São conhecidas as origens e as metamorfoses por que passou o dispositivo do art. 1.523 do código civil, cuja primeira redação, na Camara, mereceu de ANDRADE FIGUEIRA severa critica até hoje sem resposta.

João Luiz Alves, insigne comentador do código, aditou ás considerações de ANDRADE FIGUEIRA a censura de se haver piorado a solução preferida, porquanto não se incumbiu ao responsável a prova de que não teve culpa. Mas, a meu ver, o mais grave reproche a se irrogar á redação do art. 1.523, que se filia á anacronica teoria da culpa, reside na sua generalidade, a qual oferece serio embaraço ao interprete.

“III. Com efeito, assim como no art. 1.384 do código civil francês distinguem a doutrina e a jurisprudência dois grupos de casos de responsabilidade pelo fato de outrem (H. LALOU, *La Responsabilité Civile*, 1928, n. 457), no art. 1.521 do nosso código civil estão previstos três grupos de casos:

Grupo A — relativo a menores, educandos, hóspedes e moradores (ns. I, II e IV);

Grupo B — relativo a serviços, empregados e prepostos (n. III);

Grupo C — relativo aos participantes no produto do crime (n. V).

Só no primeiro grupo, segundo a teoria clássica, a presunção de culpa é *juris tantum* e admite prova em contrário. Nos demais a presunção é *juris et de jure*.

Nos casos do grupo B, prevalece, na doutrina universal, por influência do código napoleônico e, modernamente, em virtude da teoria do risco, o princípio de que os responsáveis não podem escapar à responsabilidade, provando que não puderam impedir o ato de seu serviço, empregado ou preposto.

Nestas condições, explicam-se as dúvidas que têm surgido na aplicação do citado dispositivo do código civil, cuja exegese tem sido a tortura de advogados e juizes.

“IV. Dada a divergência, tanto na doutrina, como na jurisprudência, no modo de entender o art. 1.523 do código civil, cumpre fixar, por meio de interpretação autêntica, o sentido desse dispositivo.

“V. Uns entendem que, segundo o artigo citado, é preciso, para obrigar o preponente ao ressarcimento do dano, que se demonstre materialmente o concurso de culpa sua. Essa interpretação tem aparecido especialmente a propósito de desastres ocasionados aos transeuntes por motorneiros, motoristas ou automobilistas das empresas de transportes.

Alguns tribunais têm entendido que, havendo os prepostos prestado os exames regulamentares, tais empresas nenhuma responsabilidade têm pelos danos por eles praticados, de sorte que as empresas não têm sequer necessidade de um estímulo para dobrar a vigilância na escolha do preposto. Contentam-se com as provas de habilitação, colhidas, às vezes, sem maior rigor, por funcionários publicos subalternos.

Esta interpretação, profundamente injurídica e antisocial, conduz praticamente á irresponsabilidade das empresas de transporte; pois, conforme salientou o eminente SÁ PEREIRA, dá no seguinte resultado: o preponente não indeniza, porque não é responsável; o preposto, também não, porque não tem dinheiro (*Decisões e Julgados*, p. 71).

E' esta uma interpretação calamitosa, porque sujeita os transeuntes aos danos resultantes da imprudencia ou negligencia dos condutores de veiculos, que assim podem atropelar, deformar, aleijar e matar, sem haver quem responda pelos prejuizos patrimoniais daí decorrentes.

Se um desalmado destes mata ou inutiliza um pai de familia, que é o seu unico arrimo, ela fica reduzida á miseria e não tem para quem apelar!

Esta é, entretanto, a situação em que se encontra, segundo a aludida interpretação, a população das cidades de trafego intenso, como o Rio de Janeiro e outras, onde os accidentes se reproduzem com frequencia assustadora.

“VI. Outra interpretação, que melhor consulta os interesses sociais e os sentimentos de justiça, responsabiliza as empresas de transporte pelos atos culposos dos seus prepostos, inda que oficialmente habilitados, já pelo principio *mala electio est in culpa*, já porque a culpa do preposto é culpa do preponente (Tribunal de Pernambuco, ac. de 21 de maio de 1927, *Revista de Direito*, vol. 86, pag. 219; Tribunal do Ceará, ac. de 7 de Agosto de 1928, *Revista de Critica Judiciaria*, vol. 13, pag. 139; Tribunal de Alagôas, acs. de 2 de agosto e de 9 de dezembro de 1932, *Revista de Jurisprudencia*

Brasileira, vol. 1, pags. 211 e 219; Camara de Apelação do Rio, acs. de 11 de abril e 17 de agosto de 1932, de 20 de junho e de 3 de julho de 1933, *Arquivo Judiciario*, vol. 24, pags. 108-111 e vol. 28, pags. 284 e 287).

São dignas de registro, além das luminosas sentenças dos juizes AUGUSTO LIMA e JOSE ANTONIO NOGUEIRA, as seguintes palavras do preclaro BENTO DE FARIA:

“Se para o exercicio de qualquer função não basta que o individuo escolhido seja perito, mas tambem é necessario que ele seja prudente e diligente (ex-art. 297 do codigo penal) é claro que, se demonstrado ficar que o dano causado foi devido á imprudencia ou negligencia do preposto, provado ficará tambem que a respectiva companhia, contratando os serviços de pessoas negligentes ou imprudentes, fez uma má escolha, agindo tambem com negligencia, maximé quando não lhe seria possivel alegar a impossibilidade de dirigir ou fiscalizar os atos dos empregados que assim admite”

A identico resultado chegara o Tribunal de Minas, segundo a sintese do provectoro jurisconsulto patricio MENDES PIMENTEL:

“A reparação do dano é devida não só por fato proprio, como pelo oriundo de pessoas por que se é responsavel. De tal responsabilidade por fato de terceiro só ha isenção com a prova de impossibilidade de impedi-lo. Se a prova da culpa extracontratual incumbe a quem pede indenização, basta provar a culpa do substituto para haver-se como provada a culpa do substituido (*Repertorio Forense*, pag. 206).

Assim deve ser porque, sob o ponto de vista da responsabilidade civil, preponente e preposto constituem uma só pessoa, pois a locação de serviço é uma das formas por que se dá a representação.

Nessun dubbio, diz CHIRONI, che il locatore prestando per essa un determinato servizio, od una serie de servizi compresi nella funzione a lui affidata, non rappresenti, nel compierli, la persona del conduttore” (*Colpa Extra-Contrattuale*, vol. I, n. 163)

Desde que a pessoa natural ou juridica incumbe determinados serviços aos seus empregados, é como se ela propria executasse esses serviços: *chi fa per mezzo d'altri fa per sè* (ob. cit., n. 164, *in fine*)

Daí a consequencia de que os atos ilicitos do representado obrigam este ultimo como se foram por ele proprio praticados (obr. cit., pags. 73, 332, 333, 370, 371, 372, 373 e 379).

São eloquentes estas palavras de SALEILLES :

L'agent n'est qu'un instrument qui travaille pour autrui: il est le bras qui exécute, il n'est pas le tête qui commande. Celui qui a donné l'ordre, même quand il n'a pas prévu les moyens ou la façon dont se ferait l'exécution, et même a supposer qu'il les eût écartés s'il avait pu les connaître, doit subir les suites de l'ordre donné: il y a représentation par celui qu'il s'est preposé (L'Obligation, pag. 416, nota).

No mesmo sentido, SOURDAT, *Théorie Générale de la Responsabilité*, n. 751:

A ce point de vue, il est permis de dire que ce n'est pas la une derogation positive au principe de la personnalité des fautes, car la personne est elle même considerée par la loi comme ayant commis une faute, tout au moins d'imprudence ou de negligence, en ne veillant pas sur l'agent du dommage.

Tais palavras são do comentario de SOURDAT ao art. 1.384 do codigo civil francês, segundo o qual os amos ou comitentes são responsaveis pelo dano causado por seus serviços ou prepostos, nas funções em que são empregados. Pois bem: o art. 1.384 do codigo francês corresponde ao art. 1.521, n. III, do codigo brasileiro:

“São tambem responsaveis pela reparação civil o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços ou prepostos, no exercicio do trabalho que lhes competir, ou por occasião dele”

A lei assim considera, para os efeitos da responsabilidade civil, os atos desses prepostos como atos pessoais dos

respectivos preponentes. O caso não é de responsabilidade indirecta, de terceiro, mas de responsabilidade *direta, pessoal*.

Objeta-se, entretanto, que, pelo art. 1.523, o patrão, amo ou comitente, sómente são responsaveis, provando-se que concorreram para o dano por culpa ou negligencia de sua parte.

Mas, desde que o ato ilicito do preposto, no exercicio das suas funções, é ato ilicito do preponente, é bem visto que, provada a culpa do primeiro, está *ipso facto* provada a do segundo.

O alcance do art. 1.523, não pode ser exigido o concurso do preponente na pratica do dano, porque, nesse caso, o ato seria do proprio patrão, amo ou comitente; e mais, porque, em se tratando de pessoa juridica, ha até impossibilidade desse concurso, pois é por meio de prepostos que ela exerce a sua atividade.

O sentido do art. 1.523 do codigo civil é outro: é determinar que a responsabilidade do patrão, amo ou comitente somente tem lugar em se provando a culpa do autor do dano. Por outras palavras, o codigo visou, nesse dispositivo, tão sómente pôr a cargo da vítima o onus da prova da culpa.

Nisso o codigo patrio afastou-se do francês e do italiano que instituem, em tais casos, a presunção de culpa contra o preponente. O codigo brasileiro não estabelece tal presunção, pois exige a prova da culpa; mas a culpa do preponente se tem por provada desde que o esteja a do preposto, pois este representa aquele, para os efeitos da responsabilidade civil.

E' essa a doutrina do codigo civil, quanto ás pessoas juridicas de direito publico, que, segundo o art. 15, são responsaveis por atos de seus agentes, que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei. Seria injuridico admitir que o codigo civil responsabiliza as pessoas juridicas de direito publico por atos dolosos ou culposos dos seus agentes

e isenta as pessoas de direito privado de igual responsabilidade, quanto á culpa dos seus prepostos.

Tal interpretação peca contra o sistema do código, que não poderia nunca estatuir a irresponsabilidade de fato das empresas de transportes por culpa dos seus empregados. Nenhuma legislação do mundo a estabelece e o nosso código não poderia consagrar semelhante monstruosidade.

Essas empresas criam o risco que resulta da propria exploração industrial; e, como elas auferem proveito compensador e até exorbitante, é justo que respondam pelos prejuizos que essa exploração acarreta.

O peão, que podia, antigamente, com precauções normais, escapar aos accidentes, perdeu hoje a relativa segurança que possuia; por isso a agravação do risco deve produzir a agravação equivalente nas condições da responsabilidade (A. WAHL, *Revista de Direito*, vol. 19, pag. 6).

A proposito, diz EGER que as funções dos empregados das vias ferreas devem ser sempre encaradas como se fossem exercidas imediatamente pelo proprio dono, pois essa identificação dos empresarios com os seus prepostos constitue uma exigencia absoluta do trafego. Quanto mais numeroso fôr o pessoal a serviço dessas empresas, doutrina KOEHLER, tanto maior será a responsabilidade pela falta de meticulosa escolha (Apud SORIANO DE SOUZA, *Decisões*, pag. 376).

A' luz desses principios é que se deve interpretar o art. 1.523 do código civil, cujo enunciado, sem a sufficiente clareza, tem gerado a divergencia acima apontada na sua interpretação.

Para solver a duvida, oferece-se o presente projeto.

Sala das Sessões, 19 de novembro de 1934. — DANIEL DE CARVALHO“ (1).

1. *Diario do Poder Legislativo*, n. 697, de 21 de agosto de 1937, pag. 39.574.

I I

Emitindo parecer sobre esse projeto, a Comissão de Constituição e Justiça — e foi relator PONTES VIEIRA — manifestou-se nestes termos:

“E’ de suma relevancia o proposito juridico do projeto em estudo.

Das indagações, que fizemos, na jurisprudencia e doutrina, em torno do assunto, chegamos a identicas conclusões do illustre autor do projeto, nobre deputado por Minas Gerais, embora preferissemos apresentar um substitutivo, que submetemos á consideração da Comissão.

Afim de não repetir argumentos tão oportunos, expostos já na justificação anexa, trazemos, apenas, mais algumas considerações, que poderão completar o raciocinio do autor.

Este acentuou que o codigo civil, em seu art. 15 (aceitando, aliás, doutrina pacifica) responsabilizou as pessoas juridicas de direito publico por atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito, ou faltando a dever prescrito por lei.

O codigo, filiando, embóra, os seus preceitos á teoria da culpa, em vez de considerar o dano occorrente, firma e fundamenta a responsabilidade indireta, não a distinguindo, em seus efeitos, da que, diretamente, se irroga ao agente material da occorrença.

Adotou-se, assim, tal sistematica, tão expressiva, em diversos artigos, os quais ordenou, numa demonstração erudita, o Professor MOREIRA DE AZEVEDO, em trabalho inserto na *Revista de Critica Judiciaria*, vol. 20, pags. 148-153.

Cita este mestre, evidenciando o espirito liberal de nossas disposições civis, em orientação uniforme, o art. 160, n. I, que veda o abuso do direito; os arts. 1.547, paragrafo unico, e 1.549, que providenciam acerca da reparação do proprio dano moral; o de n. 159, que firma, em preceito amplissimo, a regra geral da responsabilidade pelo dano por ações ou

omissões, negligencia ou imprudencia; e ns. 1.529 e 1.521, n. 11, que responsabilizam, aquele o dono da casa pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem, e este o tutor e o curador pelos atos de seus pupilos e curatelados; e, emfim, o ultimo artigo citado e o de n. 1.546, que estabelecem a responsabilidade do preponente pelo dano causado por seus prepostos e serviçais, no exercicio do trabalho que lhes competir.

Todo esse sistema vem emfim chocar com o dispositivo do art. 1.532, ocasionando este inciso decisões multiformes, obstando a afirmação de uma jurisprudencia definitiva em consonancia com a orientação que se traçara o antigo projeto, tão alterado, nesse particular, na redação vencedora.

Diz ainda o Dr. MOREIRA AZEVEDO: “A prova exigida no art. 1.523, de que o preponente, quer pessoa natural, quer pessoa juridica (esta pelos gestores ou órgãos) concorreu, diretamente, pessoalmente, para o dano, por culpa ou negligencia propria, eliminaria por completo a responsabilidade direta (que se acha imposta, de fórmula expressa, por todos aqueles outros preceitos imperativos do codigo): pois tal concurso pessoal importaria em responsabilidade direta”

E mais adiante: “Não se pode harmonizar o art. 1.523 com o inciso III do art. 1.521 e com o art. 1.522, sem dar ao conceito da negligencia a que se refere o primeiro, ou seja a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, uma interpretação lata, abrangendo todos os casos, em que, por exemplo, fosse possível á empresa, por uma fiscalização vigilantissima, evitar excessos de velocidade por parte de seus condutores de veiculos, etc.”

Além da desharmonia contundente entre o preceito que o nobre Deputado, Sr. DANIEL DE CARVALHO, se propõe interpretar, e os dispositivos que imediatamente se lhe antecedem, ha, ainda, a estranhar, no art. 1.523, a exigencia demolidora do liberalismo do projeto CLOVIS BEVILAQUA de se attribuir ao prejudicado o onus da prova de que o responsavel por ato de terceiros (art. 1.521), procedeu com culpa.

Esse fato não só depõe contra o nosso espirito liberal, como defeitua a tecnica, cuja perfeição, no projeto CLOVIS, se procurou conservar. Aí, pelo menos, tal prova ficaria a cargo do responsavel, pois era o seguinte o texto originario:

“Cessa a responsabilidade das pessoas mencionadas nos dois artigos antecedentes, provando-se que empregaram, por si ou seus representantes, toda diligencia e tomaram todas as precauções para evitar o dano”

Dada toda essa dificuldade e desharmonia promovida pelo art. 1.523, que constitue, até certo ponto, uma excrescencia na sistematica do codigo civil, pareceria aconselhavel a sua supressão pura e simples.

Não propomos, entretanto, essa solução, por duas razões principais:

1.º, porque essa amputação de um artigo do nosso codigo torna-lo-ia manco, ou obrigaria á modificação da numeração de todos os artigos subsequentes, perto de trezentos;

2.º, porque quanto aos pais, tutores, curadores e donos de hoteis e hospedarias, ha toda razão para menor rigor na decretação de sua responsabilidade pelos atos dos seus filhos menores, pupilos, curatelados e hospedes (ausencia de culpa *in eligendo*).

Não nos parece, todavia, que o caso a ser resolvido seja o de simples interpretação do citado art. 1.523. O seu contexto aberrra, claramente, das idéias dominantes no direito hodierno e — como já salientamos — está em desharmonia com as demais normas do nosso codigo concernentes á mesma materia.

Tambem não julgamos que a materia deva ser encarada e resolvida como uma questão de prova — ponto em que se tocam as esferas do direito adjetivo e do substantivo.

Daí o substitutivo que, satisfazendo plenamente a ideia do autor do projeto, oferecemos á consideração da Comissão:

Substitutivo ao projeto n. 186

Harmoniza os arts. 1.521, III, 1.522 e 1.523
do código civil.

Art. 1 A culpa do empregado, serviçal ou preposto, no exercício do trabalho que lhe competir, ou por ocasião dele (art. 1.521, III, do código civil), acarretará a responsabilidade solidaria do patrão, amo ou comitente pelo dano resultante (arts. 1.522 e 1.523 do código civil).

Art. 2 Revogam-se as disposições em contrário" (2).

I I I

Quando foi da segunda discussão do projeto, na Câmara dos Deputados, emendas foram-lhe opostas e ele, de novo, encaminhado á Comissão de Constituição e Justiça. Tomou a incumbencia de estudá-las, dando parecer sobre elas, o Deputado WALDEMAR FERREIRA, Presidente daquela Comissão.

Foi este logo apresentado e, apenas lido em sessão, dele pediu vista um dos Deputados. Retardou-se, com isso, sua discussão, afinal definitivamente interrompida pelo golpe de Estado, que dissolveu a Câmara dos Deputados.

Como aquele parecer se encerrou com novo substitutivo, não é desinteressante dar-lhe maior divulgação.

E' este:

"Duas emendas foram oferecidas, em segunda discussão, ao projeto n. 259, de 1935, que se propõe modificar o art. 1.523 do código civil: uma, substitutiva, dos deputados JAYRO

2. *Diario do Poder Legislativo*, n. 697, de 21 de agosto de 1937, pag. 39.571.

Assinado o parecer pelos Deputados ADOLFO BERGAMINI, PONTES VIEIRA e, com restrições, pelos Deputados SOARES FILHO, CUNHA MELO e HOMERO PIRES, fez o Deputado ASCANIO TUBINO declaração,

FRANCO e MORAIS ANDRADE; e outra, aditiva, dos Deputados LAUDELINO GOMES e outros.

Correge o exame, como de estilo, pela primeira.

1,

Está e convem te-lo diante dos olhos para a fixação dos termos da contenda doutrinaria, que o projeto intenta cortar, definitivamente; está assim concebido o art. 1.523 do código civil:

“Excetuaadas as do art. 1.521, n. V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.523, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligencia de sua parte”

Pretendeu o projeto, não propriamente interpretar, mas modificar o principio em tal texto contido.

Enunciou o seu autor, Deputado DANIEL DE CARVALHO, o seu proposito, nestes termos:

“A culpa ou negligencia do patrão, amo, comitente, ou pessoa juridica, que exerça exploração industrial, no caso do art. 1.523 do código civil, considera-se provada, desde que o esteja a culpa ou negligencia dos seus empregados, serviçais ou prepostos”

Chamada a pronunciar-se, em primeira discussão, sobre esse projeto, de um só artigo, entendeu a Comissão de

apoiada pelo Deputado NEREU RAMOS, nestes termos: “Pela seguinte redação: “A culpa ou negligencia do patrão, amo ou comitente, ou pessoa juridica que exerça exploração industrial, considera-se provada, desde que o esteja a culpa ou negligencia dos seus empregados, serviçais ou prepostos”, com a ementa: “Modifica o art. 1.523 do código civil”.

Constituição e Justiça de apresentar-lhe um substitutivo, deste teor:

“A culpa do empregado, serviçal ou preposto, no exercicio do trabalho que lhe competir, ou por ocasião dele (art. 1.521, III, do cod. civil), acarretará a responsabilidade solidaria do patrão, amo ou comitente pelo dano resultante (arts. 1.522 e 1.523 do cod. civil)”

Colocado, como está, o código civil, no ponto de vista da irresponsabilidade, por dano resultante de ato ilícito, de quem não o pratica, nem para a sua pratica concorre — tratando da responsabilidade indireta, como se tem chamado, dos que praticam o ato ilícito no exercicio de função ou trabalho, que lhes compete, em razão de cargo, emprego ou mandato, não abandonou aquela diretriz. Sem culpa, ou negligencia, efetivamente provada, não existe obrigação de indenizar. A responsabilidade emerge sempre do ato ilícito: quem não o pratica livre se encontra de culpa e pena.

Quem causa, de maneira direta, dano a outrem, seja intencionalmente, seja por negligencia ou imprudencia, adquire a obrigação de rapara-lo.

Eis o principio nuclear da materia.

Tem o projeto o proposito de instituir a obrigação de indenizar, por efeito necessario da relação existente entre empregador ou empregado, patrão e serviçal, preponente e preposto.

A formula, nele exarada, é de ser a culpa, a negligencia do empregado, do serviçal ou do preposto, sem mais ambages, culpa do empregador, do patrão ou do preponente. E isso sem qualquer outro exame, indagação ou prova, a não ser a da existencia dessa relação juridica.

“O código patrio”, advertiu o autor do projeto, “afastou-se do francês e do italiano, que instituem em casos tais a presunção de culpa contra o preponente. O código brasileiro não estabelece tal presunção, pois exige a prova da culpa; mas a culpa do preponente se tem por provada, desde que o esteja a do preposto, pois este representa aquele, para os efeitos da responsabilidade civil”

Caminhando no mesmo sentido do autor do projeto, a Comissão de Constituição e Justiça adiantou os seus passos, para assentar que a culpa do empregado, serviçal ou preposto, no exercício do trabalho que lhe competir, ou por ocasião dele, acarretará a responsabilidade solidaria do patrão, amo ou comitente pelo dano resultante.

Foi com o que não concordaram os Deputados JAYRO FRANCO e MORAIS ANDRADE: “tanto o projeto, como o substitutivo da Comissão de Justiça, avançam demais, fazendo surgir da culpa do preposto, automática e necessariamente, a responsabilidade do preponente, negando a este o direito de provar que se houve com diligência, isto é, sem culpa” Assim disseram. Dizendo-o, apresentaram a emenda, de que se trata, mandando substituir o texto do projeto por este outro:

“Excetudadas as do art. 1.521, n. V, não serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando que empregaram, por si, ou seus representantes, toda a diligência e precaução necessárias para evitar o dano”

Essa emenda, como os seus relatores escreveram, “tem por fim restabelecer o pensamento condensado no Projeto Primitivo do Código Civil (art. 1.646) e no Projeto Revisto (art. 1.817), adotando-se a redação de RUY BARBOSA (art. 1.525 do Parecer de RUY BARBOSA). O onus da prova que, pelo atual art. 1.523, parece caber ao lesado, passará a cargo das pessoas mencionadas nos arts. 1.521 e 1.522. E’ a única modificação aconselhável no preceito do art. 1.523.”

Tanto que do plenário foi ela encaminhada á Comissão de Constituição e Justiça, para logo a combateu o sr. Deputado DANIEL DE CARVALHO, em trabalho que áquella endereçou e do qual é este topico:

“A emenda JAYRO FRANCO e MORAIS ANDRADE ressuscita a formula do projeto da Camara segundo a redação de RUY BARBOSA.

“Essa formula foi combatida vigorosamente por ANDRADE FIGUEIRA, cujos embargos, como atrás ficou dito, ficaram até agora sem contestação.

“Na verdade, não é unicamente sobre a presunção de culpa que repousa a responsabilidade do patrão ou preponente, mas tambem sobre a autoridade que tais pessoas exercem sobre os seus prepostos e ainda sobre a ideia de que o patrão e o comitente são, para com terceiros lesados, os fiadores dos seus serviços ou prepostos.

“Admitir a prova de que empregaram toda a diligencia e precaução para evitar o dano importa em anular a obrigação: quem sofrer dano proveniente de atos de serviços ou prepostos não pensará em recorrer á justiça para obter a reparação, porque o agente material não tem meios para indenizar e o patrão ou empregador se isentará sempre da obrigação, provando que admitiu no serviço pessoa habilitada para os atos, confórme decidiu na apelação civil n. 1.954 a Egre-gia 4.^a Câmara da Côrte de Apelação do Rio de Janeiro. em 2 de junho ultimo, apesar do luminoso voto em que o Desembargador ANDRÉ PEREIRA desenvolve a mesma tese do projeto com aguda visão de jurista e sociologo.

“Ha um exemplo mais clamoroso: um motorneiro, que um ano atraz matara com o seu carro uma pessoa, mata agora outra por sua culpa exclusiva. A Côrte de Apelação de S. Paulo, reconhecendo embora que “no caso ficou plenamente provada a responsabilidade direta do motorneiro, que, aliás, foi definitivamente condenado por homicidio culposo no processo crime que lhe moveu a Justiça Publica”, julgou impro-

cedente a ação de indenização movida contra a companhia de bondes, porque a esta se não podia imputar culpa, nem *in eligendo*, uma vez que o seu empregado tinha carta da Prefeitura, nem *in vigilando*, uma vez que não lhe seria possível acompanhar incessantemente todos os empregados em serviço e o impossível a ninguém obriga (Acórdão da Côrte de Apelação de São Paulo, de 24 de abril de 1936, na *Revista Forense*, 67, 513)”

Deve, em tais condições, ser aceita a emenda? Deve ser repelida?

Veiu o projeto reabrir a controversia suscitada na epoca da elaboração do código civil, em que os mesmos argumentos se desenvolveram e justificaram-se em favor e contra a doutrina que nele, afinal, se inscreveu.

Trata-se de questão ainda em aberto, defendida e atacada com os mais impressionantes argumentos. Não se pode admitir mais a teoria da culpa, dizem uns, para assento da obrigação de indenizar. A teoria do risco, em todas as suas modalidades, é que inspira, no capítulo dos atos ilícitos, todo o direito moderno.

E' essa, por ventura, a doutrina vitoriosa?

Se altos espiritos a apregoam, ainda não entrou, definitivamente, no tecido legislativo.

Não a consagrou, por exemplo, o recente código das obrigações da Republica da Polonia. Se, como escreveu HENRI CAPITANT, prefaciando a sua tradução francesa, este código, como o franco-italiano apenas projetado, representa “o ultimo estado da ciencia juridica em direito privado” — é de notar que ele não abandonou a teoria da culpa para definir a responsabilidade da reparação do dano emergente de ato ilícito. Viu o renomeado civilista francês, “nas regras editadas pelo novo código, mais medida do que nas decisões atuais da jurisprudencia francesa, que passa, insensivelmente, por uma interpretação, verdadeiramente audaciosa, do dominio da culpa para o do risco”

Não se deve, portanto, fiado nesse exemplo, aconselhar a ruptura do sistema doutrinário brasileiro. Fiquemos na que

inspirou o código civil, mas convindo em que é de mister preencher o vacuo, que nele ficou aberto, fonte perene de injustiças, não poucas vezes clamorosas. Erigiu, ele, de certo modo, em razão da natureza das cousas, decorrente de seus proprios textos, em principio, o da irresponsabilidade das pessoas juridicas de direito privado pelos atos ilicitos de seus representantes. Sabido é que, competindo ao poder publico fixar as condições de exercicio de certas profissões, notadamente as que têm como objetivo a execução de certos serviços publicos, como, por exemplo, o dos transportes urbanos, os ferroviarios e os aereos, as pessoas juridicas, contratantes desses serviços, têm de escolher o seu pessoal entre pessoas habilitadas na conformidade das leis e regulamentos. Não lhes cabe intervir nessa regulamentação e disso se tem concluido pela inexistencia, para elas, da culpa *in eligendo*. Acresce considerar, de outro lado, que as leis trabalhistas, uma vez admitido o empregado, dificultam e, na maioria das vezes, impossibilitam a despedida. Também lhes não toca a responsabilidade *in vigilando*, como já tem sido decidido, pela impossibilidade de acompanhar cada um no exercicio de sua função, minuto a minuto, de modo a afasta-los da pratica do ato ilicito.

A pessoa juridica de direito privado, seja qual fôr a forma por que atue na industria ou no comercio, sempre exprime e realiza a sua vontade por meio de representantes. Estes, porém, e pouco importa o sistema da investidura, se por eleição ou não, são escolhidos por nomeação dos socios ou acionistas, podendo ser alguns destes os escolhidos. Mas isso não modifica a natureza da representação. Tanto representa a pessoa juridica o seu administrador, como o seu empregado, cada um com a autonomia, dentro de sua esfera de ação, que os estatutos ou leis internas lhe atribuem, de acôrdo com a divisão do trabalho e com a hierarquia indispensavel para a manutenção da ordem e da disciplina, sem as quais não se alcança resultado proficuo.

Não se justifica, bem analisada, a representação em direta e indireta para o efeito de dividir a responsabilidade em dois graus, a saber:

a) a *direta*, oriunda de atos ilícitos dos administradores, havidos como órgãos da pessoa jurídica;

b) a *indireta*, resultante de atos ilícitos praticados por empregados ou prepostos, de nomeação dos administradores e a eles diretamente subordinados.

Deve essa graduação ser abandonada, afim de assentarse o principio da responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado, igualmente, tanto pelos atos dos administradores, quanto dos empregados. Uns e outros representantes são. Agem em beneficio dela e em nome dela, mercê da mesma investidura.

Suponha-se, para maior evidencia do argumento, uma pessoa jurídica, constituída no estrangeiro, que neste ou naquele país, tenha sua sede e, pois, os seus órgãos administrativos, deliberativos e fiscalizadores. Dispondo-se ela a operar no Brasil, aqui exercitando sua atividade industrial, nomeará prepostos para ficarem á testa de suas agencias, filiais, sucursais ou estabelecimentos, investindo-os dos necessarios poderes de representação. Se aquela pessoa jurídica estrangeira, autorisada a aqui funcionar, tiver de exercer exploração industrial, jamais responderá pelos atos ilícitos de seus representantes, ficando, portanto, em situação mais vantajosa que as pessoas jurídicas nacionais.

Pois não é o estabelecimento, em casos tais, do principio da irresponsabilidade civil dessas pessoas jurídicas? Dessas e de outras, constituídas no territorio nacional, pela divisão do conceito da responsabilidade em direta e em indireta, quando todos do mesmo modo as representam, por elas e em nome delas contraindo direitos e obrigações.

Se o Município, o Estado e a União, pessoas jurídicas de direito publico interno, respondem por quaisquer prejuizos decorrentes de negligencia, omissão ou abuso dos funciona-

rios publicos, no exercicio de seus cargos, sendo essa responsabilidade solidaria, porque não ha de esse principio applicar-se, com a mesma intensidade, ás pessoas juridicas de direito privado?

Não ha, isto posto, senão como :

a) mantendo a separação já feita nos arts. 1.521 e 1.522 do codigo civil brasileiro, quando definiu a responsabilidade por atos de terceiros, considera-las separadamente, corrigindo, nesse ponto, o texto do art. 1.523;

b) feita tal corrigenda, adapta-la á formula da emenda, de que se trata.

Ficará, desse geito, com esta redação :

“Art. 1.523. — Excetuadas as do n. V, não serão responsáveis as pessoas enumeradas no art. 1.521, provando que empregaram por si, ou seu representantes, toda a diligencia e precaução necessarias para evitar o dano”

Elimina-se a referencia á responsabilidade das pessoas juridicas, que exercerem exploração industrial; e elimina-se, muito de industria, para encara-la em dispositivo especial, como merece. Quem se aproveita dos serviços explorados por pessoa juridica de direito privado, confia no seu credito publico e na sua responsabilidade, sem indagar se o seu representante, incumbido de ministra-los, é direto ou indireto, tal ou qual. Com ela, e não com eles, é que contrata, embora por intermedio deles. A ela é que se entrega e entrega os seus bens. Assim age na persuasão de te-la, e não os seus representantes, individual e isoladamente, a responder pela segurança dos seus serviços. Casos haverá, certamente, em que se ilidirá essa responsabilidade, mas porque dela, cfetivamente, não seja, mas da propria vitima, ou de terceiro. Nem se poderá, de resto, abandonar a hipotese da occurrencia de força maior, que a liberará, a ela e aos seus representantes.

Apresenta-se, pois, a conveniencia, senão a necessidade de ajuntar ao texto proposto para o art. 1.523 do codigo civil este paragrafo:

“§ As do art. 1.522 não serão responsaveis pelos atos dos seus representantes ou prepostos, no exercicio e por ocasião do trabalho, que lhes competir, provando que o dano foi causado exclusivamente por culpa da vitima ou de terceiro, ou por força maior”

Dando a esse dispositivo o toque legislativo, applicar-se-á o direito aos fatos, suprindo-se a lacuna existente; e isso sem quebra da doutrina vigente, atendendo, pura e simplesmente, ás exigencias da realidade.

Não contem a proposição, manda a lealdade confessar, nenhuma originalidade. Nem, mesmo, nenhuma novidade. Tem ela similar nos documentos mais modernos da ciencia juridica em direito privado. Está no codigo franco-italiano, ainda em projeto. Mas tambem está no codigo polonês, já em execução, qual se lê no § 1 do seu art. 152, segundo o qual “os proprietarios de empresas ou de estabelecimentos movidos por meio de forças naturais (vapor, gaz, electricidade, agua, etc.) e dos em que se fabricam ou empregam materias explosivas, são responsaveis pelo dano causado á pessoa ou aos bens de outrem, em razão do funcionamento da empresa ou estabelecimento; eles não podem forrar-se dessa responsabilidade senão provando que o dano foi causado exclusivamente por culpa da vitima ou de terceiro, por cujo ato não são responsaveis, ou devido á força maior” Mas aquele codigo não ficou nisso. Entre outros preceitos, nele articulados acerca da interessantissima materia que o projeto em discussão trouxe a debate, está o do § 1 do art. 153, em que se estabeleceu que “a responsabilidade editada pelo artigo precedente incumbe igualmente aos proprietarios de veiculos de transportes movidos por meio de forças naturais”

Não se pode, na intensidade da vida contemporânea, tão cheia de sobresaltos e imprevistos, desguarnecer o homem de certas garantias, que lhe resguardem a personalidade e o patrimonio, que não são menos dele que de sua familia.

Se a jurisprudencia se tem sentido peiada, na sua alta missão reparadora social, pela estreiteza dos textos legislativos, não ha senão alarga-los para que, dentro de seu ambito, ela possa fazer desaparecer as injustiças, que não tem logrado obviar, nem diminuir.

2,

A emenda dos srs. LAUDELINO GOMES e outros determina o acrescimo ao projeto, formulado num artigo unico, deste paragrafo:

“Provada a responsabilidade exclusiva do empregado, serviçal ou preposto, poderá ele ser despedido, seja qual fôr o tempo de serviço, e sem qualquer indenização determinada em regulamento ou lei, salvo se fizer o sindicato, a que pertença, a indenização, que couber, ao patrão ou empregador”

Procede a emenda.

Quando, com efeito, pratica o empregado, serviçal ou preposto, ato ilicito, no exercicio do trabalho ou serviço, que lhe foi confiado, deve ser despedido. A despedida se justifica.

E, como consequencia dela, deve ficar privado de qualquer indenização, mesmo porque, solidario com o patrão ou empregador, na indenização do dano causado, devendo contribuir para esta, a ausencia de recursos ou de bens patrimoniais para isso dispensa qualquer indenização, por ventura decorrente das leis trabalhistas.

Tem sido dito, pela imprensa, em defesa da tese oposta á no projeto sustenta e no parecer aceita, que as pessoas

juridicas, que exploram a industria dos transportes urbanos, por exemplo, vingando o projeto, ficarão entre a cruz e a caldeirinha. Comprimidas, de um lado, pelo preceito legal que lhes atribue a obrigação de indenizar os prejuizos causados por seu empregados a terceiros, no exercicio dos trabalhos, que lhes cometer; e, de outro, pelas leis trabalhistas, que as impossibilitam de dispensar os empregados que esse prejuizo lhes causarem por sua culpa. Fazem até referencias a casos concretos.

A emenda, muito oportunamente, veiu cortar essa objeção.

Deve ser aceita, por isso mesmo, mas com a eliminação da clausula final e dando-se-lhe melhor redação. A despedida do empregado, que agiu illicitamente e acarretou, para o empregador, a obrigação de reparar o dano causado, não pode e não deve ficar subordinada á condição de querer, ou não o sindicato, a que ele pertencer, resarcir o patrão do prejuizo, que ele lhe deu. Haja vista o caso referido no acórdão de 24 de abril de 1936, da Côrte de Apelação de São Paulo, de um motorneiro que, condenado por homicidio culposo e não afastado do seu trabalho, veiu, logo depois, a matar outra pessoa com o seu carro. Isso está a indicar que a medida, agora sugerida pela emenda, deve ser completada por outra, cassando, definitivamente, a carta de habilitação do empregado culpado, interdictando-lhe o exercicio da função ou trabalho, em que se mostrou imperito.

3,

Em conclusão, propõe-se que a Comissão de Constituição e Justiça, em face do exposto, aprove o seguinte

SUBSTITUTIVO

Art. 1. — O art. 1.523 do codigo civil passa a ter este conteúdo:

“Art. 1.523. — Excetuadas as do n. V, não serão responsáveis as pessoas enumeradas no art. 1.521, provando que empregaram, por si, ou seus representantes, toda a diligencia e precaução necessarias para evitar o dano.

“§ unico. — As do art. 1.522 não serão responsáveis pelos atos de seus representantes ou prepostos, no exercicio e por ocasião do trabalho, que lhes competir, provando que o dano foi causado exclusivamente por culpa da vitima ou de terceiro, ou por força maior.”

Art. 2. — Provada a responsabilidade exclusiva do empregado, serviçal ou preposto, nos casos dos arts. 1.521 e 1.522 do codigo civil, poderá ele ser despedido, seja qual fôr o tempo de serviço, por simples comunicação do empregador, por escrito, não lhe assistindo direito a qualquer indenisação.

Art. 3. — A sentença condenatoria em crime culposo cassará a carta de habilitação, por ventura concedida ao condenado, interditando-lhe o exercicio da mesma profissão ou serviço, mesmo depois de cumprida a pena e não obstante a sua suspensão, quando ocorrida esta.

Art. 4. — Revogam-se as disposições em contrario.

Sala da Comissão de Constituição e Justiça, 4 de agosto de 1936. — WALDEMAR FERREIRA, Presidente e Relator (3).

(3) *Diario do Poder Legislativo*, n. 697, de 21 de agosto de 1937, pags. 39.564 e seguintes.

As Cátedras de Direito Público na Argentina

Salvador M. Dana Montañó

(Professor catedrático das Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais e de Ciências Econômicas, Comerciais e Políticas da Universidade Nacional do Litoral, República Argentina)

Limitar-me-ei nesta breve resenha ás obras e aos professores contemporâneos, aproveitando para isso os dados de um inquérito pessoal, realizado no meu país.

Nem pretendo tratar de todas as matérias de Direito público; restringirei minha exposição aos ramos do mesmo que tem por objeto o estudo da organização e do funcionamento do Estado e dos entes públicos menores (Províncias, Municípios, etc.).

Na atualidade ha sómente três ramos que são objeto de cátedras nas quatro Universidades do país que possuem Faculdade de Direito (Buenos Aires, Córdoba, La Plata e do Litoral): Direito constitucional, Direito administrativo, Direito público provincial e municipal.

Ha contudo diferenças na intensidade, distribuição e extensão: na Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Buenos Aires, a primeira é de “Direito constitucional argentino e comparado”; nas similares de Córdoba, La Plata e do Litoral, de “Direito constitucional argentino”; na Faculdade de Ciências Econômicas, Comerciais, e Políticas da última, de “Regime constitucional”

Os respectivos programas de Córdoba (ponto 1.º) e de Santa Fé (pontos 3 e 5) exigem extensos conhecimentos de

história constitucional da República, cujo estudo é objeto de uma disciplina especial em La Plata, sob o título de “Historia Constitucional da República Argentina” Esta matéria não é, como se poderia pensar, (e o faz notar o atual catedrático, o distinto colega Dr. EMILIO RAVIGNANI) pura e simplesmente uma história ou a história das constituições; é a visão panorâmica do processo que implicitamente tem como fim a organização política de nossa nacionalidade. (1)

Em nossa Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Litoral (2), se realiza parcialmente o estudo desse processo em “História das instituições políticas”, matéria do primeiro ano do curso de advogado. (3)

Em Córdoba, La Plata e Buenos Aires e na Faculdade de Ciências Econômicas de nossa Universidade, o Direito Municipal forma parte da cátedra de “Direito público provincial e municipal” Pelo contrário, em nossa Faculdade de Ciências Jurídicas é objeto de matéria autônoma e mais extensa: “Direito municipal comparado”

(1) “*História Constitucional da República Argentina*”, Buenos Aires, 1926, t. I, p. 4.

(2) No quadro das cinco Universidades argentinas, a Universidade do Litoral se caracteriza pela dispersão de suas Faculdades como pedras de um colar ao longo do Rio Paraná: Rosário, Santa Fé, Paraná e Corrientes. Nessa distribuição nos interessam de um modo particular a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Santa Fé e a de Ciências Econômicas, Comerciais e Políticas de Rosário. (N. do tradutor)

(3) No 4.º Congresso de História Nacional e Americana, reunido em Buenos Aires em 1933, o autor justificou um projeto de recomendação a respeito desta matéria, que mereceu aceitação favorável. “O 4.º Congresso de História Nacional e Americana (diz a respectiva resolução), por proposta do Dr. *Salvador M. Dava Montañó*, faz votos: 1) para que se inclua nos planos de estudos universitários a História da organização constitucional como matéria anterior ao estudo do Direito Constitucional; 2) para que nos estudos primários e secundários se dê maior extensão à história institucional e cultural” (N. do tradutor).

O plano inicial de estudos nessa Faculdade incorporou aos estudos de Direito público argentino o “Direito federal”, suprimido inconsultamente em 1930.

A escola de La Plata, ao invés, anexou-a a seu programa em 1922, com a denominação de “Legislação federal”

O Direito federal é o ramo do Direito público interno dos países de regime federal, que estuda a função *específica* do Poder judicial da Nação, seu funcionamento e competência, e a legislação *especial* do Congresso Federal. (4)

Em países de sistema federal, como o nosso, o material de estudo relativo à organização jurídica do Estado e entidades que o integram (Províncias e Municípios) é objeto de três disciplinas distintas: o Direito constitucional, que trata da organização fundamental do Estado federal; o Direito público provincial e municipal, cujo tema é a organização formal das Províncias e Municípios; e o Direito federal, com o objetivo antes indicado. Delimitando estes vários ramos e rebatendo opiniões adversas, professadas por conspícuos defensores, defendi entusiasticamente a autonomia didática e científica do Direito público provincial no 1.º volume de meus *Princípios de Direito Público*. (5)

Os programas de Direito administrativo não apresentam outras diferenças além da orientação particular, método e informação de seus autores. São dignos de destaque, pelo seu conteúdo e distribuição, os vigentes em Buenos Aires (Faculdade de Direito e Ciências Sociais) e Rosário (Faculdade de Ciências Econômicas, Comerciais e Políticas), redigidos pelos Drs. RODOLFO BULLRICH e RAFAEL BIELSA, respetivamente. Da autoridade docente e científica desses eméritos professores trataremos mais abaixo.

Entretanto ambos programas abarcam temas próprios da “Ciência da Administração”, para suprir a ausência dessa

(4) *Princípios de Direito Público*, do autor, vol. I, pags. 224-6, nota 15.

(5) Apêndice, págs. 205 e segs.

cátedra, que funcionou de 1927 a 1930 em ambos os cursos de Doutorado na segunda das Faculdades citadas (doutorado em ciências econômicas e em ciências políticas).

Convém saber que, desde 1922, no 2.º ano do curso de advogado da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Buenos Aires, se estuda, ademais das três ciências jurídicas de que nos ocupamos, “Direito político” num curso especial. Seu programa está formado por temas de Direito público geral, de Política e de História das idéias políticas (universal e argentina). Nas faculdades congêneres de La Plata e do Litoral, o “Direito político” é matéria do curso de doutorado em jurisprudência.

Em a nossa Faculdade de Ciências Econômicas, Comerciais e Políticas, pertence ao curso de doutorado em Ciências Políticas, no qual curso figura ainda “História Política Argentina”, no 5.º ano. O curso de Buenos Aires conta, á similhaça do da Faculdade de Direito de Paris, um curso de “História das Instituições de Direito público”, a cargo atualmente do eminente colega Dr. BIELSA.

De recente data, convém observar, a subdivisão didática do Direito público em nosso país. Em Buenos Aires se criou sómente em 1922, contemporaneamente à fundação da Universidade Nacional do Litoral. Em La Plata o “Direito público provincial e municipal” se incluye no seu plano inicial de 1906; “Legislação federal” se incorpora em 1922; e “Direito político”, em 1930. A tendência atual é mais para restringir que para ampliar o número destas matérias, como se comprova pelo fato da supressão de “Direito federal” em Santa Fé e de “Regime tributário” em Rosário; e para intensificar ou desdobrar em dois cursos as matérias clássicas, como para Direito administrativo já se projetou em Buenos Aires.

Em razão de certas especialidades se destacaram do Direito constitucional capítulos importantes, para um estudo profundo, de caráter jurídico-econômico ou jurídico-político. Tal acontece por exemplo com o “Regime tributário argen-

tino”, incluído no plano de doutorado em Ciências Econômicas em 1927 e que desaparece logo em 1930.

Conta também com muitos partidários, nesta especialidade, a inclusão de “Legislação fiscal”, que existiu como matéria de seminário no curso de peritos para administração pública do citado plano, em Rosário, suprimido hoje; e do “Direito financeiro”, para desmembrar de Finanças a parte jurídica propriamente dita ou de direito positivo, conforme ao estilo europeu.

Com a criação dos cursos de notariado se incorporaram no respetivo programa o Direito constitucional e o Direito administrativo, sob a rubrica de “Elementos de Direito Público” (em Buenos Aires, em 1910; em Santa Fé, em 1930).

OS PROFESSORES ARGENTINOS

Nada mais grato para o professor argentino que falar dos seus colegas que professam disciplinas idênticas ou afins á sua, no seu país. Falarei de sua vocação para a docência, que é a nota característica do verdadeiro mestre; de suas obras e programmas de estudo, que são a demonstração de seu talento, de sua erudição e de suas inquietações espirituais. Não se teria uma noção exata do estado atual do ensino do Direito público na Argentina, se se não referisse, em grandes linhas, á personalidade dos que desempenham a regência das cátedras indicadas.

Em Buenos Aires e La Plata ensina Direito constitucional o Dr. JOÃO ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN, magistrado federal, Membro da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, Membro da Academia Americana de Ciências Políticas e Sociais de Filadélfia, Correspondente da Real Academia de Ciências Morais e Políticas de Madrid e membro do Instituto Internacional de Direito Público de Paris.

Sua intensa atividade magistral se reflete em sua nutrida produção. Inaugurando em 1911 a cátedra de Direito público provincial e municipal em La Plata (1911), deu á estampa, entre outras obras, *Introdução ao Direito público provincial*, aparecida em 1913 — o segundo tratado na matéria, publicado no país, e *Direito constitucional argentino*, cuja primeira edição (1924) constava de dois volumes e mereceu em 1923 o prêmio instituído pela lei nacional numero 9141 para a melhor produção científica. A terceira edição dessa obra ponderavel viu a luz em 1930-1931 em três grandes volumes.

Alguem chamou ao Dr. GONZÁLEZ CALDERÓN “o príncipe do direito público argentino” e “o expositor mais eminente do alberdismo” no momento atual. (6)

Em Córdoba ensina Direito constitucional, desde 1905, o atual senador nacional Dr. GUILHERME ROTHE, e em Santa Fé, desde 1931, o Dr. NICANOR MOLINAS, nosso estimado ex-professor de Direito público provincial na mesma Faculdade. O primeiro teve influência marcada na última reforma constitucional de sua Província (1923), e o segundo, entusiasta admirador da Constituição, e dos expositores norte-americanos, excelente orador, publicou várias de suas conferências sobre história constitucional argentina, sobre a qual prepara uma obra que ha de ser, sem dúvida, fiel expoente do domínio com que possui tal matéria.

As cátedras de Direito administrativo acham-se presidiadas na atualidade por eméritos professores da especialidade. Em Buenos Aires tem assento o Dr. RODOLFO BULLRICH, que substituiu o atual Reitor da Universidade, Dr. VICENTE GALLO, em 1924; professor titular de “Legislação administrativa” em La Plata desde 1921 a 1930, e propulsor do Instituto de Direito Público daquela Universidade, que ele próprio projetou em 1931. O Dr. BULLRICH é autor de um conhecido volume

(6) ADOLFO KORN VILLAFANE, *Direito Público Político*, Buenos Aires, t. 1, pág. 21.

sobre a *Responsabilidade do Estado* (1920) e de um curso de Direito administrativo (1934). No ano passado deu à publicidade uma obra sobre *A natureza jurídica da concessão de serviços públicos e a jurisdição competente para interpretar suas cláusulas*.

