





UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

1962

VOLUME LVII - 57



120810



Revista
da
Faculdade de Direito

34

37-8.4 (816.1)

1962

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR
DR. ALFREDO BUZAI
DR. MOACIR AMARAL SANTOS

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
ENRICO TULLIO LIEBMAN

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1963)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA

PROFESSORES JUBILADOS

DR. J. J. CARDOSO DE MELO NETO
DR. SPENCER VAMPRE
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA
DR. ALEXANDRE CORREIA
DR. LINO DE MORAES LEME
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. VICENTE RAO
DR. JORGE AMERICANO
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA de Direito Internacional Público
DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo
DR. ERNESTO DE MORAES LEME de Direito Comercial
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO de Direito Comercial
DR. NOÉ DE AZEVEDO de Direito Penal
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR de Legislação Social
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciências das Finanças
DR. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional
DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado
DR. LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR de Introdução à Ciência do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZAI de Direito Judiciário Civil
DR. MOACIR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. NICOLAU NAZO de Direito Civil

DOCENTES LIVRES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO de Direito Judiciário Penal
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES de Direito Civil
DR. HILARIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR de Direito Constitucional
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Internacional Privado
DR. LUÍS ARAÚJO CORREA DE BRITO de Direito Internacional Privado
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal
DR. ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS de Introdução à Ciência do Direito
DR. VICENTE MAROTA RANGEL de Direito Internacional Público
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
DR. JOSÉ LUIS DE ALMEIDA NOGUEIRA PORTO de Economia Política
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito
DR. SÍLVIO RODRIGUES de Direito Civil
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil
DR. LUÍS AMBRA de Direito Judiciário Civil
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR de Medicina Legal
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR de Direito Administrativo
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

1962

VOLUME LVII



COMISSÃO DE REDAÇÃO

PROFESSORES:

Dr. Basileu Garcia.

Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira.

Dr. Miguel Reale.

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO:

· Maria Angélica Rebello.



341.5(07)

Autonomia, ensino básico-obrigatório e literatura geral do Direito Internacional Privado.

Haroldo Teixeira Valladão

Catedrático de Direito Internacional Privado
na Faculdade Nacional de Direito.

SUMÁRIO: 1. Histórico. 2. Autonomia didática. 3. Universalidade da Cátedra Obrigatória no Currículo. 4. Autonomia e obrigatoriedade do ensino no Brasil. 5. Fracasso da transferência para o doutorado (1931-1935). 6. A Cátedra de DIP é básica: não pode ser optativa. 7. Literatura Geral do DIP nos principais Estados. 8. Organizações internacionais e nacionais dedicadas ao DIP. 9. Revista e outras publicações periódicas. 10. Repertórios e coletâneas especializados.

Histórico.

1. O estudo e o ensino do DIP¹ nascem nos fins da idade média, quando os professôres explicavam o Código de Justiniano, e logo, à entrada, na glosa à primeira Lei,

1. H. VALLADÃO, no livro *O Ensino e o Estudo do Direito* especialmente do DIP no Velho e Novo Mundo, 1940, obra antes publicada em capítulos in *Arg. Jud.*, 45/11, 153 e 187, 46/61, 75 e 91, 49/21, 53/78 e na *Rev. Trib.* São Paulo, vv. 115/334 e 328, 116/235 e 922, 117/345, 11, 794, 12/267 e 691 e 124/241; antes, RODRIGO OTÁVIO, *Bibliografia brasileira de DIP*, in dicionário de DIP, 1933 e SÉRGIO LORETO FILHO *A disciplina do DIP, sua bibliografia e seu estudo no Brasil*, in *Rev. Acad.* (Recife), 1935; ZEBALLOS, *L'enseignement du DIP en Europa et en Amérique*, *Bulletin Argentin de DIP*, 1903, 226/68, 1905, 61/71 e 215/18, 1909, 362/7; antes *Aperçu de l'État actuel de l'enseignement du Dr. Int. en divers pays*, in *Ann. Inst. Dr. Int.*,

à *Lex Cunctos Populos*, “*De conflictum Legum*” Assim permaneceria nas Universidades até as reformas dos fins do Século XVIII.