Em La Plata substituiu ao precedente o Dr. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, membro ordinário da Junta de História e Numismática, Correspondente da Academia de História de Espanha, do Instituto Histórico do Perú e do Uruguai. Além de várias obras sobre justiça militar, o Dr. VILLEGAS BASAVILBASO tem no prelo uma obra sobre o regime jurídico das concessões de serviços públicos e várias outras em preparação que por brevidade vou omitir.

Em Santa Fé professa Direito administrativo nosso amigo e ex-professor Dr. ALCIDES GRECA, professor interino de Direito municipal comparado e autor de vários trabalhos sobre ambas matérias. Atualmente prepara uma obra sobre *Direito e Ciência da Administração Municipal*, em que se condensarão os conhecimentos que difunde do alto da cátedra a seu cargo.

Em Córdoba é titular da cadeira desde 1916 o Dr. FELIX SARRIÁ, que em 1934 publicou com o título de Estudos de Direito Administrativo "*uma exposição compendiada do ensino professado por seu autor na cátedra sobre matérias do programa*"

E, finalmente, na Faculdade de Ciências Econômicas, Comerciais e Políticas de nossa Universidade do Litoral, honra a cátedra com seu prestígio de mestre e publicista o Dr. RAFAEL BIELSA, o mais alto e mais autêntico valor universitário do país. Membro correspondente do Instituto de Direito Público de Paris, Membro honorário da Academia Nacional de Jurisprudência e Legislação de Espanha, membro ordinário da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, Correspondente do Instituto Real de Ciências Administrativas de Rumânia e do Instituto

de Direito Comparado da Universidade de Paris (Secção de Finanças).

Sua obra como publicista é extraordinária, tanto que uma simples menção e algumas referências sobre ela haviam de requerer toda uma dissertação. Mais de vinte obras de consulta, além de numerosos artigos, monografias, opiniões magistras emitidas em casos concretos, etc., justificam as distinções que nosso estimado colega recebe das mais herméticas instituições do mundo, e o êxito insofismavel que obteve no 5.º Congresso de Ciências Administrativas, reunido em Viena em 1933, e no 6.º, reunido este ano em Varsóvia, no qual participou com uma interessantíssima comunicação sobre *As garantias contra o silêncio da Administração pública na legislação argentina*, trabalho que pude conhecer, por especial deferência de seu autor, antes de sua remessa.

Desde que apareceu a primeira edição de sua obra prima *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, em 1921, agraciada com o prêmio da lei n.º 9141, seguida de perto pelas *Relações do Código Civil com o Direito Administrativo* (1923) e *Limitações impostas á propriedade pelo interesse público* (1923), em que examina as restrições e servidões administrativas, ocupa com inquestionavel direito o primeiro pòsto entre os autores argentinos da matéria. Universitário de fibra, examina e resolve com insuperavel autoridade os mais árduos problemas universitários em *Autarquia das Universidades e outras questões de Política e docência* (1926), em *Questões universitárias* (1928) e em *Sobre a Universidade do Litoral; autarquia e intervenção* (1930), em *Regime universitário* (1932). Estende o campo de suas investigações a outras matérias afins e publica, em 1930, *Princípios de regime municipal* e *Questões de administração municipal*, e, em 1935, *A Advocacia*, livro em que estuda os caracteres gerais da instituição, sua técnica profissional e seu regime legal, os Colégios de Advogados e suas funções e faz algumas observações sumárias sobre a atividade judicial.

No passado ano, seguindo o ritmo habitual de sua produtividade, o Dr. BIELSA deu á publicidade duas obras muito

valiosas, que estimo indispensáveis para o exato conhecimento de nosso regime administrativo: *Idéias gerais sobre o contencioso administrativo* e *A proteção constitucional e o recurso extraordinario*. Esta última que foi editada pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e que o autor dedica “á memória dos grandes Juizes da Côte Suprema”, por seu conteúdo, método e exuberância (enjundia) jurídica será, sem dúvida alguma, uma das mais clássicas do direito público argentino.

As cadeiras de Direito público provincial e municipal estão regidas em Buenos Aires pelo ex-decano Dr. CLODOMIRO ZAVALÍA; em Córdoba, pelo Dr. LUIS EDUARDO MOLINA, que tem como adjunto o Dr. CARLOS R. MELO, joven publicista que se especializou na história constitucional norte-americana; em La Plata, pelo Dr. ADOLFO KORN VILLAFANE; em Santa Fé, pelo Dr. NICANOR MOLINAS; e em Rosário, por quem firma estas linhas (7).

O Dr. ZAVALÍA, Membro da Academia de Direito, além de *As greves ante a lei* (1918), *Defesa social da Nação* (1919), *História da Suprema Côte* (1920) e *Jurisprudência da Constituição Nacional* (1924), publicou um volume sobre a matéria, intitulado *Lições de direito publico provincial e municipal* (1928). Em tais trabalhos sustenta o Dr. ZAVALÍA que as províncias argentinas são soberanas, teoria que refuto amplamente no 1.º volume de meus *Princípios* (8).

(7) O autor publicou as seguintes obras: *Intervenção federal nas Províncias* (1926); *Elementos de Direito Público* (Constitucional e Administrativo) (1931); *Princípios de Direito Público*, volume I; *Elementos de Direito Público Geral* (1933); *A autonomia de Santa Fé. Suas origens* (1934); *Empréstimos públicos, provinciais e municipais* (1936); *A liberdade de ensino* (1936); e *Legislação social* (1937). As duas primeiras estão exgotadas. *Ciudadania y nacionalidad* (Santa Fé — 1938). No prelo, o II volume de *Princípios de Direito Público*, onde o Prof. DANA MONTAÑO trata da teoria jurídica das formas de governo, do governo “de fato” e dos processos modernos de governo direto pelo povo (referendum, “recall”, etc.). (N. do tradutor)

(8) Vol. I, cap. IX, p. 196 e segs.

Sob o título de *Direito Público Político* o Prof. KORN VILLAFANE deu á estampa no decorrer do ano transato o primeiro tomo de seu *Curso sobre Direito público local*, no qual ensáia, por sua própria observação, “uma exposição crítica do alberdismo como filosofia virtual da geração de Caseros e como chave ideológica da constituição em vigor” Chega á conclusão de que “as atuais instituições políticas argentinas se encontram em contradição aberta com os princípios da filosofia tomista” Em seguida expõe o autor as instituições provinciais e comunais argentinas.

O Dr. KORN VILLAFANE anuncia que no tomo 2.º, próximo a aparecer, examinará, sempre debaixo do ponto de vista em que se colocou, as instituições federais e os dois problemas que serão, a seu parecer, os temas principais da futura refórma constitucional argentina: o docente e o financeiro. Não posso ocultar a forte impressão que me produziu a leitura deste precioso volume (pouco conhecido talvez em seu próprio país), tal o extraordinário conteúdo de doutrina.

Já dissemos que em nossa Faculdade de Santa Fé esta matéria se acha repartida entre dois cursos: o de “Direito público provincial”, a cargo do Dr. MOLINAS, e o de “Direito municipal comparado”, interinamente a cargo do Dr. GRECA, dos quais já nos ocupámos anteriormente.

Em La Plata professa Legislação federal em qualidade de interino o Dr. LUIS R. LONGHI, autor de várias publicações sobre direito público, entre as quais merece ser relevada *Sufragio feminino*, aparecida em 1932.

Em particular vou dizer duas palavras sobre os titulares de Direito político nas três Faculdades em que se leciona essa cadeira.

Em Buenos Aires ensina esta matéria o atual Intendente Municipal da Capital Federal Dr. MARIANO DE VEDIA MITRE, nome muito conhecido por sua produção sobre tudo de carácter histórico.

Dois alunos do Dr. DE VEDIA Y MITRE compilaram as lições ditadas na Faculdade metropolitana, com o título de

Curso de Direito Político, cuja segunda edição apareceu em dois tomos em 1928. Nele adverte-se a tendência a considerar a Política como História do Estado ou como Teoria geral do Estado (a “Staatslehre” dos alemães), mais própria do Direito público geral que de ciência política, e como História das idéias políticas. A nosso modo de ver, é esse um resultado do exagêro do método histórico aplicado á Política, fato que não prejudica os méritos da obra didática que comentamos.

Em La Plata professa a matéria nosso distinto colega e amigo Dr. FAUSTINO J. LEGÓN, orador eloquentíssimo e expositor exuberante (enfundioso), de ortodoxia estrita em Doutrina e exercício do Padroado Nacional, tese nesse ponto insuperavel, e nos *Comentários da nova Constituição de San Juan* (1927), *Afirmações de ortodoxia e política* (1930), *Distinção e jerarquia de poderes* (1932), *Reorganização do sistema constitucional do Brasil* (1935) e *Reformas democráticas e autêntica supremacia constitucional* (1935).

Interinamente encarregado da Cátedra em Santa Fé acha-se nosso apreciadíssimo ex-mestre Dr. RODOLFO REYNA, cujo principal título, na ordem de idéias que nos ocupa, é o de fundador da cadeira de Direito federal e de redator de seu primeiro programa.

A ESCOLA ARGENTINA DE DIREITO PÚBLICO

Tais são as matérias e os professores desses ramos do Direito público na Argentina, sua distribuição e suas obras, respetivamente; dignos continuadores dos que foram honra e glória da cátedra argentina: ESTRADA LÓPEZ, DEL VALLE, MARTIENZO, MONTES DE OCA e tantos outros.

Os operários são excelentes, e ótimos os frutos. E se o panorama de nossos estudos sobre o Direito público não é desolador, pode, não obstante, e deve ser melhorado pelo cultivo racional do fecundo terreno que lhe serve de base.

Ha alguns anos, instruido pela experiência universitária e em harmonia com a opinião dos que se preocuparam com

o assunto, escrevi uma monografia sobre a literatura e ensino da matéria, cujo título sintetiza, melhor que uma longa exposição, seu pensamento central: *A crise dos estudos de Direito Público na Argentina*.

Pois bem, continuo ainda a pensar, apesar do brilhante estado que debuxei, na crise da produção literária e do ensino do Direito público em minha querida Patria, não por falta de excelentes professores e autores, de programas, planos e obras aos mesmos relativas. Mas sim, por algo mais fundamental: porque ainda não alcançámos um sistema próprio de Direito público que, emancipando-se da tutela sistemática e das fontes estrangeiras, constitua o sistema nacional, isto é, a escola argentina do Direito público.

O problema é delicado e complexo; as soluções, múltiplas e devem ser cuidadosamente estudadas.

Nossos estudos devem deixar de ser empíricos e imitativos.

Devem ser jurídicos, em vez de legais; e de preferência nacionais, e mais políticos, em sentido próprio, que puramente jurídicos. Não quer isso dizer que os cursos especiais de habilitação para a vida pública, a que são chamados os advogados em razão de sua profissão e por motivo de ambiente, se incorporem aos planos de estudo dos ciclos profissionais. A estes devem reincorporar-se matérias jurídicas, como o “Direito federal”, e incorporar-se outras de caráter históricos, como a “História constitucional”, ou propedêuticas, como o “Direito público geral”, imprescindíveis para a posse ulterior das matérias referentes ao direito público positivo. Estas, particularmente o Direito constitucional e o Direito administrativo, devem desdobrar-se (9), ou melhor, aprofundar-se; o que não requer, como alguns falsamente supõem, a multiplicação ou criação de novas cadeiras. A questão pode resolver-se neste particular com a instituição de cursos

(9) Em dois ou três cursos, como se praticou na Real Universidade de Génova.

intensivos, livres ou obrigatórios, de seminário ou de investigação, paralelos aos cursos teóricos obrigatórios.

A exigência das matérias políticas propriamente ditas, como a “Política”, a “Ciência da Administração”, etc., deve cumprir-se nos cursos de especialização (doutorado, etc.) ou nas especialidades (carreiras administrativas).

A aplicação do método histórico-político nos estudos jurídicos profissionais suprirá, como se faz nas universidades européias, a falta de matérias dessa natureza.

Nota-se felizmente em nosso país uma renovação de conceitos acerca desses estudos, por desventura sobrepujados pelos de Direito privado, e uma atração maior pelos seus temas, promissoras de uma era nova para o Direito público argentino.

Mesmo os que impugnaram a necessidade ou conveniência do desdobramento das cadeiras tradicionais preconizam a criação de institutos, como o de Direito constitucional, para cursar estudos superiores de alta extensão universitária, e exímios publicistas do país tratam em obras meritíssimas pontos importantes de Direito público.

Tais por exemplo o Dr. LÚCIO M. MORENO QUINTANA, atual vice-decano da Faculdade de Ciências Econômicas de Buenos Aires, em *As doutrinas da federalização e da legislação exclusiva no Direito público argentino* (1928); o Dr. RÓMULO AMADEO, em *A liberdade de ensino* (1923) e *Rumo a uma nova Constituição nacional* (1936); o Dr. CARLOS IBARGUREN, Presidente da Academia Argentina de Letras e do Instituto Popular de Conferências de “La Prensa” em *A inquietude desta hora*; e o Dr. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, Diretor do Boletim da Biblioteca do Congresso Nacional, que coroou suas publicações anteriores sobre regime dos territórios nacionais com a brilhante tese *Direito Público dos Territórios Nacionais argentino e comparado* (1936), laureada pela Faculdade de Direito e recomendada para o premio “Facultad”

Diante desta última obra, que põe em evidência a relevância insuspeitada de um novíssimo ramo do Direito púb-

blico positivo argentino, com objeto, fontes e bibliografia próprias, é mistér convir na necessidade de ir incorporando paulatinamente a nossos estudos universitários matérias como esta, de plena autonomia didática, até agora confundidas com outras afins, em razão de uma imperfeita divisão do trabalho científico, ou porque, em realidade, não se conhece, como ocorreu ao Direito administrativo, sua vastidão e importância.

FUNÇÃO DOS PROFESSORES NA AMÉRICA

Para terminar, formulo ferventes votos de que se intensifique o intercâmbio intelectual entre os países da América, de que se realizem frequentes embaixadas universitárias, de lentes e discipulos, e se estudem em comum os problemas institucionais de carater jurídico-político dos países americanos, em academias e congressos internacionais (10).

(10) Em conversa com os colegas chilenos lancei a iniciativa de constituir, com os fins anunciados, o “Instituto Panamericano de Direito Público” Seu objeto primordial seria o estudo científico das instituições republicanas, no intuito de seu melhoramento, realizado individualmente por seus membros e coletivamente, em reuniões ou congressos continentais periódicos, nos quais se agitariam temas fixados de antemão sobre questões institucionais de interesse comum para os países americanos.

Seus órgãos de publicidade seriam o “Boletim da União Panamericana”, de Washington, e as Revistas das Universidades de América. Seus membros natos, os Professores das cadeiras que versam sobre o Estado e sua atividade, aos quais se poderiam acrescentar, como associados ou correspondentes, os estudiosos e estadistas que aqueles designassem em atenção a seus méritos. Uma comissão de administração, composta por um Diretor geral e um Secretário para cada país ou secção continental, teria a seu cargo a direção do Instituto e a organização das reuniões nacionais ou internacionais, que constituiriam a mais alta expressão de sua atividade acadêmica. A possibilidade de realização de tal iniciativa, que já conta com antecedentes no mundo, como por exemplo o “Instituto Internacional de Direito Público”, de Paris, e os benéficos resultados que de lá são de esperar, causaram em Chile uma acolhida muito esperançosa. (Nota do autor)

Se, como tantas vezes se repetiu, a solidariedade é o símbolo do continente, e se a forma de govêrno representativo em sua expressão mais perfeita, a forma republicana, deu na América frutos tão esplêndidos como os dos Estados Unidos do Norte, ante cujo vestíbulo a estátua da Liberdade assinala ao mundo civilizado objetivo da concepção democrática, — nesta hora incerta que atravessa o Ocidente, solicitado por sistemas de extrema esquerda e de extrema direita, está reservado aos mestres de Direito público, aos professores americanos e aos homens de estudo de ambas as Américas uma função superior de docência e orientação geral: a de mostrar aos homens de boa vontade de todas as latitudes as excelências da República; a de depurar as instituições vigentes, assinalando seus defeitos e propondo honestas e eficazes reformas, que não desvirtuem o conteúdo democrático das mesmas e que assegurem o fecundo equilíbrio entre o poder público e a liberdade individual, em que se baseia o préstimo do sistema.

Quiçá deste modo pagará a América com juro a dívida que tem com a civilização ocidental e salve a Europa da ameaça inquietante do Oriente.

El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos (**)

Raymundo L. Fernández (*)

(De la Facultad de Derecho de Buenos Aires)

Es un estado patrimonial y no un hecho
o un conjunto de hechos

1. — LA CESACIÓN DE PAGOS EN LA VIDA REAL

Siendo el derecho, ciencia social, el reflejo de la vida, antes de entrar a exponer nuestro concepto de la cesación de pagos, analicemos el cuadro real y verdadero que presenta la situación de un deudor, cuyas finanzas comienzan a resentirse y terminan en la quiebra.

Mientras el giro de los negocios se desarrolla normalmente, vende bienes en cantidad suficiente para disponer, en la fecha de los vencimientos, del dinero necesario para los pagos, aparte de quedarle una ganancia equitativa; la

(*) Del libro, en prensa, *Tratado teórico-práctico de la quiebra. FUNDAMENTOS DE LA QUIEBRA.*

(**) En un capítulo anterior, el autor estudia las distintas teorías sobre el alcance de la fórmula legal *cesación de pagos*, clasificándolas en la siguiente forma:

a) *teoría materialista*: cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento;

b) *teoría intermedia*: cesación de pagos como estado patrimonial, pero que sólo puede exteriorizarse por incumplimientos efectivos;

declinación se insinúa con la desaparición de las ganancias, pero aún las obligaciones se atienden con los recursos normales; luego, disminuyendo éstos es necesario echar mano de las reservas y más adelante conseguir dinero recurriendo al crédito, generalmente bancario, o vendiendo y gravando inmuebles, etc., operaciones que no pueden considerarse todavía ruinosas y menos fraudulentas; vendiendo a precio menor que el corriente en plaza, para aumentar el volumen de las transacciones; acentuándose el malestar, el deudor debe recurrir a expedientes más heróicos, como por ejemplo, vender a menos del costo, conseguir dinero en condiciones onerosas y hasta usurarias, y cuando, no obstante ello, el dinero falta, obtener renovaciones de los documentos; a fin de conseguir esperas debe otorgar garantías personales o reales a los acreedores más exigentes, operaciones ruinosas o fraudulentas que evidencian, sin lugar a duda, un estado de insolvencia o imposibilidad de pagar con los recursos normales; por último, ante la gravedad de la situación, el deudor confiesa su impotencia económica, solicitando judicial o privadamente un concordato, que le permita desenvolverse, y si no cree posible la reacción, preséntase en quiebra, cuando no se fuga por considerar que ha incurrido en responsabilidades criminales, en razón de haber esperado demasiado o haber realizado ciertos hechos culpables o fraudulentos; o busca la liberación en el suicidio. Aunque hasta ese momento no haya dejado de pagar sus deudas, el estado de cesación de pagos es evidente.

c) *teoría amplia*: cesación de pagos como estado patrimonial que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente.

En esta última, por la cual se decide, comprende a la conocida en Italia con el nombre de *teoría de los equivalentes*.

A nuestros autores SA VIANNA y CARVALHO DE MENDONÇA, los incluye entre los partidarios de la teoría *materialista*, sosteniendo que nuestra ley de quiebras la sigue en su art. 1.º al considerar fallido al “commerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação mercantil líquida e certa”.

Como vemos, el proceso del malestar económico que termina con la quiebra, es prolongado y complejo. Si se entendiera que mientras no deje de pagar una obligación no puede haber quiebra, resultaría que no obstante todos los hechos expuestos, la falencia no sería posible en tiempo oportuno, con lo cual el instituto perdería su carácter *preventivo*, y luego, declarada, la cesación de pagos no podría fijarse en una fecha lo suficientemente anterior, como para permitir la nulidad de los actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores; el *período de sospecha* sería siempre reducidísimo y sin utilidad práctica, perdiendo así el instituto su carácter *reparativo*.

Analizando esa situación, surge sin esfuerzo, en forma clara y lógica, que si la quiebra tiene por objeto liquidar un patrimonio impotente para el cumplimiento de las obligaciones que sobre él gravitan, y en la época oportuna para que los acreedores no sufran una pérdida considerable, debe poder ella declararse cuando, sin necesidad de que existan obligaciones vencidas impagas, se revelan hechos demostrativos de que el deudor se halla en estado de cesación de pagos, como por ejemplo, cuando se presenta solicitando concordato, confiesa en circulares a sus acreedores su imposibilidad de cumplir, cierra sus almacenes, se fuga o se suicida.

En cambio, observemos la situación inversa, del deudor que no puede momentáneamente cumplir, por razones imprevistas, como la quiebra del banco en que tiene depositado su dinero o del deudor con cuyo pago contaba para, a su vez, afrontar sus compromisos; o la, muy corriente por cierto, del comerciante que se ve privado en forma transitoria del crédito bancario, por circunstancias que no le son imputables (resoluciones de carácter general del banco en que opera) o por una situación especial cualquiera (por ejemplo, el contrato social venció en esos días y no ha podido ser renovado por ausencia de uno de los socios) (1).

(1) En un caso así nos correspondió intervenir profesionalmente. Para evitar la quiebra, los deudores, comerciantes matricu-

Aún cuando alguna obligación quede impaga, es indudable que, subsanados los inconvenientes, en pocos días, el deudor, cuyo giro es perfectamente normal y equilibrado, continuará haciendo honor a su firma.

En tales condiciones, no es posible sostener que ese deudor se encuentra en cesación de pagos. Declararlo en quiebra importaría, del punto de vista humano y jurídico, una evidente injusticia, y del punto de vista económico, un grave error.

De los ejemplos expuestos, fluye el repudio de la teoría que identifica a la *cesación de pagos* con el simple *incumplimiento* de una obligación.

Lo mismo cabe decir si la falta de pago obedece a un *olvido*, siempre posible, al cual, aunque criticable no puede aplicarse como sanción una declaratoria de quiebra; y aún cuando media un *capricho* del deudor, porque la quiebra no es un castigo como se consideraba antiguamente sino un fenómeno económico, generalmente casual, y una institución jurídica cuya finalidad no es otra que atenuar en lo posible los efectos de la insolvencia.

En la primera parte de este trabajo hemos estudiado lo concerniente a la quiebra del punto de vista económico y jurídico, antecedentes históricos, derecho comparado, presupuestos, etc.; a cuyo estudio nos remitimos para no repetirnos.

2. — LA CESACIÓN DE PAGOS COMO ESTADO PATRIMONIAL

Desarrollaremos ahora nuestro concepto sobre la *cesación de pagos*, en forma doctrinaria general; más adelante nos ocuparemos de ella dentro del derecho argentino y de la economía de nuestra ley de quiebras, n.º 11.719.

lados, tuvieron que presentarse en convocatoria, en la que, por fortuna, obtuvieron un concordato. La convocatoria (que también importa grave desconcepto y cierra al comerciante el crédito, especialmente el bancario), no habría sido necesaria si nuestros magistrados profesaran un concepto amplio de la *cesación de pagos*.

Ya hemos dicho que adherimos a la *teoría amplia*, expuesta en el n.º 139.

Para nosotros, pues, económica y jurídicamente, la cesación de pagos *es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan*.

No es un *hecho*, sino un *estado de hecho* (2), que por ser tal abarca un período de tiempo más o menos largo; comienza generalmente con ciertos actos de significado ambiguo, cuya realización no permite por lo común afirmar, en ese momento, que realmente el deudor haya caído en insolvencia, para luego irse acentuando hasta que se revela por hechos cuya interpretación no deja ya lugar a dudas.

La cesación de pagos no es otra cosa que el estado económico de insolvencia o de quiebra, que torna indispensable el procedimiento colectivo de liquidación, en beneficio de los acreedores, de la economía general y del deudor mismo.

Este estado económico complejo, para que pueda dar lugar a una declaratoria judicial de quiebra, debe revelarse por hechos exteriores, de relativamente fácil constatación, como por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones (el más frecuente de todos), la confesión expresa del deudor o su confesión tácita, como la fuga, el cierre de sus oficinas o almacenes, etc. Existen otros hechos de significado menos preciso, que no podrían originar de inmediato una declaración de quiebra y que tampoco podrían servir por sí solos para fundarla más adelante, pero que una vez declarada la falencia y constatados acontecimientos posteriores, pueden revelarse como los primeros síntomas del malestar económico general y permanente del deudor y servir de base para

(2) Siendo la *cesación de pagos* un estado de mayor o menor duración en el tiempo, debe hablarse de la *fecha en que comienza* y no de la *fecha de la cesación de pagos*, que al presentar a ésta como un *hecho* ocurrido en determinada fecha, induce en error, haciéndola confundir con los *incumplimientos* (Conf.: RAMELLA, I, n.º 139, p. 237; BRAVARD-VEYRIÈRES, V, 195; WAHL, n.º 2203).

determinar la fecha inicial del estado de cesación o lo que es igual, del *período de sospecha*: pedidos de espera, renovación de documentos, otorgamiento de garantías a ciertos acreedores exigentes, contratación de empréstitos a interés elevado, enajenación de inmuebles, venta de mercaderías a precio menor del costo, devolución de las mismas al vendedor impago, pago de deudas en otra forma que en dinero, etc. (3).

3. — UNIDAD DEL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS

Lo que decimos en el número anterior no significa que el estado de cesación de pagos que debe tenerse en cuenta para la declaración de la quiebra sea distinto al que puede servir para fijar la fecha de su comienzo. Teórica y doctrinariamente su naturaleza es la misma; no hay más que un estado de cesación de pagos, único; varían sólo en el hecho el valor de los actos del deudor como demostrativos de su insolvencia, la que puede no exteriorizarse en el momento de la realización de aquellos, sino después, comparándolos y complementándolos con los hechos posteriores, cada vez más concretos y categóricos y que terminan con el incumplimiento de las obligaciones, o la presentación en quiebra o pidiendo concordato, la fuga, etc.

No pueden ser distintos los hechos reveladores, ni el criterio judicial para apreciarlos, en uno y otro caso, pues el estado de cesación de pagos es único y general, existe o no existe respecto de todos y contra todos: *erga omnes*; por consiguiente, no se concibe que pueda existir para fijar la fecha inicial del estado de quiebra del deudor y no para declarar la falencia. Jurídica y lógicamente no puede sostenerse tal cosa.

(3) Conforme con el concepto de la cesación de pagos como estado patrimonial, que puede revelarse por infinitos hechos, cuyo alcance queda librado a la apreciación judicial, véase todos los autores partidarios de la *teoría amplia*.

Este es el criterio seguido por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia modernas (4).

La diferencia es sólo de hecho; de orden práctico. Si el deudor pide una renovación u otorga una hipoteca a determinado acreedor o rescinde un contrato de compraventa de

(4) *Francia*: ALAUZET, VII, n.º 2407: Para este autor en ambos casos deben mediar incumplimientos efectivos; no acepta que se tome en cuenta los expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos, con que el deudor ha conseguido recursos para continuar en forma material los pagos, aparentando una solvencia que en realidad no existe; BRAVARD-VEYRIÈRES, I, 22 y ss.; LYON-CAEN y RE-NAULT, VII, n.º 54; id., n.º 118: “Del punto de vista de la fijación de la fecha de la cesación de pagos, ésta no debe, según nosotros, ser apreciada distintamente que cuando se trata de saber si hay lugar a la declaración de quiebra. El tribunal no podría, pues, remontar la cesación de pagos a una época en que la situación del deudor no fuera tal que su quiebra hubiera podido ser declarada si ella se hubiera pedido. La misma expresión (*cesación de pagos*) empleada por el art. 437 relativa a la declaración de quiebra y por el art. 441, cód. de comercio, concerniente a la fijación de la fecha de la cesación de pagos no puede tener dos sentidos diferentes en las dos disposiciones. Si fuera en otra forma, el legislador habría expresado bien mal su pensamiento”; PERCEROU, I, ns. 183 y ss., y 361 a 363, y en *Ann. de dr. comm.*, 1900, 322; WAHL, n.º 2203; LACOUR, y BOUTEON, II, ns. 1670 y 1698. THALLER, *Traité*, ns. 1731 y 1752, se limita a exponer las dos teorías con sus respectivos fundamentos, sin abrir opinión al respecto.

Italia: BONELLI, I, n.º 38: “La cesación de pagos es la impotencia para pagar manifestada por el comerciante con *hechos o actos* idóneos para generar esta convicción cuando son conocidos. A falta de hechos de esta naturaleza no hay cesación de pagos para ningún efecto y frente a ninguno. Y recíprocamente, en presencia de tales hechos hay cesación de pagos para todos los efectos y frente a todos. En suma, hay un solo estado de cesación, el cual o existe y es motivo legal (hecho generador) de quiebra, o no existe, y no puede ni siquiera calificarse retroactivamente como período de sospecha. El estado de cesación es el estado de *hecho* de la quiebra”
Agrega que durante la vigencia del cód. de com. de 1865 no existía controversia al respecto, la que nació con la sanción del cód. de 1883, en razón de que en éste se agregó el art. 705, cuya colocación alejada del 683, hace creer a algunos autores y magistrados que se

volviendo al vendedor sus mercaderías, tales hechos no podrán por sí solos fundar un pedido de quiebra; si así fuera el ejercicio del comercio sería imposible; esos hechos pueden constituir operaciones normales y obedecer a cualquier escasez momentánea de fondos o a un mejor ajuste de los ne-

refiere sólo al caso de fijación de la fecha inicial de la cesación de pagos, una vez declarada la quiebra y no es aplicable cuando se trata de declarar la falencia, id., n.º 354: “En la jurisprudencia no es fácil encontrar ejemplos de quiebras declaradas en base a hechos de esta categoría (expedientes ruinosos o fraudulentos) y se comprende: los expedientes tiene su razón de ser precisamente en la mira de ocultar el estado de cesación y ordinariamente por algún tiempo este fin se consigue; los acreedores, o no saben o no tienen medios de probarlo. Esto reduce a términos mínimos el interés práctico de la cuestión”; id., en *Foro it.*, 1898.1.731; VITA-LEVI, en *Rass. di dir. comm.*, 1883.182; CUZZERI, n.º 14; SCALAMANDRÈ, IV, n.º 8; VIDARI, VIII, ns. 7405 y 7472; ERRERA, en *Temì ven.*, 1894.600 y en *Dir. comm.*, 1898.725; BENSA, en *Dir. comm.*, 1885.65; RAMELLA, I, n.º 91; id., n.º 139: “Surge de lo expuesto que los criterios directivos de la declaración de quiebra y de la determinación de la fecha de cesación de pagos, no son diversos, en el sentido de que el hecho de la cesación de pagos cambie de naturaleza o asuma caracteres distintos en uno y otro caso; por el contrario, mantiene inalterada su índole constitutiva y quedan idénticas en ambos casos las hipótesis, y por consiguiente no puede decirse que la cesación de pagos se entienda en modo inverso según que se aprecie a los efectos de la declaración de quiebra o para establecer la existencia del período de sospecha. La diferencia es, en cambio, totalmente subjetiva refiriéndose al momento probatorio de la cesación de pagos, la cual, existiendo jurídicamente y revelándose con posterioridad, aunque no denunciada por el deudor, da origen al período de sospecha, productor de ciertos efectos legales respecto de sus actos en fraude a la ley y contra la masa de acreedores”; SACERDOTI, en *Encicl. giur.*, v.º *Fallimento*, 117 y 133; LUCIANI, n.º 138; ROCCO, 13; BENSA, en *Dir. comm.*, 1885.65; CANDIAN, en *Riv. di dir. comm.*, 1919.1.45; PIPPIA, n.º 62: “Es evidente lo absurdo e ilógico de dos nociones e interpretaciones diversas de un hecho único. Por otra parte la determinación de la fecha de la cesación de pagos se hace, aunque en modo provisorio, con la misma sentencia de declaración de quiebra: de ahí la consecuencia racional de que el concepto y la extensión de la cesación de pagos sólo pueden ser únicos para

gocios; si con posterioridad el giro del deudor continúa en forma normal, afrontando sus compromisos, no podría considerárselos como hechos reveladores de un estado de cesación de pagos que en realidad no existiría. Prácticamente los acreedores no pueden conocer los antecedentes de tales actos, y aún conociéndolos, no son ellos precisamente los que determinarán su significado, sino los que ocurran con posterioridad, al ir acentuando el malestar económico del deudor y transformando las dificultades del momento en un desequilibrio económico de carácter general y permanente. Mientras no se produzca un hecho de significación precisa, de gravedad tal como para producir la convicción de que el estado de cesación de pagos existe, la quiebra no podría ser declarada, ya que toda investigación en los negocios, libros y papeles del comerciante no es posible mientras aquélla no se decrete. Todo es también aquí cuestión de circunstancias y de apreciación judicial;

ambos efectos, el de la cesación de pagos y el de la determinación de su fecha” En nota, agrega: “Adhiriendo a tales conceptos el proyecto de nuevo código suprime el actual art. 705, considerándolo supérfluo, frente al párrafo del art. 695, según el cual: el estado de insolvencia resulta del incumplimiento o de otros hechos exteriores que prueben que el comerciante no se encuentra en grado de satisfacer sus obligaciones”; NAVARRINI, *Tratt.*, I, n.º 241. — Lucca, 19 mayo 1862, *Giur. comm.*, 1862.2.166. — Cas. Roma, 14 set. 1877, *Ann. della giur. it.*, 1877.461. — Cas. Turín, 3 feb. 1885, *La giurisp.*, 1885.138. — id., 12 mayo 1898, *Foro it.*, 1898.568. — id., 7 set. 1899, *La giurisp.*, 1899.1409. — Brescia, 16 jun. 1897, *Monit. trib.*, 1897.750. — Milán, 6 jun. 1899, *Monit. trib.* 1900.513. — Génova, 21 jun. 1897, *Foro it.*, 1897.888. — Lucca, 27 nov. 1913, *Giur. tosc.*, 1914.169. — Roma, 27 dic. 1913, *Giur. it.*, 1914.126. — Milán, 26 marzo 1915, *Temi lomb.*, 1915.529. — Nápoles, 7 jul. 1916, *Trib. giud.*, 1916.161. — Génova, 27 nov. 1917, *Dir. comm.*, 1917.74. — Catania, 12 ag. 1918, *Giur. cat.*, 1918.158. — Casale, 23 ab. 1919, *Foro it.*, 1920.27. — Trani, 4 ab. 1922, *Foro it.*, 1922.112. — Roma, 30 en. 1926, *Dir. fallim.*, 1926.1036.

Almania: PETERSEN y KLEINFELLER, 147.

una renovación o el otorgamiento de una hipoteca nada grave dicen en contra del deudor, pero una serie constante de renovaciones o la realización simultánea o posterior de otros hechos tendientes a evitar los incumplimientos y a demorar el momento de la quiebra, demostrará que aquellos hechos primeros fueron el comienzo del período de malestar y de desequilibrio económico, por lo cual pueden ser tenidos en cuenta para determinar el punto de partida del período de sospecha, cuestión tan importante por sus resultados prácticos (5).

Empero, algunos autores discrepan con el criterio expuesto, y conceptúan que los hechos que exteriorizan el estado de cesación de pagos y el criterio judicial para apreciarlo son distintos, según que se trate de declarar la quiebra o de fijar la fecha inicial de dicho estado; para el primer caso sólo podrían tomarse en cuenta hechos precisos y categóricos, como por ejemplo, los incumplimientos, la fuga del deudor, el cierre de sus almacenes u oficinas; en tanto que para el segundo, podría hacerse mérito de otros hechos también reveladores del malestar económico del deudor aunque

(5) RAMELLA, I, n.º 139, *in fine*, PERCEROU, I n.º 183 *bis*; LYON-CAEN Y RENAULT, VII, n.º 118: “. . . es necesario, sin embargo; reconocer que en el hecho, una vez declarada la quiebra, es posible darse cuenta mejor de la situación del deudor en una época dada, del carácter que podía tener tal o tal negativa de pago. ”. “Esto explica que ciertos fallos puedan aparecer como usando de una apreciación más amplia de las condiciones de la cesación de pagos, cuando se trata de fijar la fecha de ésta, tomando, por ejemplo, en consideración ciertos hechos que en sí mismos, no conociéndose su alcance exacto, podrían parecer ineficaces para hacer declarar la quiebra, como la renovación de documentos o los protestos no seguidos de ejecución. Pero no resulta en forma alguna que haya lugar a reconocer al tribunal el poder de apreciar más ampliamente los hechos cuando se trata de fijar la fecha de la cesación de pagos, que cuando debe decidir si hay cesación de pagos como para permitir declarar la quiebra”.

en forma menos precisa y cuyo alcance sólo resultará de la investigación que el síndico realice en los negocios de aquel: como por ej., las primeras renovaciones de documentos con posterioridad no pagados, el otorgamiento de garantías a determinados acreedores, las ventas a precio irrisorio, etc.; es decir, que estos últimos hechos en ningún caso podrían fundar un pedido o una declaración de quiebra (6). Sobre todo profesan este doble criterio los partidarios de las teorías *ma-*

(6) En este sentido puede verse:

Doctrina y jurisprudencia francesa: BEDARRIDE, I, n.º 62: “El tribunal puede, posteriormente a la sentencia declarativa, remontar la fecha por un auto posterior; los elementos de esta segunda sentencia *varían esencialmente* de los que exige la primera”; *id.*, n.º 63: Algunos protestos, dijimos antes, no bastarían para constatar la cesación de pagos. En el primer momento, en efecto, es difícil apreciar si los protestos obedecen a un apuro momentáneo, pasajero, más bien que a una insolvencia completa. Más tarde, sin embargo, la inspección de los libros puede conducir a una certeza sobre este punto, haciendo resaltar las causas que le han dado nacimiento”; en los números siguientes enumera muchos hechos que pueden revelar el estado de quiebra del deudor a los efectos de determinar la fecha inicial del período de sospecha; BOURCAT, en *S.*, 1911.1.274; BESSON, en *D.*, 1933.1.121: Este autor sigue la teoría *intermedia*, es decir, que para él no hay cesación de pagos a los efectos de declarar la quiebra, si no ha habido detención efectiva de los pagos (cierre de la caja). — Paris, 23 set. 1858, *Journ. trib. comm.*, 1859.57. — *id.*, 3 en. 1863, *ibid.*, 1863.422. — Ruán, 1 dic. 1879, *D.*, 1880.2.93. — Clermont, 23 nov. 1892, *Journ. faill.*, 1893.332: “Para dictar un auto declarativo, los jueces no deben, en principio, preocupar-se de los medios con ayuda de los cuales el deudor consigue mantener su crédito y deben rehusarse a pronunciar tal sentencia, en tanto que el deudor hace frente a sus compromisos, cualesquiera que sean, por otra parte, los medios a que *recurre* para satisfacerlos; no ocurre lo mismo una vez declarada la quiebra cuando sólo se trata de fijar el punto de partida del período de sospecha” Según LYON-CAEN Y RENAULT, n.º 118, n.º 1, “esta doctrina no debe ser aceptada y *ella no ha sido nunca aceptada por la Corte de Casación*”; v., empero, *supra*, n.º 142, n.º

terialista e intermedia (*supra*, ns. 123 y 130) a quienes se lo impone el concepto que tienen de la cesación de pagos, considerando que necesariamente debe exteriorizarse por *incumplimientos efectivos*, pues por la fuerza de las cosas tienen que admitir, cuando se trata de determinar la fecha inicial del período de sospecha, que los incumplimientos dis-

101. — Argel, 6 dic. 1899, *Le Droit* del 9 de mayo 1900 y *Ann. dr. comm.*, 1900.322.

Doctrina y jurisprudencia italianas: BOLAFFIO, I, n.º 85: “Son, pues (la declaración de quiebra y la determinación de la fecha inicial de la cesación de pagos), dos fases distintas. En la primera el juez no hace más que constatar la efectiva cesación de pagos (art. 683). No puede avanzar sus indagaciones sobre la condición económica del comerciante, el cual, si bien con un pasivo superior al activo, podría todavía apuntalarse con los recursos del crédito. Una investigación no sólo le está prohibida por la ley, que se detiene en el hecho exterior y material de la cesación de pagos, sino que podría constituir una desgracia irreparable para el comerciante, a quien trastornaría la marcha regular de los negocios. En la segunda fase, en vez, y cuando la quiebra ha sido declarada, “la vida comercial del negociante ya está expuesta a la más dolorosa publicidad; el juez ha examinado ya toda la historia de los negocios que lo arrastraron a la ruina, y en este momento puede tener en cuenta todos los expedientes ruinosos y fraudulentos que escaparon a su indagación cuando fué declarada la quiebra. Ahora, sin turbar con su intervención el secreto de la economía privada, el juez puede decirle al fallido: la ley no puede respetar una actividad comercial continuada, en fraude de los acreedores, con medios ilegítimos, mientras debía preservar sus derechos provocando la declaración de quiebra (VIVANTE, *Temi Ven.*, 1885, n.º 22); id., en *Temi bologn.*, 1901.18; CALAMANDREI, ns. 5 y s., n.º 174; VIVANTE, *La cessazione dei pagamenti*, en *Ann. di dir. comm.* 1885.206; id., en *Temi veneti*, 1885, n.º 22 (v. la cita anterior de BOLAFFIO); PAGANI, en *Dig. It.*, v.º *Fallimento*, n.º 12; COLLARIZZI, en *Giur. it.*, 1891.4.360; PARODI, I, 154; CAVO, 12 y 33; NAVARRINI, en *Dir. comm.*, 1897.533; BORSARI, n.º 1729; PAVONI, en *Dir. comm.*, 1912-1.188 y s. — Roma, 17 feb. 1882, *Giur. it.*, 1892.1.436; *La legge*, 1892.1397; *Ann. giur.*, XXVI.1.233; *Monit. trib.*, XXXIII, 443; *Temi*

frazados y otros hechos, demuestran también, ya con pleno conocimiento de la marcha que tuvieron los negocios y finanzas del deudor, la existencia de un estado de quiebra, anterior a los incumplimientos efectivos (7).

A primera vista podría parecer que la diferencia entre ambas opiniones es sólo teórica y que en la práctica los resultados son casi los mismos (8); pero no es así, porque una cosa es que existan dos criterios para apreciar los hechos reveladores de un estado económico que es único e indivisible y otra muy distinta que, por existir dificultades para comprobar los hechos reveladores y sobre todo para determinar en una época en que no son posibles las investigaciones en la hacienda del deudor, el alcance de ciertos actos del mismo, realizados en la sombra y precisamente con el fin de disimular su situación de insolvencia, en los casos concretos el juez, generalmente, sólo pueda tener en cuenta para declarar la quiebra, los hechos más ostensibles e inequívocos, ya que no podría dictar una medida de tal gravedad fundada en meras presunciones deducidas de hechos ambiguos. Esto último no impide que si el juez constata la existencia de tales hechos semi-ocultos y puede precisar su alcance, en razón de las circunstancias especiales que los rodean, pueda declarar la quiebra basándose en el estado de cesación de pagos que revelan.

El sistema que sustentamos es mucho más lógico, científico y sistemático que el contrario; precisado el concepto

rom., XII, 97; *Foro it.*, XVII.1.359. — Venecia, 22 ab. 1892, *Temì ven.*, 1892.291; *Giurista*, II, 278. — Cas. Turin, 31 mayo 1893, *La giurisp.*, 1893.681 — id., 22 mayo 1905, *ibid.*, 1905.1187. — Ap. Palermo, 28 ag. 1899, *Monit. trib.*, 1900.425. — Ap. Bolonia, 13 ab. 1900, *Temì bolog.*, 1901.18 — Cas. Florencia, 18 feb. 1915, *Foro ven.*, 1915.137. — Ap. Nápoles, 28 feb. 1915, *Dir. e giur.*, 1915.739.

(7) V. la crítica de esta doctrina en BONELLI, I, n.º 354 y RAMELLA, I, n.º 91.

(8) Así lo sostienen algunos autores: BESSON, en D., 1933. 1.121.

económico-jurídico de la cesación de pagos, no tiene que entrar en distingos como ocurre con éste.

4. — DIFERENCIA ENTRE CESACIÓN DE PAGOS E INCUMPLIMIENTO

La cesación de pagos no debe confundirse con el incumplimiento de una o varias obligaciones.

La cesación de pagos es un *estado del patrimonio*, en tanto que el incumplimiento de la obligación es un *hecho jurídico*; el incumplimiento no origina el estado de cesación de pagos, sino que, por el contrario, es éste el generador de aquél, ya que si el deudor no paga se debe a la circunstancia de encontrarse en estado de insolvencia; en este caso es un hecho revelador de tal estado, *pero no el único*, pues otros pueden exteriorizarlo con más fuerza y en forma más inequívoca.

La quiebra es una institución económico-jurídica creada como defensa contra la insolvencia y no contra el incumplimiento de las obligaciones; es un procedimiento de ejecución colectiva para asegurar la igualdad entre los acreedores y evitar en lo posible los perjuicios inherentes a la insolvencia del deudor (9); es un error sostener que todo acreedor no pagado tiene contra su deudor una doble acción: la ejecución individual con embargo y subasta de bienes, y la quiebra (10).

En tanto que el deudor no se encuentre realmente en estado de insolvencia o cesación de pagos (para nosotros, am-

(9) Conf. BONELLI, I, n.º 42; YADAROLA, en *Rev. crit. de jurisp.*, 1934.433.

(10) En este error incurre un autor de tanta autoridad como BOLAFFIO: "El acreedor contra cuyo crédito no se deducen excepciones, tiene derecho a recurrir a los medios de ejecución ordinarios para obtener lo que le es debido, o bien a ese medio de ejecución más eficaz que la ley atribuye a los créditos comerciales frente a un comerciante, esto es, a la declaración de quiebra" (I, n.º 6, p. 15).

bos términos equivalen al mismo estado económico), el acreedor insatisfecho no posee contra el mismo más que una acción individual; la falencia existe económicamente y puede declararse por la justicia solamente cuando el deudor se encuentra en aquel estado de impotencia patrimonial, en este último supuesto no sólo puede pedir la quiebra el acreedor impago sino cualquier otro que no podría invocar su situación personal para hacerlo; bastándole probar que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos es lo que ocurre con el acreedor cuyo crédito no es exigible, por estar sujeto a plazo o condición, o (en algunas leyes, entre otras, la argentina) aquel cuya acreencia es de naturaleza civil.

El incumplimiento de una obligación es el hecho demostrativo más típico y corriente de la impotencia patrimonial del deudor, pero de ahí no puede seguirse que *incumplimiento y cesación de pagos*, sean la misma cosa, que no pueda haber cesación de pagos sin incumplimientos efectivos, como lo entiende la teoría *intermedia* y que todo incumplimiento *necesariamente* importa cesación de pagos, como sostienen aquellos que restringen aún más su concepto (teoría *materialista*).

Del desarrollo precedente surge:

1.º que puede haber cesación de pagos sin incumplimiento, como cuando otros hechos demuestran en forma inequívoca la calidad de cesante del deudor: su confesión expresa (presentándose en quiebra o pidiendo convocatoria de acreedores para obtener un concordato, solicitando en forma privada a los acreedores un concordato amigable, etc.) o tácita (su fuga, cierre de sus almacenes, etc.);

2.º que puede haber incumplimientos sin cesación de pagos, como cuando no revelan un estado de impotencia patrimonial, general y permanente: incumplimientos debidos a circunstancias imprevistas rápidamente subsanables (por ej., la quiebra del banco en que el deudor tenía depositados los fondos con que iba a afrontar sus obligaciones), o a un olvido y hasta a un capricho de este.

No siendo la fórmula *cesación de pagos* sinónimo de *incumplimiento*, sino por el contrario envolviendo un concepto distinto, es un error considerar que uno o varios incumplimientos importen necesariamente cesación de pagos, o que sin ellos ésta no puede existir, o sostener que en ningún caso uno o varios incumplimientos constituyen tal estado.

Los incumplimientos sólo son un *síntoma* o *hecho revelador*. En la apreciación de su significado todo es cuestión de circunstancias. Una sola deuda impaga, según el caso (por obedecer a imposibilidad general y permanente de pagar, por su importancia y hasta por su pequeñez, por el género de actividades del deudor, etc.), puede constituir un indicio revelador del estado de cesación; en cambio, varios incumplimientos pueden no tener ese significado, cuando no reúnen los caracteres necesarios para evidenciar un estado de impotencia patrimonial (11).

Al referirnos a los incumplimientos como hechos reveladores del estado de cesación de pagos, indicamos las circunstancias que deben rodearlos para que tengan esa eficacia, y cuando carecen de ella (obligaciones civiles o litigiosas, olvido o mala voluntad del deudor, etc.).

5. — DIFERENCIA ENTRE CESACIÓN DE PAGOS Y DESEQUILIBRIO ARITMÉTICO ENTRE EL ACTIVO Y EL PASIVO

Tampoco debe confundirse el *estado de cesación de pagos* (imposibilidad de pagar las deudas a su vencimiento) con la insuficiencia del activo para cubrir al pasivo o *desequilibrio aritmético* entre uno y otro; son dos estados económicos distintos, el último de los cuales es completamente se-

(11) Como enseña BONELLI, I, n.º 43, n.º 1, en este caso “el *basta* es inexato como el *no basta*; debe decirse: *puede bastar*”

cundario cuando se trata de apreciar la solvencia del comerciante y determinar si se encuentra o no en estado de quiebra.

Habiendo tratado *in extenso* este punto en los ns. 92 y siguientes, a ellos nos remitimos.

BIBLIOGRAFIA DE LAS OBRAS CITADAS

- ALAUZET, I., *Commentaire du code de commerce*, 3.^a ed., París, 1879.
- BEDARRIDE, J., *Traité des faillites et banqueroutes*, 5.^a ed., París, 1874.
- BOLAFFIO, L. y MASÈ-DARI, E., *Del fallimento*, Turín, 1892/95.
- BONELLI, G., *Del fallimento*, 2.^a ed., Milán, 1923.
- BORSARI, *Il codice di commercio italiano commentato*.
- BRAVARD-VEYRIÈRES, M., *Traité de droit commercial*, anotado por CH. DEMANGEAT, 2.^a ed., París, 1888/92.
- CALAMANDREI, *Il fallimento*, 2.^a ed., Florencia, 1893/4.
- CUZZERI, E. y CICU, A., *Del fallimento*, 5.^a ed., Turín, 1927.
- LACOUR y BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2., ed., París, 1921.
- LUCIANI, V., *Trattato sul fallimento*, Roma, 1898, t. I, único publicado.
- LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L., *Traité de droit commercial*. 5.^a ed., ts. VII y VIII, París, 1935/6.
- NAVARRINI, U., *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1934.
- PARODI, *Lezioni di diritto commerciale*, Genova, 1854.
- PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2.^a ed., París, 1935/7.
- PETERSEN y KLEINFELLER, *Konkursordnung fürs Deutsche Reich*, 4.^a ed., 1900.
- PIPIA, U., *Del fallimento*, Turín, 1932.
- RAMELLA, A., *Trattato del fallimento*, 2.^a ed., Milán, 1915.
- THALLER, E., *Traité élémentaire de droit commercial*, 8.^a ed., París, 1931.
- VIDARI, E., *Corso di diritto commerciale*, 5.^a ed., Milán.
- WAHL, A., *Précis théorique et pratique de droit commercial*, París, 1922.

Theses

**O ART. 9 DO CODIGO CIVIL
EM FACE DO ART. 108
DA CONSTITUIÇÃO DE 34**

Antonio Miguel Leão Bruno

*These apresentada em 31-V-1935 ao Exmo. Snr.
Professor Doutor HONORIO FERNANDES MONTEIRO
Lente Cathedratico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

TOMO PRIMEIRO

S U M M A R I O

Tomo Primeiro:

<i>Prefacio do Professor Doutor HONORIO FERNANDES MONTEIRO ...</i>	201
<i>Preambulo</i>	203

A THEORIA.

L I V R O I

ORIGEM HISTORICA DO ARTIGO 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34 E DO ARTIGO 9 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO

CAP. I — O artigo 108 da Constituição de 34

1. Fontes	215
2. Evolução	215
3. Redacção final	217

CAP. II — O artigo 9 do Codigo Civil Brasileiro

4. Fontes	221
5. Evolução	223
6. Redacção do art. 9 do Codigo Civil de 1-1-1916 ..	224
7. Redacção actual	225

CAP. III — Na Assembléa Nacional Constituinte de 34

8. Fechando este Livro I	229
------------------------------------	-----

L I V R O I I

AS DUAS INTERPRETAÇÕES

CAP. I — O artigo 9 do Código Civil estaria abrogado.

9. A Constituição actual e a materia de direito civil	233
10. O Sentir do Professor Doutor CLOVIS BEVILAQUA	233
11. O Sentir do Professor Doutor JORGE AMERICANO	234

CAP. II — A interpretação contrária

12. O Sentir do Professor Doutor FRANCISCO MORATO	236
13. O Sentir do Professor Doutor SAMPAIO DORIA	237
14. O Sentir do Professor Doutor WALDEMAR FERREIRA	237
15. O Sentir do Professor Doutor AZEVEDO MARQUES	237

L I V R O I I I

CAPACIDADE CIVIL E CAPACIDADE CIVICA OU POLITICA

CAP. I — O que se entende por capacidade civil

16. Preliminarmente	241
17. Pessoa — Personalidade — Capacidade	241
18. Capacidade civil	244
19. Direitos civis	247

CAP. II — O que se entende por capacidade civica ou politica

20. Capacidade civica ou politica	252
21. Direitos politicos	254

L I V R O I V

O ART. 9 DO CODIGO CIVIL EM FACE DO ART. 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34

CAP. I — Applicaçào das leis

22. Os dois campos	259
23. A intenção do Legislador	261

24. O fim social da Lei	263
25. Um paralogismo a evitar-se	266

CAP. II — A solução

26. A verdade	268
27 O art. 9 do Código Civil Brasileiro não foi revogado pelo art. 108 da Constituição de 34	269

Tomo Segundo:

.E A PRÁTICA

<i>Duas palavras</i>	277
--------------------------------	-----

L I V R O V

APPLICAÇÕES PRÁTICAS

<i>Uma advertencia</i>	281
----------------------------------	-----

CAP. I — Aplicações no Direito Civil

Aplicação n. 1	283
--------------------------	-----

CAP. II — Aplicações no Direito Commercial

Aplicação n.º 2	288
---------------------------	-----

Aplicação n.º 3	292
---------------------------	-----

CAP. III — Aplicações no Direito Penal

Aplicação n.º 4	296
---------------------------	-----

Aplicação n.º 5	300
---------------------------	-----

A N N E X O S

Annexo n.º 1	307
------------------------	-----

Annexo n.º 2	311
------------------------	-----

Annexo n.º 3	317
------------------------	-----

Annexo n.º 4	319
------------------------	-----

TRABALHO DE SEMINARIO.	323
-------------------------------	------------

Antônio Miguel Leão Bruno sempre foi ótimo estudante. No Ginásio do Estado da Capital foi o primeiro aluno de sua turma, titular em 1922 do prêmio Antônio de Godoi. Na Faculdade de Medicina de São Paulo, por onde é formado, deu sobejas provas de sua dedicação, conquistando as melhores notas. Na Faculdade de Direito, colocou-se, desde logo, entre os primeiros estudantes.

Em 1935 regiamos, no 4.º ano, a cadeira de Direito Comercial e, designado pela Congregação, a cadeira de Direito Civil. A esse tempo, como repontasse o problema da conciliação entre o art. 9 do Código Civil e o art. 108 da Constituição Federal de 1934, nós o escolhemos para trabalho de seminário.

Entregamos a solução do problema aos alunos prestando-lhes, apenas, informes bibliográficos e guiando-os, aqui e ali, na interpretação desta ou daquela lição dos autores, sem, porém, sugerir conclusões, forçando, deste modo, o hábito do trabalho independente e a produção de alguma coisa de pessoal.

Recebendo algumas dezenas de trabalhos, reunidos seus autores, á noite, em sala da Faculda-

de, aí, sob nossa presidência, depois de classificar os trabalhos pelas conclusões, convidamos seus autores a sustentá-los. Com isto, quizemos, além do trabalho de seminário, iniciar os alunos na util tarefa da sustentação oral, e conduzir todos á solução verdadeira da tese proposta.

O resultado desse convívio, que tanta satisfação moral nos proporcionou, temo-lo na monografia de António Miguel Leão Bruno, o melhor trabalho apresentado e que, depois de examinado pelos professores Spencer Vampré, Gabriel de Rezende Filho e Sebastião Soares de Faria, é publicado na Revista da Faculdade, como distinção ao bom estudante, conforme proposta do saudoso Prof. Rafael Sampáio e minha, aprovada pela Congregação.

Se ao trabalho — que é de estudante — faltassem outros méritos, bastar-lhe-ia, a nosso ver, o de ter aportado ás mesmas conclusões consagradas pela doutrina e pela jurisprudência quando, muito posteriormente, consideraram o assunto.

HONORIO MONTEIRO

P R E A M B U L O

Preambulo cumpre.

Que não se vislumbre em nossa intenção, nesta breve noticia explicativa, pretendermos de materia outra nos occupar que não a que nos propuzemos.

E' que ao encetarmos este trabalho, esperançosos, julgamos de direito e dever — levantar bem alto o nosso espirito e volver os nossos olhos para os principaes factores e fautores do renascimento do ensino superior em o nosso Estado e em uma hora tão opportuna, após ter baixado “tanto o nivel do ensino superior e secundario em nosso país, devido ás medidas de desmoralização de um e de outro, provindas das autoridades superiores, emanadas do poder legislativo, que a Segunda Constituinte Republicana tomou sobre si a missão de impedir o desenvolvimento da avalanche. ” (1)

E' de crises e derrocadas o periodo que atravessamos, — dizia ha tempos grande jurisconsulto e erudito professor de Direito Judiciario da nossa Faculdade de Direito — em contraste com o progresso vertiginoso das industrias e sciencias. Por toda parte o estiolamento dos preceitos de civismo, de decencia, de moralidade e de religião, repercutindo molestamente na politica, na família e na sociedade; por toda parte o predominio do

(1) Professor Doutor WALDEMAR FERREIRA: Entrevista ao *Diario de São Paulo*, transcripta “in” *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, Vol. XXX, F. IV, pag. 789.

sensualismo, as jactancias da frivolidade, a supremacia das incompetencias, o imperio da cobiça, as reivindicções do equalitarismo, as audacias do sovietismo e a soberania da vida accomodaticia, tudo em revolta permanente contra as leis da ordem divina e humana. (2)

Foi justamente quando mais se sentia necessaria — que se deu a feliz intervenção do nosso patriotico governo. “Nesta época rudemente trabalhada por duas correntes sociaes e politicas que, fazendo appello á força, á vontade e á acção, tendem a esmagar a intelligencia e a liberdade sob o rolo compressor da machina do Estado, o governo de São Paulo criou a Universidade, como um protesto e affirmação de fé na liberdade de pensamento e de investigação, de critica e de debate, que constitue os fundamentos das instituições democraticas e universitarias. E’ a resposta de S. Paulo aos ideaes da força e da violencia. A criação da Universidade importa, de facto, pela propria natureza e finalidade destas instituições, numa declaração de principios, segundo os quaes se substitue a ordem da força pela ordem do pensamento; a violencia que corta as discussões pela liberdade que as estimula; a obstinação que geram os preconceitos pela tolerancia que é inherente ao proprio espirito scientifico. E’ na Universidade que se podem plasmar homens e ideaes capazes de resguardar, dos perigos que as ameaçam por todos os lados, a democracia e a sciencia, a auto-ridade e a liberdade, e de oppôr um systema democratico de selecção e utilização necessaria das capacidades recrutadas em todas as camadas sociaes, a todo systema demagogico que, tendendo ao nivelamento dos bens e dos individuos, tende a rebaixar aquelle que póde mais e a

(2) Professor Doutor FRANCISCO MORATO: “A missão do homem do direito”, “in” *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, Vol. XXX, F. IV. 1934, pag. 670.

paralysar, em consequencia, o esforço, a criação e a vida.” (3)

Característica principal das Universidades, por toda parte, é “o espirito scientifico de pesquisa”, “id est” a indagação completamente objectiva e livre de quaesquer considerações que não sejam a busca da verdade, e que só se criará pelo estudo e pela pesquisa da sciencia pura.

Realmente, por toda parte, — ensina MAURICE CROISSET, “as conquistas realizadas sobre o desconhecido pelo espirito humano são incessantes e admiraveis, mas por toda parte ellas se revelam, como incompletas e provisórias. Não nos lamentemos, porém. E’ este mesmo defeito que é o estimulante da intelligencia. Toda descoberta abre uma perspectiva; toda solução põe um problema. O que se chama a “sciencia já feita” tem incontestavelmente um immenso valor, tanto por suas applicações quanto como materia de ensino; mas, de um ponto de vista superior, não é, afinal, senão um caminho aberto, um meio de ir mais longe. “A sciencia verdadeira é a pesquisa.” A maior parte dos investigadores foram homens mais ou menos desprendidos das coisas exteriores, estranhos de algum modo aos ruidos de fóra. A pesquisa é uma paixão, ou não existe. Ella toma um homem e o quer todo inteiro”

CHARLES RICHEL, o grande physiologista contemporaneo, diz-nos a este respeito, que para ser um sabio é preciso ser revolucionario, isto é, tratar pela duvida methodica as theorias classicas mais classicas, tudo discutir, tudo aprofundar. “Um dos privilegios da sciencia é que ella nos traz o imprevisto. O “já visto” é insupportavel; e a sciencia, com as suas descobertas que são

(3) Doutor FERNANDO DE AZEVEDO: *Pela Universidade de São Paulo*, Conferencia pronunciada, a 4 de janeiro de 1935, na sessão solenne de encerramento dos cursos do Instituto de Educação, da Universidade de São Paulo.

revelações, é a unica capaz de pôr alguma coisa de novo em nossa vida” (4).

A principal funcção da Universidade é, pois, cooperar para o aperfeiçoamento do saber humano; mas se assim é, “se a sciencia, longe de se fixar com os sabios num molde immutavel e impeccavel, é feita de imprevisito, e se é proprio do professor universitario não só transmittir a “sciencia feita”, mas esforçar-se por concorrer para a “sciencia a fazer-se”, a se constituir; a pesquisa scientifica, que é o estudo dos factos e a reflexão sobre elles, é o unico meio que tem o professor de penetrar no futuro e a elle cabe, como dever primordial cultivar e despertar, nos seus discipulos, o espirito de pesquisa e de invenção.

“Os trabalhos de laboratorio e de seminario, as investigações e os inqueritos devem, pois, preponderar no plano das actividades universitarias, para que o gosto e os methodos de observação, de experimentação e de descoberta scientifica se installeem na vida normal da Universidade; nella se forme um grupo de iniciadores e de mestres em todos os ramos de estudos, e se desenvolva um espirito commum de pesquisa livre e desinteressada e de cooperação incessante, com a qual se possa manter, através de todos os obstaculos e das differenças individuaes de caracteres e de opiniões, uma solidariedade profunda e irreductivel entre os seus membros. Se ao Estado que instituiu a Universidade, compete apparelhal-a cada vez mais de laboratorios, observatorios e bibliothecas especiaes e encorajar largamente, por todos os meios, a pesquisa e a descoberta, para que ella se torne um verdadeiro centro de altos estudos, dedicado ao progresso das sciencias; não é menor, na ordem moral, a parte que resta aos professores, para despertar, nos discipulos, o espirito scientifico que é curiosidade e gosto de investigação e dar-lhes, com a disciplina ascetica dos methodos scientificos, os meios de satisfazel-os” (5).

(4) Doutor FERNANDO DE AZEVEDO: *Conf. e loc. cits.*

(5) Id., Id., Id.

Bem comprehenderam e comprehendem as idéas scientificas acima os dirigentes de nossa Faculdade de Direito — e prova frizante disso é a construcção do novo edificio da Faculdade e o especial carinho que mereceu a installação e organização de sua velha e importantissima bibliotheca (6) estimulando dest'arte os estudos; bem comprehenderam e comprehendem — e melhor de quem quer que seja — todos os insignes professores dessa tradicional Casa de ensino superior, que, de accordo com o conceito moderno de Universidade, mesmo as escolas profissionaes superiores devem ser institutos de altos estudos.

Já em os nossos tres primeiros annos de estudos nesse estabelecimento de ensino — de um modo perfeito haviam nossos preclaros Mestres combinado intimamente a instrucção com a investigação.

Quem, hontem como hoje, ao assistir as proficientes aulas dos professores dessa Faculdade — nellas não vê a relação directa e permanente, por elles estabelecida entre o trabalho de elaboração scientifica ou pesquisas originaes, e o ensino propriamente dito?

Inda não sahida a nossa Carta Magna de 34: quantos e preciosos commentarios nos foram dados em 1933 pelo eminente cathedratico de Direito Constitucional, quantas e interessantes theses NOVAS foram estudadas e resolvidas por professor e alumnos! (7)

(6) Com seu novo aparelhamento e organização, sob a competente e dedicada chefia technica do exmo. sr. ANTONIO CONSTANTINO, a Bibliotheca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo se encontra, hoje em dia, efficientissima para o fim a que se destina.

(7) Pelo preclaro Cathedratico de Direito Constitucional foram, durante o anno lectivo de 1933, pedidas que fossem desenvolvidas pelos srs. alumnos duas theses: 1. *Como conciliar o censo alto com o suffragio universal?*, que entregámos no 1.º semestre daquelle anno; e, 2. *Systemas de eleição presidencial*, que apresentámos ao illustre Professor A. DE SAMPAIO DORIA no 2.º semestre.

E em 1934: quantos e recentes problemas de Direito Commercial foram debatidos em aula, quantos os trabalhos ORIGINAES apreciados PESSOALMENTE pelos senhores alumnos! (8)

E em 1935: A-pesar de a interpretação da materia civil e commercial dar ensanchas a amarragens aventuro-sas e offerecer muitas duvidas e lacunas. . A-pesar de ella nos expôr a vertiginosas ascenções e a precipicios temerosos: Nas pinturas moveis, nos panoramas sonó-ros, que a palavra magica dos illustres Mestres fez nas-cer em nós — a estrada se torna suave, o horizonte e o espaço se alargam formidavelmente, como se, do alto de uma torre, nos elevássemos em velívolo para percorrer um continente e transpôr diversos mares.

Ora, foi seguindo essa orientação altamente scienti-fica que a presente these nos foi suggerida pelo insigne cathedratico de Direito Commercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor HONORIO FERNANDES MONTEIRO.

Puzemos as mãos á obra; mas logo nos achámos em-baraçados. Foi então que vimos perfeitamente o inte-resse dos preclaros Mestres na resolução do thema em apreço. Assim é que conseguimos, em conversação amis-tosa, as vistas dos senhores professores: Doutor HONORIO MONTEIRO, Doutor FRANCISCO MORATO, Doutor A. DE SAMPAIO DORIA, Doutor WALDEMAR FERREIRA, Doutor JORGE AMERICANO — delles, principalmente do primeiro, a quem quasi que diariamente tomávamos parte de seu precioso tempo, — conseguimos bôa bibliographia e fon-tes, casos praticos e demais elementos para facilitar a feitura desta monographia.

(8) Ao insigne Professor WALDEMAR FERREIRA apre-sentámos, no 2.º semestre de 1934, a these *Da autorizaçãõ marital e sua revogabilidade*.

Quem ao trabalho se der de lêr estas paginas — nada mais encontrará do que um pallido reflexo dos ensinamentos de nossos dedicados guias acima. A elles os nossos agradecimentos e admiração.

Contentes seremos de contentar tão eminentes e dignos Mestres — aos quaes vênha pedimos para lhes dedicar este modesto trabalho.

Que este ultimo, seja o incitamento que mova outrem, e que se consiga, como pôde ser, o que nós almejámos, e não pudemos.

V A L E T E

São Paulo, maio de 1935.

A THEORIA...

LIVRO I

ORIGEM HISTORICA DO ARTIGO 108
DA CONSTITUIÇÃO DE 34 E DO ARTIGO
9 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO

CAPITULO I

O ARTIGO 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34

1. FONTES
2. EVOLUÇÃO
3. REDACÇÃO FINAL

1. FONTES — Neste Capitulo I procuraremos mostrar de onde procede, de que modo se elaborou, o que em si contém, como se explica e fundamenta o art. 108 da Carta Magna de julho de 34.

Serviram-lhe, naturalmente, de fontes: 1.º o art. 70 da Constituição de 91 (o qual, por sua vez, se baseára: nos projectos preliminares dos membros da comissão pelo governo provisório da “1.ª” Republica encarregada de preparar a Constituição, nos do mesmo governo — de 22 de junho e de 23 de outubro de 1890 — e no parecer e emendas da comissão do congresso constituinte de 1890); 2.º a) o art. 98 do ante-projecto de Constituição elaborado pela comissão nomeada pelo chefe do governo provisório da “2.ª” Republica; b) o art. 115 da redacção final do projecto de Constituição, trabalho entregue em 27 de junho de 34, á mesa da Assembléa Nacional Constituinte; c) os discursos nesta Assembléa proferidos em defesa ou impugnação do citado artigo e emendas (VIDE O QUADRO QUE SE SEGUE E O ANNEXO N. 1).

2. EVOLUÇÃO. — A evolução das idéas que presidiram á elaboração do Cap. 1 do Titulo III da Constituição de 34 (DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS), capitulo esse que trata “*Dos direitos politicos*” — pôde muito bem ser percebida pelo quadro já referido (por méra curiosidade ahi incluimos o Cap. VI “*Das Eleições*” do Titulo IV da Constituição politica do Imperio do Brasil).

Pela Constituição Imperial eram excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes: os menores de 25 annos, nos quaes se não comprehendiam porém os casados, e officiaes militares, que fossem maiores de 21 annos, os Bachareis formados, e Clerigos de Ordens Sacras (Const. Imp., art. 92, § 1.º).

Pela Constituição de 91 eram considerados eleitores os cidadãos maiores de 21 annos, que se alistassem na fórma da lei, havendo como excepção as do § 1.º do cit. art.

Pelo decreto n. 6 de 19 de novembro de 1889, já o governo provisório declarára eleitores para as camaras geraes e locaes “*todos os cidadãos brasileiros no gozo de seus direitos civis e politicos, sabendo lêr e escrever*” Esta extensão do direito de suffragio á generalidade dos cidadãos impunha-se como essencial ao novo regimen politico.

As excepções estabelecidas nos differentes numeros do § 1.º, como fundamento tiveram — a falta de independencia dos exceptuados.

A exclusão dos religiosos de ordens monasticas já a Republica a encontrára (Const. Imp., art. 92 § 4) (1).

A maioria dos senhores constituintes de 91, apesar da erudita dialectica exhibida em prol da mulher-votante, não teve a mesma attitude desassombrada do congresso constituinte de 33-34, o qual, temor não teve de “arrastar para o turbilhão das paixões politicas a parte serena e angelica do genero humano”

No dia 21 de maio de 1934, por occasião da 148.^a sessão ordinaria da Assembléa Nacional Constituinte de 1933-1934, — foi estudado o problema de se estender o direito de voto aos menores de 21 annos, maiores de 18 annos, — contrariamente ao que dispunha a Constituição de 91. (VIDE ANNEXO N. 1).

Debatida naquelle dia a emenda do sr. ALOYSIO FILHO foi ella approvada. Ampliava essa emenda o direito de voto não só aos universitarios brasileiros menores de 21 annos e maiores de 18

(1) JOÃO BARBALHO: *Constituição Federal Brasileira*, Commentarios, Rio de Janeiro, 1902, pags. 290-291.

annos — mas também aos brasileiros em geral de um e outro sexo, maiores de 18 annos e alistados na fôrma e sob as condições que a lei havia de determinar (VIDE: “*Da acta da 148.^a sessão ordinaria da Assembléa Nacional Constituinte*” — que no presente trabalho vai transcripta em o ANNEXO n. 1).

3. REDACÇÃO FINAL. — A Constituição óra em vigor determina em o seu artigo 108:

ART. 108 — “São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 annos, que se alistarem na fôrma da lei.

§ Unico — Não se podem alistar eleitores:

a — os que não saibam lêr e escrever;

b — as praças de “pret”, salvo os sargentos do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alumnos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a official;

c — os mendigos;

d — os que estiverem, temporaria ou definitivamente, privados dos direitos politicos.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRASIL

ARTIGO 90. — As nomeações dos deputados e senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

ARTIGO 91. — Têm voto nestas eleições primarias: 1.º) Os cidadãos brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos. 2.º) Os estrangeiros naturalisados.

ARTIGO 92. — São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes: 1.º) Os menores de 25 annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e officiaes militares, que forem maiores de 21 annos, os Bachareis Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. 2.º) Os filhos-familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. 3.º) Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guarda-livros, e Primeiros Caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os Administradores das fazendas ruraes, e fabricas. 4.º) Os Religiosos, e quaesquer que vivão em comunidade claustral. 5.º) Os que não tiverem de renda liquida annual, cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou empregos.

ARTIGO 93. — Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Authoridade electiva Nacional, ou local.

ARTIGO 94. — Pódem ser eleitores e votar na eleição dos Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Provincia, todos os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se: 1.º) Os que não tiverem de renda liquida annual 200\$000 por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego. 2.º) Os Libertos. 3.º) Os criminosos pronunciados em querela, ou devassa.

ARTIGO 95.— Todos os que pódem ser Eleitores, são habéis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: 1.º) Os que não tiverem 400\$000 de renda liquida, na forma dos Artigos 92 e 94. 2.º) Os Estrangeiros naturalisados. 3.º) Os que não professam a Religião do Estado.

PROJECTO DA COMMISSÃO DO GOVERNO PROVISORIO DA "1.ª" REPUBLICA

ARTIGO 85. — E' cidadão brasileiro todo aquele que, possuindo qualquer das qualidades do art. 84 tenha a idade de 21 annos completos e esteja alistado eleitor.

PARAGRAPHO UNICO: — Não poderão ser alistados eleitores para os cargos federaes ou de Estado:

- 1.º) Os mendigos;
- 2.º) Os analfabetos;
- 3.º) As praças de pret do exercito e armada e as de qualquer instituição militar creada e sustentada pelos Estados;
- 4.º) Os religiosos de ordens monasticas, companhias, congregações, ou communidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediencia, regra, ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual.

§ 2.º) A eleição para cargos federaes reger-se-á por lei do congresso.

§ 3.º) São inelegiveis os cidadãos não alistaveis.

DECRETOS N. 510 DE 22 DE JUNHO E N. 914-A DE 23 DE OUTUBRO DE 1890

ARTIGO 70. — São eleitores os cidadãos maiores de 21 annos, que se alistarem na forma da lei.

§ 1.º) Não podem alistarse eleitores para as eleições federaes, ou para as dos Estados:

- 1.º) Os mendigos;
- 2.º) Os analfabetos;
- 3.º) As praças de pret, exceptuados os alumnos das escolas militares de ensino superior;
- 4.º) Os religiosos de ordens monasticas, companhias, congregações, ou communidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediencia, regra, ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual.

§ 2.º) A eleição para cargos federaes reger-se-á por lei do congresso.

§ 3.º) São inelegiveis os cidadãos não alistaveis.

REDACÇÃO FINAL DA CONSTITUIÇÃO DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891

ARTIGO 70. — São eleitores os cidadãos maiores de 21 annos, que se alistarem na forma da lei.

§ 1.º) Não podem alistarse eleitores para as eleições federaes, ou para as dos Estados:

- 1.º) Os mendigos;
- 2.º) Os analfabetos;
- 3.º) As praças de pret, exceptuados os alumnos das escolas militares de ensino superior;
- 4.º) Os religiosos de ordens monasticas, companhias, congregações, ou communidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediencia, regra, ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual.

§ 2.º) São inelegiveis os cidadãos não alistaveis.

ANTE-PROJECTO DE CONSTITUIÇÃO ELABORADO PELA COMMISSÃO NOMEADA PELO CHEFE DO GOVERNO PROVISORIO DA "2.ª" REPUBLICA

ARTIGO 98. — São cidadãos os brasileiros alistaveis como eleitores, ou que desempenhem ou tenham desempenhado legalmente função publica.

§ 1.º) São eleitores os brasileiros de qualquer sexo, maiores de 18 annos, alistados na forma da lei.

§ 2.º) Não podem ser alistados: a) os analfabetos; b) as praças de pret, salvo os alumnos das escolas militares de ensino superior; c) os que estiverem com a cidadania suspensa, ou a tiverem perdido.

§ 2.º) São inelegiveis os cidadãos não alistaveis.

REDACÇÃO FINAL DO PROJECTO DE CONSTITUIÇÃO

ARTIGO 115. — São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 annos, que se alistarem na forma da lei.

§ Unico — Não se podem alistar eleitores:

- a) Os que não saibam ler e escrever;
- b) As praças de pret, salvo os sargentos do Exercito e da Armada e das forças auxiliares do Exercito, bem como os alumnos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a official.
- c) Os mendigos;
- d) Os que estiverem, temporaria ou definitivamente privados dos direitos politicos.

CONSTITUIÇÃO DE JULHO DE 1934: O TEXTO DEFINITIVO

ARTIGO 108. — São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 annos, que se alistarem na forma da lei.

§ Unico — Não se podem alistar eleitores:

- a) Os que não saibam ler e escrever;
- b) As praças de pret, salvo os sargentos do Exercito e da Armada e das forças auxiliares do Exercito, bem como os alumnos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a official;
- c) Os mendigos;
- d) Os que estiverem, temporaria ou definitivamente, privados dos direitos politicos.

CAPITULO II

O ARTIGO 9 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO

4. FONTES.
5. EVOLUÇÃO.
6. REDACÇÃO DO ART. 9 DO CODIGO CIVIL DE 1-1-1916.
7. REDACÇÃO ACTUAL.

4. FONTES. — O direito anterior era conforme, quanto ao principio do artigo 9 do nosso codigo civil (Resolução de 31 de outubro de 1831.) Discordante — era-o, porém, no tocante ao § Unico, actual § 1.º:

I — a) O filho, que já tivesse completado 18 annos (idade essa fixada e acceita pelos juristas mais autorizados de então) e que se achasse sob a autoridade paterna, — podia ser emancipado, fazendo o pae uma declaração, perante o juiz de orphãos, a quem competia homologar o acto e expedir a carta de emancipação (2);

b) deante da velha legislação reinicola, a mulher, aos 18 annos, e o varão, aos 20, não sendo filhos familias, que tivessem obtido do juiz de orphãos, após as diligencias e informações regulamentares, a provisão de supplemento de idade, — aptos se tornavam para reger sua pessoa e bens (3); não podiam, comtudo, alienar, nem hypothecar os seus bens de raiz, sem autorização judicial.

(2) *Ordenações do Reino*, I, 88, § 6.º, e *Lei de 22 de setembro de 1828*, art. 2.º, § 4.º.

(3) *Ordenações do Reino*, 3, 42, pr. e § 1.º; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, art. 21; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 97; CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria Geral do Direito*, pag 125; Doutor WALDEMAR FERREIRA, *O Menor Commerciante*, n. 9.

Pela emancipação, — conquistavam os filhos familias a sua capacidade civil, e aquella se processava em virtude de concessão expressa do pae, ou da mãe, por escriptura publica, ou por termo em autos judiciaes; ou graças ao casamento, dos menores filhos familias ou dos orphãos. Considerados maiores d'ahi para o futuro — não se lhes permittia, comtudo, sem consentimento do juiz, e até que completassem 21 annos — alienar ou hypothecar bens de raiz, sob pena de nullidade dos contractos. Se gozavam da livre administração de sua pessôa e de seus bens, — licito não lhes era, porém, dispôr, livremente, de seus bens immoveis, ou oneral-os. Indispensavel, substancial, para a validade do acto, se tornava o consentimento judicial.

Quer o supplemento de idade, quer a emancipação, não lhes dava plena capacidade juridica. Extinguia o poder paterno, immittia-os na posse de seus bens. Deixavam de ser filhos familias, mas a sua capacidade tinha ainda limitações (4).

Entretanto o direito commercial veiu-lhes facultar o exercicio do commercio (Codigo do commercio, art. 1.º, ns. 2 e 3), podendo obrigar e alienar os immoveis (Codigo do commercio, art. 26).

Com a promulgação do Codigo Civil essa antinomia entre o direito commercial e o civil — extinguiu-se.

II — Processava-se tambem a emancipação do menor pelo casamento (5); quanto ao orphão — algumas restricções havia (6).

III — IV e V — O primitivo projecto de CLOVIS BEVILAQUA, revisto pelas commissões especiaes, considerava unicamente os dois primeiros casos de emancipação, dos enumerados pelo codigo civil. Uma emenda de FAUSTO CARDOSO — approvada após amplos debates — deu entrada, em a nossa lei civil, aos outros casos. O direito anterior, não obstante em termos outros, já se referia a estes ultimos. Terminava o patrio poder, quer quando o filho não estivesse em companhia do pae, e estabelecesse economia separada; quer quando servisse officio publico, ainda que estivesse em companhia do pae. O mesmo succedia em relação aos bachareis for-

(4) Doutor WALDEMAR FERREIRA: Obr. e lug. cits.

(5) *Ordenações do Reino*, 1, 88, § 6.º.

(6) *Id.*, 1, 88, §§ 19, 27 e 28.

mados, por simples effeito de seu grau; e aos clérigos de ordens sacras, por effeito de sua ordenação (7).

5. EVOLUÇÃO. Pelas leis republicanas — aperfeçoou-se, e muito, o art. 9 do código civil, maximé ao declarar que se não consideravam filhos familias os maiores de 21 annos, ainda que na companhia dos paes.

A carta republicana lhes concedera o direito do voto e a lei do casamento civil lhes consentira casar, sem necessidade da autorização paterna.

Pelas linhas acima se verifica como é tardo o direito civil no seu evolucionar: não fôra elle profundamente tradicional! “Lento no evolver-se. Particularista no concernente ás relações de família e de sucessão hereditária. Adstrito á organização da propriedade territorial. Eminentemente conservador. Envolvendo, em sua integridade, a personalidade humana, no que cada um possui de mais íntimo, a sua pessoa e a sua família, a sua prole e os seus bens, não podia deixar de ser fundamentalmente tradicionalista.

“Um exemplo nunca é demais. Ainda sob o regime colonial, logo depois da abertura dos portos brasileiros á navegação e ao comércio estrangeiros, sugeriu JOSÉ DA SILVA LISBÔA a elaboração de um código de comércio, pela consolidação das regras em voga na praça do Rio de Janeiro. Deram-se os primeiros passos nesse sentido. Mais seguros e profícuos se tornaram com a independência do Brasil. Voltou o assunto ao tapête da discussão. Constituído o poder legislativo, cumpriu-se a promessa contida na lei primária. Elaborou-se o projecto. Discutiu-se. Converteu-se em lei.

“Promulgado o código de comércio, continuou o direito civil subordinado ás velhas Ordenações do Reino, desde 1867 substituídas, em Portugal, pela sua codificação civil: vigoraram elas, com as modificações introduzidas por leis esparsas, até 1916.

(7) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS: *Consolidação das Leis Civis*, V 1, pag. 170.

“Eis a fôrça de inércia do direito civil.” (8)

O argumento gizado neste Capitulo não deve ser esquecido ao se procurar resolver a presente these.

6. REDACÇÃO DO ART. 9 DO CODIGO CIVIL DE 1-1-1916.

— Pela sua redacção se verifica que o codigo civil brasileiro de 1-1-1916 não indicou a idade com que se poderão emancipar os menores que se dedicarem á função publica, collarem grau scientifico, ou se estabelecerem, civil ou commercialmente, com economia propria, como houve por bem fazer para o caso de outorga paterna ou de casamento.

O sentir de SPENCER VAMPRE a respeito do ultimo caso (o de emancipação por estabelecimento civil ou commercial, com economia propria) é de que se torna necessario tomar em consideração a idade: em a sua opinião o menor deverá ter 18 annos cumpridos para que possa emancipar-se. (9)

Interpretação essa, comtudo, não decorre do texto legal. Se fôra intenção do legislador a de marcar a idade de 18 annos para todos os casos de emancipação — são palavras do Professor Doutor WALDEMAR FERREIRA — isso mesmo teria elle declarado.

“Não o fez, sinão no caso della se dar por concessão dos paes. E a regra, si enunciada tivesse sido, exigiria uma excepção: a de que pelo casamento, á mulher é permittido emancipar-se aos 16 annos. Ademais, nada se oppõe a que, antes dos 18 annos, sejam menores nomeados para cargos publicos, recebam grau scientifico, ou se estabeleçam com economia propria.”

“Razão é essa porque ESPINOLA assegura ser fóra de duvida que o limite da idade minima de 18 annos não vigora em relação aos tres ultimos casos do art. 9 do Cod. civil, e só tem applicação nos dois primeiros (10). E isso mesmo, dever-se-ia accrescentar,

(8) Professor Doutor WALDEMAR FERREIRA: *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, Vol. 1.º, Parte Geral, 1934, pag. 68.

(9) Profesor Doutor SPENCER VAMPRE: *Codigo Civil Commentado*, Vol. 1.º, pag. 15.

(10) EDUARDO ESPINOLA: *Breves Anotações ao Codigo Civil Brasileiro*, Vol. 1.º, pag. 72, n.º 47.

no segundo delles, no de casamento, apenas quanto á idade do varão, e não quanto á da mulher” (11)

Como nos ensina o insigne cathedratico da nossa Faculdade de Direito, Professor Doutor HONORIO FERNANDES MONTEIRO: “Em face da lei civil vigente, tanto a menor de 16 annos, quanto a de 18, pelo casamento, adquire a inteira capacidade civil, a livre administração de sua pessoa e de seus bens, com as restricções impostas a toda mulher casada, como consequencia do proprio casamento.” (12)

Estatue o Codigo Civil de 1-1-1916 em o seu artigo 9 que commentámos acima:

ART. 9 — “Aos vinte e um annos completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil.

§ Unico — Cessará, para os menores, a incapacidade:

- I. Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito annos cumpridos.
- II. Pelo casamento.
- III. Pelo exercicio de emprego publico effectivo.
- IV. Pela collação de grau scientifico, em curso de ensino superior.
- V. Pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

7. REDACÇÃO ACTUAL. — Com a introdução do novo paragrapho, de que trata o Decreto N. 20.330 de 27 de agosto de 1931, a redacção do Art. 9 do nosso Codigo Civil passou a ser a seguinte:

(11) Professor Doutor WALDEMAR FERREIRA: *O menor commerciante*, n.º 42.

(12) Professor Doutor HONORIO FERNANDES MONTEIRO: *Da mulher casada commerciante*, 1929, pag. 66.

ART. 9 — Aos vinte e um annos completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil.

§ 1.º — Cessará, para os menores, a incapacidade:

I. Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito annos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercicio de emprego publico effectivo.

IV Pela collação de grau scientifico, em curso de ensino superior.

V Pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

§ 2.º — Para effeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 annos de idade.

PROJECTO DE EMENDAS
AO PROJECTO DO CODIGO
COMMERCIAL, PARA O FIM
DE O TRANSFORMAR EM
CODIGO BRASILEIRO DE
DIREITO PRIVADO (INGLEZ
DE SOUZA)

“ARTIGO 9. — Aos 21 annos completos termina a menoridade e a pessoa fica habilitada para todos os actos da vida civil.

ARTIGO 10. — A incapacidade resultante da menoridade cessa:

I — por concessão do pae, ou da mãe, se o menor não tiver pae, feita por escriptura publica, tendo o menor a idade de 18 annos completos;

II — pelo casamento, celebrado com a autorização dos paes ou do Juiz, como se determina no Livro VI deste Codigo;

III — pelo exercicio de emprego publico effectivo, tendo o menor a idade de 18 annos completos;

IV — pelo exercicio do commercio com autorização nos termos do artigo...”

REDACÇÃO DO PROJECTO
PRIMITIVO, DO REVISTO E
DO DA CAMARA DOS
DEPUTADOS

Tanto o projecto primitivo como o revisto (art. 9) não falam, na PARTE GERAL, sinão de maioridade e declaração de maioridade dos filhos-familias e orphams que tenham ultrapassado os 18 annos.

Na PARTE ESPECIAL, consagrada ao DIREITO DE FAMILIA, estatuiram, em additamento, que o casamento contrahido na idade legal tinha por effeito conferir a emancipação plena aos conjuges (1).

O projecto da Camara dos Deputados mudando a denominação de DECLARAÇÃO DE MAIORIDADE para EMANCIPAÇÃO, transportou para a PARTE GERAL a que resulta do casamento (2).

(1) PROJECTO PRIMITIVO:

ART. 271. — “Os menores ficam, de Direito, emancipados pelo casamento realizado na idade legal”.

PROJECTO REVISTO:

ART. 296. — “Os menores ficam, de Direito, emancipados pelo casamento realizado na idade legal”.

(2) CLOVIS BEVILAQUA, *Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, Livraria Alves, 1906, pags. 349-351.

REDACÇÃO DO PROJECTO
DA CAMARA DOS DEPUTADOS.
PARECER DO SENADOR
RUY BARBOSA (TEXTO
DO PROJECTO, NOTAS E
EMENDAS)

ARTIGO 9. — Aos vinte e um annos completos termina a menoridade e a pessoa fica habilitada para o exercicio de todos os actos da vida civil.

§ UNICO. — Tambem cessará a incapacidade:

I — Por concessão do pae, ou da mãe, se fôr aquelle fallecido e por sentença do juiz, ouvindo o tutor, “se o menor estiver sob tutela”, para os menores que tiverem completado dezoito annos.

“Se o menor estiver sob tutela”. Desnecessaria esta expletiva. Claro está que, se ha tuor, a quem se oiça, é porque o menor se acha em tutela.”

II — Pelo casamento.

III — Pelo exercicio de emprego publico effectivo.

IV — Pelo recebimento de gráo scientifico dos cursos superiores.

V — Pelo “estabelecimento” civil ou commercial, com economia propria.

“Pelo estabelecimento”. Expressão não erronea, mas de escolha pouco feliz. Parece indicar antes a casa ou logar onde se uma pessoa estabelece que o acto ou facto de estabelecer”. (1)

(1) Senador RUY BARBOSA, *Parecer sobre a Redacção do Projecto da Camara dos Deputados*, “in” *Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, Trabalho da Comissão Especial do Senado, vol. I, Rio de Janeiro, *Imprensa Nacional*, 1902, pag. 36.

REDACÇÃO DO ART. 9 DO
CODIGO CIVIL BRASILEIRO
DE 1-1-1916.

ARTIGO 9. — Aos vinte e um annos completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil.

PARAGRAPHO UNICO. -- Cessará, para os menores, a incapacidade:

I — Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito annos cumpridos.

II — Pelo casamento.

III — Pelo exercicio de emprego publico effectivo.

IV — Pela collação de grau scientifico, em curso de ensino superior.

V — Pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

REDACÇÃO DO ART. 9 DO
CODIGO CIVIL APÓS A
EX-PEDIÇÃO DO DECRETO N.
20.330 DE 27-8-1931

ART. 9.º — Aos vinte e um annos completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil.

§ 1.º Cessará, para os menores, a incapacidade:

I. Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito annos cumpridos.

II Pelo casamento.

III Pelo exercicio de emprego publico effectivo.

IV — Pela collação de grau scientifico, em curso de ensino superior.

V Pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

§ 2.º Para effeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 annos de idade.

CAPITULO III

NA ASSEMBLÉA NACIONAL CONSTITUINTE DE 34

8. FECHANDO ESTE LIVRO I

8. FECHANDO ESTE LIVRO I. — Os discursos proferidos perante jurisperitos, juriseconsultos e demais homens do direito na Assembléa Nacional Constituinte de 33-34 — já de antemão nos podem permittir um juizo (Vide ANNEXO n. 1).

Dos debates travados naquella Assembléa verifica-se:

1.º — que os oradores SO' debateram a questão da EXTENSÃO DO DIREITO DE VOTO AOS MENORES DE 21 ANNOS E MAIORES DE 18;

2.º — que SÓ houve allusão aos cidadãos COMO MEMBROS DO ESTADO.

3.º — que em tão augusto Congresso ninguém gizou ou mesmo esboçou o problema das consequencias que sobreviriam se se estivesse tratando dos cidadãos considerados no seu character, condição e relações particulares.

Por ser essa fonte, em a nossa opinião, muito importante: sobre a sua origem historica discorreemos em o Cap. I do Livro I (Vide, ainda, *Da acta da 148.ª sessão ordinaria da Assembléa Nacional Constituinte*, que na presente obra figura em o ANNEXO n. 1).

Note-se: no Congresso Constituinte de 34 havia não pequeno numero de deputados (94) e, entre elles, alguns Mestres de Direito, *contrarios* a essa extensão do direito de voto; para *combater* esta

ultima, e isto se a emenda do sr. ALOYSIO FILHO (12) aso dêsse a uma tão lata interpretação — qual a de, pela sua approvação, abrogar o artigo 9 do nosso codigo civil — esquecidos não seriam, pelos alludidos homens do direito, os argumentos expendidos em o final do n. 5 do Cap. II, do Livro I, deste modesto trabalho, porisso que as instituições politicas de um paiz podem mudar-se de chofre, mas a sociedade civil alterada nunca poderá ser de uma só vez: secular é a sua transformação.

Mas, não nos antecipemos.

A presente dissertação, toda ella, foi feita visando elucidar o assumpto.

Escriptos de publicistas sobre a materia são muito escassos:

“Et nobis, que hoc opus suscepimus, non facilem laborem, imo vero negotium plenum vigilarum et sudoris assumpsimus” (Mach., lib. II, cap. II, v. 27).

Não obstante — se vigílias nos absorveu esta despretenciosa dissertação para vencer as difficuldades que se nos entolhavam e se muito nos fizemos guiar pelos Mestres que atraz mencionámos, — terá o benevolo leitor ensejo de observar que, acompanhando-os e não raro textualmente mesmo: de lado não puzemos, porém, o nosso criterio pessoal e o resultado de nossos proprios estudos.

No corpo desta monographia juntámos muitos documentos — eis-que só elles pódem provar os factos; e cremos que isso é proprio de uma dissertação, pois taes documentos, como diz um historiadador bem celebre (13) são como os andaimes nos edificios, e os esteios, e formas nas abóbadas, que se tiram feita a obra, ficando bem claro, que sobre ellas é que se fundou.

(12) Essa emenda foi approvada por 96 votos: venceu apenas pela differença de 2 votos! (VIDE ANNEXO n. 1)

(13) Abbade FLEURY: *Discurso primeiro sobre a Historia Ecclesiastica.*

LIVRO II

AS DUAS INTERPRETAÇÕES

CAPITULO I

O ARTIGO 9 DO CODIGO CIVIL ESTARIA ABROGADO

9. A CONSTITUIÇÃO ACTUAL E A MATERIA DE DIREITO CIVIL.
10. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR CLOVIS BEVILAQUA.
11. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR JORGE AMERICANO.

9. A CONSTITUIÇÃO ACTUAL E A MATERIA DE DIREITO CIVIL. — Em conferencia que realizou na cidade de Fortaleza, o illustre escriptor Doutor CLOVIS BEVILAQUA fez vêr que a Constituição actual contem materia de direito civil. Dessa materia, alguma coisa, em o seu modo de entender, é louvavel e outra censuravel.

10. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR CLOVIS BEVILAQUA. — Commentando a nossa nova Carta Magna disse o grande civilista :

“Começa a maioridade politica aos 18 annos, para um e outro sexo (Constituição, artigo 108, pr.).

“A capacidade civil, segundo o Codigo, artigo 9, exige idade mais adiantada. Somente aos 21 annos se adquire. Estará abrogado o preceito do Codigo Civil?

“Hesitei em decidir-me, diante da gravidade da materia — diz-nos ainda o erudito autor —; mas, por fim, tive de reconhecer que, se aos dezoitos annos o individuo está apto para intervir na

direcção dos interesses da collectividade nacional, como eleitor e como eleito, seria illogico desconhecer-lhe capacidade para gerir os seus proprios negocios. Como, porém, somente os que sabem lêr e escrever podem alistar-se como eleitores, força é reconhecer que somente esses, depois de alistados, gozarão tambem da plenitude dos direitos civis, aos 18 annos completos.

“Aliás, para o effeito do alistamento e do sorteio militar, já cessava a incapacidade do menor que tenha completado 18 annos de idade (dec. n. 20.330, de 27 de agosto de 1931).” (14)

No presente LIVRO II por objectivo temos unicamente relatar, a respeito do assumpto proposto nesta these, as interpretações dadas pelos autores que formos citando. Em occasião e lugar oppor-tunos a ellas volveremos.

11. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR JORGE AMERICANO. — Do insigne Professor Cathedratico de Direito Civil da nossa Faculdade de Direito é o parecer: “Penso que o dispositivo constitucional, que estendeu o direito de voto aos individuos que completaram 18 annos, creou um novo caso de emancipação.

“Não é concebivel que o individuo que exerce o voto esteja debaixo de patrio poder ou de tutela.

“O principio da liberdade do voto collide com a possibilidade de continuar o eleitor sob o patrio poder ou sob tutela. A subordinação ao pae ou ao tutor, o temor reverencial consistente no receio de contrariar o pae ou o tutor constitue coacção moral incompativel com a liberdade de consciencia indispensavel ao exercicio do voto.

“Si a lei annulla todo voto coacto, e bem assim nega apuração á urna em que se prove terem sido depositados votos comprovadamente coactos; si a lei veda expressamente toda especie de propaganda eleitoral nas ultimas 24 horas anteriores á eleição, si prohibe que se faça distribuição de cédulas no recinto, e até 100 metros de distancia, não seria possivel acceitar como legitimo o voto do individuo “*alieni juris*”.

(14) Doutor CLOVIS BEVILAQUA: Conferencia realizada em Fortaleza, “in” “O Estado de São Paulo”, pag. 5, de 21 de março de 1935.

“Aliás no processo de alistamento eleitoral, não será considerado eleitor o individuo “*alieni juris*”.

“Ora, desde que mantido esse principio, é licito ao menor alistar-se é porque os passos dados pelo menor para alistar-se são passos para a sua emancipação, tal qual se verifica com a obtenção do diploma em curso superior.

“O titulo de eleitor emancipa, tal qual o diploma de escola superior.

“Não se diga que é possível ser politicamente capaz, conservada a incapacidade civil, em face do principio de que a lei politica tem esphera de actuação diversa.

“A lei politica de ordem constitucional é de hierarchia superior á lei civil, de modo que, dispondo em contrario ao principio da lei civil, revoga-o. Não pode co-existir esta com aquella, tal qual succede com a lei commercial que, quando dispõe diversamente da lei civil, só alcança a esphera de actuação do direito civil.