Em Coimbra, na Faculdade de Leis, dentre as várias cátedras existentes, tôdas de direito romano; Digesto, Institutas. . ficariam nas do Código, até serem criadas, na radical transformação dos Estatutos de 1772, as cátedras de Direito Civil Pátrio e de Direito Natural, Público Universal e das Gentes, passando a matéria do DIP a ser ali examinada a princípio no Direito Civil, no Livro de Pessoas, Capítulo dos Estrangeiros (MELLO FREIRE, BORGES CARNEIRO e LIZ TEIXEIRA).

Versados que foram o direito dos estrangeiros e os conflitos de leis na parte Preliminar, primeiros artigos das grandes codificações civis iniciais do Século XIX (Code Civil, 1804, ABGB, 1811), veio o assunto até meados do Século XIX a ser examinado mui abreviadamente, nos cursos e na Introdução das obras de Direito Civil, particularmente, na França, na Bélgica, na Alemanha, na Áustria, na Suíça, na Espanha. D’outra parte na tradição científica do Direito das Gentes entravam nos Capítulos, das Relações dos Estados ou dos respectivos Direitos de Legislação, embora também resumidamente, problemas de DIP².

1878/324 e 180/344. A maioria absoluta dos dados constantes dêste trabalho se encontra documentada na obra de H. VALLADÃO, citada, *O Ensino e o Estudo*.

2. VATEL, *Droit des Gens*, L. 2, Cap. VIII, ANDRÉS BELLO, *Principios de Derecho das Gentes*, 1832, P. I., Cap. 4; G. DE MARTENS, *Précis de Droit des Gens*, L. III, Chap. III (com uma orientação reacionária combatida brilhantemente nas notas de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA à edição francesa de 1831); WHEATON, *Elements de Dr. Int.*, 1836/1848, 2 P. Chap. II; FUNK BRENTANO, *Précis de Dr. des Gens*, 1877, L. 1. Chap. II, estudando o DIP sob o nome de *Droit des Gens Privé*.

Autonomia Didática desde o último quartel do século XIX.

2. A autonomia didática de uma disciplina sucede, naturalmente, à sua independência científica. O DIP, objeto de notáveis obras especializadas, de STORY (1834), ROCCO (1837), BURGE (1838), SCHAEFNER (1841), FOELIX (1843), VON BAR (1862), PIMENTA BUENO (1863), só vai obter lugar próprio no currículo das Faculdades de Direito, no último quartel do Século XIX, cátedra autônoma ou curso desdobrado, da de Direito Internacional.

O Direito das Gentes depois Direito Internacional, permaneceu unido às cátedras de Direito Natural e de Direito Público e Constitucional, nos principais países até os meados e mesmo fins do Século XIX. No Brasil, porém, embora à instituição dos Cursos Jurídicos, 1827, a primeira Cátedra do 1.º ano se denominasse: Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, *Direito das Gentes e Diplomacia*, estas duas últimas partes tinham certa autonomia, sendo objeto de estudo exclusivo e separado no 2.º ano onde já cuidavam os primeiros professores AUTRAN³ e MENEZES DRUMMOND⁴ de questões de DIP. Noutros países o Direito das Gentes já se destaca como objeto de cadeira autônoma⁵ e, depois, com o nome de Direito Internacional, aí também, versada a matéria de DIP⁶ e, afinal, com o título, Direito Internacional Público e Privado, a

3. PEDRO AUTRAN DA MATA E ALBUQUERQUE, *Elementos de Direito das Gentes*, 1851, parág. 15-18, foi o autor, Diretor da Faculdade, Conselheiro do Império e era doutor em direito da Universidade d'Aix, 1827, vide VALLADÃO, *Paz, Direito e Técnica*, p. 323.

4. *Preleções de Direito Internacional* (nome ainda inexistente no currículo), parág. 15-18.