“Onde dispõe a lei constitucional de certo modo, a regra por ella fixada sobrepõe-se a todas as regras contrarias, das leis hierarchicamente inferiores. O direito civil cede ao direito constitucional.” (14-a).

(14-a) Entrevista obtida pelo autor desta dissertação no dia 24 de maio de 1935, sexta-feira, ás 12 horas, na Sala dos Srs. Lentes.

CAPITULO II

A INTERPRETAÇÃO CONTRÁRIA

12. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO MORATO.
13. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR SAMPAIO DORIA.
14. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR WALDEMAR FERREIRA.
15. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR AZEVEDO MARQUES.

12. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO MORATO. — Eis o que nos disse (15) o Professor e actual Director da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, Doutor FRANCISCO MORATO, o maior e melhor biographo do saudoso jurisconsulto Doutor JOÃO MENDES JUNIOR: “O artigo 108 da Constituição de julho de 1934 — refere-se unicamente á capacidade politica. A maioridade civil é, ainda, a que o Codigo Civil prescreve: começa quando o individuo completa 21 annos de idade — a não ser a sua aquisição, antes da idade legal, por qualquer dos modos indicados no artigo 9 do nosso codigo civil.

“Cumpre notar que a esphera da capacidade civil é muito mais ampla que a da capacidade politica. Reflecte-se, aquella, de u’a maneira mui vasta na vida biologica e social do individuo; ao passo

(15) Nas conversações que tivemos com os eminentes e illustres Mestres: uma vez ou outra tomámos algumas notas no instante mesmo; vezes outras — registrámos, logo depois de ouvir-as, as sábias lições dos insignes professores de nossa Casa de Direito. Não reproduzimos neste trabalho, pois, textualmente as palavras que os preclaros entrevistados proferiram; não obstante cremos ter conservado o espirito nellas contido.

que esta ultima só existe para o exercicio dos direitos politicos: não é tão vasta como a outra capacidade e não exige certos requisitos que só a lei civil poderia reclamar pela delicadeza do assumpto.” (16)

13. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR SAMPAIO DORIA. — “A capacidade civica — externou-nos o eminente Cathedratico de Direito Constitucional — é distincta da capacidade civil: o que a Constituição de 34 determinou foi — attribuir aos menores de 21 annos, e maiores de 18, a capacidade de *ser eleitor*, e, absolutamente, *não cuidou* da capacidade *civil*. Logo: não revogou — manteve as condições estatuidas em a nossa lei civil a respeito da capacidade civil.” (17)

14. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR WALDEMAR FERREIRA. — De pensar identico aos acima enunciados é o Professor WALDEMAR FERREIRA: “O artigo 108 da Constituição de julho de 34, contrariamente ao que affirmou CLOVIS BEVILAQUA, — não abrogou o artigo 9 do nosso Codigo Civil.” (18)

15. O SENTIR DO PROFESSOR DOUTOR AZEVEDO MARQUES. — O illustre Presidente da Ordem dos Advogados, na Secção de São Paulo, em um bem fundamentado parecer — que foi approved pelo seu Conselho — veiu contribuir enormemente para esclarecer a questão (Vide o parecer, por extenso, em o ANNEXO N. 2).

Eis alguns de seus magnificos trechos que, embóra se refiram á mulher casada, têm inteira applicação nesta dissertação — eis-que: trata-se, tambem, de um caso de incapacidade civil relativa (Art. 6.º do Codigo Civil).

(16) Entrevista obtida pelo autor deste trabalho no dia 18 de maio de 1935, sabbado, ás 15 horas, na Sala da Directoria da Faculdade de Direito.

(17) Entrevista obtida pelo autor deste no dia 14 de maio de 1935, terça-feira, ás 13 horas, proximo á Sala dos Srs. Lentos.

(18) O illustre deputado federal por S. Paulo fidalgamente attendeu ao nosso objectivo, em seu escriptorio, em 8-V-1935, ás 15,30 horas. Prometteu-nos dar, futuramente, por escripto, seu parecer fundamentado.

“A Constituição — escreveu o Doutor AZEVEDO MARQUES — creou o dever de alistamento eleitoral e voto obrigatorio para as mulheres que exercerem função publica remunerada (art. 109). Esse dever “politico”, assim como o direito de ser eleita, ou a elegibilidade da mulher, não acarreta, por si só, a capacidade “civil”, derogando o art. 242 do Codigo Civil”

E mais adiante: “Deu á mulher o direito de exercer cargos publicos, eletivos ou não, mas com a ressalva (art. 168): “*observadas as condições que a lei estatuir*” Enfim, estão de pé todas as condições que as leis estabelecerem, quanto á capacidade civil, que não se confunde com a capacidade “politica”. (19).

(19) Professor Doutor AZEVEDO MARQUES: Parecer apresentado no Conselho da Ordem dos Advogados, Secção de S. Paulo e publicado “in” *Revista de Critica Judiciaria*, Ns. 2-3 — Fevereiro e Março de 1935 — Anno XII — Vol. XXI, pags. 169-173.

LIVRO III

CAPACIDADE CIVIL E CAPACIDADE CIVICA OU POLITICA

CAPITULO I

O QUE SE ENTENDE POR CAPACIDADE CIVIL

16. PRELIMINARMENTE...
17. PESSÔA — PERSONALIDADE — CAPACIDADE
18. CAPACIDADE CIVIL
19. DIREITOS CIVIS

16. PRELIMINARMENTE. — A resolução desta these depende essencialmente de uma distincção a se fazer preliminarmente entre *capacidade civil* e *capacidade civica* ou *politica*.

Estabelecida a linha divisoria entre uma e outra — desaparecerá, crêmos nós, o nevoeiro, através do qual scintilla a estrella favorita do valle.

17. PESSÔA — PERSONALIDADE — CAPACIDADE. — Na linguagem juridica a palavra “*peessoa*” possui um sentido preciso: assim se denomina todo o sêr, real ou ficticio, considerado como sujeito de direitos, como tendo ou podendo ter direitos (20).

“*Todo sêr real ou ficticio*” — eis-que em direito ha a “*peessoa natural*” e a “*peessoa juridica*” Neste trabalho só nos interessa aquella.

“A *peessoa* — dizia aquelle que era “um homem insigne na sciencia, insigne no character, insigne na modestia” — é uma subs-

(20) CH. BEUDANT, *Cours de Droit Civil Français, Tome Premier, L'État et la Capacité des personnes*, Paris, 1896.

tancia individual de natureza racional e social. E' uma substancia individual, que vive na sociedade, em cujo seio exerce direitos de homem e de cidadão" (21).

"Pessoa é o ser a que se attribuem direitos e obrigações" (22). "Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem juridica a alguem, para exercer direitos e contrahir obrigações. Na ordem politica, toma, ordinariamente, a feição de "cidadania", que é a aptidão para exercer direitos politicos, e é "soberania" quando attribuida ao Estado." (23).

Todo homem é, pois, uma *pessoa*. A *personalidade*, a aptidão para ser sujeito de direitos, começa para o homem desde o seu nascimento ou, mais exactamente, desde sua concepção. O embrião — feto, depois — não tem uma vida autonoma: eis-que é do organismo materno que retira, por intermedio da placenta, os materiaes nutritivos que lhe são necessarios para a sua vida intra-uterina. Nesse estadio de sua evolução (estadio embryonario ou, após, estadio fetal) — não se póde dizer propriamente que haja uma personalidade distincta. Não obstante: para os effeitos legaes — reputa-se como se nascido fôra, e, por consequencia: como sendo uma "*pessoa*" (pelo menos emquanto o seu interesse o exija). São os direitos do nascituro. E' uma antiga regra; já dizia o direito romano: "*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.*" (24).

Sufficiente não é, porém, ter nascido, ter personalidade, para que o homem se considere apto para exercer, por si, os actos da vida civil, exercer direitos, ou contrahir obrigações.

Para isso necessita elle da "*capacidade*", que AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS definiu: "*o modo de ser geral das pessoas*", e CLOVIS BEVILAQUA: "*a extensão dada aos poderes de acção contidos na personalidade*"

(21) Professor Doutor JOÃO MENDES DE ALMEIDA JOR.: *O Processo Criminal Brasileiro*, 3.^a Ed., 1920, Vol. I, pag. 5.

(22) Doutor CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria Geral do Direito Civil*, 2.^a Ed. 1929, pag. 80.

(23) *Id. Ob. e Loc. Cits.*

(24) *Digesto, De statu hominum*, Fragm. 26, I, 5.

Distinguir, portanto, da “*personalidade*” a “*capacidade*”, cumpre.

“A capacidade jurídica — são palavras do grande civilista italiano G. P. CHIRONI — é a possibilidade jurídica de agir, de modo que, sendo o direito o *poder de querer juridicamente*, — são *capazes* as pessoas que, por sua natureza, têm tal possibilidade, a qual confirmada pela lei, é *poder*: e as outras ás quaes a lei a concede: estas têm uma capacidade limitada aos casos nos quaes ella é expressamente declarada pela lei.

“Esta capacidade de ter direitos exprime, dest’arte, a natureza jurídica de quem é *sujeito* de direito: quem o fôr é porque têm aquella capacidade. Comtudo — quem é *capaz* de ter direitos (possibilidade de *poder*), bem pôde ser *incapaz* de agir para os exercitar.” (25).

A *capacidade*, como se deprehe de do exposto, — é a *regra*; e, em face da nossa lei civil: aos 21 annos encontra-se o individuo apto para praticar todos os actos da vida civil. Cessa, nesse caso, a menoridade. Cessam, então, tambem, as restricções á capacidade. A *incapacidade* — é a *excepção* (26).

Em todo o systema do direito toma, portanto, o nome de “*capacidade*” — a faculdade de validamente consentir uma propria obrigação ou liberação. E’ consequentemente, “*incapacidade*” — a privação da mesma faculdade de validamente consentir: nas hypotheses contrárias. (27).

(25) G. P. CHIRONI, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, 2.^a Ed., 1912, Vol. 1.^o, pag. 74, § 29.

(26) Vide: Prof. Dr. WALDEMAR FERREIRA: *O menor commerciante*, ns. 1-3.

(27) “In tutto il sistema del diritto prende nome di “*capacità*” la facoltà di consentire validamente una propria obbligazione o liberazione. È poi detta “*incapacità*” la privazione della facoltà medesima di validamente consentire; nelle ipotesi contrarie. E poichè il consenso riferito alle obbligazioni ed alle liberazioni, ossia giuridicamente riguardato, è fatto od atto delle persone; la capacità suddetta e la incapacità contraria talmente appartengono al diritto delle persone, ch’esse tutte si potrebbero distinguere generalmente in due categorie; l’una delle “*personne capaci*”, l’altra delle “*personne incapaci*”; sempre intendendosi delle facoltà di assumere mediante valido consenso, e ricevere obbligazioni o libe-

18. CAPACIDADE CIVIL (28). — *Capacidade civil* é “a aptidão de alguém para exercer por si os actos da vida civil” (29). Nosso grande TELXEIRA DE FREITAS (30) e o escriptor hespanhol SANCHES ROMAN (31) designam-na: “*capacidade de facto*” — diferente da “*capacidade de direito*”, a qual consistiria na

razioni. E però i nostri giureconsulti dal “*capere*”, che vale prendere, apprendere, acquistare, e simili, chiamano “*capax*” con chiara etimologia, la persona capace, dicendo anche “*capacitas*” quella che noi chiamamo capacità delle persone nella significazione anzidetta” GIROLAMO SCALAMANDRÈ, in *Il Digesto Italiano — Enciclopedia Metodica ed Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, Vol. Sesto — Parte Prima, Torino, 1888, pag. 686. Indicação bibliographica da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo: K3 — 21 — 1.

(28) “*Capacidade*” (F. J. CALDAS AULETE: *Diccionario Contemporaneo da Lingua Portuguesa*), s. f. .. (For.) Faculdade legal: O menor não tem “*capacidade*” para contractar sem autoridade do curador (Paiva) .. F. lat. “*capacitas*”.

“*Capacidade*” (ANTONIO DE MORAES SILVA: *Diccionario da Lingua Portuguesa*), s. f. § E fig. do entendimento, por habilidade para adquirir dotes do entendimento, e da vontade; ou por esses dotes adquiridos, faculdade, poder fisico, ou moral, “tão longe, e tão fóra de sua *capacidade*, e jurisdição. Paiva, “*Serm. I. fr. 33. “o menor não tem capacidade para contractar”*”.

“*Capacidade*” (JAYME SÉQUIER: *Diccionario Prático Illustrado*), s. f. (l. “*capacitas*”) Intelligencia, sciencia, aptidão: “*pessoa de alta capacidade*” .. — Direito legal: “*a mulher casada não tem capacidade para contratar sem autorização do marido*” etc.

“*Capacidade*” (CANDIDO FIGUEIREDO: *Pequeno Diccionario da Lingua Portuguesa*), f. .. Qualidade, que uma pessoa “ou” coisa tem, de satisfazer a certo fim. Aptidão ... Possibilidade legal.

“*Civil*” (F. J. CALDAS AULETE: (*Dicc. cit.*): adj. que diz respeito ao cidadão considerado no seu caracter, condição e relações particulares: *Vida civil*. Sociedade *civil*. Comportamento *civil*. Direitos e obrigações *civis*. DIZ-SE POR OPPOSIÇÃO A POLITICO .. F. lat. “*civilis*”

“*Civil*. (JAYME SÉQUIER: *Dicc. cit.*), adj. (lat. *civilis*). Que diz respeito ás relações dos cidadãos ENTRE SI: direitos *civis*, etc.

(29) Doutor CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria Geral do Direito Civil*, 2.^a Ed., 1929, pag. 82.

(30) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, arts. 21 e 22.

(31) SANCHES ROMAN, *Derecho Civil Español*, II, pags 116-118.

aptidão para adquirir direitos e exercel-os por si ou por outrem. ENDEMANN (32), DERNBURG (33) e ROTH (34) falam de uma capacidade de direito (*Rechtsfähigkeit*) como diversa da faculdade de agir (*Geschäftsfähigkeit*). HUC (35), LAURENT (36) e PLANIOL (37) distinguem o “gozo” do “exercício” dos direitos. “Gozo de um direito” é a aptidão legal de uma pessoa para se utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei. “Exercício de um direito” é a realização effectiva do gozo. Gozar de um direito é ser titular delle; exercel-o é extrahir delle as vantagens que possa fornecer. Para CARLO SCOTTI (38): “Goza-se de um direito, quando se possui “a faculdade” de usal-o, “ainda que seja em potencia, e não em acto”

De sorte que a idéa de gozo corresponde á de capacidade de direito; a de exercício não corresponde á de capacidade, porém a presuppõe. “Esta antithese vae sendo posta de lado pela doutrina, que prefere estabelecer a gradação da actividade juridica, indo da capacidade para o exercício. A “capacidade” é a extensão concedida aos poderes de acção, em que consiste a personalidade; o “exercício” é um momento ulterior, em que a personalidade realiza, segundo a medida da capacidade, os poderes que a ordem juridica lhe assegura. E como na “capacidade” ha medida para a aquisição de direitos, estabelecimento de obrigações, modificação e extincção de uns e outras, no “exercício” se devem reflectir esses diversos modos da actividade juridica. E’ certo que o exercício do direito é contrario á idéa de obrigação ou encargo, mas

(32) ENDEMANN, *Einführung*, I, §§ 21 e 24.

(33) DERNBURG, *Pandette*, § 49.

(34) ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, § 60.

(35) HUC, *Commentaire*, I, n.º 219.

(36) LAURENT, *Principes*, I, n.º 319.

(37) PLANIOL, *Traité*, I, n.º 416.

(38) CARLO SCOTTI: “Si gode di un diritto, quando si possede “la facoltà” di usarne, “sia pure in potenza, e non in atto”. *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Vol. I, pag. 3, n.º 5.

quem contráe uma obrigação exerce uma faculdade e torna possível o exercicio de direitos de outrem.” (39)

Differentes da capacidade civil, de que óra tratamos, — outras especies de capacidades juridicas existem. Comquanto diversas, tambem estas ultimas apresentam uma certa connexão com aquella, tanto no direito privado, como no direito publico.

Em relação ao direito privado: quem é plenamente capaz pelas leis civis, — capaz tambem o é para o direito commercial. A capacidade commercial é fundamentalmente a mesma capacidade juridica contractual, estabelecida no direito civil. As pessoas, de ambos os sexos, capazes, na conformidade da lei civil, de adquirir e obrigar-se por contracto, estão habilitadas a ser commerciantes. Os que se enquadrarem nos artigos 5 e 6 da nossa lei civil — não têm capacidade para exercitar o commercio: se se encontrarem assignalados no art. 5 — são elles absolutamente incapazes, e, portanto, não podem contractar (integralmente nullos seriam os actos e contractos em que tomassem parte); se se encontrarem, porem, incluídos no art. 6 — poderão fazer cessar a incapacidade, adquirindo elles a faculdade de administrar plenamente, livremente, suas pessôas e bens, como se maiores fossem — se preenchidas estiverem as condições estatuidas em o § 1.º do artigo 9 do Codigo Civil.

Diferente, porém, será o caso se se tratar de capacidade eleitoral, politica ou administrativa: Nesta hypothese — e, semelhantemente, para com as incapacidades contrárias — a capacidade aventada não tem affinidade com o direito civil, a não ser que, com este ultimo, uma correlação seja estabelecida por leis especiaes (40).

(39) CLOVIS BEVILAQUA, “*Ob. Cit.*” pag. 83.

(40) “Diverse dalla capacità civile. sono altre specie di capacità giuridiche... Ma, benchè diverse, pure si trovano poste in qualche relazione rispetto alla stessa capacità civile suddetta; come nel diritto privato, così anche nel diritto pubblico. E quanto al diritto privato, chi sia pienamente capace per legge civile, è capace di pare per diritto commerciale. Anche analogamente le persone di età minore e le donne maritate, incapaci

Em os numeros que a este se seguem — mais se verá a este respeito.

19. DIREITOS CIVIS (41). — Os *direitos civis* são o complexo das faculdades que todo o individuo possui de agir nos limites do direito privado e sob a guia e a garantia das leis positivas e dos usos que têm força de lei.

per diritto civile non avrebbero capacità di esercitare il commercio senza le autorizzazioni richieste dalla legge, eventuali e revocabili...

.....

“La capacità elettorale, politica od amministrativa... e similmente le incapacità contrarie, **NON HANNO ATTINENZA COL DIRITTO CIVILE** (*), se non inquanto vi sieno poste in correlazione dalle leggi speciali...

.....

“Coloro che, per diritto civile, sono capaci o sono incapaci, ritengono questa loro condizione rispettiva nei giudizi civili; cioè nel diritto pubblico giudiziario, salva in più casi di incapacità dependente per diritti dalla disposizione della legge, dove questa inchiede che la difesa della parte in lite sia necessariamente commessa a persone determinate” GIROLAMO SCALAMANDRÈ, “in” *Il Digesto Italiano — Enciclopedia Metodica ed Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*” Vol. Sexto — Parte Primeira, Torino, 1888, ns. 11 a 13. Indicação bibliographica da Bibliotheca da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo : K3 — 21 — 1.

(*) Os gryphos são nossos.

(41) **DIREITOS CIVIS** (V. “*Direito*”): CORREIA DE LACERDA, *Diccionario Encyclopedico*, 5.^a Ed., pag. 966, 1.^a col.

“... Esta locução no plural comprehende os direitos em geral, cujo gozo a lei assegura a todo o cidadão. Estes direitos são relativos á pessoa e á propriedade...”

“... Dizem-se **DIREITOS CIVIS** em **CONTRAPOSIÇÃO** a **DIREITOS POLITICOS** (*).

“I diritti si distinguono pure in **POLITICI** e **CIVILI**: i primi consistono nella facoltà di partecipare all’esercizio del potere sovrano; i secondi riguardano il patrimonio e la famiglia” (*ENCICLOPEDIA UNIVERSALE*, V. “*Diritto*”). Indicação bibliographica da Bibliotheca Publica do Estado de S. Paulo : 3 — 16 — 144.

(*) Os gryphos são nossos.

São denominados CIVIS para differençal-os dos POLITICOS, que se referem ás relações do individuo com a sociedade, da qual faz parte, e que entram na esphera do direito publico.

A differença entre os DIREITOS CIVIS e os DIREITOS POLITICOS é, pois, precisamente caracterizada pelas duas fontes das quaes derivam, e nunca será possível a sua confusão emquanto a sciencia mantiver uma perfeita distincção e uma completa separação entre o direito privado e o direito publico. Será necessario lembrar, porém, que o direito privado não é constituido somente pelos codigo civil e commercial e pelo codigo de processo civil, mas, tambem, por todas aquellas leis especiaes e por todos aquelles usos locaes que apresentam affinidade com o conteudo dos alludidos codigos, aos quaes trazem modificações e accrés-cimos (42).

(42) “I diritti civili sono il complesso delle facultà che ogni individuo ha di agire nei limiti del diritto privato e sotto la guida e la garanzia delle leggi positive e di quegli usi che han forza di legge.

Son detti “*civili*” per DIFFERIRLI (*) dai “*politici*” che riguardano i rapporti dell’individuo con la società, di cui fa parte, e che rientrano nella sfera del diritto publico.

La differença fra i diritti civili ed i diritti politici è quindi nettamente posta dalle due sorgenti da cui derivano, e la loro confusione non sarà mai possibile finchè la sciencia manterrà una perfetta distinzione ed una completa separazione fra il diritto privato ed il diritto publico. Soltanto sarà necessario di por mente che il diritto privato non è costituito dai soli codici civile e commerciale e dal codice di procedura civile, ma eziandio da tutte quelle leggi speciali e da tutti quegli usi locali che hanno affinità col cont auto di quei codici, che ad essi portano modificazioni od aggiunte, e c. e possono riferirse ai rapporti di parentela, di affinità, di legittimazione, e di successibilità; ai diritti reciproci risultanti dal matrimonio, dall’adozione e dal riconoscimento dei figli nati fuori di matrimonio; alla facultà di ricorrere ai tribunali per ottenere giustizia o per difendersi contro la minaccia di una ingiusta aggressione; alla facultà di disporre per testamento, di par da testimoni negli atti pubblici, di esercitare una professione, un mestiere, il commercio e simili; infine, alla libertà di stipulare convenzioni di ogni genere, di obbligarsi e di obbligare, di rinunciare ai propri diritti già acquistati, di far valere eccezioni e decadenze di ogni genere contro coloro che vi sono incorsi e, in poche parole, di disporre liberamente della propria volontà e dei propri beni nell’ambito dei rapporti d’interessi affatti personale. Se

Para Ch. BEUDANT o epitheto CIVIL é um qualificativo equivoco, que sentido não possui por si mesmo e outro não é senão o que resulta das opposições que elle facilita. Os direitos civis — diz-nos o abalisado autor francez — SÃO AQUELLES QUE NÃO SÃO POLITICOS; mais precisamente, são os direitos privados, aquelles direitos que as pessoas possuem em sua simples qualidade de sêres humanos, ou por consequencia de suas relações entre si (43).

Dos direitos do homem — escreveu o grande JOÃO MENDES JUNIOR —, são congenitos o direito de vida, o direito de conservação e aperfeiçoamento, o direito de liberdade, o direito de defesa; são adquiridos, ou porque dimanem de proprias acções licitas, ou porque dimanem de acção de outrem, ou porque dimanem de acção propria e de outrem, — o direito de propriedade, o direito de familia, o direito das obrigações.

Dos direitos do cidadão — conceitos esses são ainda do eminente autor acima —, tomada esta palavra do seu sentido amplo, significando o individuo na sociedade civil, — são congenitos os direitos de habitação, o direito de locomoção, o direito de associação; são adquiridos, em virtude do pacto social, o direito á segurança, o direito ao julgamento, o direito á força e á responsabilidade do poder social, o direito de petição e o direito de accusação; são adquiridos, em virtude do pacto politico, o direito a formas garantidoras previamente estabelecidas, ou no mesmo pacto politico ou em leis ordinarias (44).

non che, come il diritto, subiettivamente considerato, non può concepirsi in maniera assoluta e di confini illimitati, ma in maniera relativa e tale da rendere possibile la coesistenza dei diritti di tutti, ciò che implica una reciproca limitazione, così i diritti civili sono anch'essi soggetti ad alcune categoriche limitazioni..." TOMMASO BRUNO (15 de julho de 1899). "in" *Il Digesto Italiano — Enciclopedia Metodica ed Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, Vol. IX, Parte Segunda, pag. 545, n.º 1.

Indicação bibliographica da Bibliotheca da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo : K3 — 21 — 11.

(*) Os gryphos são nossos.

(43) CH. BEUDANT, *Cours de Droit Civil Français*: Tome premier, *L'État et la Capacité des personnes*", Paris 1896.

(44) Doutor JOÃO MENDES JOR.: "*Ob. cit.*", pags. 5-6.

Todos os direitos acima são considerados — DIREITOS INDIVIDUAES, que, no seu “*Direito Publico Brasileiro*”, PIMENTA BUENO define: “as faculdades, as prerogativas moraes que a natureza conferiu ao homem como ser intelligente”; “os attributos essenciaes de sua individualidade”; as “propriedades suas inherentes á sua personalidade”; as “partes integrantes da entidade humana” (45).

São “*direitos individuaes*”, porque são attributos da pessoa, isto é, da substancia individual de natureza racional e social. São correlativos oppostos aos “*direitos politicos*”, isto é, aos direitos de eleição e de acesso aos cargos publicos, direitos que sómente se tornam “*individuaes*” depois de adquiridas as condições de nacionalidade e de preenchidas as condições da investidura e do exercicio (46).

A respeito desses direitos A. ESMEIN diz que é ponto de doutrina certo e importante que elles se oppõe aos direitos politicos propriamente ditos (47). Sentir identico ao de nosso illustre escriptor patricio.

(45) PIMENTA BUENO: *Direito Publico Brasileiro*, 2.^a Parte, p. 390.

(46) JOÃO MENDES JOR.: *Ob. e loc. cit.*

(47) “*Les Droits Individuels* ont reçu dans la théorie constitutionnelle d'autres qualifications. Au XVIIIe. siècle, et spécialement dans les débats des assemblées de la Révolution, on les appelait souvent les “*Droits Civils*”. Dans le cours de Droit Constitutionnel qu'il a professé à la Faculté de Droit de Paris, Rossi les a appelés “*Droits Publics ou Sociaux*”, et cette terminologie est restée très répandue en France. Mais, de quel que nom qu'on les désigne, c'est un point de doctrine certain et important qu'on les oppose aux “*Droits Politiques*” proprement dits. Ces derniers représentent la participation des citoyens au gouvernement, à l'administration, à la justice (par l'institution du jury): l'exemple le plus frappant est le suffrage politique. Il n'y a pas là une simple opposition de termes, mais une distinction entraînant des conséquences juridiques. Les *Droits Politiques* n'appartiennent qu'aux citoyens, à qui la constitution et la loi accordent la jouissance et l'exercice; ils ne sont point accordés à tous les membres de la Nation sans distinction aucune d'âge, de sexe, ou de capacité; nous avons vu qu'il en était ainsi même fondamental, le droit de suffrage. Au contraire, les *Droits individuels* appartiennent

ment, en principe, à tous les individus qui composent la Nation quels que soient leur âge, leur sexe, leur incapacité de fait ou même leur indignité : c'est en ce sens que tous sont également citoyens. Cela est absolument vrai de quelques-uns des droits individuels : la liberté individuelle "*stricto sensu*", la liberté de conscience, la liberté du culte. Pour certains autres, bien que cette legalité subsiste en tant que principe dirigeant, la réglementation légale qui leur est appliquée doit nécessairement créer un certain nombre d'incapacités. Cela provient des deux causes. Ou ces droits, par leur exercice, peuvent, en fait, constituer une véritable action politique et présenter l'équivalent indirect d'une participation à la puissance publique : telles sont la liberté de la presse, la liberté d'association, la liberté de réunion et même la liberté d'enseignement, par laquelle on forme les futurs citoyens. Ou bien il s'agit de protéger l'individu, encore incapable en fait, contre le dommage qu'il se pouvait faire à lui-même par l'abus de son droit individuel ; c'est ainsi que la liberté du travail est légitimement restreinte, en certains cas, en ce qui concerne les enfants et les femmes.

CAPITULO II

O QUE SE ENTENDE POR CAPACIDADE CIVICA OU POLITICA

20. CAPACIDADE CIVICA OU POLITICA

21. DIREITOS POLITICOS

20. CAPACIDADE CIVICA OU POLITICA (48). — A capacidade em relação ao direito publico póde definir-se como em sendo a aptidão que possuem os cidadãos para tomar parte no governo da cousa publica como eleitores ou como elegiveis (preenchidas as condições essenciaes estabelecidas na Lei) a cargos diversos, gratuitos ou não, de escolha popular, administrativa ou governamental.

E' a definição de ATTILIO BRUNIALTI com pequenas alterações de nossa parte (49).

(48) “*Cívico*” (F. J. CALDAS AULETE: *Diccionario Contemporaneo da Lingua Portuguesa*), adj. “*que diz respeito ao cidadão considerado na sua vida publica*” ou como *membro do Estado*: *Virtudes cívicas* § Patriótico: Amor “*cívico*”. Espirito “*cívico*” F. lat. “*civicus*”.

“*Cívico*” (JAYME SÉGUIER: *Diccionario Prático Illustrado*: adj. (lat. “*civicus*”). Relativo aos cidadãos como *membros do Estado*, etc...

“*Cívico*” (CORREIA DE LACERDA: *Novo Diccionario da Lingua Portuguesa*: adj. (L. “*civicus*”, de “*civis*” cidadão), relativo á conservação, fé e honra dos cidadãos, ou dos filhos e defensores da *patria*...

(49) “La capacità in relazione al diritto publico può diffinirsi l'attitudine che i cittadini hanno di prendere una qualsiasi parte al governo della cosa pubblica come elettori, como elegibili a uffici diversi, gratuiti o pur no, di nomina popolare, amministrativa o regia” ATTILIO BRUNIALTI, “in” *Il Digesto Italiano — Enciclopedia Metodica ed Alfabetica di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*. Loc. Cit.

Já vimos que a capacidade eleitoral não apresenta afinidade com a capacidade civil (LIVRO III, CAPITULO I, n. 18). A capacidade eleitoral visa dar ao individuo, a que se attribue, o direito de votar, o direito de, por meio de seu voto, contribuir para a eleição (50) de alguém para algum cargo.

A essencia do voto reside na escolha consciente e livre. A consciencia do voto reside na sciencia de tres problemas:

1. quaes as necessidades actuaes do paiz;
2. quaes as providencias mais acertadas;
3. quem, entre os cidadãos, mais capaz é de dar provimento a estas necessidades.

A liberdade do voto consiste em preferir o eleitor, contra seja qual fôr o interesse, os candidatos que considere mais capazes.

Ora, a selecção dos mais capazes, para desempenhar missão essa tão alevantada, não pode ser feita senão com discernimento claro e liberdade moral. Não fosse assim e se promoveria o regimen da incompetencia e da irresponsabilidade (51).

(50) “Eleição” (F. J. CALDAS AULETE, *Ob. Cit.*), s. f. “escolha que se faz para algum cargo, por meio de votos ou do suffragio” .. F. lat. “*Electio*”.

“Eleição” (ANTONIO DE MORAES SILVA, *Ob. Cit.*) s. f. o acto de eleger, escolha que se faz de alguma coisa, ou de alguma pessoa para algum officio, emprego.

“Eleitor” (F. J. CALDAS AULETE, *Ob. Cit.*), s. m., o que tem direito ou poder de eleger § Membro de um collegio eleitoral § F. lat. “*elector*”.

“Eleitor” (ANTONIO DE MORAES SILVA, *Ob. Cit.*), s. m. “ora” fem. “Pessoa, que tem poder, ou direito de eleger.

“Eleitor” (JAYME SÉGUIER, *Ob. Cit.*), s. m. “Aquelle que elege, aquelle que está nas condições legaes de poder eleger ou de votar alguém para cargos electivos.

“Eleitor” (CORREIA DE LACERDA, *Ob. Cit.*), Ôra, s. m. ou f. (l. “*elector*”), pessoa que elege, ou tem direito de eleger a outrem para algum emprego ou dignidade.

(51) Professor Doutor A. DE SAMPAIO DORIA: *Princípios Constitucionaes*, 1926, pags. 38-39 e *O que o cidadão deve saber*, 1919, pags. 118-120.

Dahi as restrições que a Constituição de 34 estatue ao exigir de todo eleitor: 1.º *discernimento mental* — que o legislador presumiu desde que o menor tenha 18 annos cumpridos (art. 108) —; 2.º *liberdade moral* — que o nosso Pacto Fundamental julgou resguardada com as excepções estabelecidas nas letras *a*), *b*), *c*) e *d*) do § *Unico* do cit. art., eis-que a ignorancia e a indigencia conduzem á falta de independencia e de isenção dos exceptuados; a disciplina de recear-se seria se não se attendesse á situação especial em que se encontram as praças de pret; e a incompatibilidade dos que por motivo de convicção religiosa, philosophica ou politica se isentam, porisso mesmo, de onus ou serviço que a lei impõe aos nacionaes — resulta da propria condição excepcionalissima desses individuos que, fazendo renuncia da autonomia de suas consciencias, isto é, abdicando da liberdade, viciariam o voto, se delle pudessem dispôr.

Os motivos que determinaram as outras excepções abrangidas pela letra *d*) do § *Unico* do art. *supra* e de que tratam os arts. 107, 110 e 111 — transluzem da simples leitura destes ultimos artigos.

Como se vê bem differente é essa capacidade daquell'outra que estudámos em o n. 18 deste LIVRO III.

21. DIREITOS CIVICOS OU POLITICOS (52). — *Direitos politicos* são os que consistem na participação ao exercicio da autoridade publica e dos poderes que a representam; são aquelles por meio dos quaes os particulares tomam parte, directa ou indi-

(52) "**DIREITOS POLITICOS**" são "aquelles por cujo exercicio o cidadão, em um governo livre, toma parte nos negocios publicos (J. F. CALDAS AULETE: *Ob. Cit.*), V. "*Direito*".

"I diritti si distinguono in "POLITICI" e "CIVILI": i primi consistono nella facoltà di partecipare all'esercizio del potere sovrano; i secondi riguardano il patrimonio e la famiglia" (*Enciclopedia Universale*", V. "*Diritto*"). Indicação bibliographica da Bibliotheca Publica do Estado de São Paulo: 3 — 16 — 144.

".. Dizem-se "**DIREITOS CIVIS**" em CONTRAPOSIÇÃO a "**DIREITOS POLITICOS**" (CORREIA DE LACERDA: *Ob. Cit.*, pag. 966, 1.ª col. V. "*Direito*").

rectamente, no governo do paiz. Resumem-se seja ao direito de eger ou ao de ser eleito, seja ao de ser nomeado para as funcções publicas por via das quaes se pode participar dos poderes legislativo, executivo e judiciario (53).

Eis a definição de HAURIOU: “são *direitos politicos* ou *civicos* os direitos que dão ao individuo uma participação na vida publica do Estado. Taes são o direito de suffragio, a aptidão ás funcções publicas, o direito de petição, o direito de ser jurado, testemunha nos actos, soldado. ” (54).

O nosso grande RUY BARBOSA a respeito de “*atribuições politicas*” entendia serem ellas as “*considerações de “interesse commun”, de “utilidade publica”, de “necessidade” ou “vantagem nacional.* ” (55).

Eis juristas de renome universal a caracterizar e distinguir perfeitamente os *direitos politicos* dos *direitos civis*.

(53) “ .. *Les Droits Politiques*”... Ce sont ceux qui consistent, pour les particuliers, dans la participation à l'exercice de l'autorité publique et des pouvoirs qui la représentent; ce sont ceux par lesquels les particuliers prennent part, directement ou indirectement, au gouvernement du pays. Ils se résumant dans le droit d'élire et d'être soit élu, soit nommé aux fonctions publiques, celles par lesquelles on participe aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire”. CH. BEUDANT: *Cours de Droit Civil Français, L'État et la Capacité des Personnes*, Tome Premier, Paris, pag. 82.

(54) “*Les “Droits Politiques” ou Civiques* sont les droits qui donnent à l'individu une participation à la vie publique de l'État. Tels sont le droit de suffrage, l'aptitude aux fonctions publiques, le droit de pétition, le droit d'être juré, témoin dans les actes, soldat...” MAURICE HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 2e. Éd., pag. 380. Indicação bibliographica da Bibliotheca da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo: N8 — 15 — 18. Indicação bibliographica da Bibliotheca Municipal de S. Paulo.

1.º Pavimento

Sala H F	Prat -b-
Est. 12	N.º de ord. 22

(55) RUY BARBOSA: *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*, 1910, Volume I, pags, 129 e segs.

CARACTERISTICOS DIFFERENCIAES

CAPACIDADE CIVIL

1. E' a que diz respeito ao cidadão considerado no seu caracter, condição e relações PARTICULARES. (F. J. CALDAS AULETE).
2. E' a aptidão de alguém para exercer por si os ACTOS DA VIDA CIVIL. (CLOVIS BEVILAQUA).
3. A capacidade civil é diferente da capacidade politica. G. SCALAMANDRÈ: "in" *Il Digesto Italiano*).

DIREITOS CIVIS

1. Esta locução no plural comprehende os DIREITOS EM GERAL, cujo gozo a lei assegura a todo o cidadão. (CORREIA DE LACERDA).
2. São os direitos que não são politicos. (BEUDANT).
3. Dizem-se DIREITOS CIVIS em CONTRAPOSIÇÃO A DIREITOS POLITICOS. (CORREIA DE LACERDA).
4. Sua acção é no DIREITO PRIVADO. (T. BRUNO, "in" *Il Digesto Italiano*).

CAPACIDADE CIVICA

1. E' a que diz respeito ao cidadão considerado na sua VIDA PUBLICA. (F. J. CALDAS AULETE).
2. E' a aptidão que possuem os cidadãos para TOMAR PARTE NO GOVERNO DA COUSA PUBLICA COMO ELEITORES ou como elegiveis a cargos diversos. (ATTILIO BRUNIALTI).
3. Não tem ligação com o direito civil. (G. SCALAMANDRÈ "in" *Il Digesto Italiano*).

DIREITOS CIVICOS

1. São aquelles por cujo exercicio o cidadão, em um governo livre, toma parte nos NEGOCIOS PUBLICOS. (F. J. CALDAS AULETE).
2. Referem-se ás relações do individuo COM A SOCIEDADE. (T. BRUNO, "in" *Il Digesto Italiano*).
3. Dizem-se DIREITOS CIVICOS em CONTRAPOSIÇÃO A DIREITOS CIVIS.
4. Entram na esphera do DIREITO PUBLICO. (T. BRUNO, "in" *Il Digesto Italiano*).

LIVRO IV

**O ART. 9 DO CODIGO CIVIL EM FACE
DO ART. 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34**

CAPITULO I

APPLICAÇÃO DAS LEIS

22. OS DOIS CAMPOS
23. A INTENÇÃO DO LEGISLADOR
24. O FIM SOCIAL DA LEI
25. UM PARALOGISMO A EVITAR-SE

22. OS DOIS CAMPOS. — Vimos em o LIVRO I a ORIGEM HISTORICA do art. 108 da nova Constituição Federal e do art. 9 do Código Civil Brasileiro; em o LIVRO II deparámo-nos com as interpretações que ao primeiro dos artigos citados dão eminentes vultos no Direito Pátrio; finalmente, em o LIVRO III — o característico diferencial entre “CAPACIDADE CIVIL” e “CAPACIDADE CIVICA” ou “POLITICA” — Agora, devemos reunir todos esses preciosos elementos e as fracas forças de que dispomos para — a uma conclusão chegar.

Como se deprende de nosso trabalho — dois campos se formaram no tocante á interpretação do texto do art. 108 da Constituição de 34. De ambos os lados se apresentam insignes figuras de nossa jurisprudencia.

De um lado os que creem abrogadas as exigencias da lei civil (Código Civil — Art. 9) respeito ás condições da CAPACIDADE CIVIL: Pois, não se encontra apto o individuo de 18 annos completos, alistado na forma da lei, para intervir na direcção dos interesses da collectividade nacional, como eleitor? Pois, comprehende-se que um individuo exerça o direito do voto e esteja ao mesmo tempo sob o pátrio poder? Pois, o facto do menor de 21 annos e maior de 18, contando com o apoio da lei, poder alistar-se, mesmo contrariamente á ordem do seu progenitor ou tutor, — não

implica numa emancipação *de facto*? Pois, o seu titulo de eleitor, nesse caso, não poderá ser comparado com um diploma de escola superior? Pois, a lei politica, sendo, como é, de ordem constitucional, não é de hierarchia superior á lei civil? E assim sendo, dispondo em contrario ao principio da lei civil, — não o revoga? Não deve o direito civil ceder perante o direito constitucional?

De outro lado, os que pensam continuarem de pé todas as condições que a lei civil de 1916 estabelece quanto á CAPACIDADE CIVIL: Cumpre distinguir — dizem estes ultimos. — A CAPACIDADE CIVIL não se confunde com a CAPACIDADE CIVICA. Uma cousa é aquella; outra esta. O dever “POLITICO” não acarreta, por si só, a capacidade “CIVIL”, abrogando o art. 9 do Codigo Civil e outros que versam sobre a capacidade civil (“*exempli gratia*” o art. 242 do Codigo Civil). Sendo differentes uma da outra, essas duas capacidades — a Constituição Federal, ora em vigor, em vez de contrariar a lei civil: — confirma-a.

Como se vê, os adeptos de uma e outra interpretação, além da sua grande autoridade, apresentam argumentos taes, que lidos separadamente — é dar razão aos que em mãos tivermos.

Defensores da maior e igual envergadura apresentam os dous sentires tornando, porisso mesmo, mais ardua nossa tarefa. Para levar a cabo esta ultima, mistér é, por conseguinte, reportarmo-nos unicamente ás idéas defendidas em ambas as interpretações, sem nos deixarmos influir pelos grandes nomes de seus patronos.

Portanto, com os poucos conhecimentos e a nenhuma autoridade que nós outros possuímos, vamos vêr se conseguiremos sahir deste difficil passo.

E as dúvidas?

“... O Vérité, tu les éclaires
Seulement d'une aube qui luit. ”

E para chegarmos á realização do nosso escopo, procurando fixar com exactidão o sentido da lei, quê fazer senão decompol-a, analysal-a? Quê fazer senão dispôr dos 4 elementos (o elemento *grammatical*, o *logico*, o *histórico* e o *systematico*), com os quaes poderemos — quem sabe? — vislumbrar a desejada Verdade?

Sobre o elemento *grammatical* e o *histórico* — dispensamo-nos de sobre elles escrever mais. Pelo que se encontra atraz: uma idéa já se poderia ter feito.

Vejamos os outros dous. Procuremos fazer a analyse da lei, “*id est*”, o estudo da relação lógica em que se acham as suas diversas partes, de modo a vêr se conseguimos o seguro conhecimento do seu sentido. Procuremos, ainda, considerar os artigos por nós visados, em frente do systema geral do direito ao qual elles pertencem.

23. A INTENÇÃO DO LEGISLADOR. — A intenção do legislador não deve ser desprezada para fixar o verdadeiro sentido do art. 108 da nova Constituição. Se bem que a interpretação *grammatical* — como se vê dos LIVROS anteriores — nos seja inteiramente favoravel: não é raro esta ultima dar maus resultados, chegando mesmo a produzir erros, o exagerado escrupulo na interpretação *grammatical* do significado de cada palavra. A esse respeito, ensina DERNBURG (55), o texto da lei desperta em nós representações, que não são expressas pelas palavras singularmente consideradas, e que, todavia, nós reconhecemos, com precisão, como pertencentes á lei. E’ o “*conteúdo latente*” da lei. Frequentemente succede, avisa-nos PAULUS (56) que cousas que parecem reunidas por uma conjunção copulativa, devem estar

(55) DERNBURG — *Pandette*, trad. de CICALA, § 34.

(56) PAULUS — fr. 53 princ. e § 1 — *De verborum significatiõnes* (50 — 16).

separadas, e cousas que parecem separadas por uma disjunctiva devem estar reunidas... Que o digam os illustres interpretes do artigo 26 das “DISPOSIÇÕES TRANSITORIAS” da Constituição Brasileira em vigôr.

Já o escrevemos — que, dos vibrantes discursos proferidos na augusta Assembléa Nacional Constituinte de 34 perante jurisperitos, juriconsultos de nomeada e de não menos afamados homens do direito (vide ANNEXO n. 1), — constata-se:

1.º que os oradores SOMENTE debateram a questão da EXTENSÃO DO DIREITO DE VOTO AOS MENORES DE 21 ANNOS E MAIORES DE 18;

2.º que SOMENTE houve referencia aos cidadãos considerados COMO MEMBROS DO ESTADO;

3.º que em tão grave Assembléa ninguem gizou ou sequer esboçou o não menos grave problema das consequencias que adviriam se se estivesse cogitando dos cidadãos considerados no seu character, condições e relações particulares.

Veja-se o nosso n. 8 do Capitulo III (*Na Assembléa Nacional Constituinte de 34*) do Livro I.

Bem explicito é o art. 108, aliás.

“SÃO ELEITORES” — diz elle.

O pensamento do legislador de 34 foi “no sentido do ALARGAMENTO DO CORPO ELEITORAL, fazendo intervir na escolha dos homens publicos O MAIOR NUMERO DE CIDADÃOS, tendencia essa que se revela uniformemente em tres orientações geraes: a extensão do DIREITO DE VOTO A’ MULHER, a DIMINUIÇÃO DOS REQUISITOS exigiveis para a obtenção do TITULO DE ELEITOR, e O ABAIXAMENTO DO LIMITE DA IDADE” (vide ANNEXO n. 1).

Abaixamento do limite da idade — logica e naturalmente: UNICAMENTE para a obtenção do TITULO DE ELEITOR.

Mais considerações a esse respeito serão expendidas em o Livro V (CAPITULO I. “*Aplicações no Direito Civil*”: APPLICAÇÃO N. 1).

24. O FIM SOCIAL DA LEI. — Mas abandonemos, por um instante, o processo que já para alguns autores se afigura de arcaico de inquirir da intenção do legislador (57).

Consideremos a lei, como preconiza JOÃO MANGABEIRA, “como formula jurídica de necessidades sociaes” (58).

Consideremos o fim social da lei:

No seu recentíssimo “*Trattato di Diritto Civile Italiano*”, cujo capitulo sobre “APPLICAÇÃO DO DIREITO” foi optimamente traduzido pelo Professor da Universidade de Coimbra MANOEL DE ANDRADE, diz o eminente FRANCESCO FERRARA (59) que o jurista ha de ter sempre deante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação pratica; a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda a plenitude que assegure tal tutela, procurando realizar os fins da justiça e da utilidade social (60).

E DE PACE no seu grande livro “*De l'interprétation des lois*” diz: “O methodo da sciencia do direito deve ser não a deducção logica, porém a inducção social” (61).

(57) JOÃO MANGABEIRA, *Em torno da Constituição*, Cia. Editora Nacional, 1934, pag. 257.

(58) JOÃO MANGABEIRA. *Obr. e loc. cits.*

(59) FRANCESCO FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1.º Vol., pag. 204.

(60) “L'interpretazione giuridica, mirando all'applicazione pratica del diritto è di natura essenzialmente “*teleologica*”. Il giurista deve avere sempre di fronte agli occhi lo scopo della legge, il risultato che vuole raggiungere nella sua attuazione pratica; la legge è un ordinamento di protezione che intende soddisfare certi bisogni, ed è da interpretari nel senso, che meglio risponda a questa finalità, e quindi in tutta la pienezza che assicure tale tutela” (FRANCESCO FERRARA. *Obr. e loc. cits.*).

(61) “La science du droit n'est pas une science morale, une science formelle. C'est une science d'observation et expérimentation, comme d'ailleurs toute branche du savoir que mérite le nome de science. Que signifie dès lors, cette pseudo-souveraineté de la logique pure, cette géométrie d'une autre espèce, ce servilisme à la loi, qu'elle soit bien

Consequentemente a Lei Máxima de 34 deve ter uma expressão representativa, como representativa era a expressão dos delegados que a elaboraram; e esta expressão deve resultar principalmente do estudo dos interesses, das necessidades, das razões praticas de conveniencia social e bem publico que a inspiraram, e da determinação do seu escopo. Eis que a “*finalidade*” da lei, sendo a sua força, é a contra-prova do seu pensamento.

Ora, o fim social da Lei de 16 de julho de 1934 foi — favorecer a interessar uma parte da população brasileira — que d’antes estava excluida — para que, com o seu voto pudesse collaborar na resolução dos problemas nacionaes; para que se interessasse, mais cêdo do que d’antes, nos destinos da Patria.

Mesmo que o sentido grammatical e mesmo que a intenção do legislador — duvidas pudessem favorecer, o interprete deveria entendel-os com o pensamento e fazel-os realizar o bem que nelles deve estar contido, evitando o mal.

Augmentar o quadro eleitoral de uma nação — é uma obra meritoria. Iniciando-se mais cêdo na vida politica de sua Patria, o menor de 21 annos e maior de 18 poderá pôr em pratica o que o ardor do seu civismo ditar.

Mal — nunca poderá advir de sua intromissão na vida politica do paiz.

Mas, como frizámos mais de uma vez, satisfeitas as formalidades legaes do alistamento elle se torna *UNICAMENTE* “ELEITOR” Vejam-se as considerações feitas em a *APPLICAÇÃO* N. 1 (*Applicações no Direito Civil*: Capitulo I do Livro V) e que, para não cahirmos em redundancia, aqui não trazemos.

O individuo menor de 21 annos e maior de 18 alistado na fórma da lei, em sendo ELEITOR nem por isso se torna *COMPLETAMENTE CAPAZ SOB O PONTO DE VISTA POLITICO*.

Antes de ter a sua integral capacidade politica diversas etapas deverão ser vencidas por elle, — eis-que:

ou mal faite, féconde ou nuisible? La méthode de la science du droit doit être non pas la déduction logique, mais l’induction social. Hors cela, il n’est qu’erreur, péril et ruine” (DE PAGE. *Obr. cit.*).

- I. *Póde* ser ELEITOR (art. 108).
- II. *Não póde* ser deputado (art. 24).
- III. *Não póde* ser senador (art. 89).
- IV *Não póde* ser eleito Presidente da Republica (art. 52 § 5.º).

Na 1.^a etapa tem o direito de votar — DESDE OS 18 ANNOS;
Na 2.^a etapa é elegível para deputado — SÓ QUANDO FÔR MAIOR DE 25 ANNOS;

Na 3.^a etapa é elegível para senador e Presidente da Republica — SÓ QUANDO TIVER MAIS DE 35 ANNOS.

Hesitamos, devido a isso, em affirmar que o menor de 21 annos e maior de 18 annos — tenha CAPACIDADE POLITICA COMPLETA.

Que CAPACIDADE POLITICA COMPLETA é essa cujo titular — SÓ pode votar e NÃO PÓDE ser eleito?

Pelo texto constitucional só existiria CAPACIDADE POLITICA COMPLETA digna desse nome aos 35 annos: se essa capacidade é a mesma que a civil, como querem alguns autores — só aos 35 annos haveria tambem plena capacidade civil.

Mais acertado fôra dizer que o menor de 21 annos e maior de 18 annos tem CAPACIDADE PARA SER ELEITOR, “CAPACIDADE ELEITORAL”, e, mesmo sob essa designação com o sentido de ser capaz relativamente AO DIREITO DE ELEGER — E SÓ. Entre parêntese: o mesmo, aliás, se passa com o maior de 21 annos e menor de 25 annos: o que mais uma vez vem provar que a capacidade politica nada tem que vêr com a capacidade civil — pois que esta aos 21 annos já se adquire.

Foi essa a FINALIDADE, crêmos nós, que tiveram os Srs. legisladores de 34.

Nem poderíamos entender differentemente, eis-que “a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades” Nunca, portanto, ella iria fazer o contrario: nunca haveria de declarar que seriam reputados maiores civilmente os menores de 21 annos e maiores de 18 annos — porque, então, seria ella uma fonte de males futuros...

Entre o individuo que cáia no inciso do n. III do art. 6 do Codigo Civil e o individuo completamente normal — que gamma variada não ha! Aliás é uma pesquisa difficil, essa do discernimento. Cabe ella mais aos paes, tutores, juizes, peritos...

E' apreciando o menor, em seu desenvolvimento psychico, seus precedentes, sua educação physica e intellectual, as condições do meio em que vive, que se poderá, tanto quanto possivel, aquilatar da existencia do juizo moral pratico, que envolve o discernimento.

Sábio não teria sido o legislador se tivesse interferido na materia para dar sentido contrario á equidade.

Buscando o ideal a que se refere APPLETON: tirar das formulas legaes, apesar da sua imperfeição, soluções accordes com a equidade — julgamos nós que o fim social do texto que nos preoccupa não é o daquelles que creem abrogado o art. 9 do Codigo Civil.

25. UM PARALOGISMO A EVITAR-SE. — Do exposto resulta que, pela exegese contrária á que adoptamos: para que o individuo seja ELEITOR, para que tenha CAPACIDADE CIVICA, mistér é, de accôrdo com a letra "a" do § 1.º do citado artigo 108 da lei constitucional, SABER LÊR E ESCREVER, SÓ É ELEITOR o individuo que, sendo maior de 18 annos e sabendo lêr e escrever se aliste na fôrma da lei; só teriam, portanto, a CAPACIDADE CIVIL os que, maiores de 18 annos SOUBESSEM LÊR E ESCREVER (porisso que a capacidade civil derivaria, nesse caso, da capacidade civica, a qual, por sua vez, não existiria sem aquella condição, condição "*sine qua non*": o saber lêr e escrever).

Os menores cujo alistamento a lei não permite: só seriam CAPAZES CIVILMENTE — quando attingissem 21 annos (se, naturalmente, não cahissem nos incisos dos arts. 5 e 6 do Cod. Civ.).

Ora, se assim fosse: o artigo 9 do Codigo Civil passaria a ser entendido da maneira seguinte:

ART. 9. — "Aos vinte e um annos completos, ou aos 18 annos se alistado como eleitor na fôrma da lei, acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil".

Mesmo assim o texto do artigo 9 da lei civil não estaria *abrogado*, “*id est*”, não teria sido annullado inteiramente e não teria perdido toda a sua autoridade; estaria “*derogado*” apenas, ou melhor, na esplendida technica romanista, “*subrogado*”: eis-que foi somente alterado pelo accrescimo de mais algum pormenor.

Se expressamente ou implicitamente a nova Constituição tivesse revogado as condições da capacidade civil: nenhum argumento se poderia oppôr — porquanto: sendo ella a lei basica da organização politica, comprehende-se que ella (e principalmente nos governos presidenciaes) tenha uma preeminencia de character imperioso sobre as demais leis. Os seus principios constitucionaes (normas geraes e fundamentaes que inferem leis) adoptados pela Constituinte — só por outra Constituinte (ou pelo outro processo demorado constante na propria Constituição) poderiam ser reformados.

Mas nem tácita — nem expressamente pretendeu alterar as condições sobre a capacidade civil.

Para nós outros: — assim como pela nova Carta Magna os conjuges MESMO QUE ELEITORES alistados na fórmula da lei NÃO PODEM dispôr, isoladamente o marido ou a mulher, dos bens immoveis (art. 235, n. I e art. 242, n. II do Cod. Civ.) eis-que essas são restricções (além das outras estatuidas expressamente nos citados artigos 235 e 242) que decorrem da função social do casamento, tendo em vista o sagrado Instituto da Familia, o Instituto do Casamento; assim tambem, os menores de 21 annos e maiores de 18, embora alistados eleitores na fórmula da lei, NÃO PODEM ser considerados capazes civilmente: — eis-que a sua relativa incapacidade resulta do PROPRIO INSTITUTO DA FAMILIA, do INSTITUTO DO PATRIO PODER (Codigo Civil, arts. 9, § 1.º, 379 e 392).

CAPITULO II

A SOLUÇÃO

26. A VERDADE

27. O ART. 9 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO NÃO FOI REVOGADO PELO ART. 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34

26. A VERDADE. — Diz uma parêmia mui conhecida em materia de interpretação: “*ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest*” — onde a lei não distingue, não é licito ao interprete distinguir.

Na hypothese a lei não distingue, nem *explicita*, nem *implicitamente*.

Não distingue *explicitamente*, porquanto, como fizemos vêr mais de uma vez, a nova Constituição Federal se limita a estatuir:

Art. 108. — São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 annos, que se alistarem na fórma da lei.

O texto, pois, só se refere a ELEITORES. A sua linguagem é inequivoca. Nelle nada se encontra que autorize um juizo contrário á solução por nós dada á presente these (Vejam-se as considerações feitas em a *Appliação n. 1* — APPLICAÇÕES NO DIREITO CIVIL — CAPITULO I do LIVRO V que dão remate á questão).

Implicitamente, outrosim, não distingue, visto como não surde do espirito dessa disposição, ou do systema e da harmonia da Lei constitucional, onde tal disposição se acha, motivo plausivel para entender-se que vise ella a *capacidade civil*.

Para fugir do texto constitucional, estabelecendo hermeneuticamente uma ampliação, e de tal natureza que elle, absolutamente,

não consigna, seria mistér que ella fosse inspirada, ou se pudesse haver como subentendida, por consideração de ordem superior e manifesta. Como vimos — esta, justamente, é contrária áquella ampliação.

A idéa dessa ampliação não a tinha o legislador de 34.

Esquecido não estava elle de que “um codigo não é a obra da sciencia e do talento unicamente; é sobretudo a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilisação brilhante ou modesta de um povo. Mudam-se de repente as instituições politicas de um paiz. Mas a sociedade civil, não ha revolução que a altere de um jacto. Modifica-se por uma transformação secular” (62).

27. O ART. 9 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO NÃO FOI REVOGADO PELO ART. 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34. —

O art. 108 trata do direito civico de votar; ora, essa capacidade civica attribuida ao menor de 21 annos e maior de 18, como vimos em o Livro III, é completamente diversa da capacidade civil. Aquella diz respeito ao cidadão considerado NA SUA VIDA PUBLICA ou COMO MEMBRO DO ESTADO; esta diz respeito ao cidadão considerado no seu character, condição e relações PARTICULARES, diz respeito ás relações dos INDIVIDUOS ENTRE SI. Se a nova Constituição trata daquella — de maneira alguma se póde nella incluir tambem esta — eis-que são DIVERSAS.

Os elementos *histórico, grammatical, lógico e systematico* — veem em auxilio dessa interpretação.

Logo:

O ARTIGO 9 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO NÃO FOI REVOGADO PELO ARTIGO 108 DA CONSTITUIÇÃO DE 34.

(62) Do Relatorio do Ministro da Justiça, sr. dr. JOSÉ DE ALEN-CAR, á Assembléa Geral Legislativa, na 1.^a Sessão da 14.^a Legislatura.

TOMO SEGUNDO

S U M M A R I O

Tomo Segundo:

.E A PRÁTICA

<i>Duas palavras</i>	277
------------------------------	-----

L I V R O V

<i>Uma advertencia</i>	281
--------------------------------	-----

CAP. I — Aplicações no Direito Civil

Aplicação n. 1	283
------------------------	-----

CAP. II — Aplicações no Direito Commercial

Aplicação n. 2	288
------------------------	-----

Aplicação n. 3	292
------------------------	-----

CAP. III — Aplicações no Direito Penal

Aplicação n. 4	296
------------------------	-----

Aplicação n. 5	300
------------------------	-----

A N N E X O S

Annexo n. 1	307
---------------------	-----

Annexo n. 2	311
---------------------	-----

Annexo n. 3	317
---------------------	-----

Annexo n. 4	319
---------------------	-----

TRABALHO DE SEMINARIO	323
------------------------------	-----

... E A PRÁTICA

DUAS PALAVRAS

No que concerne ao exercicio da intelligencia — deparamo-nos com 4 degraus:

- 1.º — *No alto da escada — A PHILOSOPHIA;*
- 2.º — *Mais abaixo — A SCIENCIA;*
- 3.º — *No outro degrau — A ARTE;*
- 4.º — *Finalmente — A PRATICA.*

Se a sciencia precede a arte, a pratica segue a theoria. Muito curioso é conhecer as formas do pensamento e do raciocinio; mas se dellas não sabemos tirar regras praticas, — arido e esteril seria o seu estudo. Dá-se com o conhecimento do espirito o mesmo que se dá com o da natureza: “O que é principio, effeito ou causa na theoria, torna-se regra, fim ou meio na pratica” (BACON, Nov. Org., I).

Ora, uma “theoria” que não é “praticavel” — ou é falsa, ou, pelo menos, é incompleta (1). Portanto, pensamos tornar completo o presente estudo com as “APPLICAÇÕES PRATICAS” que em seguida se vão lêr. Não nos dizia IHERING (2) que — “a comparação com a experiencia é a pedra de toque de toda a theoria”?

(1) Doutor JOÃO MENDES JUNIOR, *Introdução ao estudo da Practica Forense*, “In” *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, I, 102-103.

(2) IHERING, *Espirito do Direito Romano*, I, 50.

LIVRO V

APPLICAÇÕES PRATICAS

UMA ADVERTENCIA

As questões que se podem ventilar na pratica variam ao infinito. Impossivel seria para nós, naturalmente, abordar a todas: eis-que muitas dellas, actualmente, nem escogitadas foram.

Resumil-as-emos em 3 grupos:

- 1.º — APPLICAÇÕES NO DIREITO CIVIL;*
- 2.º — APPLICAÇÕES NO DIREITO COMMERCIAL;*
- 3.º — APPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL;*

Toda e qualquer outra questão que dependa de parecer — attinente á duvida que offerece a interpretação do texto do art. 108 da Constituição Federal de 1934 em confronto com o art. 9 da nossa Lei Civil —, pela semelhança de motivos, poderá ser perfectamente relacionada com uma das theses concretas adeante resolvidas: porisso que as normas que as guiam, evidentemente, são comuns, e derivadas de principios geraes.

CAPITULO I

APPLICAÇÕES NO DIREITO CIVIL

APPLICAÇÃO N. 1

Terá a Constituição Federal de 16 de julho de 1934, indirectamente, alterado a capacidade do menor de 21 annos (maior de 18 annos, porém): considerando este ultimo como CAPAZ CIVILMENTE, como se emancipado fôra — sem que se tenham realizado as hypotheses dos ns. I, II, III, IV, e V do § 1.º do Art. 9 do nosso Código Civil?

1. Réza a Constituição de 34 em o seu artigo 108:

ART. 108. — “São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 annos, que se alistarem na fórma da Lei.

Merece relido e meditado o texto desse artigo. Bem explicito elle é: “SÃO ELEITORES”

Ora, “ELEITOR”, nada mais é do que aquelle “*que tem direito ou poder de eleger*” (F. J. CALDAS AULETE: *Diccionario Contemporaneo da Lingua Portuguesa*). E’ aquelle que é “*membro de um collegio eleitoral*” (Id.). Ou, ainda, — é “*aquelle que elege, aquelle que está nas condições legaes de poder eleger ou de votar alguem para cargos electivos*” (JAYME SÉQUIER: *Diccionario Prático Illustrado*). Ou, mais ainda: “*é a pessoa que elege, ou tem direito de eleger a outrem para algum emprego ou dignidade*” (CORREIA DE LACERDA: “*Diccionario Encyclopedico*”); é a “*pessoa, que tem poder, ou direito de eleger*” (ANTONIO DE MORAES SILVA:

Diccionario da Lingua Portugueza); é “aquelle que elege; aquelle que está nas condições legaes de poder eger ou de votar em alguém para cargos electivos” (CANDIDO DE FIGUEIREDO: *Diccionario da Lingua Portugueza*).

“SÃO ELEITORES” — estatue a Lei. Esta não diz: “SÃO ELEITORES E CONSIDERADOS MAIORES PARA OS EFEITOS CIVIS” Não determina, ainda, “SÃO ELEITORES E CONSIDERADOS MAIORES PARA TODOS OS EFEITOS”

“SÃO ELEITORES”: outra idéa ahi não se deve incluir — do contrario a interpretação estará inquinada de vicio.

2. Que a nossa nova Carta Magna contenha materia de Direito Civil — duvida não padece. E que, como nos diz CLOVIS BEVILAQUA, dessa materia, alguma cousa, é louvavel e outra censuravel — certo é. Mas se os Srs. Legisladores de 34 não hesitaram em intercalar no grave texto constitucional regras de Direito Civil: porquê não haviam de ser claros, explicitos, no tocante a esse art. 108 — se a intenção tinham elles de considerar “CAPAZES CIVILMENTE” OS MENORES DE 21 ANNOS MAIORES DE 18?

3. O de que a Constituição de 34 cogita é do individuo como “ELEITOR”. Só se refere, portanto, á capacidade civica ou politica que é differente da capacidade civil (Vide Livro III desta dissertação).

4. Pela simples leitura dos ARTIGOS: 5, n. XIX, letra “k”; 110; 113, n. 13; 114; 168,. — verifica-se que a Lei constitucional constantemente se refere ás leis ordinarias, as quaes, segundo aquella, devem ditar as condições de capacidade (Vide “*verbi gratia*”: o art. 113, n. 13 da nova Constituição).

5. No art. 110, por exemplo, diz: “Suspendem-se os direitos politicos: a) por incapacidade absoluta. ”

Qual a lei competente para dizer da incapacidade absoluta?

Logica, insophismavelmente — A LEI CIVIL.

E sendo a Lei Civil a que dita as condições de incapacidade absoluta — NÃO SERA' TAMBEM ELLA QUE HA DE DETERMINAR AS CONDIÇÕES DE CAPACIDADE RELATIVA?

6. No art. 113, n. 13, preceitúa:

ART. 113. — “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

N. 13. — E' livre o exercicio de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade technica e outras que a lei estabelecer, dictadas pelo interesse publico.”

Ficou aos cuidados da Lei Ordinaria, da LEI CIVIL, portanto, a determinação de “OUTRAS” CONDIÇÕES DE CAPACIDADE.

7. No art. 168 dispõe a nossa Lei maxima:

Art. 168. — “Os cargos publicos são accessiveis a todos os brasileiros, sem distincção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a Lei estatuir.”

Vê-se, claramente, a resalva — “*observadas as condições que A LEI ESTATUIR*”.

8. No art. 5, n. XIX, letras “a” e “k”, estatúe:

ART. 5. — “Compete privativamente á União:

N. XIX, legislar sobre:

a) direito penal, commercial, civil, aereo e processual; registros publicos e juntas commerciaes;

k) condições de capacidade para o exercicio de profissões liberaes e technico-scientificas, assim como do jornalismo;”

9. Finalmente, no art. 114:

ART. 114. — A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclue outros, resultantes do regimen e dos principios que ella adopta.

10. Collimando a Constituição e as Leis realizar os fins da Sociedade e da vida individual, seus principios devem ser entendidos no sentido mais favoravel a taes fins: ao desenvolvimento e progresso da Sociedade e ao interesse e prosperidade dos individuos, e, na sua interpretação deve-se vêr o escopo pratico e social.

11. Ora, do exposto no LIVRO IV desta these — conclue-se que a concessão do voto aos menores de 21 annos e maiores de 18, visou UNICAMENTE a finalidade acima, “*id est*”: teve um fim pratico e social, “qual o de MELHORAR E AUGMENTAR O CORPO ELEITORAL DO BRASIL, já de si tão precario, quer qualitativa, quer quantitativamente” (palavras do deputado Sr. ALMEIDA CAMARGO: Vide ANNEXO n. 1).

12. Diz o art. 9 do nosso codigo civil:

ART. 9. — “Aos vinte e um annos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil — 392, III, e 442, I.”

Ora, se o interprete da Constituição julgar abrogado o artigo acima do Codigo Civil — não haveria uma verdadeira revolução dentro dos lares? Os relativamente incapazes abrangidos no art. 6 do Codigo Civil — alistados na fórmula da Lei, não mais sujeitos estariam ao patrio poder (ou sob a chefia do marido — se tratasse da mulher casada).

Será que o legislador ousasse tanto?

Quem melhor de que os paes ou tutores — para conhecer os seus proprios filhos ou tutelados?

13. Inclinamo-nos, assim, pela interpretação mais fascinante do artigo 108 da Constituição de 34 em face do artigo 9 do Codigo

Civil — extrahindo daquelle artigo, uma solução accorde com a delicadeza das consequencias que adviriam, caso se entendesse que tambem seriam capazes civilmente os individuos menores de 21 annos e maiores de 18, alistados na fórma da Lei.

14. Em conclusão, em nosso entender :

A Constituição Federal de 16 de Julho de 1934 não alterou — nem directa e nem indirectamente — as condições sobre a capacidade civil estatuidas em o art. 9 do Codigo Civil.

Sem que se tenham realizado as hypotheses dos ns. I, II, III, IV e V do § 1.º do citado artigo do Codigo Civil — o menor de 21 annos e maior de 18 não se pode emancipar. (Const. Fed. art. 187).

CAPITULO II

APPLICAÇÕES NO DIREITO COMMERCIAL

APPLICAÇÃO N. 2

Um menor de 21 annos e maior de 18, alistado eleitor na fórmula da Lei, no exercicio regular dos direitos politicos que lhe assegura a Constituição de 34, levanta um estabelecimento commercial sem preencher as condições da Lei Commercial (art. 1.º, ns. 2 e 3), “*id est*” sem obter a prévia emancipação (ns. I, II, III, IV e V do § 1.º do art. 9 do Codigo Civil) e sem occultar a sua qualidade de menor de 21 annos (afastando-se, portanto, da hypothese do art. 155 do Codigo Civil).

PERGUNTA-SE

- I. Adquire elle a qualidade de commerciante?
- II. Está elle sujeito á fallencia?

I

1. Commerciantes é a pessoa, natural ou juridica, CAPAZ de contractar, que, debaixo de uma firma ou razão social, inscripta ou não, ou de uma denominação, em seu nome e por conta propria, faz da mercancia profissão habitual. “Não o é o que o queira ser pelo simples querer. Nem o a que tal qualidade se attribua, apenas pelo se lh’a attribuir” (WALDEMAR FERREIRA, *Questões de Direito Commercial*, Segunda serie, 1932, pag. 280).

2. A capacidade commercial é fundamentalmente a mesma capacidade juridica contractual, estabelecida no Direito Civil. As

pessôas, que, na conformidade da Lei Civil, se encontrarem habilitadas a praticar todos os actos da vida privada, têm capacidade para exercitar o commercio, salvo, é bem de ver, as excepções que a lei commercial, por motivo de ordem especial, taxativamente enumera (Codigo Commercial — Art. 2) (1).

Se assim é: — as pessoas, de ambos os sexos, capazes, na conformidade da Lei Civil, de adquirir direitos e obrigar-se por contracto, estão habilitadas a ser commerciantes.

3. Mas se a Constituição de 34 abrogou as regras da capacidade civil em relação ao menor de 21 annos maior de 18?

— Nesse caso, naturalmente, tudo se processaria como de um maior de 21 annos se tratasse, "*id est*": se elle preenchesse os requisitos apontados em o n. 1 — commerciante seria.

4. Não foi, porém, abrogado o art. 9 do nosso Codigo Civil (Vide os Livros I, II, III e IV deste trabalho).

5. Portanto: NÃO ADQUIRE ELLE A QUALIDADE DE COMMERCIANTE emquanto não observar o que preceitúa o art. 1, ns. 2 e 3 da Lei Commercial, e como a capacidade commercial é a mesma capacidade juridica contractual do Direito Civil: — para que elle adquira a qualidade de commerciante necessario será que faça cessar a sua relativa incapacidade, por um dos modos estatuidos em o § 1.º do art. 9 do nosso Codigo Civil.

(1) CODIGO COMMERCIAL:

ART. 2. — São prohibidos de commerciar:

1. Os presidentes e os commandantes de armas dos Estados, e os magistrados vitalicios, os juizes municipaes e os de orphãos, e os officiaes de fazenda, dentro dos districtos em que exercerem as suas funcções;

2. Os officiaes militares de 1.^a linha, de mar e de terra, salvo se forem reformados, e os dos corpos policiaes;

3. As corporações de mão morta, os clerigos e os regulares;

4. Os fallidos emquanto não forem legalmente rehabilitados.

II

6. O menor que se encontre nas condições da presente these é **RELATIVAMENTE INCAPAZ**. As obrigações que elle por acaso contrahir, **NÃO SÃO NULLAS**: — **SÃO ANNULLAVEIS** (Codigo Civil: Art. 154) (2).

“A nullidade dos actos assim praticados, todavia, não tem effeito antes de julgada por sentença. Nem pôde ser pronunciada de officio: só os interessados a podem allegar, e só aos que a allegarem aproveita, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade.

Porque esses actos são annullaveis podem ser ratificados pelas partes, salvo direito de terceiro, retroagindo á data delles. O acto de ratificação deve conter a substancia da obrigação ratificada e a vontade expressa de ratificá-la. Excusado será elle quando a obrigação já tiver sido cumprida em parte pelo devedor, sciente do vicio que a inquinava.

A ratificação expressa, ou esta execução voluntaria da obrigação annullavel, importa renuncia a todas as acções, ou excepções, de que dispuzesse contra elles” (3).

7. Ora, só estão sujeitos á fallencia as pessoas naturaes ou juridicas que exercem a profissão mercantil — **OS COMMERCIAN- TES** (Vide ns. 1, 2, 3, 4 e 5 desta **APPLICAÇÃO N. 2**) (Lei n. 2024, Arts. 1.º e 2.º).

Excepcionalmente, incidem em fallencia as seguintes pessoas **NÃO COMMERCIAN- TES**:

(2) CODIGO CIVIL:

ART. 154. — As obrigações contrahidas por menores, entre dezeseis e vinte e um annos, são annullaveis (arts. 6 e 84), quando resultam de actos por elles praticados:

I. Sem autorização de seus legitimos representantes (art. 84) — 384, V e 426, I.

II. Sem assistencia do curador, que nelles houvesse de intervir.

(3) Professor Doutor **WALDEMAR FERREIRA**, *O menor commerciante*, n. 7.

1º) As sociedades anonymas e em commandita por acções com objecto civil (Lei n. 2024, Art. 3.º); e

2º) Os socios de responsabilidade illimitada, no caso da fallencia da sociedade (Lei n. 2024, Art. 6.º).

SÓ ESSES estão sujeitos á fallencia.

8. Ora, o menor de 21 annos e maior de 18, que não se tenha emancipado por nenhum dos modos estatuidos em o art. 9 do Codigo Civil — NÃO PODE SER COMMERCIANTE (Vide ns. 1, 2, 3, 4 e 5 de I, desta APPLICAÇÃO N. 2).

9. Portanto, o menor de 21 annos e maior de 18, nas condições da pergunta formulada no inicio desta APPLICAÇÃO N. 2 — NÃO ESTÁ SUJEITO Á FALLENCIA.

10. MAS... o menor, entre 16 e 21 annos, EQUIPARA-SE AO MAIOR quanto ás obrigações resultantes de actos illicitos, em que FÔR CULPADO (Art. 156 do Codigo Civil).

Logo na hypothese acima, E UNICAMENTE NESSA — estará o menor sujeito á fallencia — isto, porém: INDEPENDENTE-
MENTE do facto de ser elle, ou não, — ELEITOR.

APPLICAÇÃO N. 3

A mulher casada, em face da Constituição de 34 póde, sem autorização do marido, exercer os seus direitos politicos.

PERGUNTA-SE:

Póde ella exercitar-se no commercio INDEPENDENTEMENTE da autorização marital?

Preliminarmente uma distincção cumpre fazer :

- 1.^a — HYPOTHESE: Mulher eleitora que ao tempo de se casar, JA' ERA commerciante.
- 2.^a — HYPOTHESE: Mulher eleitora que não se encontra nas condições ácima, "*id est*", que começa a exercitar o commercio APÓS o seu casamento.

I

1. Nesta 1.^a hypothese basta attentar-se para o que preceitúa o art. 29 do Codigo de Commercio :

ART. 29. — "A mulher commerciante, casando, presume-se autorizada pelo marido, emquanto este não manifestar o contrario por circular dirigida a todas as pessôas com que ella a esse tempo tiver transacções commerciaes, inscripta no Registro do Commercio respectivo e publicada por editaes e nos periodicos do logar."

2. Neste caso não carece de autorização formal ou expressa do marido para continuar no exercicio de sua profissão.

Emquanto o marido não manifestar vontade em contrario, nos termos que a Lei determina, ella é tida e havida como commerciante.

3. “Emquanto o marido não manifestar vontade em contrario. ”

Poderá então o marido oppôr-se que continue a sua mulher, “alistada como ELEITORA na fôrma da Lei”, a commerciar?

— SIM; porque os artigos 29 da Lei Commercial e 9 do Código Civil, não foram, em nosso parecer, abrogados pelo artigo 108 da Constituição de 34 (Vide APPLICAÇÕES Ns. 1 e 2).

II

1. Para a qualificação de commerciante, em nosso Direito, torna-se necessario a reunião dos seguintes requisitos essenciaes:

1.º — CAPACIDADE JURIDICA;

2.º — Exercicio de actos de commercio, em nome e por conta propria de quem o faz;

3.º — Profissão habitual desse exercicio.

Se a commercialidade advem do exercicio habitual, profissional, do commercio; se é uma questão de facto; — não obstante: *conditio sine qua non* é que o agente seja CAPAZ tambem.

2. Para que a mulher casada exercitar possa o commercio — tres são os requisitos exigidos pelo Código de Commercio brasileiro:

1.º — Ser maior de 18 annos;

2.º — Ser AUTORIZADA pelo marido, por escriptura publica;

3.º — Serem archivados, no Registro de Commercio, os documentos comprobatorios dos dois primeiros requisitos acima.

Pelo artigo 242 do nosso Código Civil — qualquer que seja o regimen de bens do casamento, imprescindivel é a autorização marital, para a mulher exercitar a mercancia.

Pelo artigo 233 do mesmo código, ainda, ao marido, como chefe da sociedade conjugal, é que compete o direito de autorizar a profissão da mulher.

3. Ora, se o art. 108 da Constituição de 16 de julho de 1934 tivesse abrogado o art. 9 do Código Civil: — teria também o mesmo feito em relação ao art. 1, n. 4 do nosso Código do Comércio?

4. De acordo com o juízo desvalioso que emitimos em as páginas anteriores, julgamos nós que NÃO FOI ABROGADO O ARTIGO 9 DO CODIGO CIVIL.

Revogada não foi a nossa Lei Civil no ponto que analisamos; mas se o fosse, “*ipso facto*” estaria abrogado o inciso n. 4, art. 1 do Cod. do comércio — eis-que “a capacidade commercial é a mesma capacidade de exercer direitos, estabelecida no Direito Civil” (4).

5. Como vimos no corpo desta obra — nem explicita, nem implicitamente o legislador de 1934 formulou idéas contrárias aos preceitos do § 1.º do art. 9 do Código Civil.

Nem da leitura de todo o texto constitucional se depara com elemento nenhum que ao sentir contrario poderia induzir.

6. Ora, assim sendo, a mulher casada — ELEITORA embora, que exercitar queira o comércio, necessita da autorização do marido.

7. E necessita-a porque adherindo “ao conjuncto de regras imposto pelo Estado, e que forma um todo e ao qual as partes têm somente a faculdade de adherir”... , uma vez dada a sua adhesão, sua vontade tem que se conformar com os sagrados efeitos que da Instituição do casamento decorrem.

8. Suppre, portanto, o que o nosso Código Civil denomina, desacertadamente, em seu art. 6, n. II, a “*relativa incapacidade*” por

(4) Professor Doutor HONORIO FERNANDES MONTEIRO, *Da Mulher Casada Commerciantes*, 1929, pag. 11.

meio da autorização marital (que, aliás, é revogavel) a não ser que, do acto da revogação marital, haja recurso para o poder judiciario, “*id est*”, quando fundamentado, unicamente na hypothese do art. 245, II, do Codigo Civil.

9. Se a Constituição de 34 tivesse abrogado as condições de capacidade do art. 9 do Codigo Civil — o que succederia? — Que a mulher casada em sendo ELEITORA — não necessitaria mais daquella autorização.

Ora, se nesse sentido se tivesse manifestado o legislador de 34 — onde o bom senso? Seria possivel imaginar-se a nossa Lei Maxima, sem um motivo grave — qual o do art. 245, II do Codigo Civil — ser fonte de futuras e seriissimas desintelligencias conjugaes? (5)

10. Em nosso humilde parecer: uma unica hypothese poderia haver para que, independentemente da autorização marital, a mulher casada pudesse exercitar o commercio: — quando fosse ella supprida judicialmente (hypothese do art. 245, n. II, do Codigo Civil.

11. Em conclusão:

A' hypothese n. II desta APPLICAÇÃO N. 3 respondemos: — A mulher casada ELEITORA não poderá exercitar-se no commercio independentemente da autorização marital (com as restricções dos ns. 8 e 10 desta APPLICAÇÃO N. 3, restricções essas, porém, que independem do facto de ser ella, ou não, ELEITORA).

(5) *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quae vitio caret* (DIGESTO, L-1, T-3, Frag. 19).

CAPITULO III

APPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL

APPLICAÇÃO N. 4

Veiu a nova Constituição Federal alterar os principios que regiam a materia sobre a responsabilidade e imputabilidade criminal dos sujeitos activos menores de 21 annos e maiores de 18?

1. Nesta these o menor é o offensor ou o sujeito activo do crime:

Para constituir crime, exige-se que a violação seja IMPUTAVEL e CULPOSA.

IMPUTAR é attribuir a alguém uma acção, é levar-a á sua conta, ou affirmar que alguém é sua causa efficiente.

IMPUTABILIDADE, como abstracto de imputar, denota o complexo de condições necessarias para que uma acção possa ser attribuida ao homem como sua causa.

A CULPABILIDADE denota a falta mais ou menos grave do dever ou da obrigação por parte do agente na acção a elle imputada, "*id est*" de ter agido com DOLO ou com CULPA, "*stricto sensu*"

Se tivermos em vista a relação do agente com as consequencias de sua acção, surge, então, a idéa da "RESPONSABILIDADE"

A IMPUTABILIDADE se refere precisamente á acção, a CULPABILIDADE e a RESPONSABILIDADE ao agente, a IMPUTAÇÃO ao juizo de um terceiro.

2. Portanto, — para constituir crime a acção ou omissão, além de IMPUTAVEL, isto é, de se poder attribuir a alguém como sua causa efficiente moral, deve ser CULPOSA, quer dizer, denotar falta mais ou menos grave do dever por parte do agente.

3. Diz o art. 27, § 1º. da Consolidação das Leis Penaes:

ARTIGO 27 — Não são criminosos:

§ 1.º — os menores de 14 annos;

A idade é, pois, considerada como causa dirimente da imputabilidade.

Não obstante o character illicito da acção — reputa-se que falta no caso do art. 27 acima os elementos essenciaes da imputabilidade (intelligencia e vontade).

Na menoridade, que vai dos 14 annos aos 21, porém, o delinquente é tido como responsavel, salvo occorrença de outra causa de irresponsabilidade.

Attendendo, todavia, que nesses menores a intelligencia não attingiu sua plena maturidade, o legislador estabeleceu attenuantes e moderação nas penas. Dahi a razão de ser dos arts. 30 e 65 da Consolidação das Leis Penaes (1).

4. Mostra a observação que o estado psychico do individuo, nas formas fundamentaes da intelligencia, da emotividade e da vontade, adquire sua plenitude ou maturidade após evolução lenta e continua, em coordenação com o desenvolvimento organico-phy-

(1) CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAES:

ARTIGO 30: Os menores de 18 annos, abandonados e delinquentes, ficam submettidos ao regimen estabelecido pelo decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, Codigo de Menores.

ARTIGO 65: Quando o delinquente fôr maior de 16 annos e menor de 18 annos, o juiz lhe applicará as penas estabelecidas no Codigo de Menores, salvo a hypothese do art. 71 do mesmo Codigo, em que serão applicadas as penas da cumplicidade estabelecidas no artigo precedente.

siologico, e com as condições mesológicas, sociaes e de cultura, e, por isso, variando de individuo a individuo, de grupo a grupo e de povo a povo. Essa maturidade ainda diversifica, segundo se tem em vista a aptidão para aquisição das noções do BEM e do MAL ou do UTIL, variando, por isso, a IMPUTABILIDADE PENAL da IMPUTABILIDADE CIVIL. (2)

Como ensina GARRAUD, a lei penal, nas suas proibições ou nas suas injunções, appello faz, antes de tudo, para o senso moral, para essa immorredoirá distincção do BEM e do MAL que cedo se desenvolve no homem.

A lei civil, ao contrario, procura em suas previsões regular relações mais diversas da vida social: suppõe para ser entendida, uma certa aprendizagem da vida pratica, uma apreciação da utilidade das cousas.

Ora, no homem, a noção do JUSTO surge mais cedo do que a noção do UTIL.

A LEI CIVIL dá uma importancia tão grande a este facto de observação, que declara o menor responsavel pelos seus delictos ou quasi delictos civis, ainda que lhe seja permittido fazer annullar suas obrigações convencionaes, desde que prove ter sido lesado. (Vide: Codigo Civil, arts. 155-158).

Dahi porque a MAIORIDADE PENAL é fixada antes da MAIORIDADE CIVIL nas differentes legislações (3).

5. Do exposto se conclúe que — mesmo que revogado tivesse sido o art. 9 da nossa lei civil, mesmo que sobre elle tivesse exercido influencia a nova Constituição: facto certo é que — para os EFFEITOS PENAES, de maneira alguma affectaria nem modificaria a concepção anterior que dominava a materia: eis-que a MAIORIDADE PENAL é fixada ANTES da MAIORIDADE CIVIL.

(2) Vide: GALDINO SIQUEIRA: *Direito Penal Brazileiro*, Vol. I, Parte Geral, pag. 354.

(3) GALDINO SIQUEIRA: *Ob. e loc. cits.*

6. Na propria MENORIDADE CIVIL, que vai dos 14 annos aos 21 annos, o delinquente é tido como RESPONSÁVEL, — salvo occorrença de outra causa de irresponsabilidade.

7. Mas a Constituição de 34 não revogou o art. 9 do Código civil (Vide considerações “*aliunde*”)

8. A Constituição Federal de 16 de julho de 1934 também não veio alterar os principios que regiam a materia sobre a responsabilidade criminal dos sujeitos activos menores de 21 annos e maiores de 18 annos: o conceito a se lhes applicar é o do n.º 6 desta these. A lei, em relação a elles considera, porém, o crime como revestido de circumstancia attenuante: é o que preceitua a Consolidação das Leis Penaes em o seu Art. 42, § 11:

ARTIGO 42 — São circumstancias attenuantes:

..

§ 11 — Ser o delinquente maior de 18 annos e menor de 21 annos (4).

(4) Disposições do art. 76 do *Código de Menores*.

APPLICAÇÃO N. 5

As leis penaes consideram como **AGGRAVANTE** (violencia presumida, violencia inductiva) de certos crimes — o facto de ser **MENOR** o sujeito passivo do crime.

PERGUNTA-SE:

Perante a nova Constituição de julho de 34 foi alterado esse conceito na apuração da responsabilidade criminal do agente do delicto, em relação aos sujeitos passivos menores de 21 annos e maiores de 18?

1. Nest'outra these o (a) menor é o (a) offendido (a) ou o sujeito passivo do crime:

Se a questão tratada na *Appliação* anterior é assaz importante e delicada, — muito mais o é nest'outro caso. Materia essa tão impressionante que, com toda certeza, não seria ella resolvida na augusta Assembléa Constituinte de 33-34, sem que não houvesse alguma discussão ao pretenderem intercalar, quer directa, quer indirectamente, um ou outro texto que a ella se pudesse referir.

2. Para certos e determinados crimes, elemento de importancia — capital mesmo, ás vezes, — é o de se saber se se trata de **VICTIMA MENOR** ou **MAIOR**.

Na *Appliação N. 4* vimos a hypothese de **SER MENOR** o **SUJEITO ACTIVO** ou **AGENTE** do crime. Agora, trata-se do **MENOR** como em sendo o **SUJEITO PASSIVO** ou o **OFFENDIDO** pelo crime.

3. Supponhamos que tivesse sido revogado implicitamente o artigo 9 da nossa lei civil. Mesmo assim — nem por isso seria

eliminada a concepção que sobre a responsabilidade e imputabilidade fazem os nossos codigos modernos.

4. Teem cabimento aqui tambem as considerações expendidas — pouco ha — em o n. 3 da *Aplicação* anterior (a de n. 4).

5. Que em direito penal (para nós outros — mesmo no direito civil encontram applicação as idéas que vamos expôr) a questão é delicadissima: duvida não ha.

Todas as nossas leis sociaes teem em vista proteger a inexperiencia, a ingenuidade dos menores contra os enganos e fraudes dos adultos.

Será que, por um acto de emancipação — mesmo satisfeitas as exigencias dos incisos do § 1.º do art. 9 do Codigo Civil — será que esses menores deixam, dahi para o futuro, de necessitar da protecção especial da lei contra aquellas fraudes, contra aquelles enganos?

Um exemplo nunca é demais: U'a menor de 21 annos e maior de 18, solteira, pôde ser emancipada por um qualquer dos modos estatuidos em o § 1.º do art. 9 do cod. civil; supponhamos pelo n. I. O pae, doente, fez cessar a sua — della — relativa incapacidade, porque, sendo ella habil costureira, intelligente e possuindo tino commercial: poderia muito bem montar uma officina de costura.

Eis que, num negro dia, torna-se a moça sujeito passivo do crime previsto no art. 267 da nossa Consolidação das Leis Penaes. Pergunta-se: Não é de uma immoralidade aviltante a do offensor que, para justificar o delicto, ou, pelo menos, para vel-o diminuido no tocante á responsabilidade que elle acarreta — allegar a emancipação da victima?

Isto é grave porque é atroz; mas ainda haveria cousa mais grave:

E, então — se a offendida não foi nem emancipada por nenhum dos modos estabelecidos em o § 1.º do art. 9 do cod. civil: mas se ella fôr **ELEITORA**?

— Será moral o criminoso poder allegar a emancipação da victima. por via *constitucional*?...

Teria vindo o art. 108 da nova Constituição em auxilio de intentos criminosos!

Pobre offendida!

6. Não! — Que pudesse ter o texto constitucional de 34 perante as leis civis e penaes dous sentidos: Não se deve preferir aquelle que esteja mais de accordo com os sentimentos de humanidade, de moralidade, e com os preceitos da “*aequitas*”, procurando vêr sempre no direito a influencia do “*honeste vivere*”?

Sim, devemos tirar das formulas legaes, apesar da sua inevitavel imperfeição, soluções accordes com a moral e a equidade (“*jus est ars boni et aequi*”). Já não nos dizia PAULUS e ULPIANUS que: “*In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est*”? (1) e: “*Placuit in omnibus rebus proecipuam esse justitiae acqutatisque quam stricti juris rationem*”? (2)

7. Dous accordams da 1.^a Camara da Côrte de Appellação de São Paulo, e que vão em Annexos no fim deste trabalho (Annexos ns. 3 e 4), dizem ser falsa a these de que, em face do art. 108 da actual Constituição Brasileira, a menoridade termina aos 18 annos, em direito penal e em direito civil. Continúa em vigor para os effeitos da legislação civil e penal — dizem elles ainda — de accordo com o art. 187 da nova Constituição, a regra segundo a qual termina aos 21 annos completos a menoridade.

Que a solução nelles dada se nos afigura certa — é verdade. Mas, na publicação onde os lêmos (Vide os Annexos Cits.), não veem as razões que motivaram aquella D. decisão: e o que acima está apenas é o resultado dos accordams.

8. Para nós outros: A lei civil não foi revogada: é o que pensamos ter demonstrado nos capitulos anteriores.

(1) PAULUS, fr. 90 — *de reg. jur.* (50-19). ULPIANUS, fr. 4 § 1 — *de eo quod cert. loc.* (13-4).

(2) *Codigo*, 8 — *de jud.* (3-1).

9. E a actual Constituição em nada veio modificar o capitulo sobre a responsabilidade e imputabilidade criminaes:

- 1.º — porque — o legislador não teve essa intenção;
- 2.º — porque — se assim não fosse a lei constitucional seria contra o bem-estar geral e permanente da sociedade e do individuo, e, no caso abordado, contra aquella classe que maiores sollicitudes della devia esperar: OS MENORES;
- 3.º — porque — a capacidade civica que a Lei Máxima de 34 confere aos individuos menores de 21 annos e maiores de 18 — nenhuma attinencia pode ter com a complexa e delicada questão da responsabilidade e imputabilidade criminaes, eis-que: mesmo nos terrenos civil e penal ha uma differença profunda entre a IMPUTABILIDADE PENAL e a IMPUTABILIDADE CIVIL, entre a RESPONSABILIDADE PENAL e a RESPONSABILIDADE CIVIL (Vide N. 3 da *Appliação n. 4*).
- 4.º — porque — para os efeitos da lei criminal não influe a emancipação civil, resultante do casamento e de outros factos previstos no § 1.º do art. 9, do Codigo Civil (*Vide — GALDINO SIQUEIRA, Ob. Cit., pag. 363*).
- 5.º — porque — a maioridade penal sendo fixada ANTES da maioridade civil e sendo gravissimas e sensibilissimas as questões sobre essa materia: — no texto constitucional deveriam ter apparecido normas PRECISAS, CONCRETAS, CERTAS sobre o assumpto (seria invadir o campo do direito penal: mas não invadiu a Constituição de 34 TODOS os campos?); ora, nós percorremos toda a nova Constituição e não encontrámos um unico texto que permittisse, quer implicita, quer explicitamente, fazer entender que tivesse sido alterado o conceito da

RESPONSABILIDADE e da IMPUTABILIDADE no
direito penal.

Portanto,

10. Continuam em vigor as mesmas leis que regiam a matéria penal antes da promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934 (Art. 187 desta última).

ANNEXOS

ANNEXO N 1

DA ACTA DA 148.^a SESSÃO ORDINARIA DA ASSEMBLÉA
CONSTITUINTE. SESSÃO DE 21 DE MAIO DE 1934.

Achavam-se presentes ao ter inicio a Sessão, que foi presidida pelo Snr. Antonio Carlos, 168 deputados. A acta foi lida e aprovada sem observações.

...

O DIREITO DE VOTO AOS MENORES DE 18 ANNOS

Dando por terminada a votação do capitulo referente á Defesa Nacional, o Presidente annuncia o capitulo de "Direitos e Deveres". O Snr. Fernando de Abreu levanta uma questão de ordem, que é logo resolvida pela Mesa. Annunciada a votação, os titulos do capitulo são approvados, sem prejuizo dos destaques. O primeiro desses destaques, requerido pelo Snr. Medeiros Netto, é do artigo 3.º, para ser incluido, em seu lugar, o n. 138 do projecto, eliminando-se a letra "d" e as palavras finaes da letra "a". O Snr. Marques dos Reis fala encaminhando a votação. Lembra que o artigo 3.º enumera as condições para ser eleitor, incluindo entre os eleitores os universitarios maiores de 18 annos. O artigo 138 supprime, no entanto, esta regalia e S. Ex., como relator, em seu parecer mostrou-se contrario á concessão do voto aos menores e aos universitarios. O Snr. Abelardo Marinho é favoravel á concessão e em seguida o Snr. Almeida Camargo, encaminhando a votação, pronunciou o seguinte discurso :

"Snr. Presidente — Desde a commissão do Itamaraty até esta Assembléa tem-se evidenciado o desejo de augmentar o nosso corpo eleitoral, estendendo o direito de voto a menores de 21 annos, contrariamente ao que dispunha a Constituição de 91.

Assim, appareceu o ante-projecto com o minimo de 18 annos sem outras considerações, senão a de saber ler e escrever; assim appareceram, nesta casa, varias emendas no mesmo sentido, entre as quaes lembro as dos meus nobres collegas e amigos, deputados Negreiros Falcão, Abelardo Marinho e Aloysio Filho. Tambem eu tive a honra de apresentar uma, defendendo-a desta tribuna — emenda não da Chapa Unica, mas subscripta pela grande maioria de seus membros.

Com a exiguidade de tempo de que disponho, não repetirei aqui toda a serie de argumentos, que militam em favor da idéa e que expendi da tribuna, ouvido sem a menor objecção do plenario e que mereceram a acolhida mesmo da pequena commissão, como se poderá verificar do avulso.

Lembro apenas que meu *unico intuito* (1), assim como os dos demais propositores de emendas semelhantes, foi o de melhorar o corpo eleitoral do Brasil, já de si tão precario, quer qualitativa, quer quantitativamente. Demonstrei, á luz das estatisticas que, entre 40 milhões de habitantes, apenas um milhão tem, como o affirmou Gilberto Amado, uma noção embora summaria das coisas. Pois foi para augmentar este numero, melhorando-o tambem em qualidade, pois os estudantes, embora com menos de 21 annos vallem (falo em vantagem eleitoral) infinitamente mais que os cidadãos que sabem apenas ler e escrever — que apresentamos a nossa emenda. Queremos eleitores. Não queremos votantes.

Argumentei ainda mais Snr. Presidente, naquella occasião, que acceitando a emenda, nada mais faria o plenario que acompanhar as tendencias das democracias de post-guerra, no sentido do alargamento do seu corpo eleitoral, fazendo intervir na escolha dos homens publicos o maior numero de cidadãos, tendencia essa que se revela uniformemente em tres orientações geraes: a extensão do direito de voto á mulher, a diminuição dos requisitos exegiveis para obtenção do titulo de eleitor, e o abaixamento do limite da idade.

E ainda mais, Snr. Presidente, mostrei o profundo erro e a profunda injustiça da rejeição da emenda: erro que afasta das urnas exactamente os mais moços, aquelles que, como o demonstra a histo-

(1) Os gryphos são nossos.

ria, têm nos periodos de revolução, por isso mesmo que não se amargaram nas pseudo-derrotas, nem se embriagaram com as falsas victorias, o verdadeiro sentido revolucionario...

O Snr. Lengruber Filho — Aliás não são apenas os academicos: todos aquelles que, na mocidade, estão promptos a defender-nos.

O Snr. Almeida Camargo — .injustiça que despede das urnas aquelles mesmos que sempre foram os pioneiros de todas as nossas campanhas civicas.

O Snr. Irineu Joffely — Quanto á Parahyba, dou o meu testemunho disso em 1930.

O Snr. Almeida Camargo — .Aquelles que vamos buscar para nos acompanharem nas propagandas eleitoraes, aquelles que applaudimos quando, de armas na mão, vão reivindicar assim as nossas convicções politicas.

Que se argumenta de mais forte contra a idéa? Que os estudantes são mais livres, que não estão presos como nós (o que é inevitavel na vida publica) a compromissos ou a amizades? Tanto melhor, Snr. Presidente.

O Snr. Abreu Sodré — Aliás isso nelles é qualidade.

O Snr. Almeida Camargo — .Que a sua interferencia na politica vae prejudicial-os nos estudos? Mas todos os estudantes fazem politica, tenham ou não tenham o direito do voto. Fazem a nossa politica, em nosso beneficio e fazem a politica dos partidos academicos ás vezes mais violenta, mais apaixonada, mais pessoal.

O Snr. José Carlos — Sempre mais desinteressada.

O Snr. Almeida Camargo — .Que os estudantes pendem mais para as idéas extremistas? Mas será o voto a arma das idéas extremistas?

Não comprehendo, Snr. Presidente, como se possa rejeitar o artigo da pequena commissão baseado em nossas emendas. Confio no alto criterio e na sabedoria da Assembléa. Não comprehendo tambem, Snr. Presidente, que a adopção pleiteada pelos illustres "leaders" das chamadas bancadas de coordenação corresponda a uma verdadeira coordenação, pois entre as tendencias extremadas da Assembléa ella opta por um extremo e, portanto, não coordena. As nossas emendas, Snr. Presidente, equidistantes dos que querem o limite minimo de 21 annos, como se dispunha na Constituição de 91

e dos numerosos Snrs. deputados que o abaixam para 18, é que constituem na nossa opinião e com a devida licença do nobre “leader” da maioria, as verdadeiras emendas de coordenação”.

Falam a seguir os Snrs. Henrique Dodsworth, Fernando de Abreu, Fernando de Magalhães, Martins Véras, Cesar Tinoco, Accurcio Torres e J. J. Seabra. Requerida preferencia para a emenda é ella approvada. A bancada paulista, em sua maioria, votou a favor, dirigida pelo Snr. Alcantara Machado.

A emenda approvada teve como signatarios os Snrs. deputados José de Almeida Camargo, Carlota P. de Queiroz, Theotonio Monteiro de Barros, Cincinato Braga, Plinio Corrêa de Oliveira, Mario Whately, Manuel Hippolito do Rego, Alexandre Siciliano, Ranulpho Pinheiro Lima, Rodrigues Alves, Barros Penteado, Pacheco e Silva, Roberto Simonsen, Abelardo Vergueiro Cesar, Cardozo de Mello Netto, José Ulpiano e Abreu Sodré.

É depois debatida a emenda do Snr. Aloysio Filho, que amplia o direito de voto aos brasileiros em geral de um e de outro sexo maiores de 18 annos, alistados na fórmula e sob as condições que a lei determinar. A emenda é dada como rejeitada. Pedida verificação de votação apura-se ter a emenda sido approvada por 96 votos contra 94. (2)

(2) Vide *Diario da Assembléa Nacional Constituinte, Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, e *O Estado de S. Paulo* de Terça-Feira, 22 de Maio de 1934.

ANNEXO N 2

CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS

A inscrição no quadro da Ordem dos Advogados será permittida á mulher casada sem autorização expressa do marido, embora tendo ela os requisitos regulamentares?

Tal é a questão, levantada no Conselho da Ordem, secção de S. Paulo, uma vez que o Codigo Civil Brasileiro dispõe no seu :

“*Art. 242, n. VII — A mulher não pôde, sem autorização do marido, exercer profissão*”

Haverá dissonancia entre o Regulamento da Ordem (Decreto-lei n. 22.478, de 20-2-1933) e o Codigo Civil, de modo a ter sido este derogado por aquele, que lhe é posterior?

A Constituição Federal de 16-7-1934, terá, indirectamente, alterado a capacidade da mulher casada, para o efeito de dispensar a autorização marital no caso em apreço?

A advocacia será uma profissão das compreendidas no art. 242, n. VII, do Codigo Civil?

Tais são as questões concorrentes.

Comecemos pela ultima :

I

A advocacia será uma profissão?

Sim, é. Di-lo o Regulamento da Ordem, entre outros, nos seus arts. 18, 20, §§ 1.º, 4.º e 7.º; e, positivamente, quando afirma no seu

“Art. 21. — A inscrição no quadro da Ordem, comprovada pela carteira de identidade, autoriza o exercício da “*profissão*”

E no

“Art. 25, n. I. — São direitos dos advogados: exercer a “*sua profissão*”.

De conseguinte, a mulher, inscrita no quadro, torna-se uma “*professional*” da advocacia.

As leis creadoras da Ordem dos Advogados do Brasil não pretenderam retirar á classe o carater de profissão. Isso foi claramente expresso, entre outros (e bastariam os textos supra transcritos) no parecer, exposição de motivos, do principal autor da lei, o illustre atual bastonario, Dr. LEVI CARNEIRO, com apoio de outras autoridades, que citou, por exemplo, o conceito de LABAND, invocado anteriormente por AURELIANO LEAL:

“Cette “*profession*” unit en elle deux situations qui, d’ordinaire, sont absolument séparées et semble même inconciliables: l’accomplissement de fonctions publiques et l’exercice d’une “*profession privée*”.

“L’activité “*professionnelle*” des avoués est donc nécessaire a l’État. C’est dans ce sens qu’il faut considérer l’activité “*professionnelle*” de l’avoué comme une fonction publique”

Profissão superior, nobre, necessaria á civilização, colaboradora na obra social, não ha duvidar, mas sempre “*profissão*”, motivo pelo qual, tambem e desde remota éra, se lhe atribue um caráter suplementar de “*munus*” publico, como bem disse o Supremo Tribunal Federal:

“A advocacia, como “*profissão*” de postular em juizo, não é um simples mandato judicial, mas envolve um “*munus*” publico com responsabilidade funcional (art. 209, do Cod. Penal)”, (in *Rev. do Sup. Trib.*, vol. 21, pag. 254).

O lucido PEREIRA E SOUZA define:

“advogar é exercer o “*oficio de advogado*”

E, “*ofício*”, ensina AULETE, é “profissão, mistér, modo de vida, occupação”. E’ indiscutível, portanto, que a advocacia é uma profissão. Possuir a inscrição e a carteira da Ordem é adquirir o direito á “*profissão*”, que pôde ser isolada, ou acumulada a outras, que pôde ser permanente, ou esporádica, mas sempre profissão.

II

Ora, o Código Civil, art. 242, n. VII, proíbe á mulher exercer “*qualquer profissão*” sem autorização do marido, não exceptuada a da advocacia. Porque? Explicou o codificador, CLOVIS BEVILAQUA, na sua observação ao texto:

“Esses encargos acarretam responsabilidades que podem comprometer os bens do casal, e exige cuidados, que podem prejudicar a direção interna do lar; “*quer a lei que o chefe da familia decida da oportunidade de aceitá-los*” As mesmas razões procedem quanto á “*profissão da mulher*” (Vol. 2, pag. 135).

Nada mais sensato, porque, em relação á advocacia, como disse a “*Neue Freie Presse*”, de Viena, apreciando o grande pequenino livro de EDMOND PICART, “*Paradoxe sur l’Avocat*”:

“Dans aucune carrière le contraste entre les exigences véritables, souvent brutales de la vie, et l’ideal rêve n’apparaît d’une manière aussi saisissante, que dans la “*profession*” d’avocat”

E, EDMOND PICART, enumerando as qualidades que deve ter o advogado, escreve:

“la faculté de se passioner; il doit avoir la “*bosse*” de la combativité; les idées de calme et d’impartialité inalterables sont ici hors de saison. Ce sont les eunuques de la profession qui ont parfois tenté de les mettre à la mode”

Ora, a mulher, mãe de familia, esposa, creatura destinada a finalidades superiores, raramente combativa, infensa ás brutalida-

des da vida, nem sempre poderá exercer a profissão de advogado sem graves prejuizos a ela propria, á sua familia, ao lar, aos filhos, ao marido, etc., razão pela qual é do marido o dever de autorizar, ou de negar, a autorização, como chefe da sociedade conjugal. Tenho por justificado o principio do texto civil, que não foi derogado pelo Regulamento da Ordem dos Advogados.

III

Derrogado não foi, dissemos, porque, ao contrario, foi confirmado, pois, o art. 13, réza :

“Para inscrição no quadro dos Advogados da Ordem é necessario, “*além dos requisitos legais de capacidade civil*”

Exigencia que se repete no art. 14 para os provisionados e solicitadores.

Que é a “capacidade *civil*”? E’ a faculdade de gosar e usar de direitos individuais ou patrimoniais e o dever de cumprir obrigações civis, regidos os direitos e as obrigações pelo direito privado contido no Codigo Civil. Difere em muito da capacidade “*politica*”, regida não pelo Codigo Civil mas sim pelo direito publico e leis especiais, porque, como ensina CLOVIS BEVILAQUA : — “o Codigo Civil só se ocupa das relações de ordem privada; os direitos e as obrigações de ordem politica não entram na sua esfera, como dela se acham excluidas as relações de Direito internacional”

Em regra, o ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil (art. 2 do Codigo). Mas, o exercicio dos direitos, resultante dessa capacidade, póde sofrer limitações resultantes da idade, do “*sexo*”, do estado ou da saude do titular. Eis porque o nosso Codigo, no art. 5, especificou os casos de incapacidade absoluta, e no art. 6, os de incapacidade relativa, entre os quais aí vemos o da “*mulher casada*”, enquanto subsistir a sociedade conjugal” E no art. 242 detalha essa incapacidade da mulher casada para certos átos, inclusive o de exercer profissão.

IV

A Constituição Federal, ora em vigor, em vez de contrariar o exposto, o confirma. Realmente, no Capitulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”, artigo 113, n. 13, dispõe: — “E’ livre o exercicio de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e OUTRAS QUE A LEI ESTABELECE, ditadas pelo interesse publico” Deixou, pois, á lei ordinaria estabelecer “OUTRAS” condições de capacidade. Que lei? A lei civil commum, no caso, o Codigo Civil, quando regula a capacidade da mulher e, no art. 242, traça a condição do consentimento marital para o exercicio das profissões.

A Constituição creou o dever de alistamento eleitoral e voto obrigatorio para as mulheres que exercerem função publica remunerada (art. 109). Esse dever “politico”, assim como o direito de ser eleita, ou a elegibilidade da mulher, não acarreta, por si só, a capacidade “civil”, derogando o art. 242 do Codigo Civil. Tanto assim que o art. 5, n. XIX, letra “k”, da Constituição dá competencia privativa á União para legislar sobre as condições de capacidade para o exercicio de profissões liberais, entre as quais condições está, já legislado pela União no Codigo Civil, art. 242, a autorização marital para a mulher exercer a advocacia.

Deu á mulher o direito de exercer cargos publicos, eletivos ou não, mas com a ressalva (art. 168): “observadas as condições que a lei estatuir” Enfim, estão de pé todas as condições, que as leis estabelecerem, quanto á capacidade civil, que não se confunde com a capacidade “politica”. Se a mulher, hoje, no Brasil, goza de capacidades politicas, outorgadas pela Constituição, entretanto e não obstante, ninguem poderá sustentar, de juizo perfeito, por exemplo, que a mulher possa, “sem autorização do marido”, alienar ou gravar imoveis, alienar direitos reais seus, aceitar ou repudiar herança ou legado, em contrario ás restrições que o Codigo Civil, art. 242, lhe impoz. Quer dizer que todas as condições desse texto civil continuam em vigor, inclusive, pois, o consentimento do marido para exercer a mulher qualquer profissão. A Constituição não alterou de uma virgula as condições de capacidade “civil” da mulher. Sentio, naturalmente, sensatamente, que a mulher não é in-

ferior, nem superior, nem igual ao homem, porque é apenas “*deliciosamente diferente*”, na frase espirituosa de não sei quem. A síntese supra bastará para a seguinte:

V

CONCLUSÃO

- A) — A Ordem dos Advogados tem que respeitar os arts. 13 e 14 do seu Regulamento, exigindo prova dos requisitos legais de “*capacidade civil*” para a inscrição no quadro.

B) — A mulher casada, que pretender inscrição, deve exhibir autorização expressa de seu marido, ainda que por instrumento particular autenticado.

C) — Essa autorização poderá ser suprida, perante a Ordem, na forma e nos casos do art. 247, § un. do Código Civil, e judicialmente nos do art. 245, n. II. São de observar os preceitos, que forem applicaveis, dos arts. 244-255 do mesmo Código.

E’ o meu parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 28 de janeiro de 1935.

J. M. DE AZEVEDO MARQUES. (2)

N. B. : Este parecer do Presidente da Ordem, na Secção de São Paulo, foi aprovado.

(2) Vide *Revista de Critica Judiciaria*, Anno XII — Vol. XXI, ns. 2-3, Fevereiro e Março de 1935. Pags. 169 a 173.

ANNEXO N 3

ACCORDAM

PRIMEIRA CAMARA DA CÔRTE DE APPELLAÇÃO

Em face do artigo 108 da Actual Constituição, a menoridade em Direito Civil e Penal não termina aos 18 annos de idade.

TAUBATÉ — 6.895 — Dr. Theodomiro Piza. — Recorrente a Justiça Publica. — Recorrido: Cornelio Gomes França. “Vistos, expostos e discutidos estes autos de recurso crime n. 6.895, da Comarca de Taubaté, em que são recorrente a Justiça Publica e recorrido Cornelio Gomes França, accordam em 1.^a. Camara da Côrte de Appellação, por votação unanime, dar provimento ao recurso para julgar procedente a denuncia e pronunciar o recorrido como incurso nas penas do artigo 267 do Codigo Penal, sujeitando-o a prisão e livramento, sendo o seu nome lançado no rôl dos culpados. Estão demonstrados todos os elementos do crime de deflora-mento: a menoridade da victima, pelas certidões de fls., 8 e 38; a seducção, pelas declarações da offendida, de sua mãe e do proprio réu, que confessa ter sido noivo da mesma, com quem teve relações carnaes varias vezes. O crime em sua materialidade, está plena-mente provado pelos autos de corpo de delicto. E’ falsa a these de que, em face do art. 108 da actual Constituição Brasileira, a menoridade termina aos 18 annos, em Direito Penal e em Direito Civil. Deante do exposto no art. 187 da Lei Fundamental, conti-nuam em vigor as disposições do Codigo Penal, inclusivé a do

artigo 267, como bem fundamentou o Dr. Promotor Publico em suas razões de fls. 53. Custas afinal. São Paulo, 14 de fevereiro de 1935. — Theodomiro Piza, P. e relator. — J. C. de Azevedo Marques. — Arthur de Almeida. (3).

(3) Vide *Diário Official do Estado de S. Paulo*, de Quinta-Feira, 14 de março de 1935, Pag. 21.

ANNEXO N 4

ACCORDAM

PRIMEIRA CAMARA DA CÔRTE DE APPELLAÇÃO

MENORIDADE — QUANDO TERMINA — PRECEITO CONSTITUCIONAL:

Continua em vigor, para os effeitos da legislação civil e penal, de accordo com o art. 187 da nova Constituição, a regra segundo a qual termina aos 21 annos completos a menoridade.

COMARCA DE AREIAS — 8.987 — Dr. José Gomes Roseira, impetrante — Benedicto Moreira da Silva, paciente. “Vistos, expostos e discutidos estes autos de habeas-corpus n. 8.987, de Areias, em que é impetrante o Dr. José Gomes Roseira e paciente Benedicto Moreira da Silva, accordam em 1.^a Camara da Côrte de Appellação, por votação unanime, negar a ordem e condemnar o impetrante nas custas.

Está preso o paciente por ter sido pronunciado como infractor do art. 267 da Consolidação das Leis Penaes. Allega-se que a prisão é illegal: a) porque, apesar de não ser a offendida pessoa miseravel, foi movido o processo, não por sua mãe e representante legal, mas pelo promotor publico; b) porque o facto delictuoso imputado ao paciente occorreu após a vigencia da Constituição Federal de 16 de julho de 1934, cujo art. 108 estatue que aos 18 annos termina a menoridade. Tendo a victima 20 annos cumpridos — prosegue o impetrante — segue-se que, consoante os arts. 407 e 274 da referida Consolidação, correu a acção eivada de nullidade, visto ser o ministerio publico parte illegitima para movel-a.

Não procede a argumentação do impetrante. A miserabilidade da victima, embora possuam ella e sua mãe alguns bens. está corroborada por attestado de auctoridade competente; e o artigo 108 da Constituição cogita apenas da aptidão para ser eleitor. Não se refere o preceito invocado á maioridade civil, conforme bem decidiu esta Camara, em accordam de 14 de fevereiro do corrente anno, no recurso crime n. 6.895, de Taubaté (*Diario da Justiça* de 14 de março de 1935, pag. 21). Continua em vigor, para os effeitos da legislação civil e penal, de accordo com o art. 187 da nova Constituição, a regra segundo a qual termina aos 21 annos completos a menoridade. São Paulo, 13 de abril de 1935. — Sylvio Portugal, Presidente e relator; Theodomiro de Toledo Piza; Theodomiro Dias; Arthur de Almeida. (4).

(4) Vide *Diario Official do Estado de S. Paulo*, de Quinta-Feira, 9 de Maio de 1935. Pag. 26.

TRABALHO DE SEMINARIO

TRABALHO DE SEMINARIO

Apresentada esta these ao Exmo. Snr. Professor Doutor HONORIO FERNANDES MONTEIRO, foi posta em discussão pelo eminente Cathedratico da nossa Faculdade de Direito, em aula de SEMINARIO.

As objecções então formuladas, demos immediata resposta.

Reprodução, por escripto, das questões formuladas e réplica nossa no momento — são as linhas abaixo.

1. QUAL A INTELLIGENCIA DO DECRETO N. 20.330 DE 27 DE AGOSTO DE 1931? — NÃO DETERMINA ELLE QUE CESSA A INCAPACIDADE DOS MENORES QUE TENHAM 18 ANNOS CUMPRIDOS?
 2. CONCILIA-SE O PÁTRIO PODER COM O EXERCICIO DO VÓTO PELO MENOR? — NÃO PODERIA HAVER COACÇÃO PATERNA?
-
1. **QUAL A INTELLIGENCIA DO DECRETO N. 20.330 DE 27 DE AGOSTO DE 1931? — NÃO DETERMINA ELLE QUE CESSA A INCAPACIDADE DOS MENORES QUE TENHAM 18 ANNOS CUMPRIDOS?** — Expedindo o Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil o decreto n.º 20.330, de 27 de Agosto de 1931, que introduziu um paragrapho ao artigo 9.º do Codigo Civil, patente se tornou pelos seus "*consideranda*" os motivos que o determinaram e os objectivos visados.

Qual o texto desse decreto?

Vejamol-o :

DECRETO N. 20.330 — DE 27 DE AGOSTO DE
1931 (*)

Introduz um parographo ao art. 9.º do Codigo Civil

O Chefe do Governo Provisorio da República dos Estados Unidos do Brasil :

Considerando :

Que o Supremo Tribunal Federal, em varias decisões de “habeas-corpus”, tem julgado nullo o alistamento das pessoas de menor idade ;

Que ha toda conveniencia em se proceder ao alistamento e sorteio militar dos que completarem 18 annos de idade afim de que possam ser encorporados logo que atinjam a maioridade ;

Que as decisões daquella Alta Côrte de Justiça se baseam na incapacidade do menor ;

Decreta :

Artigo Unico. *a)* o parographo unico do art. 9.º do Codigo Civil passará a ser § 1.º; *b)* ao art. 9.º acrescente-se o § 2.º redigido assim: Para effeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 annos de idade.

Rio de Janeiro, 27 de Agosto de 1931, 110.º da Independencia e 43.º da República.

GETULIO VARGAS
Oswaldo Aranha
Protogenes Guimarães
José Fernandes Leite de Castro

(*) Vide: *Coleção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, Vol. II. “Atos do Governo Provisorio”. Maio-Agosto, pag. 681. Indicação Bibliographica da Bibliotheca da Faculdade de Direito de São Paulo: N1 — 22 — 17.

Com a introdução do novo parographo, como deverá ser redigido o art. 9.º do Codigo Civil?

Do modo seguinte:

CODIGO CIVIL

ART. 9.º — Aos vinte e um annos completos, acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil.

§ 1.º Cessará, para os menores, a incapacidade:

- I. Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito annos cumpridos.
- II. Pelo casamento.
- III. Pelo exercicio de emprego publico effectivo.
- IV. Pela collação de grau scientifico, em curso superior.
- V. Pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

§ 2.º Para effeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 annos de idade.

Portanto:

Dos termos explicitos do decreto n.º 20.330 resulta:

PRIMUS: Que o processo de alistamento e sorteio militar dos que completavam 18 annos de idade, afim de que pudessem ser encorporados logo que attingissem a maioridade, era inteiramente annullado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal cujos accordams se baseavam na incapacidade do menor;

SECUNDUS: Que se o alistamento das pessôas de menoridade era julgado nullo por aquella Alta Côrte de Justiça — o mesmo não haveria de succeder, se *PARA EFFEITO DO ALISTAMENTO E DO SORTEIO MILITAR CESSASSE A INCAPACIDADE DO MENOR QUE HOUVESSE COMPLETADO 18 ANNOS DE IDADE;*

TERCIUS: Que o dispositivo legal estatuinto, de maneira RESTRICTIVA, “*id est*”, DETERMINANDO CLARAMENTE a cessação da incapacidade *unicamente* para effeito do *alistamento* e do *sorteio militar* — poderemos, no caso vertente, applicar, de accordo com as regras da hermeneutica, o *argumento a contrario*, á disposição analysada acima, que poderá ser enuncjada da seguinte fórma :

“Para todos os effeitos, QUE NÃO OS DO ALISTAMENTO E DO SORTEIO MILITAR, *não cessará a incapacidade* do menor, que houver completado dezoito annos de idade”

Donde: SÓ — E TÃO SÓ — PARA EFFEITO DO ALISTAMENTO E DO SORTEIO MILITAR cessa a incapacidade do menor.

O que equivale dizer :

PARA OUTROS EFFEITOS NÃO CESSA A INCAPACIDADE DO MAIOR DE 18 ANNOS E MENOR DE 21 ANNOS: Isto é, a capacidade, no caso previsto pelo decreto n. 20.330, não visa emancipar o menor para EFFEITOS OUTROS DA VIDA CIVIL; visa APENASMENTE, UNICAMENTE — EVITAR QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGASSE NULLO O ALISTAMENTO DAS PESSOAS DE MENORIDADE.

Do que precede, a conclusão logica é a de que — para OUTROS EFFEITOS DA VIDA CIVIL, o menor, que haja completado 18 annos (julgado *CAPAZ* para effeito do ALISTAMENTO e do SORTEIO MILITAR) CONTINÚA *INCAPAZ*. O decreto n.º 20.330 veiu unicamente DIMINUIR A INCAPACIDADE RELATIVA, ou por outras palavras, o decreto n. 20.330 veiu unicamente AUGMENTAR A CAPACIDADE RELATIVA DOS MAIORES DE 18 ANNOS E MENORES DE 21 ANNOS, dando-lhes capacidade para o effeito do alistamento e do sorteio militar. Donde se conclue que o inciso I do art. 6.º da Parte Geral do Codigo Civil deverá ser entendido do modo que se segue :

CODIGO CIVIL

Art. 6.º — São incapazes, relativamente a certos actos (art. 147, n. 1), ou á maneira de os exercer :

I. Os maiores de dezeseis e menores de vinte e um annos (arts. 154 e 156), *SENDO QUE OS MAIORES DE DEZOITO ANNOS E MENORES DE VINTE E UM ANNOS SÃO CONSIDERADOS CAPAZES PARA EFFEITO DO ALISTAMENTO E DO SORTEIO MILITAR.*

Aliás o Codigo Civil firmou de um modo expresso o adagio — “*EXCEPTIO STRICTISSIMI JURIS*” — em o artigo 6.º da Introducção, assim redigido :

CODIGO CIVIL — “INTRODUÇÃO”

Art. 6.º — A lei que abre excepção a regras geraes, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica.

Entre outras, EXCEPCIONAES se dizem as disposições (estejam contidas em repositórios de Direito commum, ou se encontrem nos de Direito Especial) que restringem ou condicionam o gozo, ou o exercicio dos direitos civis ou politicos e as que introduzem excepções, de qualquer natureza, a regras geraes, ou a um preceito da mesma lei, A FAVOR, OU EM PREJUIZO, de individuos ou classes da communitade (*).

EXCEPCIONAL não poderá deixar de ser, consequentemente, a disposição consubstanciada no Decreto n. 20.330, de 27 de agosto de 1931.

2. CONCILIA-SE O PÁTRIO PODER COM O EXERCICIO DO VOTO PELO MENOR? — NÃO PODERIA HAVER COACÇÃO PATERNA? — “Coacção” é o estado de quem está coacto.

(*) Vide: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermeneutica e applicação do direito*, 2.ª Ed., 1933, n. 275, pag. 248; DOMAT, “*Theoria da Interpretação das leis*”, Trad. CORRÊA TELLES, “in” *Codigo Filippino*, de CANDIDO

Ora, o que é o voto secreto?

O systema do voto secreto — diz-nos o Professor Doutor SAMPAIO DORIA — consiste em um conjuncto de medidas, graças ás quaes ninguem póde saber em quem o eleitor vota.

A liberdade de consciencia civica — ensina, ainda, o grande constitucionalista brasileiro — é a alma do voto, e é a pureza das democracias. Logo não se comprehende voto intelligente sem as garantias effectivas desta liberdade.

Ora, o Código Eleitoral — *Lei n. 48 de 4 de maio de 1935* (*) — (Parte Quinta: *Disposições Communs*, Titulo I: *Das garantias eleitoraes*) enuncia em o seu art. 165 (**):

Art. 165. — Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercicio do voto, nos termos seguintes:

1) Ninguem poderá impedir ou embaraçar o exercicio do suffragio.

Do exposto resulta que a coacção de pae em relação ao filho, para fins eleitoraes, NORMALMENTE, não existe. Somente como excepção poderia ser admittida. E' a regra geral, porém, que nos interessa. E a regra geral é que dentro dos lares brasileiros a educação civica e a educação moral, tocante aos subídos interesses de nossa cara Patria — robustecidas se encontram.

MENDES DE ALMEIDA; EMILIO CALDARA, *Interpretazione delle Leggi*, 1908, ns. 167, 206 e 208; FRANCESCO DEGNI, *Interpretazione della Legge*, 1909, pag. 38.

(*) Vide *Diario Official dos Estados Unidos do Brasil*, Anno LXXIV — 47.º da Republica — N. 106 — *Capital Federal*, Quarta-feira, 8 de maio de 1935, pags. 9081 — 9098.

(**) Quaesquer violencias contra essas garantias de que gozam os cidadãos acham-se precavidadas na Lei n. 48 com severissimas comminações: Vejam-se os arts. 82; 83, ns. 1 e 2; 183, ns. 1, 2, 24, 25, 28, 29, 33 e 34; e 184 e seus §§.

Mas, se levar fossemos a questão para esse terreno: que série enorme de coacções existiriam!

“*Verbi gratia*”:

I. A coacção do pae em relação ao filho: mas não sómente a coacção em relação ao filho maior de 18 annos e menor de 21 annos, como, tambem, em relação aos maiores de 21 annos — tivessem estes a idade de Mathusalém.

II. A coacção do patrão em relação ao famulo.

III. A do sacerdote em relação ao crente.

IV A do marido em relação á mulher.

A critica que, com estes argumentos, viesse combater o magnifico systema inaugurado, entre nós, a 3 de maio de 1933, seria im procedente e não encontraria o apoio legal.

A coacção paterna para fins eleitoraes é, pois, um mytho.

Não procede o argumento dos que consideram incompativel com o exercicio do voto, a submissão de certos eleitores ao patrio poder. Se é verdade que no decurso da menoridade falta ao sêr humano a capacidade indispensavel para prover ás suas necessidades e reger sua pessôa e bens, — não menos verdade é que esse poder se refêre, unica e naturalmente, ao direito civil. Ora, nós já demonstrámos que a *capacidade civil* é differente da *capacidade politica*, e que differentes são, tambem, os *direitos civis* dos *direitos politicos*. Logo, o argumento não procede: **JUSTAMENTE POR ESSE MOTIVO É QUE DISSEMOS ATRAZ QUE A CHAVE DO PROBLEMA RESIDIA NESSA DISTINCÇÃO ENTRE CAPACIDADE CIVIL E CAPACIDADE POLITICA, ENTRE DIREITOS CIVIS E DIREITOS POLITICOS.**

Discursos

Oração do Paranympo á Turma de Bachareis de 1937

Pronunciada na solennidade da colação de grau realizada, em 18 de janeiro de 1938, no Theatro Municipal de São Paulo.

Jorge Americano

Meus alumnos, quasi filhos até hontem, collegas desde hoje, amigos hontem, hoje e sempre:

Vivemos juntos, de presença e de coração.

Entretanto, não me é facil falar-vos.

Conforme temos vivido mais, ou menos, ha intensidade e vigor diversos na expressão. Quem emite uma palavra, nunca sabe, certo, o que ella desperta nos que o ouvem.

Mais que nunca, neste tempo, não é facil falar aos jovens. Ha um antagonismo entre as gerações, fructo da rapida transmutação das idéas universaes. Já não varia só o valor intensivo da expressão, conforme quem a profere, mas tambem o qualitativo, conforme as coisas a que se applica.

Si então, os moços que nos ouvem são juristas, difficilimo é falar-lhes: Cada um é uma accusação viva ás gerações que, organizando juridicamente o mundo, não lhe imprimiram uma feição coherente, ordenada e pacifica.

Querendo ouvir de mim a oração de despedida, a honra que me déstes envolve a interpellação anciosa sobre as directrizes que deveis seguir.

Recebestes a investidura que habilita a proteger ou dirigir fortuna, honra e vida, tanto de um homem, como de um grupo, como de um paiz.

Olhae para a confusão do mundo: povos que se atiram uns contra os outros; nações que a si mesmas se destroem; homens que não se comprehendem e se combatem; orçamentos em desequilibrio, moedas desvalorizadas, fronteiras fechadas ao commercio; custo de vida elevado; leis que visam certo escopo e produzem diverso e inesperado effeito.

Si quizerdes comprehender o que se passa, lêde André Siegfried, e vereis que, procurando conjugar o presente ao passado do fim do seculo XIX, a interpretação do presente é menos obscura.

A Europa detinha, áquelle tempo, a direcção economica do mundo. Fornecia todos os mercados da terra com artigos cuja materia prima importava e reexportava manufacturada. Tinha o monopolio dos encaixes em ouro e era, por força, o centro da politica economica mundial.

Mas já havia, ao fim do seculo, indices precursores da mudança, signaes que ninguem então percebia, e que logo depois se acentuaram, começando a transformar aquelle estado de coisas. E' que os machinismos europeus exportados haviam de, fatalmente, crear centros de producção concurrentes, nas outras partes da terra.

Isto, que já se delineava antes, accentuou-se com a guerra de 1914, quando das fabricas e da lavoura foram tirados e devorados pela lucta milhões de homens.

Reduzida a capacidade productora européa e aggravada a sua capacidade consumidora dos artigos essenciaes á guerra, a Europa solicitou aos outros continentes uma intensidade de producção, cujo fornecimento lhes aperfeiou as possibilidades e lhes preparou a emancipação economica. Nações como os Estados Unidos e o Japão, já aparelhados para a actividade industrial, accrescentaram á suas balan-

ças commerciaes saldos vultosos, e fizeram enormes encaixes bancarios, passando a concorrer com a Europa, na direcção economica do mundo. Outros paizes, como o nosso, apesar do grande surto, não puderam manter a posição, suppletiva e não de primazia. Mas o facto é que, finda a guerra, mesmo estes paizes contribuíram para o desequilibrio da velha situação economica, pois deixaram de ser tributarios da Europa e passaram a se-lo, pelo menos em parte, dos Estados Unidos e até do Japão.

Não obstante taes factos, absolutamente caracteristicos de uma nova ordem economica, a mentalidade européa se manteve no seculo XIX, cujo feitio entendeu necessario sustentar a todo o transe.

O que era fatal, foi o deslocamento do eixo economico, preparado pelo seculo XIX, e apressado pela guerra. Mas o que se entendeu, não foi a realidade dos factos novos, senão a supposição de que as leis economicas estavam erradas. Então, cada paiz europeu se fez um compartimento estanque á invasão dos productos estrangeiros; e cada paiz não europeu, de industria incipiente, entendeu de protege-la e anima-la, prohibindo a entrada do similar estrangeiro.

Em defesa de tal systema seguiu-se, em todas as nações, o assoberbamento das despezas militares. De tudo, resultou o encarecimento assustador do custo da vida. Correlatamente, grande parte das relações juridicas passou a soffrer revisão, no intuito de justificar e defender a ordem de coisas, imposta pela nova economia. Intentou-se crear um direito novo.

Mas, nota Ripert, que se quer crear um direito novo sem saber ao certo o que elle deva ser. Ninguém jamais duvidou de que haja uma evolução do direito. Porém, o mundo moderno está convencido do character necessario de tal evolução, e os dirigentes entendem não dever impedi-la ou retarda-la: apressam-na.

Tão justa observação faz perguntar: qual o sentido dessa evolução?

Os mais argutos observadores não no-lo dizem. Uns povos parecem atirar-se numa direcção e outros na direcção opposta. Essas orientações divergentes se approximarão mais adiante? Ou divergirão indefinidamente? E aonde irão ter?

Um ponto nunca determina uma direcção. O momento presente é um ponto no tempo. Delle, tirar-se-iam linhas em qualquer sentido. Dois pontos, pelo menos, são necessários para traçar uma linha. Si se quer estabelecer que, no direito, devemos abandonar a lição do passado, o passado já não servirá como indicc de referencia, pelo qual se traçará a linha que vae orientar o futuro.

Ora, raciocinemos. O presente é differente. Mas ser differente não é ser, necessariamente, contrario. Se o passado tinha um sentido, e o presente parece ter outro, tambem é certo que, na sociedade como na natureza, nada se muda brusca e fundamentalmente. Aquillo a que chamamos grande transformação é, o mais das vezes, ligeira inflexão sobre a directriz anterior.

Aquillo em que o passado é realmente differente do presente, não é o phenomeno juridico, nem o factio sociologico, pelo menos na intensidade differencial que se lha quer emprestar.

O que mais differe é a velocidade caracteristica dos acontecimentos modernos. Os descobrimentos scientificos approximam os homens. Accelerada a permuta do pensamento, a acção se multiplica. Approximado o pensamento e multiplicada a acção, mais evidentes se mostram os antagonismos entre os factos successivos.

Antigamente, a linha espiral ascensional do progresso humano talvez não fosse diversa da actual. Mas a suave marcha dos acontecimentos, percorrendo essa curva que, em planos differentes, indefinidamente passa sobre o traçado anterior, não permittia mostrar-se tão flagrante a constante mudança das direcções. A's vezes, chegava a parecer que o caminho era uma recta indefinida.

Hoje, a aceleração da marcha evidenciando mais uma vez que o progresso não segue a direcção rectilínea, porém a espiral ascensional, crea na civilização um estado vertiginoso, decorrente da velocidade excessiva.

A' antiga suavidade das curvas percorridas em marcha reduzida, substituem-se sensações violentas.

A linha do progresso não mudou. Era e continua a ser uma espiral ascensional. Accentuada, entretanto, a aceleração, perturbaram-se os conceitos sobre o progresso.

A' pergunta, que leio no vosso olhar, sobre o que deva ser o futuro, e o que nelle sereis, não poderia responder-vos. Cada geração faz muito, ao transmittir o facho á successora, quando lhe traça o estado actual dos problemas a resolver. Exorbita porém, si além de ligeiras advertencias, quer-lhe impôr as soluções. Desde que não as possa realizar, não tem o direito de impôr aos novos como deverão fazer. Nada vos direi neste sentido, portanto.

Evitareis, todavia, a excessiva aceleração evolutiva. Consultareis a tradição e a experiencia, em que acreditaes tão pouco, tão nóvos sois, tão confiantes, tão certos de vencer.

Consulta-las-eis, embora contando pouco com essas forças que defendem as nações velhas do mundo. Procurareis atenuar os impulsos incoherentes da crise de crescimento de um povo joven.

Ouvireis o sabio conselho de Ripert para que não imagineis toda reforma um progresso, nem tambem negueis cegamente a necessidade de fazer evolver o direito e reformar as instituições.

Quando, pela primeira vez, defrontei-me convosco, enquanto tentaveis formar juizo do professor, tambem eu procurava julgar-vos, não só na capacidade acquisitiva dos conhecimentos, mas ainda como personalidades humanas que vos projectareis adiante de nós no tempo, e que levareis ao futuro alguma coisa das gerações que vos viram nascer, que vos educaram, instruíram-vos, amaram-vos e em vós confiaram.

Na feição, no olhar, na confiança ou no scepticismo com que nos ouvíeis, procuravamos o signal interpretativo da orientação na marcha para o futuro, em cujos processos nós professores collaboramos atravez de vós, embóra as soluções nos sejam imprevisíveis, embora certos, tambem, de que dellas não gozaremos os fructos.

Não sei si viestes ao estudo do direito, por chamamento intimo e irresistivel, unico a que realmente se póde denominar vocação, e que só acena a raros entes; ou se vos determinastes por uma escolha deliberada; ou se vos deixastes trazer pelos imponderaveis que nos conduzem o mais das vezes.

Mas viestes. E, neste passo, proferistes um juramento. Assumistes a responsabilidade, não só do desempenho honesto da profissão, mas do encaminhamento das gerações que receberão a vossa influencia, e que exigem a solução organica, exacta e humana dos problemas modernos.

Ao collar gráo, agora mesmo fostes exhortados a vos afastar do mal, a temer o erro, a defender a lei, a trabalhar pelo bem publico.

Jurastes honradez, devotamento á justiça, á moral, á causa da humanidade.

Sabeis o que vale tal promessa?

Cultura da intelligencia. Polidez e medida da palavra. Diligencia attenta e acção infatigavel. Senso de justiça e nobreza de ideaes. Lisura na vida. Immenso respeito á dignidade humana. Energia no combate, serenidade na derrota, grandeza d'alma na victoria.

A tanto vos obrigastes ao vos decidirdes pela profissão de jurista. Decidistes-vos por ella sem temor, e fizestes bem.

Carrel diz que cada decisão tomada na vida, mata dentro em nós um ser virtual, aquelle que poderíamos ter sido se houvessemos tomado o outro ramo da encruzilhada, que deixámos de seguir. No começo da vida, o homem tem dentro em si numerosos seres virtuaes que morrem um a um, a cada encruzilhada transposta, a cada decisão tomada.

O velho é rodeado pelo cortejo daquelles que poderia ter sido, de todas as suas possibilidades abandonadas. O tempo nos transforma de fluido em solido. Por effeito d'elle, somos thezouro que se desperdiça, historia que se escreve, ou personalidade que se crea. A ascensão ou a queda dependem de factores physicos, chimicos e physiologicos, mas tambem da influencia psychica do meio e da vontade propria. Somos construidos quer pelo meio, quer por nós mesmos.

Quando por vós mesmos escolhestes a profissão de juristas, mataste dentro em vós muitos dos outros seres virtuaes. Sereis, pelo direito, maiores que tudo quanto deixastes para serdes juristas.

Juristas novos num paiz tão novo, a surgir em meio de um mundo tão velho, que emquanto a Europa celebra, neste anno que vae entrando, o bi-millenario de Augusto, nós temos por tradição cultural valiosissima e gloria muito alta os nossos 110 annos da Faculdade de Direito de São Paulo; tradição que respeitareis, gloria que accrescentareis.

mas, ao falar em tradição concentremo-nos, na homenagem aos mortos que a vossa turma conheceu na escola: Gamma Cerqueira, Villaboim, Raphael Sampaio, Julio Maia, que fizeram tanto pela tradição, pela casa, e por via della, pela terra. Recordemos a juventude de Ennio Bicudo, Victorino Vianna, Fernando Amaral, Said Calil, tombados em plena gloria da mocidade.

tradição e gloria que accrescentareis, tão profundamente ligados á escola, tão genios della propria, sentindo-lhe tanto as vibrações, as palpitações, a consciencia profunda, sem embaraço da inquietação que agora vos faz interrogar, sem resposta, como haveis de desempenhar nobremente a funcção que vos couber — funcção orientadora, quer vos dediqueis á advocacia, quer vos dirijaes á magistratura, á politica, ás letras juridicas, pois o homem culto orienta ainda que o não queira, dirige embora se afaste do poder, governa pela diffusão do pensamento.

Já attentastes para a angustiada perplexidade dos primeiros povoadores da capitania de São Vicente, quando pisando o littoral alagadiço, levantaram a vista para a serra do Mar, para o sertão, para o futuro? Os três reinos da natureza lhes pareciam inimigos, e os attrahiam; a floresta envolvente e impenetravel; o minerio seductor, cuja interminavel procura iria destruir esperanças, arruinar posses e devorar vidas; o animal e o homem indigena, espiando, atacando, disputando o passo ao invasor; “a cada volta a morte afiando o olhar faminto”

Mas elles venceram. Construiram a patria.

Sereis da mesma tempera. Os problemas se vos apresentam com escolhos tão grandes como os que foram vencidos pelos nossos maiores.

Elles construíram uma nova patria. Tendes que situa-la dentro de um mundo velho.

E vencereis.

Vencer não é só chegar ao mais alto, onde vos auguro que chegareis. Vence-se, quando se vive com honra. Vence-se, quando se renova a propria cultura.

Ide, renovando-vos: olhando, apprendendo e applicando. Na renovação mental tereis fonte inexgotavel de alegrias.

Assuma cada um o seu papel. Cada qual trabalhará alentado pela certeza de que as quasi duas centenas de obreiros seus irmãos, que agora tomam os caminhos diversos da vida, trabalham pela causa commum.

Conservae a emoção desta hora. Da vida, que impetiosamente vos chama, é uma das maiores horas.

Ide, levando a lembrança imperecivel do vosso juramento.

Discurso do Orador da Turma de Bachareis de 1937

Proferido na solennidade da collação de grau realizada, em 18 de janeiro de 1938, no Theatro Municipal de S. Paulo.

Ricardo Wagner

Neste mundo inquieto e surdo ás supplicas de paz, nesta America nova, mas de largos horizontes, neste Brasil inexperiente, mas acalentando esperanças num futuro luminoso, vale a pena ser advogado?

Colhem, porém, as interrogações, que levantámos? Ou, antes deveriam formula-las sociologos, historiadores e philosophos?

Dizemos que sim, que o advogado pode não só propo-las, como responde-las, que advogado não é apenas o que interpreta, mas o que faz a lei, quando no exercicio dos postos de administração publica.

Dizer que o advogado é somente o classico “defensor da viuva e do orphão”, ou o que estabelece relações entre os casos concretos e as leis, é linguagem extranha aos nossos ouvidos.

A razão é que, o estado actual do mundo impoz aos que deixam agora os bancos de uma academia de Direito, porque são advogados e porque são moços, a investigação de problemas, de cuja solução decorrem consequencias de varia

especie, entre as quaes a do caracter da nossa profissão e a definição da somma de direitos e deveres, que se lhe attribuem.

Fique, pois, aos rabulas, que vegetam no terra-terra das letras juridicas, a funcção somenos de tratar exclusivamente a legislação positiva. Fique aos causidicos de poucos quilates, que se disputam a primazia de melhor collocar virgulas nos textos de leis, ou de chamar periodos á ordem directa, a missão incolor de litigar pleitos, pelo ruido das palavras e não pelo valor dos argumentos. Fique aos leguleios o papel apagado de olhar a lei na sua face externa, sem procurar os motivos que a determinaram, as correntes doutrinarias que a inspiraram e as circumstancias propicias, que lhe favoreceram o apparecimento.

Não vae nisso menosprezo algum ao conhecimento da applicação do Direito na pratica, condição essencial do triumpho definitivo na advocacia.

O que desejamos é que o Direito não seja sophismado pelos que lhe conhecem a fachada, sem lhe penetrar os fundamentos.

O que queremos é accentuar o encargo de relevo que cabe, no presente, ao advogado, o peso das responsabilidades que o assaltam, e, por conseguinte, a grandeza da profissão, que abraçámos.

Compete-lhe, hoje, uma funcção social, proveniente da funcção social que desempenha o Direito. Os que quizerem saber do papel do advogado, que respondam a esta pergunta — “em todos os tempos e em todos os logares, quem fez e faz as leis, que reflectem o Direito?” Ora, o Direito na feliz definição de Pedro Lessa “é a sciencia que tem por objecto o conjuncto organico das condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana, e que é necessario sejam garantidas pela força coercitiva do Estado”

Si é certo que a lei não modifica “as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade”, mas, ao

contrario, taes condições é que influirão no animo dos legisladores na elaboração das leis, então mais espinhosa, mais complexa é a missão do advogado.

Nesse sentido, tem que ser, a um tempo, sociologo, historiador e jurista. Quando analysa os factos sociaes, apañando-lhes os traços especificos, quando disseca a sociedade para a qual vae legislar, é sociologo.

Quando investiga os acontecimentos passados, em relação ás causas que os produziram e ao meio, em que se desenvolveram, é historiador.

Quando, depois de colher os elementos que as investigações anteriores lhe proporcionaram, traça para determinado povo normas de Direito, é jurista. Diria, alguém, um sorriso sceptico nos labios, que nós, jovens advogados, não penetrassemos outras provincias do saber humano, e que ao estudo das leis deveriamos limitar nossas actividades. E acrescentaria: aos advogados de outras eras não preocupavam as questões sociaes.

Ora, naquelle tempo, quando os homens de sciencia, talvez presumçosamente, mas sem duvida bem intencionados, ensaiavam ainda os primeiros passos no proposito de encontrar para todas as incognitas soluções scientificas, e em virtude disso, crearam este mundo de perfis indecisos, que nos legaram, naquelle tempo tudo parecia estavel, definitivo e indestructivel. Variando embora de nação a nação, as formas de governo dir-se-iam consolidadas de vez. Nenhum movimento de grande envergadura ameaçava as velhas civilizações. Nenhuma guerra capaz de abalar o mundo absorvia a attenção dos conductores de povos. Uma suave paz de espirito envolvia os homens. Estes, dominados por uns restos de sentimentalismo piégas namoravam, horas a fio, os olhos vidrados de lagrimas, os versos chorosos de uma poesia lyrica. Si bem que vazia de belleza e de sentimento, a poesia arrancava applausos da critica, si apertada no “sapato chinez” do soneto.

Fechados na torre de marfim, de suas criações cerebri-
nas, os escriptores viviam isolados do mundo e de seus pro-
blemas.

Na oratoria, o que impressionava era o palavreado ra-
malhudo e pomposo, acompanhado de gestos de ribalta.
Era ainda o tempo de excessivo formalismo.

Formalismo, que anquilosava o proprio Direito, e do
qual continuamos escravos. Era o tempo — bom tempo tal-
vez aquelle — em que os homens se entregavam aos lazeres
espirituaes, porque lá fóra ventos bonançosos sopravam.
Não se carreavam para os livros temas, que fallassem dos
destinos dos homens e das nações, porque já teriam encon-
trado a estrada segura, pela qual trilhavam. O dia de ama-
nhã era a repetição do dia de hoje. No campo juridico —
notae snrs. — era possivel prever, isto é, verificadas taes
relações de Direito, seriam regidas por taes leis e obedecer-
iam a taes principios.

Ora, vivendo nesta atmospha de paz, sob o dominio
de doutrinas incontestaveis na esphera do Direito, não ad-
mira attrahisse o advogado senão o seu estudo ou, de quan-
do em quando, a arte pela arte.

Agora, mudaram-se as coisas. Revolveram-se nos ali-
cerces as formas de governo. A guerra de 1914 iniciou um
novo periodo na Historia. Ha uma generalizada inquieta-
ção de espirito. Os homens, si ainda choram, não é pelo
lyrismo das poesias plangentes, mas pelos dramas torturan-
tes de origem espiritual e material, que assoberbam o mun-
do. A literatura gravita em torno das theses sociaes. Nas
manifestações da intelligencia, o que se procura é um pen-
samento orientador, é o esboço de um caminho a seguir, é
uma resposta ás graves interrogações de nosso espirito. Não
ha tempo para o polimento esmerado da phrase. Mas de-
seja-se um escrever correcto, um estilo leve e despreten-
cioso, sem derramamento vocabular. Na oratoria, o que se
visa, é a simplicidade, é a clareza, é a sobriedade. Abre-
viar é a ordem de commando. Proscipção dos formalismos
superfluos, principalmente no processo. Mas bate-se pelo

conhecimento perfeito da technologia juridica, chave com que se abrem as portas dos institutos de Direito. Ignora-se o que será o dia de amanhã. Dada certas novas relações de Direito — notae snrs. — desconhecem-se as leis e os principios que vão regula-las.

Ora, o advogado dessa epoca soffreria, como soffre, directa ou indirectamente, sua decidida influencia. Tinha que se pôr em contacto com phenomenos anteriores ao phenomeno juridico. Porque é mister insistir na verdade, de que o Direito não é causa mas effeito de um complexo social. O gráo de civilização de um povo é que subordina sua estructura juridica, mas esta nunca produz civilização. Que mal haverá, em que nos applicuemos simultaneamente com o estudo do Direito a outros de natureza diversa, agora, que o paiz passa por transformações radicaes, afim de que encontremos soluções adequadas para os problemas do Brasil? Para que as mais altas concepções juridicas não se sepultem nos livros, o primeiro trabalho é arrotar o terreno. Antes de tudo, pois, o Brasil precisa crescer. Crescer de dentro para fóra. Crescer, engrandecendo-se. Façamos uma civilização massiça, a cujo natural desenvolvimento se amolde a forma de governo. Sob este aspecto, uma democracia real, adaptada ás condições ethnicas, mesologicas, historicas e politicas, é o regime ideal para o Brasil, porque mais flexivel e menos rigido que outro qualquer. Não tenhamos, porém, o culto cego das formas, que não passam, afinal de contas, de uma super-estructura, e tratemos do homem — “que é o fundo de tudo” — como lá diria o velho Michelet, de cuja instrucção e cultura politica resultam os bons governos. A nação, porque é um organismo vivo, precisa crescer biologicamente. Como os animaes e os vegetaes. Só os seres mortos “crescem” por sobreposição.

Mas, em que consiste a funcção social do advogado?

Consiste em verificar a contribuição dos institutos de Direito, através dos tempos, na evolução do paiz, notando os que lhe promoveram ou empeceram o progresso. Consiste em indagar do homem brasileiro, suas condições de vi-

da, seu nível de instrução, as reacções que apresenta diante dos acontecimentos políticos, distinguindo o que ha nellas de permanente do que é transitorio. Consiste, por essencia e por excellencia, em dar ao homem a firme convicção de que o interesse individual jamais sobreleva aos interesses collectivos.

Social, porém, é um vocabulo, cujo sentido varia com o palco, que lhe serve de acustica. Na França da intelligencia, onde o espirito em tudo impera; na Russia orientalizada e illetrada, presa nos circulos de ferro de seus usos e costumes extranhos á civilização do occidente; na Inglaterra tradicionalmente liberal, onde o culto do passado assume ares de mysticismo religioso, o adjectivo social junto do substantivo missão, significaria, talvez, respectivamente, intellectualizar as massas, abolir as classes e conservar a tradição. Bem outro, entretanto, é o sentido desse “social” tão sovado, quando pronunciado no Brasil, onde, affirma o arguto Luc Durtain “os homens actuum menos por suas obras do que por força de sua intima e secreta substancia” Focalizar a terra e o homem é traduzir-lhe o significado, pois é recolher o material e o instrumento com que solucionar problemas do Brasil.

Quanto á terra, della fallaremos, de caminho, em largos traços. Vae longe o tempo, em que se acreditava piamente que a natureza esmaga o brasileiro, que é della servo e nunca senhor. Muito menos se levaria a serio o conceito de Buckle de que “os ventos aliseos concorriam para impossibilitar o advento de uma grande civilização no Brasil”

O sr Ovidio da Cunha em recente publicação “A America e o Mundo” situou muito bem o homem diante da natureza americana. “Na Europa, diz elle, o homem afastou-se completamente de meio physico; na Asia o homem permaneceu numa posição estatica; na Africa a natureza venceu o homem; na America a natureza fundiu-se com o homem de modo que nem o homem vence o “habitat” nem tão pouco é esmagado pela sua exhuberancia cosmica” No Brasil, poucas regiões inhospitas e estereis seriam ferteis e

promissoras, mesmo na falta de um Nilo providencial, si o trabalho humano armado de instrumental tecnico lhes modificasse a physionomia. Nosso meio physico, pois, não modela os inertes, os rebeldes, os desilludidos. Que as leis não façam o que não faz a natureza.

Quanto ao homem, seu estudo sobe de interesse, porque atravez delle se esclarecerão causas, na apparencia inextricaveis, de transformações historicas e sociaes. O homem polariza, hoje, a intelligencia pensante. Attribute-se-lhe o movel dos grandes movimentos politicos. Da-se-lhe na Historia contemporanea um lugar de vulto. Nunca, mais do que agora, acredita-se que as instituições valem o que valem os homens, que as encarnam. Governos só se impõem quando trazem á frente um nome de escol, que brilha pelo pensamento, pela acção e pelo character, pois que muito dessa crise que perturba o mundo é crise moral. Temem-se as duplas personalidades, aquellas que teriam inspirado o grande orador sacro neste trecho do Sermão da Sexagesima; “entre o sementeiro, e o que semeia — diz o Padre Vieira — ha muita differença: uma cousa é o soldado e outra cousa o que peleja; uma cousa é o governador e outra o que governa. Da mesma maneira, uma cousa é o pregador e outra o que prega” E adeante “o melhor conceito que o pregador leva ao pulpito, qual cuidaes que é? E’ o conceito que de sua vida têm os ouvintes”. O homem é tudo. Eis a razão por que as biographias são esquadrihadas com sofredão pelas multidões ledoras. Eis o motivo por que Alex Carrel se tornou mundialmente fallado, com o famoso “L’homme cet inconnu” Mas não se diga que só nos estados totalitarios, onde o chefe deixa a sua marca pessoal indelevel, e não nas democracias interessa o estudo do homem. Por ventura, a democracia norte-americana, nestes annos, não é caracteristicamente “rooseveltiana”

Ora, se o homem é o nucleo das organizações politicas, quer na direcção, quer como elemento dellas, vejamos o homem brasileiro. Sobejam-lhe qualidades no trabalho de elevar o Brasil. Duas dellas é mister encarecer.

A primeira é a alma — faça-se desta o conceito que aprouver — alma privilegiada da nossa gente, que foge ao materialismo da vida contemporanea.

Alma que a technica, essa technica avassaladora, que buscou trazer a felicidade ao homem, neste seculo mechanizado e secco de vida espiritual, essa technica não sugou do homem brasileiro, a coisa intima, imponderavel, que sentimos dentro de nós, e que chamamos de alma. Alma, cuja existencia se percebe, por exemplo, no culto tributado pela nossa gente ás mais caras virtudes christãs, na conservação amorosa dos laços de familia.

Não é extravagante, snrs., a pretensão de querer enxergar nestes impulsos espontaneos e nobres, a prova de que o brasileiro ainda não se deshumanizou, e nisto demonstra que é um filho legitimo da America Latina.

Outro sentimento, a que nos referimos, e que nos é immanente, é “a bondade original e unica, phenomeno humano e sociologico, que não depende de nenhum decreto senão do decreto de Deus, que a instituiu no coração de todos nós”, como accentuou ha dias, em notavel discurso o eminente sociologo de “O Brasil no original” Contam os que viajaram outras terras que não é thema de prelecção balofa essa virtude do homem do Brasil.

E, na feitura das leis, não ha como esquecer este traço fundamental da nossa gente, não para contempla-lo com favor especial, o que seria ridiculo, mas para considera-lo como attenuante dos efeitos de rigidas disposições de lei, o que será natural e logico. O que cumpre, através das leis, é crear o meio dentro do qual o homem “se realise o mais possivel para realisar mais”, pois ahi reside “o interesse social”

Do individuo o que se pede hoje é o trabalho, intellectual ou material, com fins sociaes, em favor da collectividade, graças á qual elle vive e vence. Mas essa consciencia de deveres sociaes elle só adquire quando sentir necessidade de transformar taes deveres em lidimos direitos sociaes, de

cuja observancia lhe adveem beneficios varios. Portanto, só depois que se realise, depois que se torne individualmente capaz, é que socialmente será um valor positivo e efficaz dentro da communitade.

Ora, collegas, si a natureza é prodiga e não gera rebelados, si o homem é prestadio e dotado deste socialmente aproveitavel elemento affectivo, que é nossa typica bondade; si a machina, que revolucionou o seculo XX não conseguiu seccar aspirações alevantadas da nossa alma, aspirações, que devem ser conservadas porque são o melhor conteúdo da felicidade collectiva dos povos, si assim é, a que attribuir o relativo moroso desenvolvimento do Brasil, sinão a uma opposição flagrante entre as leis e as suas realidades?

Vale a pena ser advogado neste mundo inquieto e surdo ás supplicas de paz? Vale, para andarmos juntos com a nossa diplomacia, da qual a guerra não será nunca um prolongamento do campo de batalha, ao contrario do que das diplomacias, disse Clusevitz.

Vale a pena ser advogado nesta America Nova, mas de largos horizontes? Vale, para diffundirmos entre as nações o ideal sublime de americanismo, que é o da humanização do homem. Vale a pena ser advogado neste Brasil inexperienced, mas acalentando esperanças num luminoso futuro? Vale, para ajustarmos ás suas verdadeiras necessidades sociaes o seu mechanismo politico e juridico, meio seguro de torna-lo prospero e feliz.

E vale, sobretudo, pelo prazer sem par que desperta o convivio de intelligencia e de sentimento, feito entre professores e alumnos, á sombra gazalhosa da velha Academia de Direito!

Nas preces sentidas que nesta noite levantamos á memoria dos queridos companheiros de jornada Enio Bicudo de Almeida, Saíd Kalil, Fernando Amaral e Victorino Costa Vianna, ao inesquecivel Dr Julio Maia e aos preclaros professores Gama Cerqueira, Manoel Villaboim e Raphael Sam-

paio, cujas mortes ainda chorámos, vão também, oh! gloriosa Academia, as reconhecidas homenagens de vossos filhos espirituaes!

E, em vós, professor Jorge Americano, illustre, culto e dedicado paranymphe da turma, saudamos a todos vós, mestres, a um tempo, de Direito e de Civismo, pelo pensamento e pelo exemplo, mestres que sois “semeadores”, que semeaes, soldados, que pelegaes, pregadores, que pregaes”

Pareceres

Se póde ser inventariante o herdeiro que promove a annullação do testamento do inventariado

Noé Azevedo

PARECER

A consulta versa sobre a seguinte questão:

Póde a herdeira que, nessa qualidade e na de inventariante, intentou acção de nullidade de testamento, ser mantida no cargo de inventariante dos bens da testadora, que distribuiu grande parte da herança em legados?

A função principal do inventariante é a de promover a partilha da herança.

Essa partilha tem de ser feita de accôrdo com a lei e com o testamento. O inventario deve ser iniciado dentro de um mez a contar da abertura da successão, ultimando-se a partilha dentro de três mezes. E' o que dispõe o art. 1.770 do Codigo Civil. E essa disposição é de ordem pública. O Estado tem interesse de natureza fiscal, que reclama o rapido andamento dos inventarios, e, além disso, ha um grande interesse público na declaração da parte de cada um dos herdeiros e legatarios na successão.

A demora na conclusão dos inventarios e partilhas deixa em suspenso as relações juridicas ligadas á successão. Pela mesma razão de ordem pública que determinou o legislador a abolir o instituto da herança jacente, foi estabelecido o

preceito do art. 1.770 do Código Civil, para que as protelações indefinidas dos inventários não importassem na continuação do instituto abolido.

Assim, quando alguém assume compromisso de inventariante, obriga-se a não suscitar dúvidas e levantar questões que impeçam a conclusão do inventário no prazo legal.

“Portanto, escreve CARLOS MAXIMILIANO, se o inventariante suscita dúvidas propositadas ou dá origem a demandas, retarda a partilha além do prazo legal e das prorrogações concedidas; enfim, quando apesar de notificado não responde, não se explica, não dá andamento ou não conclue o trabalho, é removido, podendo, até, ser o espólio sequestrado e entregue a outro inventariante nomeado pelo juiz” (“Direito das Successões”, ed. de 1937, vol II, pag. 597, n.º 1.441, cf. ITABAIANA DE OLIVEIRA, “Successões”, ed. de 1929, pag. 502, § 752; PINTO DE TOLEDO, “Processo Orphanologico”, ed. de 1922, pag. 62, § 182; RAMALHO, “Instituições Orphanologicas”, ed. de 1874, pag. 214, § 92; BORGES CARNEIRO, “Direito Civil”, vol. II, pag. 132; TEIXEIRA DE FREITAS, “Doutrina das Acções”, ed. Garnier, pag. 89, nota 256).

Commentando o art. 1.770 do Código Civil, escreve CLOVIS:

“Tem a lei em tal conta a necessidade de se pôr termo á indivisão da herança, que permite iniciar e continuar nas férias o processo de inventário, e commina a pena de remoção ao inventariante que, por culpa sua, não termina as partihas dentro da prorrogação do prazo que lhe é concedida pelo juiz, privando-o, além disso, do premio, se fôr testamenteiro”

E’ para evitar a protelação que se remetem para as vias ordinarias todas as questões de alta indagação, segundo a lição do mesmo CLOVIS BEVILAQUA:

“A brevidade exigida pela lei para terminação do inventario e a natureza administrativa do pro-

cesso respectivo excluem certas fórmãs e termos processuaes, assim como as questões de alta indagação, que se remettem para as vias ordinarias”.

Condensando essa doutrina, temos o preceito do art. 873, n.º II, do Codigo de Processo do Estado:

“Além dos casos expressos em lei, o inventariante será destituido se não dér ao inventario o devido andamento, ou suscitar dúvidas protelatorias”

Como poderá o juiz deferir compromisso de inventariante a um herdeiro que tenha proposto acção de annullação do testamento, de accôrdo com o qual deve promover a partilha no prazo determinado pela lei?

Semelhante acção, envolvendo questão de alta indagação, será necessariamente demorada, sendo impossivel obter-se decisão definitiva a tempo de realizar-se a partilha no prazo legal.

Desse modo, tendo manifesto interesse em protelar a partilha, o herdeiro legitimo, ao assumir o compromisso de inventariante e assumir a obrigação de promover a partilha no prazo legal, estaria mentindo ao juiz, ou perjurando, de accôrdo com a technica dos velhos orphanologistas, pois, segundo a nossa antiga legislação, seria applicavel, nesse caso, a pena de perjuro.

“E acceitando o juramento, fica o inventariante sujeito ás penas de perjuro, de sonegados e ás mais das leis, pelas omissões ou faltas em que fôr achado” (RAMALHO, ob. cit. pag. 211, com fund. na Ord. Liv. I, tit. 88, § 9; em GAMA, “Decisões”, 122, 148; e em VALLASCO, “Partit.” cap. 8.º, n.º 36 e sgs.).

E como poderá o juiz manter no cargo de inventariante a quem, faltando aos deveres desse cargo e invocando ex-

pressamente essa qualidade de inventariante, intentou acção de annullação do testamento, cujas determinações se obrigou a respeitar, assumindo o compromisso de promover a partilha no prazo legal, partilha que tem de necessariamente ser regulada por esse testamento?

Dizemos que o inventariante faltou aos deveres do cargo intentando a acção de annullação do testamento, porque, segundo a disposição do art. 1.760 do nosso Código Civil, é dever do inventariante defender a validade do testamento.

Dispõe esse texto que

“Compete ao testamenteiro, com ou sem o concurso do inventariante e dos herdeiros instituídos, propugnar a validade do testamento”

O art. 1.719 do Projecto Clovis, regulando as attribuições do testamenteiro, dispunha:

“Cumprê-lhe sustentar a validade do testamento, exclusivamente, se fôr inventariante, e, conjuntamente com o inventariante, se outrem exercer esse cargo”

A comissão revisora preferiu, entretanto, dar ao testamenteiro competência para agir sozinho, substituindo o art. 1.919 do Projecto Clovis pelo art. 2.130 do Revisto:

“Compete ao testamenteiro defender a validade do testamento, por si ou com o inventariante e demais herdeiros instituídos”

“Prevaleceu esta amplitude, mercê do art. 1.760 do Código, fórmula retocada, quanto á linguagem apenas, do art. 2.130 da comissão revisora” (CARLOS MAXIMILIANO, ob. cit. § 1.384).

Do facto do legislador permittir que o testamenteiro defenda sozinho a validade do testamento, não resulta a conclusão de que tenha tirado ao inventariante essa attribuição, dispensando-o desse dever. O que aconteceu foi que o Código Civil discriminou todas as attribuições do testamenteiro, considerando isso como materia de Direito Civil, tendo, entretanto, deixado de enumerar as attribuições, direitos e deveres do inventariante, naturalmente porque o legislador da República entendeu que isso constituia materia de Processo Civil.

Assim, apenas incidentalmente, e no que é essencial, faz referencias á figura do inventariante ou cabeça de casal e aos seus deveres.

Mas, dizendo no art. 1.760 que o testamenteiro defenderá sozinho, ou com o concurso de inventariante, a validade do testamento, mostra o legislador que é dever do inventariante defender o testamento.

Quis ampliar as funcções do testamenteiro, permittindo que, mesmo sozinho, elle defendesse o testamento. Mas, com isso, não dispôs que o inventariante seja dispensado de defender a validade do mesmo.

Dizendo que o testamenteiro, com ou sem o concurso do inventariante, deve propugnar a validade do testamento, o Código dá ao inventariante competencia para defender o testamento. E' indiscutivel, portanto, o seu direito de propugnar a validade do mesmo. Mas, tratar-se-á apenas de um direito ou tambem de um dever?

Entendemos que é um dever porque, ao prestar declarações, o inventariante é obrigado a dizer se o inventariado deixou ou não testamento (Cod. do Processo, art. 855, n.º I). E, feitas as primeiras declarações, deve ser junto aos autos do inventario o testamento. Quando este já é junto, o juiz ordenou o seu cumprimento, no processo de execução do mesmo. E' junto ao processo do inventario para que as suas disposições sejam observadas pelo inventariante.

De accôrdo com essas disposições e com a lei, tem o inventariante de promover a partilha, no restricto prazo legal,

não podendo suscitar dúvidas que retardem a conclusão ou finalização do processo.

Se o dever do inventariante é fazer o inventario e promover a partilha, de accôrdo com a lei e com o testamento, tem elle necessariamente de defender a validade deste.

Se ha um despacho do juiz mandando cumprir o testamento, se, por força de disposição expressa de lei, este é junto aos autos do inventario logo após as primeiras declarações, conclue-se que o inventariante tem de, forçosamente, cumprir as disposições testamentarias.

A obrigação que elle assume, de promover a partilha na successão regulada pelo testamento, envolve a de cumprir esse testamento. Tendo de partilhar os bens de accôrdo com o mesmo, tem necessariamente o dever de pugnar pela validade das suas disposições.

Pensamos, por isso, que commette uma falta de exacção no cumprimento dos seus deveres o inventariante que deixa de propugnar a validade do testamento.

Mas, no caso da consulta, a falta é muito mais grave. Não houve apenas inércia da parte da herdeira que assumiu o cargo de inventariante. Ella não se limitou a descurar da defesa do testamento. Tomou uma attitude abertamente contrária á lei. Iniciou, na qualidade de inventariante, uma acção para annullação do testamento.

Se pretendia annullal-o, como poderia assumir o compromisso de promover a partilha no restricto prazo da lei, de accôrdo com o testamento que o juiz mandou cumprir?

Um compromisso deferido em taes condições não passará de uma burla, tolerada pelo magistrado.

Por outro lado, não ha lei que dê ao inventariante a attribuição de promover a acção de nullidade do testamento. Seria mesmo absurda qualquer disposição de lei nesse sentido. Embora a herança não tenha personalidade juridica, é contra ella que se propõe a acção de annullação do testamento.

Ensinam os escriptores da materia que o inventariante é o administrador da herança.

Para COELHO DA ROCHA “o inventariante é um administrador legal da massa commum, e, nesta qualidade, e pelo proprio interesse, deve nella ter cuidados positivos; e por isso a lei lhe confere a posse e lhe permite dispôr dos frutos, até negociar com elles. E’ um direito equiparado ao de um procurador ou mandatario geral” (“Direito Civil Português”, vol. II, nota U — *apud* ASTOLPHO REZENDE, “Manual do Cod. Civil”, vol. XX, pag. 175).

Para o Barão de RAMALHO, “o cabeça de casal durante o inventario não exerce sobre os bens da herança senão o direito de administração” (“Instituições orphanologicas” nota 621).

Escreve CARLOS MAXIMILIANO que os nossos escriptores “não o consideram mandatario nem depositario; porém méro administrador de bens alheios» (ob. cit. § 1.438).

Como administrador da herança que se regula pelo testamento, não poderá propôr a acção de nullidade deste. Somente poderá usar dos poderes geraes de administração. Para praticar outros quaesquer actos que exorbitem da administração ordinaria, são indispensaveis poderes especiaes e expressos (Cod. Civ. art. 1.295, § 1.º).

Trazendo a acção de nullidade do testamento, relativo á herança ainda não partilhada, a pretensão de uma verdadeira petição de herança, tem de ser dirigida contra o possuidor da mesma. Sendo possuidor o inventariante, na qualidade de administrador, tem elle de ser citado como réu em dita acção.

Do contrário, depois de julgada procedente a acção de nullidade do testamento, ainda seria necessaria uma acção de petição de herança.

Por isso, entendemos que, tratando-se de herança ainda não partilhada, não é apenas util a citação do inventariante, segundo o conselho de CLOVIS, mas necessaria. (Commentario ao art. 1.760 do Cod. Civ.).

Se o inventariante tem de ser citado como réu, é evidentemente absurdo que possa funcionar como autor na acção de nullidade do testamento.

Poderiam invocar a doutrina de HERMENEGILDO DE BARROS sobre o art. 1.580 do Codigo Civil para sustentar que, sendo a inventariante herdeira legitima, poderá como qualquer herdeiro mover a acção de nullidade do testamento.

Na qualidade de herdeira, sim; mas na de inventariante, nunca.

Entendemos ser muito logica a doutrina de HERMENEGILDO DE BARROS, sustentando que, se o simples herdeiro póde, com fundamento no art. 1.580, § un., reclamar a universalidade da herança ao terceiro que indevidamente a possúa, tambem o inventariante que seja herdeiro póde, naquella qualidade, mover as acções que forem necessarias contra terceiros, objectivando bens da herança.

Mas o facto de poder demandar contra terceiro, por força desse paragrapho, não induz a conclusão de que tambem possa demandar contra a propria herança, por elle mesmo representada, e contra os herdeiros instituidos, que não são terceiros.

Dispõe o art. 1.580, § unico:

“Qualquer dos co-herdeiros póde reclamar a universalidade da herança *ao terceiro* que indevidamente a possúa, não podendo este oppor-lhe, em excepção, o character parcial do seu direito nos bens da successão”

Com base nesse artigo sustenta-se, seguindo a doutrina de HERMENEGILDO DE BARROS, que cessaram as restricções ao direito de acção do inventariante contra terceiros, visando a integração do acérvo hereditario. Resolve-se a velha disputa dos nossos orphanologistas, sobre poder ou não o inventariante propôr demandas em nome do espolio, visando reivindicções, cobrança de dividas, etc., em face da legislação

antiga, que limitava a sua actuação ás questões possessórias. (v. ASTOLPHO REZENDE, ob. cit. pag. 188).

Mas, desse texto não se pôde tirar a conclusão de que sendo o inventariante herdeiro legitimo possa tambem, na qualidade de inventariante, intentar acção de nullidade do testamento, contra os herdeiros instituidos ou legatarios. Esses herdeiros testamentarios ou legatarios, que integram a successão, com os herdeiros legitimos, não pôdem ser considerados como terceiros, relativamente a essa mesma successão.

Constituirá, portanto, um absurdo a pretensão de tirar do art. 1.580, § un. poderes para o inventariante intentar acção de nullidade do testamento contra os herdeiros instituidos e legatarios.

Se o simples facto de suscitar dúvidas protelatorias determina a destituição do inventariante, segundo o disposto no art. 1.873, n.º II do Cod. do Processo, como se ha de manter no cargo a herdeira legitima que, invocando expressamente a qualidade de inventariante, move uma acção de nullidade de testamento que era obrigada a cumprir em obediencia aos deveres do cargo e a despacho do mesmo juiz?

Emquanto vigorar o testamento, serão partes interessadas no espolio os herdeiros instituidos e os legatarios. Se a situação juridica do inventariante, segundo COELHO DA ROCHA, é a de administrador da massa commum, em que são interessados tanto os herdeiros legitimos como os testamentarios, se elle tem a representação geral de todos, se é equiparado, segundo o mesmo escriptor, a um procurador ou mandatario geral, — como poderá agir contra aquelles cujo interesse representa?

Mesmo que não se considerem como partes, tecnicamente falando, os legatarios, em se tratando de legados de cousa certa, elles serão incontestavelmente pessoas com interesses no espolio.

Esses interesses, até á partilha, são administrados pelo inventariante. Este é, portanto, o representante geral dos

legatarios, quanto aos interesses que os mesmos têm no espolio.

Movendo a acção de nullidade do testamento contra os herdeiros instituídos e legatarios, o inventariante age contra os seus proprios representados.

Fica, pois, demonstrado que não ha texto legal que sirva de fundamento para a attribuição de annullar as disposições de ultima vontade da inventariada, que o inventariante se arrogou.

Houve uma exorbitancia da sua parte. E além de ser exorbitante, o seu procedimento contraria a natureza juridica da sua funcção, assim como a propria finalidade do cargo.

São essas as considerações com que justificamos o nosso parecer, no sentido de ter se incompatibilizado para o exercicio do cargo de inventariante a herdeira que, na dupla qualidade de herdeira e de inventariante, intentou acção de nullidade do testamento.

Queremos, entretanto, finalizar este trabalho com a ponderada lição de um grande mestre, na mais recente das obras sobre o Direito das Successões.

No § 1.439, vol. II, pag. 595, do seu “Direito das Successões”, escreve CARLOS MAXIMILIANO:

“Affirma-se ter o Codigo Civil, por meio do § un. do art. 1.580, resolvido affirmativamente a seguinte questão vetusta: póde o inventariante accionar e ser accionado “in solidum”?

“Em verdade, assim acontece, dahi, porém, se não conclúa, em favor do cabeça de casal, a faculdade ampla de envolver em demandas a successão, e, para os litigantes por causa do espolio, a dispensa de citar os herdeiros e outros interessados. Póde o inventariante intervir sozinho sem serem chamados a juizo os successores universaes ou singulares, nas causas em que lhe cabe agir como

autor ou réu, isto é, *na defesa da validade do testamento*, na cobrança de dividas activas, no despejo de prédios, nas acções possessórias e nas reivindicatorias, cabendo-lhe tambem o direito e o dever de tomar medidas conservatorias, como sejam, as interrupções da prescripção, arrestos, sequestros. Uma funcção de objectivos determinados e restrictos e destinada a durar só quatro mezes é incompativel com iniciativas de grande vulto e o empenho em grandes litigios”

E em que maior litigio poderia se envolver o espolio do que numa acção de annullação de testamento? Sendo o testamento o estatuto fundamental da successão testamentaria, o inventariante que o impugna impossibilita a conclusão do inventario e a realizacção da sua finalidade, que é a partilha dos bens de accôrdo com a vontade do testador.

Se as simples dúvidas protelatorias determinam o afastamento do inventariante, segundo a explicita disposicção do art. 873, n.º II do Codigo do Processo, que se ha de dizer de uma acção como essa, que representa a subversão completa da successão estabelecida pelo autor da herança?

Emquanto não forem annulladas as disposicções testamentarias, têm de ser observadas no processo do inventario. O herdeiro que as impugna em acção annullatoria do testamento não póde, sem malicia, assignar o compromisso de cumprilas no processo de inventario.

Influencia da coisa julgada no crime, sobre acção civil

Valor da prova testemunhal na investigação da paternidade — Sua limitação

Noé Azevedo

CONSULTA

Benedicta, solteira, de 20 annos de idade em 1932, havendo dado á luz no dia 25 de maio de 1933, uma criança de sexo feminino, que foi registada com o nome de Maria, attribuiu o defloramento a João, e provocou o procedimento official da Justiça, após a “délivrance”

No inquerito policial, perante os médicos que a examinaram, declarou que a criança nasceu *a termo*, como fructo das relações sexuaes de João com a declarante.

Processado e levado a julgamento do jury, que se realizou em 29 de agosto de 1933, foi João absolvido por *quatro votos*, havendo appellação da promotoria e confirmação do julgamento pela Egregia Côrte de Appellação.

Em vista das declarações de Benedicta acerca do nascimento *a termo*, a Promotoria, considerando o decurso necessario do tempo de nove mezes entre a concepção e o nascimento (25 de maio de 1933), formulou o primeiro quesito do

libello, affirmando que a copula se teria dado no mez de agosto, mais ou menos, de 1932, “e vindo a victima a dar á luz a uma criança do sexo feminino”

O questionario proposto ao jury, que se realizou em agosto de 1933, seguiu a mesma orientação: o primeiro quesito foi assim proposto: o réu João R. C., vulgo João C., ha um anno mais ou menos, no bairro do Paiol deste municipio, em casa de M. *teve copula carnal* com Benedicta P. C., vindo *a mesma a dar á luz uma criança* do sexo feminino?

O jury respondeu englobadamente e declaradamente que *não houve a copula ha um anno mais ou menos, da qual teria resultado o nascimento de Maria.*

Em fevereiro deste anno de 1936, Benedicta, indo ao encontro de João, que passava de auto por uma estrada proxima á casa daquella, pede para parar o vehiculo e fere-o de morte, sobrevivendo esta dias depois.

Dahi a dias Benedicta, em nome de sua filha, propõe contra a mãe de João uma acção de investigação de paternidade e petição de herança, com fundamento no art. 363, n.º II do Codigo Civil.

Na causa, não é feita qualquer referencia aos casos dos numeros I e III do art. 363 do Codigo Civil, e nem pretende a autora a occorrença de concubinato ou rapto, ou de escripto a João.

No seu depoimento pessoal na causa, Benedicta estabeleceu para o mez de junho de 1932, em dia incerto, o seu defloramento; pretende que continuou suas relações sexuaes com João, mesmo depois de grávida, mas não determina a data da concepção e nem sequer esclarece o tempo em que se sentiu grávida e declara não saber ou não se lembrar se após o defloramento continuou ou não, por algum tempo, a ser menstruada.

Benedicta conta, ainda, que sempre viveu com sua mãe e irmãos maiores, mesmo durante o tempo que medeiou entre o defloramento (junho de 1932), e o parto (maio de 1933), e que as relações sexuaes sempre se deram na casa

de residencia, quando ficava a sós com João. A mãe de Benedicta, depondo no inquerito policial, havia tambem declarado que só se soube do defloramento por occasião do parto.

Nenhuma das testemunhas da causa de petição de herança e nenhuma das do processo criminal fala jamais que soubesse do defloramento ou de relações sexuaes entre João e Benedicta, a não ser o que *teriam ouvido depois que se instaurou* o processo criminal contra João.

Mas, algumas contam que teriam ouvido de João, *após o processo*, confidencias referentes á paternidade, e essas testemunhas se dividem em dois grupos: a) um dos que dizem que João contára que *havia deflorado a Benedicta*; b) outro dos que dizem que elle *negava o defloramento, mas acceitava a paternidade*.

Sem alludir á contra-prova, que desmente as imaginadas confidencias de João,

Pergunta-se:

1.º) A negativa do jury sobre a copula carnal e o parto como consequencia della, faz cousa julgada para a acção de investigação de paternidade e petição de herança?

2.º) Como quer que seja, a sentença criminal constitue material prejudicial (*lato sensu*), de modo a exercer decisiva influencia na apreciação das provas do pleito civil?

3.º) A resposta do jury, de que resulta implicitamente a affirmação de ser outro o deflorador, não firma a excepção “*plurium concubentium*”?

4.º) O facto do assassinio de João por Benedicta — para só depois desse crime promover a acção de investigação de paternidade e petição de herança, não dá cabal razão ao commentario de Clovis Bevilaqua, *ao menos para este caso concreto*, commentario desenvolvido na Observ. 6.^a ao art. 363, vol. II, pg. 339?

5.º) Dispondo o n.º II do art. 363 do Cod. Civil que a acção de investigação de paternidade se deve basear na *coincidencia das relações sexuaes com a concepção*, não é ele-

mentar a prova da *existencia das relações*? Ou por outra, é possível inverter a ordem das questões a provar, e dar como provado exactamente o que se deve provar, isto é, deduzir de uma supposta confidencia de paternidade o elemento fundamental da acção — *coincidencia das relações sexuaes com a concepção*?

PARECER

O ponto de vista de João Monteiro de que as sentenças absolutórias do juizo criminal não fazem coisa julgada em relação ao cível, é absolutamente insustentavel, em face do art. 1.525 do Codigo Civil, embora esse preceito se limite a repetir a velha formula do art. 68 da lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, deante da qual o grande processualista levantára o seu castello de argumentos.

A doutrina contrária é hoje integralmente vencedora, como se póde vêr da exhaustiva demonstração feita pelo Dr. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, de pags. 176 a 223 da erudita monographia sobre “Crime — Damno — Reparação”

Seja condemnatoria ou absolutória, faz cousa julgada em relação ao cível a sentença criminal que decidir de modo definitivo as questões relativas á *existencia do facto* e á *autoria*.

A responsabilidade civil é independente da criminal, em regra. Assim tambem, em regra, serão independentes as acções tendentes a determinar essas responsabilidades, assim como as sentenças proferidas no cível e no crime.

A regra, porém, soffre excepções. Ha questões que, resolvidas no cível, prejudicam qualquer acção criminal, chamando-se por isso questões prejudiciaes, como as que se referem á propriedade e ao Estado.

Quanto á influencia dos julgamentos criminaes sobre as acções civis, o Codigo enumerou expressa e taxativamente as duas questões que podemos chamar de prejudiciaes:

- a) a que versa sobre a existencia do facto; e
- b) a que entende com a autoria.

De tal arte, negada a existencia do facto de que resultaria tanto o crime como a obrigação civil, e tendo transitado em julgado a sentença criminal, aliás confirmada pela Côrte de Appellação, essa decisão faz evidentemente coisa julgada em relação ao civil.

A autora não poderá provar a existencia de relações sexuaes na época da concepção, uma vez que ficou soberanamente decidido no crime que nessa época não houve copula carnal.

Ficam assim respondidos os dois primeiros quesitos.

*

* *

Se está cumpridamente provado o facto do nascimento da criança, e se o jury firmou como verdade indiscutível que o supposto pae não manteve relações sexuaes com a mãe, na época da concepção, tem-se logicamente affirmada a excepção “*plurium concubentium*” Outro necessariamente deve ser o pae da criança. Essa consequencia somente poderia ser illidida se a autora não se queixasse de ter sido deflorada pelo supposto pae e de ter se submettido a copula carnal com elle, mas viesse allegar que a gravidez resultára da prática de actos de libidinagem, de contacto sexual sem copula no sentido legal.

Mas, asseverando que teve com elle relações sexuaes normaes e até repetidas, encontra ella no civil o escolho intransponivel daquella resposta do jury, affirmando a inexistencia da copula, na época da concepção.

Posta como foi a questão por ella propria, tira-se logicamente da resposta do jury a affirmação “*plurium concubentium*”

Parece que o crime praticado pela mãe, matando o supposto pae, não deve prejudicar a acção da pretendida filha. Esta não teria culpa ligada áquelle maleficio. A acção intentada é para fazer valer direitos da filha. O crime com-

mettido' pela mãe, nessas circumstancias, poderia acarretar a suspensão ou interdicção do patrio poder.

Mas, uma vez que essa medida não tenha sido tomada pelo juizo competente, provavelmente por não ter occorrido a hypothese do art. 394, § un. do Codigo Civil, pouco importa que seja a propria homicida que esteja demandando em nome da filha.

Por isso, nem mesmo nessa hypothese nos inclinariamos a acolher a doutrina restrictiva de Clovis, contraria ao texto expresso da lei, que, sem fazer qualquer distincção, admite a acção tanto contra os paes como contra seus herdeiros.

Fundando-se a acção de investigação no inciso n.º II do art. 363 do Codigo Civil, a autora tem de provar a existencia de um facto, isto é, a coincidencia das relações sexuaes com a concepção, uma vez que está excluida a outra hypothese ahi prevista, a do rapto. Teria de provar cumpridamente o facto das relações sexuaes em época coincidente com a da concepção.

A acção de investigação fundada nesse dispositivo é uma verdadeira "actio in rem verso" Não nasce de uma declaração de vontade do devedor, como as que surgem no direito das obrigações. Origina-se de um facto.

Apesar do art. 141 do Cod. Civil exigir prova escripta para as obrigações de valor superior a um conto de réis, a jurisprudencia tem admittido invariavelmente a prova exclusivamente testemunhal, para reconhecer obrigações de valor muito superior ao da taxa legal. Mas não admite essa prova para demonstrar a existencia de uma convenção, e sim para evidenciar um facto ou factos de que resulte a obrigação.

Seria inconsistente a prova testemunhal de uma simples declaração de vontade. Seria insegura. Essa declaração se faria pela palavra oral, que poderia ser mal apprehendida pelas testemunhas. "Verba volant" Um facto, entretanto, exteriorizando-se no mundo objectivo, pode ser perfeitamente observado por uma ou varias testemunhas. A sua realida-

de se guardará com muito mais precisão do que a palavra de um confitente extrajudicial.

Tem, portanto, razão plausível a jurisprudencia não permitindo a prova exclusivamente testemunhal de obrigação de valor superior a um conto de réis, admittindo-a, entretanto, como base de sentenças condemnatorias em importancias muito maiores, desde que as testemunhas deponham sobre a existencia de um facto de que se origina a obrigação por força de lei, em vez de deporem sobre uma simples declaração ouvida do pretenso responsavel.

Quanto á investigação de paternidade, o art. 363 foi rigoroso. No inciso n.º I exige a prova de um facto permanente — o concubinato; em o n.º II reclama a prova de factos que podem ser transitorios, mas factos reaes, sujeitos a observação e verificação por mais de um sentido, e que costumam ser rodeados de varias circumstancias, mais notaveis e seguras do que o som volatil de uma palavra; e, finalmente, no inciso n.º III exige mais do que um simples documento escripto, pois reclama um escripto daquelle a quem se attribue a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Não se concebe, portanto, uma acção de investigação de paternidade baseada em simples prova testemunhal, depondo as testemunhas não sobre o facto das relações sexuaes ou do rapto de que tenham conhecimento proprio, e sim sobre uma supposta confissão extra-judicial do pretendido pae.

Deixo, assim, respondidos os quesitos da consulta, “sub censura”

Bibliographia

GIORGIO DEL VECCHIO (Prof. de Direito da Real Universidade de Roma) — “Sobre os princípios gerais do Direito” — tradução autorizada, em separata da “Revista de Critica Judiciária”). — Prólogo de Clovis Bevilaqua. — Rio de Janeiro — Tip. do Jornal do Comercio — 1937.

O pequeno grande livro, que temos á vista, numa edição de 58 paginas, bem merece ser lido por todos os juristas, advogados, magistrados e estudantes de direito, desejosos de investigar os princípios filosóficos das disciplinas jurídicas, principalmente do Direito Civil.

O egrégio Prof. Giorgio del Vecchio, cuja autoridade de filósofo do Direito já ha muito transcendeu as fronteiras da Itália, gloriosa *magna parens* da Ciência Jurídica, desfruta no mundo culto contemporâneo, e especialmente no Brasil, simpatia e influência mental verdadeiramente excepcionais.

Mesmo entre advogados, mais adstritos á prática forense do que á jurisprudência teórica, é vulgar no Brasil ler-se o nome de Del Vecchio em dissertações e debates forenses.

É que todos os dias se aproximam melhor a teoria, isto é, a Filosofia do Direito e o Direito Aplicado. Por outro lado, ao Prof. Del Vecchio se deve grandemente esta aproximação, pois sempre discute filosoficamente questões de interesse vigente, e sempre remonta, das lacunas da legislação positiva, ás grandes discussões filosóficas.

Justifica-se assim plenamente o juizo do nosso eminente Clovis Bevilaqua, *juris civilis conditor*, quando, depois de salientar as radicais diferenças entre a sua atitude filosófica e a do ilustre filósofo italiano, conclue por considerar “do mais alto valor o ensino de Del Vecchio” e “a sua erudita monografia sobre “*Os Princípios Gerais do Direito*, como de inestimavel utilidade”.

Com efeito, Del Vecchio se enfileira entre os neo-kantianos, tirando do Mestre alemão a atitude crítica e gnoseológica; mas, chegando, como jurista consumado, a princípios, regras, e consequências práticas, que emprestam a seus escritos originalidade profunda e sadia, e que encheriam de orgulho ao próprio Kant.

Sente-se, no filósofo de Koenisberg, que a visão objetiva do Direito na vida social não tinha para ele a realidade viva que tem na obra de seu grande discípulo, e que este, abeberado dos princípios kantianos, se move no pensamento contemporâneo com raro vigor e sólida capacidade construtora.

Aqui está outro aspeto do espírito de Del Vecchio: — não se contenta só com a atitude crítica, e com relacionar o Direito com a teoria do conhecimento. Não faz ressaltar apenas a noção universal do Direito, logicamente anterior á experiência jurídica. Faz mais e melhor, — tira dos pontos de vista de sua escola aplicações e regras de conduta jurídica e judiciária, que focalizam os grandes princípios em face da realidade objetiva.

— Quais, por exemplo, os limites da liberdade de obrigar-se? Qual o fundamento ético-jurídico da palavra empenhada, e quais as limitações que se condicionam dentro desse fundamento? Aqui está um problema, que se apresenta em múltiplas faces no direito público e privado, e em torno do qual giram interesses coletivos e individuais da mais alta importância. Este, por exemplo, é o assunto principal do § VIII, do estudo de Del Vecchio sobre o qual damos esta ligeira apreciação.

— Quais os direitos fundamentais da pessoa, e até que ponto o seu conceito filosófico influe sobre os direitos individuais? Aqui está todo um luminoso capítulo (§ VII), que, por assim dizer, constitue o sol do sistema planetário de idéias do eminente Del Vecchio.

Como conceituar o direito de trabalho, ou o direito á liberdade do trabalho, e como inferir do seu conceito a legislação trabalhista positiva?

Eis outro tópico, sobre que o nosso filósofo projeta intensa luz, com espírito crítico e construtor, dizendo, em poucas linhas claras, o que outros tomariam dezenas de páginas prolixas.

Salienta o nosso Clovis Bevilacqua, no “Prologo” tão conciso quanto pleno de ensinamentos, apósto ao livro ora apreciado, o quanto divergem os seus pontos de partida dos professados pelo ilustre Mestre Italiano, — “representante do idealismo de Kant, ao qual, entretanto, deu extraordinária amplitude com a sua vasta erudição especializada, e pontos de vista em que se estampa opulência de idéias próprias”.

Estamos em que essa própria divergência de conceitos entre os renovadores do Direito Natural e os sectários da chamada Escola Positiva, torna mais interessante a contribuição intelectual de Del Vecchio.

Si é certo que o fenomeno juridico não é exclusivamente um problema filosófico e ético, mas fenomeno sociológico, onde se refletem aspetos antropologicos, geográficos, econômicos, políticos, e outros, que compõem o quadro complexissimo das instituições sociais, em sua estática e em seu dinamismo — não é menos certo que o aspeto criteriológico e jusnaturalistico oferece cada dia mais palpitante interesse.

O Direito, como ciência de princípios, só progredirá si se elevar nas azas da filosofia a alturas, que possam dar-nos visões panorâmicas. O Direito como arte de aplicações sociais só se tornará mais eficiente, e mais uniforme, a medida que o espírito humano o compreender e o sentir melhor.

Dissemos, no começo desta resenha, que “o pequeno grande livro do Prof. Del Vecchio merece ser lido”. Acrescentaremos que merece ser lido, relido, meditado e discutido muitas vezes, pela intensa curiosidade que desperta, e pelos fecundos ensinamentos que os juristas, de qualquer Escola, — e principalmente os que não são de sua Escola — nele poderão encontrar.

Si é verdade que, no mundo moral, devemos amar os nossos inimigos, não tanto, talvez, por eles mas pelo amor do Bem, e pelo aperfeiçoamento de nós próprios, — pois ninguem nos descobre os defeitos melhor do que eles, que, pois, nos servem de espelho precioso, e até de involuntarios Mestres de nosso aperfeiçoamento, — é tambem certo que devemos ler e amar os autores que sustentam doutrinas filosóficas com que não concordamos, já que o seu contraste nos desperta os mais vivos estímulos ao progresso espiritual.

Convidam-se, pois, os amigos e os inimigos da escola de Del Vecchio, a lê-lo e amá-lo, bebendo na fonte borbulhante e cristalina do seu altissimo espírito.

SPENCER VAMPRE

GUERRAZZO GUERRAZZI, La dote e gli alimenti nei confronti dei coniugi nel matrimonio civile, Milano, 1934; e Della dispensa per “rato” e non “consumato” in relazione ad alcuni effetti civili (donazione, stipende “intuito matrimoni” legittimazione), Milano, 1936 — ALDO VERNETTI, Quale sia la condizione dei figli nati ad un matrimonio dichiarato nullo per impotenza del marito, Milano, 1936; e Ancora sui poteri della Corte d'Appello per l'applicazione

dell'art. 22 prima parte della legge 27 maggio 1929 n.º 847, Milano, 1937 — UGO BASSANO, *La dispensa da matrimonio rato e non consumato ed i poteri del curatore dell'assente*, Milano, 1936; e *Processo ecclesiastico di nullità e processo civile per separazione, conflitti di giurisdizione*, Milano, 1937 — CORRADO BERNARDINI, *La separazione temporanea dei coniugi secondo il codice civile (articolo 115) e secondo la legge matrimoniale (articolo 19)*, Milano, 1935; e *Il "reato di induzione al matrimonio mediante inganno"*, Milano, 1935 — FRANCESCO DEGNI, *L'errore sulle qualità essenziali come causa di annullamento di matrimonio*, Milano, 1935; *Effetti della dichiarazione scritta di filiazione adulterina nella capacità a succedere, limiti processuali all'impugnativa della dichiarazione*, Milano, 1936; e *In tema di riacquisto di cittadinanza*, Milano, 1936 — TOMMASO GRIEB, *Alimenti e filiazione naturale, la rappresentanza del figlio adulterino e incestuoso*, Milano, 1935; e *Nella sentenza di condanna al pagamento di somme in favor di minori deve il giudice ordinare la riscossione e il rimpiego dei capitali?*, Milano, 1937 — MARIO FALCO, *Ancora sulle cause di nullità del matrimonio secondo il diritto canonico e secondo il codice civile italiano*, Milano, 1936, e *La Corte de cassazione e il diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1937 — ANDREA PIOLA, *L'intrascrivibilità di sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità, per simulazione di consenso, di matrimonio pre-concordatario*, Milano, 1935 — ADOLFO ZERBOGLIO, *Dineghi coniugale, adulterio, concubinato e violazione degli obblighi di assistenza famigliare*, Milano, 1935 — GIOVANNI PANSINI, *Scioglimento del matrimonio*, Milano, 1935 — EMILIO GABRIELLI, *La separazione giudiziale dopo quella consensuale*, Milano, 1935 — MARIO BARRI, *La mancata applicazione nella giurisprudenza del principio canonico della irretroattività della dispensa ponteficia "super rato et non consummato"*, Milano, 1937 — LUIGI LEMBO, *Sui diritti della vedova senza dote*, Milano, 1937 — PLINIO CITI, *In tema di divorzio*, Milano, 1937 — FRANCESCO TALASSANO, *Applicazioni*

giurisprudenziali della convenzione italo-svizzera relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, Milano, 1937 — GIAMBATTISTA MIGLIORI, *Le nuove norme processuali dei giudizi ecclesiastici matrimoniali*, Milano, 1936 — MARIO LEVI, *La condizione nel matrimonio civile*, Milano, 1936 — PIO FEDELE, *Ancora sulla condizione di vedovanza rispetto al matrimonio religioso*, Milano, 1936 — ARNALDO BERTOLA, *Le condizioni "viduitatis" e "non nubendi", rispetto al matrimonio religioso*, Milano, 1936 — TOMMASO MASI, *La dichiarazione di nascita dei figli adulterini*, Milano, 1936 — GIUSEPPE FOSCHIELLI, *L'annullamento dei matrimoni religiosi preconcordatari e l'art. 22 della legge 27 maggio 1929 n. 847*, Milano, 1935 — GUALTIERO PROCACCIA, *La legge sulla difesa del sangue tedesco e il diritto internazionale privato*, Milano, 1937. — Todos extractos da "RIVISTA DEL DIRITTO MATRIMONIALE ITALIANO E DEI RAPPORTI DI FAMIGLIA", de Milão, Italia.

A Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano além do volume periodico que edita, publica á parte extractos dos artigos e decisões mais interessantes das suas paginas.

Ordinariamente, muita questão de direito de familia não vae aos tribunaes, não são do intimo do lar, resolvendo-se particularmente, devido ao natural recato dos assumptos debatidos. E muita materia trazida a debate, considerada por sua natureza, de character secreto, jamais são das paginas do processo.

Por taes motivos, ha textos legislativos cuja exacta finalidade e interpretação persiste obscura. Por outro lado, já se tem observado, tambem, que os textos legislativos mais invocados, não são os de mais frequente applicação, pois aquelles que encontram plena consonancia com a consciencia juridica, são, por isso mesmo, applicados sem disputa, não havendo, assim, na jurisprudencia, quasi nenhuma referencia a elles, devido a não provocarem controversias. D'ahi, nesta ultima hypothese, a deficiencia da litteratura juridica sobre taes materias, não controvertidas.

A Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano, publicando decisões e trabalhos relativos ao direito de familia, traz a lume questões de tal genero, e com isso presta relevantissimo serviço, tanto ás letras, como ao bem estar social.

Varios dos artigos que tenho sob as vistas, são, porém, apenas de interesse relativo á organização judiciaria italiana, e outros, ainda que interessantes, suscitam questões derivadas de conflicto de leis entre o direito canonico, e o direito civil italiano, disciplinados, nas suas relações, em modo diverso de identicas relações entre o nosso direito civil e o direito canonico.

Outros, porém, interessam muito além destes campos restrictos.

Ha, por exemplo, num desses extractos, o trabalho de Guerazzo Guerazzi sobre os efeitos do casamento putativo dissolvido, quanto ao dote, trabalho que assim se pôde resumir: O casamento putativo é uma excepção á regra de que o que é nullo não produz efeito, e o é em homenagem á boa fé constatada no vinculo matrimonial. O dote, porém, é instituido *ad sustinenda opera matrimoni*, ligado visceralmente ao estado matrimonial. Dissolvido o matrimonio, são validos os efeitos que produziu o dote em relação aos conjuges, e, portanto, desaparece desde então. Não assim os efeitos relativos aos filhos, os quaes, tendo conquistado definitivamente um *status*, tem direito aos efeitos necessarios, delles decorrentes. Quanto aos alimentos entre os ex-conjuges, a disposição sobre casamento putativo estatúe *sobre efeitos, não sobre direitos*. Por consequencia, não cabe ao ex-conjuge direito a alimentos posteriores ao pronunciamiento de nullidades por sentença passada em julgado. Só são devidos quando, á existencia do casamento, acompanha a circumstancia superveniente de necessidade. Constatada a inexistencia, não mais. Para protecção ao conjuge de boa fé, poderá obviar-se o mal desta conclusão indemnizando-o com fundamento na culpa do outro.

Tambem as leis nazistas sobre a protecção da raça germanica contra a mescla de sangue hebraico provocou um artigo de Gualtiero Procaccia sobre os efeitos no direito internacional privado, quanto aos hebreus de sangue estrangeiro, casados com germanicos puros, ou quanto a hebreus allemães casados com estrangeiros não hebreus de sangue. E' um bem feito estudo sobre as prohibições de mescla e os efeitos da legislação nazista sobre o ordinamento juridico italiano.

Noutro excerpto, acha-se um estudo do Procurador Geral substituto Tommaso Masi sobre a declaração de nascimento dos filhos adulterinos:

Comparecendo alguém ao registro, declarou haver encontrado em abandono o recém-nascido e assim ficou registrada como de paes incognitos. Denunciado o declarante pelo crime de falsa declaração, foi considerado culpado, por saber a exacta filiação do infante, que

não fôra abandonado, porém era filho adúltero. O procurador geral, entretanto, invocando o texto que proíbe o reconhecimento dos adúlteros, de cuja applicação elle é defensor legal, sustenta não haver crime, porque o declarante, si tivesse dito a verdade, teria violado tal texto. Não ha, até o momento em que commento este estudo, solução final para o recurso.

Por estas ligeiras referencias, vê-se o proveito dos estudos publicados pela Rivista.

JORGE AMERICANO

R. Università degli Studi di Perugia. Annali della Facoltà di Giurisprudenza. Vol. XLVII, 1936. Serie V. Vol. XIV. Studi in Memoria di EDOARDO TOMMASONE. Casa Editrice Dottor Antonio Milani. Padova. 1937 — XV.

Dentre os volumes *in memoriam* de jurisconsultos italianos falecidos, merece especial destaque esta bela contribuição de 444 páginas em homenagem ao Prof. Edoardo Tommasone, falecido em Milão aos 31 de outubro de 1935. Num comovente prefácio, Bruno Breschi traça a biografia do malgrado professor, roubado ao convívio de seus amigos, e ás letras jurídicas em plena maturidade, quando podia continuar a prestar relevantes serviços á ciência do direito e ao ensino jurídico. A sua fecunda atividade de autor de numerosos trabalhos, de direito administrativo, alguns dos quaes existem na nossa Biblioteca, se acha indicada a pag. XIII-XIV, e compreende 25 contribuições, de amplitudes diversas, mas todas orientadas para o respeito á tecnica jurídica e para a efetividade prática das regras administrativas na vida social. Não ha, porventura, campo hodiernamente mais revolucionado na ciência jurídica do que o direito administrativo, instrumento essencial ás profundas reformas que as nações modernas, dentre as quais se destaca vantajosamente a Itália, vem realizando. A coragem mental dos juristas e estadistas da Itália, impulsionados pelo poderoso espirito realizador de Benito Mussolini, no pesquisar conceitos e fórmulas novas para o direito administrativo italiano, está dando, e dará ainda ao mundo frutos notaveis, e experiências de inestimavel valor.

Os trabalhos em honra de Edoardo Tommasone são todos da lavra de professores universitários, com excepção do intitulado “Le Regioni Suburbicarie nell’ordinamento del Basso Impero” devido a Mario De’ Dominicis, cuja matéria foi objeto de uma comunicação

à Secção Jurídica do V Congresso Internacional de Estudos Bizantinos, reunido em Roma de 20 a 27 de setembro de 1936. Esta última contribuição se funda em fontes históricas, epigráficas, em textos de leis romanas e em dados litero-jurídicos da maior abundância, levantando numerosos e interessantes pontos de vista sobre o direito administrativo no Baixo Império.

O Prof. Gino Gorla expõe, numa dissertação de 136 paginas muito lucidas, "L'Atto di Disposizione dei Diritti". É estudo largo, compreensivo e digno de meditação, quer pelos princípios doutrinários, quer pelas consequências que encerram, e que o autor deduz. Para se fazer idéia da extensão da monografia, basta dizer que se desdobra em nove capítulos e 57 parágrafos, sob os títulos — conteúdo do ato dispositivo; legitimação do ato dispositivo; forma e estrutura unilateral; causa; contrato e ato translativo — dois negócios distintos; consequências dessa distinção; autonomia formal do ato; autonomia substancial do ato. No estudo de cada uma dessas teses, o autor se vale de grande cópia de fontes e de escritores italianos, franceses e alemães, esclarecendo pontos controversos ou obscuros. É em suma um belo trabalho, digno do homenageante e do homenageado.

O Prof. Eugenio di Carlo escreve sobre Antonio Catara Lettieri e Pasquale Gallupi, anotando cartas trocadas entre ambos, e dando-nos informes histórico-biográficos sobre as relações inteletuaes entre o filósofo de Messina Lettieri e o filósofo calabrês Galluppi, documentando os encorajamentos deste áquele e a gentil acolhida que fez ás suas primeiras produções.

ROGELIO GALARCE e AGUSTIN MATIENZO — La Expropiación en el Código Civil Argentino — La indemnización — Sección publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas e Sociales — Buenos Aires, 1937.

O Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidade de Buenos Aires, sob a direção do Prof. Dr. Jorge de La Torre, está trabalhando fecundamente, e dando exemplos, que precisam ser imitados, inclusive pela nossa Universidade, e especialmente pela sua Faculdade de Direito. Publica trabalhos elaborados por alunos, sob a direção do Professor, que dirige o Seminário. Os jovens juristas Rogelio Galarce e Agustin Matienzo dão provas de talento jurídico notavel, e de amor ás investigações jurídicas, constituindo a sua exposição contribuição excelente, já no ponto de vista do direito

argentino, já, para nós brasileiros, pelas indicações de direito comparado. Agora que se intensificam, dia a dia, as relações culturais com a grande república irmã e amiga do Brasil, graças sobretudo aos esforços do Instituto de Alta Cultura Argentino Brasileiro, devido principalmente á juvenildade intelectual da Embaixada Ramon Carcano, — mais e mais se tornam necessários os estudos de direito comparado, entre os quais os brasileiros-argentinos devem receber maior relevo, pela reciproca influência dos jurisconsultos do Brasil e da Argentina.

A publicação ora apreciada, que contém 116 páginas de excelente impressão, trata, em sucessivos capítulos, da desapropriação no Código Civil Argentino (histórico e fontes), dos comentários dos autores argentinos; da desapropriação irregular; da indenisação, seus caracteres e elementos integrativos; do problema do maior valor; das regras particulares para determinação de valor da coisa desapropriada; dos prejuizos consequentes á desapropriação, e da desapropriação no ante-projeto do dr. Bibiloni e do Projeto da Comissão Reformadora.

O ilustre Prof. Jorge de La Torre, orientador dos autores, depois de salientar a originalidade dos seus esforços, e o propósito que manteve de dar-lhes a maior liberdade de investigações, e de opiniões, elementos indispensaveis ao regular aproveitamento dos alunos e eficiência dos trabalhos de Seminário, — conclue por afirmar que o trabalho dos snrs. Galarce e Matienzo “importa em esforço proveitoso e revela estimaveis aptidões para as disciplinas jurídicas”

Subscrevemos, sem restrições, este julgamento e concitamos os estudiosos do Brasil, professores de direito, estudantes, juizes e funcionários do Estado, a lerem, cuidadosamente, a monografia referida, — onde, ao lado de são principios doutrinários, abundam opiniões de jurisconsultos e decisões dos tribunais argentinos, do mais palpitante interesse.

Congratulamo-nos com o eminente Prof. dr. Jorge de La Torre, e com os snrs. Rogelio Galarce e Agustín Matienzo pelo valor de sua contribuição para a ciência jurídica.

Os projetos do Código criminal brasileiro (de SA PEREIRA) e do Código dos delictos para a Italia (de FERRI) — GASTÃO FERREIRA DE ALMEIDA — Edições e Publicações Brasil — S. Paulo.

Precedidos de notas críticas, e indicações gerais sobre as necessidades e diretrizes sociais do mundo moderno, o dr. Gastão Ferreira de Almeida reúne os projetos do código elaborado por Ferri e o projeto brasileiro de Sá Pereira.

O estudo preambular é interessante e oportuno, enfrentando em linhas rapidas e seguras o problema social da pena, ficando claramente fixada a orientação autoritária do direito penal do autor.

Sustentando a existência de uma nova criminologia, surgida das atuais forças sociais preventivas e repressivas, adversas ao anarquismo individualista do século passado, coloca o problema diante dos olhos dos juristas e penalistas patricios, hoje preocupados com a reforma da legislação penal.

Trata-se, por isso tudo, de obra util e oportuna.

M. F.

ZARATE (ENRIQUE CARLOS) — El Control de las Concesiones de Servicios Publicos (Curso de Investigación de Historia de las Instituciones Juridicas del Derecho Publico) (1936) — Director del Curso — Dr. CLODOMIRO ZAVALIA. Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Juridicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1937.

A Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, que tantas afirmações de operosidade didática, e fecunda investigação científica, vem dando ao mundo, — constituindo uma das mais belas revelações da grandeza cultural argentina, — publica, neste interessante livro de 92 pags., otimamente impressas, uma contribuição digna de meditado estudo. As questões aí versadas interessam profundamente o direito administrativo brasileiro, dada a semelhança

da organização político-administrativa da Argentina e do Brasil, e das dificuldades que encontra o poder publico no realizar as suas funções.

Fôra desejavel que esta monografia chegasse ao conhecimento, não só de professores, e estudantes de Direito, e ciências sociais, mas tambem de magistrados e altos funcionários administrativos, bem como dos diretores de grandes empresas concessionárias de serviços públicos, — de modo a criar uma atmosfera de mútua compreensão, cuja falta tanto se nota. Deveria ser posta á venda nas livrarias, para ser facilitada a sua divulgação.

O autor explana, em traços singelos, mas firmes, o conceito da concessão de serviços públicos; classifica as teorias sobre a sua natureza jurídica; e passa ás principais questões sobre o controle ou fiscalização, desdobrado em três aspetos principais — o contróle técnico, o econômico, e o jurídico. Entre essas questões, avultam as sobre o objeto do controle, despesas, poder do Estado, controle próprio e impróprio, e exercício do poder controlador. A bibliografia especializada, e filosófica, de que se ajudou o ilustre autor, é de excelente quilate, e só por si orienta os estudiosos. Foi-nos especialmente agradável ver justamente apreciado o belo trabalho — “*Natureza Juridica da Concessão de Serviço Publico*” com que o ilustre Prof. Mario Mazagão, desta Faculdade de Direito, se apresentou a concurso para a cátedra de Direito Administrativo. Oxalá cresça dia a dia a reciproca influência cultural da Argentina e do Brasil. A monografia ora apreciada representa valiosa contribuição, e justifica a esperança de que seu jovem autor continue a produzir outros estudos científicos e de interesse social.

S. V.

LOPES (HELVECIO XAVIER) — (Procurador do Departamento Nacional do Trabalho) — Soluções Práticas de Direito do Trabalho — Rio de Janeiro — 1937.

O Autor, que já conta grande numero de publicações sobre o problema do divórcio, direito operário, acidentes e contrato de trabalho, direito do trabalho, trabalho feminino e outros, — tem o espírito voltado para as questões trabalhistas, e demonstra, neste livro de 172 páginas, notavel equilíbrio de ideias, e o mais sincero desejo de encontrar soluções sociais dentro dos cânones da técnica juridica. Os principais assuntos que versa são — dispensa sem

justa causa, férias no comércio, férias na indústria, lei de sindicalização, carteiras profissionais, juntas de conciliação e julgamentos, nacionalização do trabalho, accidentes do trabalho, trabalho feminino.

Vê-se, que nos limites da especialidade dos assuntos, a monografia do dr. Xavier Lopes toca nos pontos mais vivos do direito operário, e as soluções que apresenta iluminam pontos obscuros na legislação e conciliam antagonismos de classe que tantas acrimônias suscitam.

Felicitemos o Autor pela sinceridade de suas opiniões, pela clareza com que as apresenta, e pela imparcialidade com que se conduz. O só fato de lançar á publicidade a sua contribuição, constitue prova do seu zelo de funcionário, e da coragem intelectual de assumir attitude.

Não admira, por isso, que a maior parte dos pareceres do Autor tenha merecido a aprovação do sr. Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e do Diretor Geral do Departamento Nacional do Trabalho. Funcionários, como o Autor, devem ser prestigiados pelo Departamento a que presta relevantes serviços.

Anciamos pelo próximo aparecimento das obras que tem em preparação — Código de Justiça do Trabalho, Salário Mínimo, Direito do Trabalho, Accidentes do Trabalho e Contrato do Trabalho, — que enriquecerão nossa ainda tão escassa literatura de direito trabalhista.

S. V.

*SERVIÇOS SOCIAIS — A. C. PACHECO E SILVA — S.
Paulo — 1937.*

As lições do prof. Pacheco e Silva na Escola Livre de Sociologia focalizam um dos mais graves problemas da civilização, que é o de combater as insuficiências e deficiências sociais. Constituem, sem dúvida uma das leituras mais pensáveis no momento, tanto mais que são professadas por uma autoridade no assunto.

O prof. Pacheco e Silva de ha muito que se dedica ao problema e não só como administrador, mas tambem como legislador concorreu preponderantemente para os novos rumos dos serviços sociais no país.

Traçando, em grandes linhas, os limites do assunto, os planos das organizações e os planos de cultura, estuda a evolução histórica da assistência na antiguidade, na Idade Média, nos tempos modernos, no Brasil. Em seguida focalisa o pauperismo e a pobreza e a luta contra ela, a previdência, o seguro, a luta contra as doenças sociais e a organização da cooperação.

Dentro desse plano, o prof. Pacheco e Silva estuda a eugenia, a assistência às mães, aos doentes e aos psicopatas e encerra suas lições estudando a medicina social e o financiamento dos serviços sociais.

Seria de desejar que o ilustre autor, que trata do assunto com tanta proficiência, desenvolvesse mais, na segunda edição da obra, os vários aspectos do serviço social no Brasil, isto é como se faz, na verdade, a assistência ao trabalhador, e aos menores, de acordo com as leis e as instituições existentes.

M. F.

*CESAR BIERRENBACH — Produções litterarias —
Publicação posthuma, compilada por VICENTINA e
NOEMIA BIERRENBACH — 2 vols. — Liv. Univer-
sal Affonso Hey — Rua Riachuelo, 230 — Curi-
tiba — Paraná.*

Nestes dois volumes de quasi 400 paginas cada um, em 24.º, se conteem os principais trabalhos literários do grande tribuno Cesar Bierrenbach, cuja eloquência arrebatadora deixara larguíssima fama na tradição desta Faculdade.

Os que não foram de sua geração, e não tiveram a ventura de “ouvir o monstro” como se disse de outro orador celebrado na Hellade, — jamais poderiam reviver, sem esta publicação, o espirito empolgante, que arrancou aplausos de S. Paulo e do Brasil.

Como, nos dois volumes, que temos á vista, se publicam trabalhos literários de varias épocas, ha defeitos de formação intelectual, ou talvez só de reprodução do seu pensamento, que produzem certa impressão de desharmonia. Mas, quando se lê tudo, e principalmente quando se lê com o amor que nos devem merecer o insigne tribuno e jornalista, e as tradições desta Faculdade, agradece-se de coração ás duas gentis irmãs do grande acadêmico, o notavel serviço que prestam ás letras nacionais, e a documentação para futuros estudos.

A época em que viveu nesta Casa, entre 1889 e 1892, no anno da proclamação da República, e no periodo imediatamente subsequente á Constituição de 1891, assinala-se por intensa efervescência dos espiritos, e por uma verdadeira revolução mental. É a época da renovação dos quadros de professores da propaganda republicana, a principio, e depois, da adaptação ao novo regimen.

Cesar Bierrenbach tomou parte ativissima no embate das idéias, e depois, ao deixar esta Faculdade, continuou como rutilante jornalista e tribuno a sua luminosa trajetória.

Oxalá, espiritos piedosos como o das gentis senhoras Vicentina e Noêmia Bierrenbach, imitando-lhes o edificante exemplo, colijam dados abundantes sobre outras personalidades de escol, cujas biografias devem ser documentadas para o historiador futuro, a bem do renome dos que se ilustraram nas letras, ilustrando esta Faculdade.

S. V.

LUIS A. ARGAÑA, Tratado de Derecho Mercantil. Três volumes. La Colmena, S. A. — Assunção (Paraguai), 1936 e 1937.

Mercê de ofertorio do autor para a Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo, conta esta com um dos mais interessantes documentos da cultura juridica paraguaia. Professor da Faculdade de Direito e Ciencias Sociais da Universidade de Assunção, Luis A. ARGAÑA, com profunda modestia, justifica a aparição deste tratado, a cuja feitura se entregou, movido por *el deseo de poner en manos del estudiantado de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales una obra de texto, que, cenida a los programas oficiales, facilite al mismo el aprendizaje del Derecho Mercantil.*

A obra feita não correspondeu, porém, aos desejos do autor. Saiu muito mais do que uma simples e rapida exposição da materia comercial e sua disciplina juridica, adequada ao manuseio estudantil. E', como seu nome o indica, um autentico tratado de direito comercial. Está, nas suas 1380 paginas, magnificamente desenvolvida a materia, em inteira consonancia com a orientação e os principios que universalmente a regem, sublinhada com colorido especial a contribuição nacional paraguaia.

Compõe-se o primeiro volume de vinte largos capitulos, cujas epigrafes revelam o assunto de que se ocupam. O comercio. O di-

reito mercantil. O problema da autonomia do direito mercantil. As fontes do direito mercantil. Os atos de commercio. Os commerciantes. A capacidade legal para o exercicio do commercio. A mulher commerciante. As limitações legais á liberdade de commerciar. O estabelecimento commercial. As obrigações comuns impostas aos commerciantes e o registro mercantil. Os livros commerciaes. A prestação de contas. As bolsas e mercados de commercio. Os agentes auxiliares do commercio: os corretores, os leiloeiros. As casas de depositos ou armazens gerais. Os empresarios de depositos. Os gerentes e os prepostos do commercio. O contrato de transporte: os carregadores, portadores e empresarios de transporte. Os contratos e as obrigações commerciaes em geral.

No segundo volume, que alcança o capitulo quarenta, se compendiam o mandato e as comissões e consignações; as companhias ou sociedades mercantis: as sociedades coletivas e as anonimas, o funcionamento destas, as comanditarias, as habilitações ou de capital e industria, as cooperativas, as accidentais ou em conta de participação; os direitos e as obrigações dos socios; a dissolução e liquidação das sociedades; o modo de dirimir as divergencias entre os socios; a compra e venda mercantil; a fiança; as cartas de credito e as de recomendação; os seguros em geral, as diversas classes do seguro terrestre, os seguros contra os riscos a que estão sujeitos os productos da agricultura e os seguros sobre a vida.

Preenche-se o terceiro volume com vinte e tres capitulos destinados ao emprestimo e ás rendas e interesses; ao deposito; ao penhor; ao contrato de cambio; á letra de cambio; aos requisitos e enunciações da letra de cambio; ao prazo das letras e ao seu vencimento; ás obrigações do sacador da provisão; aos endossos; ao aceite; aos direitos e devedores do portador; ao aval; ao pagamento; á intervenção no aceite e no pagamento; ás letras de cambio extraviadas ou perdidas; aos protestos; ao recambio ou ressaque; ás disposições gerais sobre as letras de cambio; aos vales, bilhetes e pagarei; aos outros papeis de commercio ao portador; ao roubo, perda e inutilização de titulos e cupões; á conta corrente; á conta corrente bancaria; aos cheques; aos cheques cruzados; ás camaras de compensação; e, finalmente, á prescrição liberatoria.

Eis, em sua estrutura, o tratado.

Não tem o Paraguai um codigo de commercio original. Durante a dominação espanhola vigoraram naquele país as Ordenanças de Bilbáo e, em falta, as Leis de Indias e as Recopiladas de Castilla, por via das quais os reis de Espanha dirigiam e governavam suas colonias as primeiras, e estas continham a materia processual. Pro-

clamada a independencia paraguaia, por muito tempo subsistiram aquelas leis. Decreto de 28 de novembro de 1842 ordenou a observancia, naquela republica, das leis de Castilla, tanto no civil, como no criminal. E outro, de 16 de janeiro de 1846, determinou se regressem as transações e atos de comercio pelas disposições contidas no codigo de comercio de Espanha, de 30 de maio de 1829, enquanto não fosse promulgada a legislação commercial da republica. Desde 1 de janeiro de 1904, e por efeito da lei de 5 de outubro de 1903, está adotado no Paraguai o codigo commercial argentino, de 9 de outubro de 1889.

Se em razão do espirito de universalidade do direito commercial, dia a dia mais generalizado, não se houvesse por explicada a influencia dos jurisconsultos argentinos (e dos de maior quilate são eles!) na obra de LUIS A. ARGANA, a circumstancia de terem ele e aqueles amassado o mesmissimo barro seria bastante para justificar o ar de familia que se nota neste tratado e nos argentinos. A despeito disso, nota-se originalidade na disposição da materia e uma penetrante independencia intelectual, que a clareza da exposição e a precisão da linguagem põem em especial relevancia.

Por esses e outros titulos, bem merece o insigne commercialista paraguaio o lugar de destaque que passa a ocupar na bibliografia juridica sul-americana; e sua obra é digna de apreço e da leitura dos universitarios e, notadamente, de professores e dos que, no pretorio, carecem da contribuição doutrinaria estrangeira em prol dos seus pontos de vista, dados os laços de contacto, que são imensos, entre a codificação commercial argentina e a brasileira.

W. F.

JOSEFINA QUIROGA, La madre en la legislacion argentina.

ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, La caducidad del derecho del cónyuge a custodiar los restos del esposo premuerto, por homicidio en su persona e por cremación de su cadáver.

Imprensa da Universidade. Buenos Aires, 1937.

Dirige ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, professor adjunto de direito civil na Faculdade de Ciencias Economicas da Universidade de Buenos Aires, uma publicação interessantissima. *Antologia Juridica* é como se chama. Edita cadernos mensais, cada um contendo uma monografia juridica. Os dois ultimos, chegados á Biblioteca

da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, despertam a atenção pela originalidade dos assuntos. Obras de divulgação, salientam-se pela pequenez material dos volumes em contraste com a profundidade das dissertações.

No seu opusculo, passa JOSEFINA QUIROGA em revista a legislação argentina, destinada á proteção das mãis e da infancia. Um país, como o nosso, diz a autora, referindo-se á Argentina, “em que sobra terra e faltam braços, onde existem vastas regiões despovoadas, a ação do governo deve favorecer, por todos os meios, a povoação, evitando o maltusianismo ao amparar a mãe e proteger a infancia”. Transcrevendo o capitulo da lei n. 11.317, sobre a proteção da maternidade, reproduz, em seguida, o da lei n. 11.933, referente a licenças a empregadas e trabalhadoras de empresas particulares em estado de gravidês. Por isso, proibiu esta o emprego de mulheres trinta dias antes e quarenta e cinco dias depois do parto. Assiste-lhes, nessas condições, direito a um subsidio equivalente ao seu salario integro e têm direito aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Trata, por ultimo, da criação do Departamento Nacional de Maternidade e Higiene Infantil, por via do qual se resolveu, no sentir da autora, o problema da maternidade indigente, protegendo a criança, desde sua gestação no seio materno.

No opusculo de ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO se encontra comentario a acórdão de 25 de agosto de 1936 da Primeira Camara Civil da Capital da Republica Argentina, antes publicado na *Jurisprudencia Argentina*, vol. 55, pag. 520, em que, além de outros, ficaram assentados estes principios:

I. Inexistindo disposição legal expressa ou manifestação de vontade do conjuge falecido, tem o superstite direito de preferencia para a escolha do lugar, forma e ceremonial dos funerais daquele e, em consequencia, tambem para a custodia dos restos mortais.

II. A faculdade, reconhecida ao conjuge superstite para inhumar e custodiar os restos do esposo premorto, não é absoluta, ficando ao prudente arbitrio judicial, em caso de supervenientes razões sufficientemente fundadas e graves, a determinação da pessoa a que deve ser esse direito atribuido.

III. Nas questões sobre o direito de preferencia para inhumar, as circunstancias de fato, que rodeiam o caso, têm decisiva influencia em sua solução, em merito aos valores mais em debate, que devem ser contemplados preferencialmente.

IV. A preferencia, de que gosa o conjuge superstite para inhumar os restos do pre falecido, repousa na realidade do *consortium omnis vitae*, previsto pela lei romana.

V. O homicídio, cometido pela esposa, na pessoa do conjuge premorto, priva-a do direito de custodiar os seus restos — mesmo se absolvida no processo criminal — por demonstrar a inexistencia do *consortium omnis vitae*.

VI. A perda do direito de custodiar os restos do esposo, por parte do sobrevivente que, em legitima defesa, matou seu conjuge, não vulnera o valor da coisa julgada, de que gosa o aresto criminal que o absolveu, por não implicar essa caducidade senão em condicionar o direito resultante de fatos anteriores, a que está naturalmente sujeito.

VII. A cremação do cadaver do conjuge falecido, sem consulta, nem conformidade com os parentes mais chegados, ultrapassa os limites do direito que assiste ao conjuge, relativamente á sepultura e custodia de seus restos.

Basta enunciar essas sumulas para ter-se em conta o interesse da monografia, que versa o assunto com alta superioridade e largueza de conceitos.

ERNESTO DIHIGO, Sociedades de responsabilidad limitada. Imp. e Liv. "La Propagandista" Havana (Cuba), 1936.

Por obsequio do autor, estão as coleções da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo enriquecidas com a valiosa obra — *Sociedades de responsabilidad limitada*, de ERNESTO DIHIGO, professor da Universidade de Havana. A dizer, desde logo, de seus meritos, está o ter sido ela premiada pelo Colegio de Advogados de Havana.

Divide-se o volume, que é alentado, em duas partes. Cuida a primeira da limitação do risco e das sociedades de responsabilidade limitada nas legislações estrangeiras. A segunda, das sociedades de responsabilidade limitada na legislação cubana.

Largos capitulos da primeira parte estão dedicados á legislação das sociedades de responsabilidade limitada na Inglaterra, Alemanha, França, Portugal, Austria, Brasil, Checoslovania, Polonia, Russia, Bulgaria, Chile, Espanha e Peru. Os dois ultimos tratam da reforma legislativa na Espanha, no Peru, na Suissa, na Italia, na Argentina e na Hungria.

Registrem-se as paginas atinentes á lei brasileira:

“Foi a Republica do Amazonas a terra da America em que primeiro germinou a sociedade limitada, mediante sua lei de 10 de janeiro de 1919 (n. 3.708), que as chama, como Portugal, “sociedades por quotas de responsabilidade limitada”.

“A lei brasileira é um exemplo curioso de amplitude e liberdade. Posto quasi todas as legislações, que adotaram a nova instituição, tenham estabelecido, no elabora-la, certos requisitos para compensar a restrição do risco e garantir mais eficazmente aos credores, esta lei do Brasil se inspirou em criterio amplissimo, como se verá do breve esquema em continuação traçado”.

Prossegue o tratadista resumindo a lei brasileira e conclue com estes conceitos:

“As linhas gerais, que acabamos de traçar, da lei brasileira, fazem dela um caso excecional na marcha da legislação comparada, que, mais ou menos, seguiu, primeiro, o modelo alemão e, depois, o francês, o qual, por seu turno, revela tambem a inspiração germanica. A sociedade limitada, no Brasil, não se diferencia muito do tipo corrente das anonimas, a não ser pela ausencia de ações (substituidas pelas quotas) e pela responsabilidade solidaria dos socios pela parte representada por essas quotas sociais, sistema que já vimos aplicado na Alemanha. Falando desta lei, disse o sr. JUAN LUCIANO, em seu minucioso e interessante estudo sobre a materia, que, “se bem se possa considerar um valioso antecedente, dada sua prioridade, com respeito aos demais países americanos e, até europeus, não pode, entretanto, no estado atual da legislação vigente e projetada, representar um exemplo digno de inspirar as novas legislações”.

JUAN LUCIANO é argentino e publicou, em 1928, em Buenos Aires, um tratado da materia, infelizmente ainda por nós desconhecido.

Um reparo se nos antolha, desde logo, imprescindivel, concernente á afirmação do insigne jurisconsulto cubano de se não diferenciarem muito a sociedade por quotas brasileira do tipo corrente da anonima, a não ser pela ausencia de ações, pelas quotas substituidas, e pela responsabilidade solidaria dos socios pela importancia total do capital da sociedade. A despeito de não existir nada mais diferente de que uma da outra sociedade, não poucos, mesmo no Brasil, entenderam ser a sociedade por quotas um como que arremedo da sociedade anonima, sem as formalidades de instituição e de funcionamento desta. Contribuiu para isso o art. 18 do decr. n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, assim redigido:

“Serão observadas quanto ás sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no que não fôr regulado no estatuto social, e na parte applicavel, as disposições da lei das sociedades anonimas”

Este dispositivo somente lido apressadamente pode levar áquella conclusão. Como já demonstrou o relator destas linhas e está se fixando na jurisprudencia brasileira (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 75, pag. 382 e vol. 99, pag. 130; *Arquivo Judiciario*, do Rio de Janeiro, vol. 9, pag. 151), preceituando aquele texto applicarem-se os dispositivos da lei de sociedades anonimas “no que não fôr regulado no estatuto social” das sociedades por quotas, bem claro deixou serem aqueles dispositivos complementares da vontade das partes contratantes e não da vontade do legislador. A sociedade por quotas não é, no sistema brasileiro, uma sociedade anonima simplificada, mas uma sociedade solidaria, ou em nome coletivo, de responsabilidade limitada.

Desenvolvendo esta tése, bordou o sinatario desta nota estas considerações:

“As disposições da lei das sociedades anonimas, em summa, são subsidiarias, não da lei que institue as sociedades por quotas, mas do estatuto ou contrato social destas.

Assim, se o contrato houver dotado a sociedade de assembléa geral e de conselho fiscal, omitindo, no entanto, o modo de constituição e de função destes órgãos, applicar-se-lhes-ão, por sem duvida, as disposições da lei de sociedades anonimas, relativas tanto á assembléa geral, como ao conselho fiscal” (WALDEMAR FERREIRA, *Sociedades por Quotas*, 5.^a ed., pag. 149, n. 170).

Nesse pressuposto, tendo elaborado, em 1936, um projeto de codigo das sociedades comerciais, aprovado, em segunda discussão, pela Camara dos Deputados, dedicou um titulo ás sociedades solidarias, dividindo-as em duas categorias: as em nome coletivo, de responsabilidade solidaria e ilimitada de todos os socios; e as por quotas, de responsabilidade solidaria de todos os socios, mas limitadamente, até a importancia total do capital social.

Não têm sido elas, numa pratica de quasi vinte anos, de outro modo entendidas e praticadas pelo comercio brasileiro. Raras, muitissimo raras, são as constituidas á imagem e semelhança da sociedade anonima, com uma diretoria, uma assembléa geral e um conselho fiscal. Esse organismo de funcionamento um tanto complicado tem sido posto de lado. Em sua grande maioria, as sociedades por quotas brasileiras se têm organizado com a simplicidade das sociedades solidarias ou em nome coletivo. São sociedades de pessoas. Não são sociedades de capitais.

Híbridas pareceram elas a todos os que as examinaram, logo que elas se enxertaram na legislação brasileira, e dela trataram, tidas e havidas como de pessoas e de capitais ao mesmo tempo, mercê da influencia dos comentadores da lei alemã. Hoje em dia, assim não é.

Partindo do conceito de caracterizarem-se as sociedades de pessoas pela responsabilidade ilimitada de seus socios, o Professor ERNESTO DIHIGO inclina-se para a corrente doutrinaria, que admite as sociedades por quotas entre as de caracter mixto, de pessoas e de capital a um tempo.

Regosija-se o autor desta noticia bibliografica, entretanto, com a informação, por aquele prestada, de que o projeto de codigo de comercio de Cuba, de 1929 — no mesmo ponto de vista por que se orientou o projeto de lei ou de codigo brasileiro das sociedades comerciais — considera com marcado caracter pessoal as sociedades limitadas, como provam não somente o chama-las de sociedades coletivas de responsabilidade limitada, senão tambem o seu art. 165, ao dispor que seus socios terão os direitos e obrigações que, quanto aos socios das sociedades de responsabilidade limitada (isto é, as coletivas), prescreve a secção anterior, salvo no que esta regular ou resulte regular de modo oposto.

A monografia do Professor ERNESTO DIHIGO, que revela um espirito vivacissimo, a serviço de uma profunda cultura juridica, deve ser lida carinhosamente por quantos, no Brasil, se interessam pelos problemas das sociedades mercantis.

W. F.

VICTOR N. ROMERO DEL PRADO, El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora. Imprensa da Universidade Córdoba, (Republica Argentina), 1937.

Já tivemos ensejo de dizer, não ha muito, do notavel trabalho de VICTOR N. ROMERO DEL PRADO, Juiz da Segunda Camara de Apelações no Civil e no Comercial e professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Córdoba — *El Derecho Internacional Privado en el Código Civil Argentino y en el Anteproyecto del Dr. Juan A. Bibiloni*, nesta mesma Revista, vol. 31, de 1935, pag. 600. Com outra monografia acaba de distinguir-nos o emerito jurisconsulto, e esta sobre — *El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora*. Não é apenas um trabalho de critica. Não poucas são as sugestões com que ele contribue para a feitura do futuro codigo civil argentino.

Está aberto o largo debate sobre o projeto, que marca um dos mais cintilantes documentos da cultura jurídica argentina.

Em poucas paginas de introdução, trata o eminente professor do nascimento das relações jurídicas internacionais de ordem privada e do nascimento das normas de direito internacional privado. Estuda, no primeiro capitulo, qual o metodo que se deve seguir na distribuição das normas de direito internacional privado a sancionar-se. Deve-se conservar a do código vigente? Deve condensar-se, em um titulo preliminar ou lei de introdução, tudo que se relacionar com o conflito das leis no espaço?

Formuladas as interrogações, logo se alinha a resposta negativa:

“Os conflitos legislativos se produzem em relação a cada uma das instituições que um código civil considera. Basta que uma mesma relação jurídica afete, por algum de seus elementos, o dominio legal ou jurídico de duas ou mais legislações; que se introduza, por ela, algum elemento estrangeiro na relação ou por obra da autarquia pessoal, para que caiba dentro do direito internacional privado, para que, então, seja uma relação jurídica internacional ou extranacional de ordem privada, provocando por ele, pela concorrência de leis, por exemplo, um problema de direito internacional privado, a dizer, que origina, em tal situação, a necessidade de ditar uma norma que nos indique que lei se deve eleger, qual deve aplicar-se. Logo, não é possível, pois, em um titulo unico preliminar ou lei de introdução, etc. reunir todas, as soluções ou regras de conflitos.

“O código de direito internacional privado do eminente jurista cubano SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, aprovado pela VI Conferencia Panamericana reunida em Havana, em fevereiro de 1928, vigente em doze republicas americanas, que ratificaram a respectiva convenção, contém um livro primeiro, que se refere ao direito civil, o qual se compõe de 223 artigos, duzentas e vinte e tres normas de direito internacional privado, descontados os 8 primeiros artigos, que são regras gerais. Isto nos dá idéia da impossibilidade, como já ficou manifesto, de reunir em um titulo preliminar ou como se o denomine, todas as regras ou normas de solução de conflitos de leis no espaço para todas as instituições jurídicas que um código deve abraçar”.

E isso depois de passar em revista as legislações e os ultimos projetos sobre a materia. Assim, as emendas propostas pela extinta sub-comissão legislativa brasileira, criada logo após á revolução de 1930. Os códigos civis do Mexico, do Perú e da Guatemala. O projeto SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN de reforma do código

civil de Cuba. O projeto de reforma do da Italia, da Checoslovenia e da Rumania. A legislação do principado de Liechtenstein e a soviética. Os codigos da China e do Japão.

Por todas essas razões, a obra ultima de ROMERO DEL PRADO confirma os creditos de insigne internacionalista que os seus anteriores trabalhos lhe asseguraram no cosmos juridicos argentino. E revela a argucia de um jurista emerito, afeito ao exame das questões dificeis, afim de dar-lhes a solução adequada e segura.

W. F.

CARLOS COSSIO, La normatividad según el análisis de la Conducta Jurídica. Buenos Aires, 1937.

Contem este folheto um artigo que o autor, professor de Filosofia do Direito na Universidade de la Plata, escreveu para os *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, tomo VIII, ano de 1937, e que apareceu, em tradução francesa, no caderno n. 3, ano XI, da *Revue Internationale de la Theorie du Droit*, de HANS Kelsen e FRANT WEYR.

Da sùmula dos parágrafos desta pequena, mas interessantíssima dissertação, se infere o fundo da matéria exposta. Normas gerais e normas individualizadas. A concordância entre o ser e o dever ser. As normas gerais e a essência do Direito. A possibilidade duma ciência do Direito e a impossibilidade de uma ciência da Moral e o fundamento lógico da moralidade. Valor ontológico da norma secundária na pirâmide jurídica. A estrutura da normatividade geral. A estrutura da normatividade jurídica. A administração como *a priori* jurídico e o apriorístico do direito administrativo. As modalidades da norma fundamental pura. E a remissão a respeito de outros problemas da norma fundamental.

D i v e r s o s

MENSAGEM DO DIRECTOR DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO AO DIRECTOR DA FACOLTA DI GIURISPRUDENZA DELLA REGGIA UNIVESITÀ DI ROMA

Quando do embarque da Embaixada Academica em visita á Italia, em fevereiro do corrente anno, teve o professor Francisco Morato, director da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, ensejo de endereçar ao professor Gustavo Del Vecchio, director da Facoltà di Giurisprudenza da R. Universidade de Roma, a mensagem abaixo transcripta. Foi portador da mensagem o professor Jorge Americano, lente da Faculdade de Direito, presidente da Embaixada.

São Paulo, 8 de fevereiro de 1938.

Excellentissimo Senhor Professor:

É com o mais vivo prazer que tenho a honra de apresentar a Vossa Excellencia o professor Jorge Americano, cathedratico de Direito Civil de nossa Faculdade de Direito, que segue acompanhado de um grupo de alumnos, em embaixada especialmente designada para levar a Vossa Excellencia, á Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Roma e aos seus illustrissimos Professores a expressão de nossas homenagens, de saudações de nossa Escola e dos votos de solidariedade de seus Professores e mocidade academica.

Esperamos que Vossa Excellencia acolherá com agrado nossa visita, a qual servirá para ainda mais estreitar, no mundo das letras e dos affectos, o commercio fraterno e fecundo entre os academicos brasileiros de S. Paulo e os italianos de Roma. É com ufania que aqui mantemos e vibramos para o futuro as vozes, virtualidades e esperanças de nossa raça, de coração e pensamento

voltados para os confrades que as defendem e representam no berço glorioso e fulgurante da latinidade.

Acceitae, Excellentissimo Senhor, a segurança de nossos melhores augurios e sympathia.

Ao Egregio e Excellentissimo Professor
Gustavo Del Vecchio, Direttore della
Facoltà di Giurisprudenza della Regia
Università di Roma.

(a) FRANCISCO MORATO.

PREMIO “INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE S. PAULO”

O Instituto dos Advogados de São Paulo instituiu, em fins do anno passado, um premio para o estudante que mais se distinguir no curso da Faculdade de Direito. A deliberação approvada nesse sentido foi a seguinte:

“PREMIO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Art. 1.º — Fica instituido sob o patrocínio do Instituto dos Advogados de São Paulo um premio denominado “PREMIO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO” a conferir-se annualmente ao melhor alumno que concluir o curso da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

Art. 2.º — Esse premio será constituido de doações de obras jurídicas, feitas por advogados membros do Instituto ou não, por quaesquer outras pessoas.

§ único — As obras doadas serão carimbadas com os dizeres — “Premio Instituto dos Advogados de São Paulo”

Art. 3.º — Para determinação de qual seja o melhor alumno a mesa do Instituto obterá na Secretaria da Faculdade o nome do alumno que obteve a maior média no seu curso, computada esta pela somma das notas obtidas tanto em exames parciaes como finaes a que se houver submettido, valendo zero os exames parciaes a que houver faltado, e

servindo de quociente o numero de exames a que era forçado a submeter-se.

§ único — No caso de empate dividir-se-á o premio entre os varios alumnos de médias iguaes.

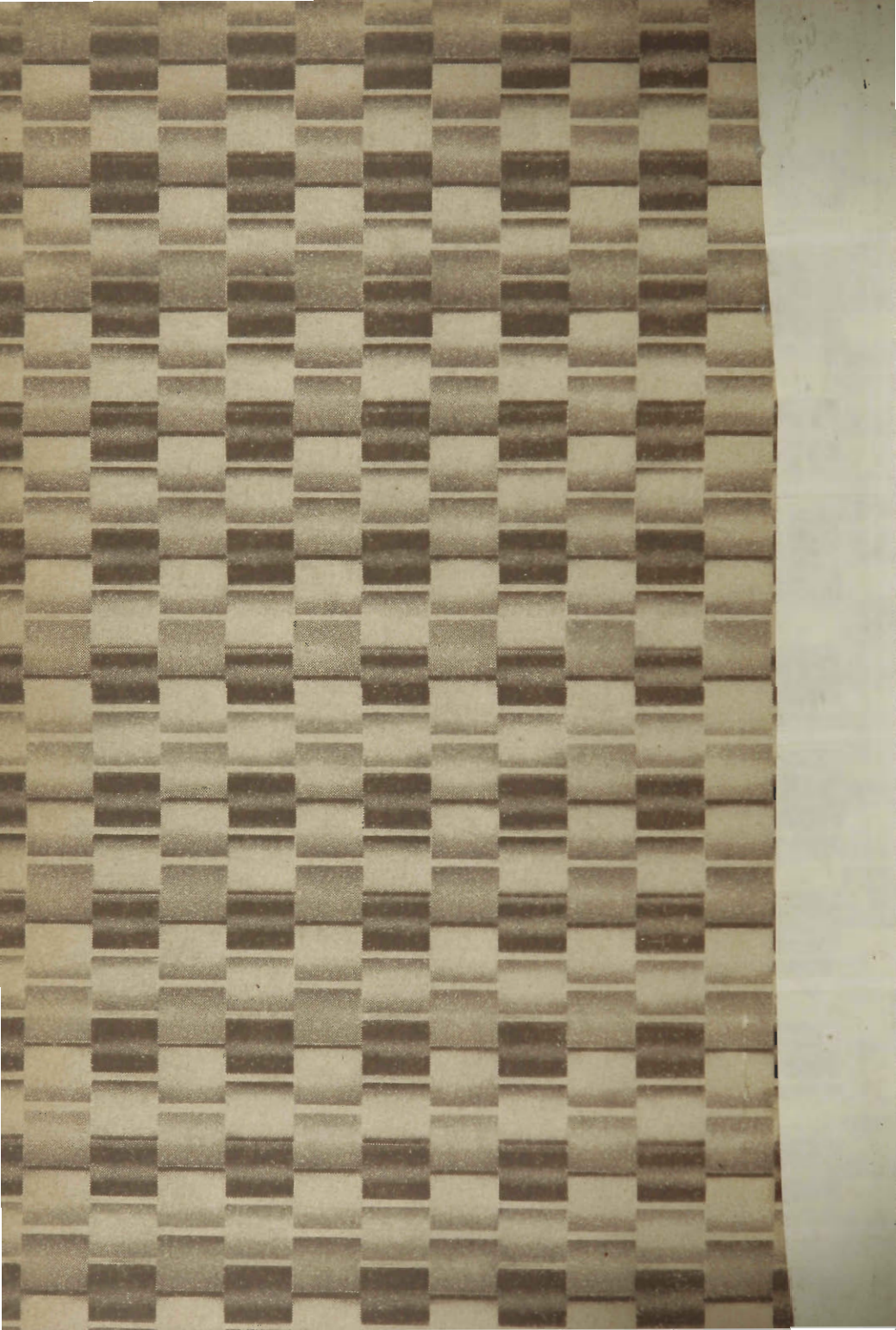
Art. 4.º — A mesa do Instituto fará annualmente a publicidade necessaria á obtenção de doações.

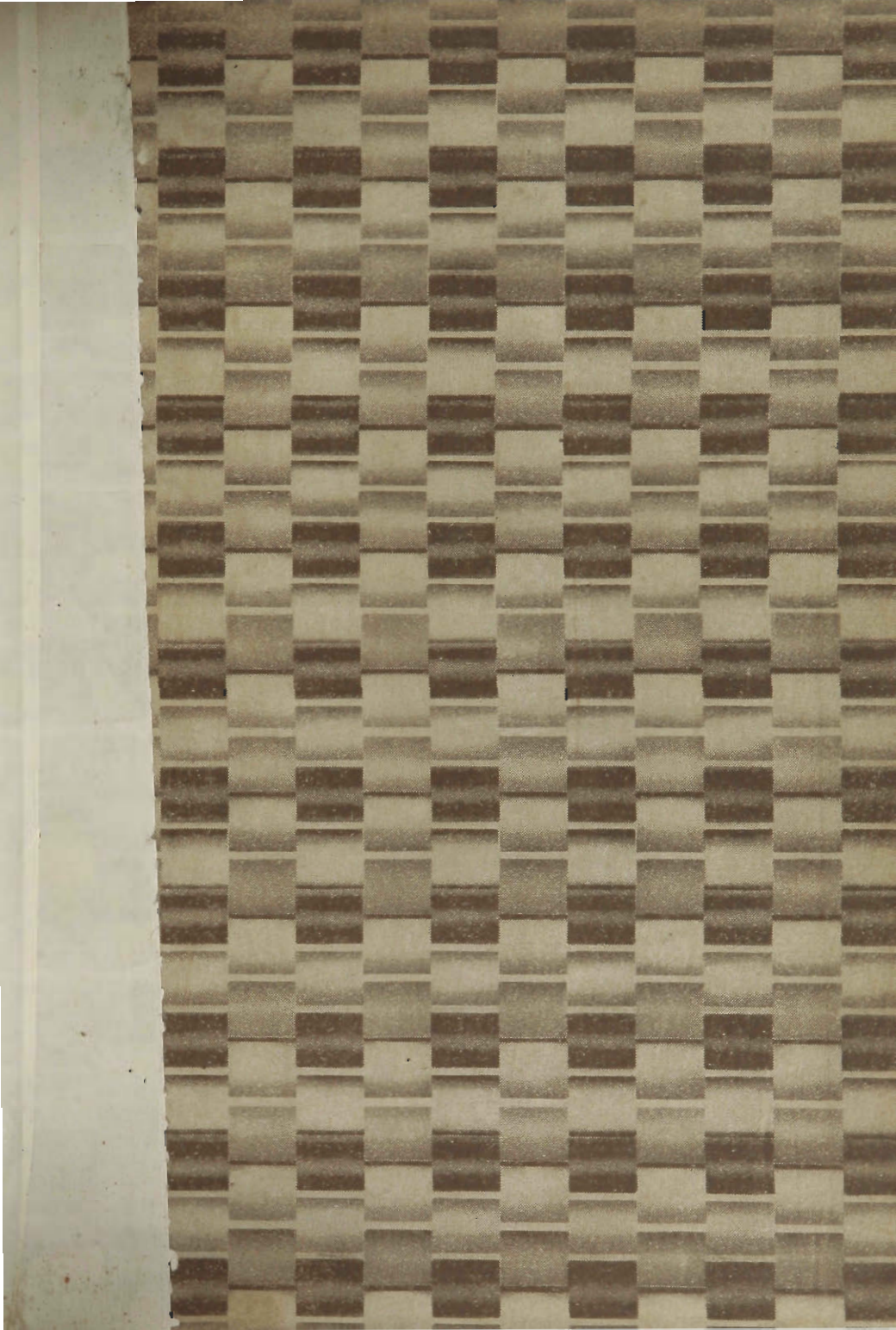
Art. 5.º — O premio será conferido em sessão plenaria solenne do Instituto.

São Paulo, dezembro de 1937”.

O premio coube, pela primeira vez, ao dr. Carlos Nobrega Duarte que se classificou como o melhor estudante de direito da turma de 1937. Foi conferido em sessão solenne do Instituto realizada, a 19 de janeiro do corrente anno, na Faculdade de Direito, com a presença do representante do sr. interventor Federal neste Estado; do professor Jorge Americano, presidente do Instituto; dos professores Noé de Azevedo e Soares de Mello; do dr. Carlos Nobrega Duarte; e de numerosa assistencia.

O premio constou de uma centena de obras juridicas de grande valor.







ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).