5. Em Paris, da cátedra, 1803, de *Direito Natural e das Gentes*, desmembrou-se êste em 1829, mas só para o doutorado.

6. ORTOLAN escrevendo em 1845, *Règles Internationales et Diplomatiques de La Mer*, I. Chap. IV, dizia que à denominação Direito das Gentes “on a substitué depuis celle plus exacte de Droit International, usité surtout par les anglais” (International Law). Na Ingla-

princípio no Piemonte⁷. A Itália, por força desta tradição pioneira de 1858, continua sendo até hoje, apesar de tentativas recentes pela ampla independência^{7a}, um dos raros países, em que o DIP ainda está na mesma cátedra com o Direito Internacional Público, *mas o seu ensino ali, em ano ou em semestre, é autônomo, obrigatório, e tem determinado uma notável bibliografia.*

Universalidade da cátedra obrigatória no currículo.

3. *Na totalidade dos países o DIP adquiriu plena autonomia constituindo matéria obrigatória, do currículo, básica, de regra no último ano do curso normal de direito como revisão geral dos estudos.* Na Europa em primeiro lugar, ao que parece, na Holanda, por lei de 1876, lecionado, 1877, em Utrecht por HAMAKER e em Amsterdam por ASSER⁸. Na França instituiu-se a cadeira de DIP como matéria obrigatória do curso de bacharelado (licence) desde o decreto de 28 de dezembro de 1880, inaugurada por LAINÉ, confirmado por outro Decreto de 30 de abril de 1895 antes, assim, da criação, no mesmo bacharelado, da

terra a cátedra de "International Law" se cria em Cambridge a 1867, e PHILIMORE na obra *Commentaries upon International Law*, versa no IV Tomo, 1861, "Private International Law". Também cuidam do DIP na Alemanha, HEFTER, *Le Dr. Int. Publ. de l'Europe*, L. I. Chap. III, na Áustria, A. DE PETRUCHEVECZ, *Code de Dr. Int.*, 1861, p. 20, na Argentina, CALVO, *Le Dr. Int. Théorique et Pratique*, DIP, Chap. VII, a 1.^a ed. em castelhano, 1868.

7. Assim na Itália, da antiga cátedra de Direito Constitucional e Internacional (onde CASANOVA lecionou, separado, 1848, Direito Internacional, tratando do DIP, nas Lez. XXXI — XXXVIII do seu *Dir. Internaz.*), foi desmembrada, 1850 a de Dir. Int. Público Privado e Marítimo, imortalizada pelo seu primeiro titular, MANCINI.

7.^a Vide reunião dos professores italianos de Dr. Internaz. de 24-X-1958, in *Dir. Int.*, V. 13/206, 1959.

8. Informação de ASSER, in *Ann. Inst. Dr. Int.* 1880/336 e CLUNET, *Tables Générales*, 1844/1904, I, p. 517.

cátedra de Direito Internacional Público realizada só pelo Decreto de 24 de julho de 1890.

Na recentíssima reforma do ensino jurídico francês, 1961, no último ano do curso normal, bacharelado (licence) onde todos os cursos são opcionais, *permaneceram como matérias obrigatórias, dada sua grande importância práctico-profissional, as cadeiras de DIP e de Direito do Trabalho.*

A seguir, na Suíça desde 1880, com os cursos de BROCHER em Genebra e ROGUIN em Lausanne, na Espanha desde a reforma de 1883-84, o DIP passou a figurar “en la Licenciatura de la Facultad de Derecho como enseñanza independiente”⁹; na Bélgica desde 1890 em Gand com ALBERIC ROLIN, em Portugal após a República (1910), em Coimbra com MACHADO VILLELA, 1912/13, na Grécia, a princípio em cátedra de Direito Internacional Público e Privado, 1894, e destacado, após a primeira Grande Guerra Mundial em Atenas com MARIDAKIS, na Polônia em antigo curso de Direito Constitucional e Internacional Público e Privado, separado, após 1923 e 1924; na Rumânia com a mesma evolução¹⁰. Na Inglaterra e na Escócia o DIP desde 1877/1878 é exigido *para os universitários e nos exames para o exercício da advocacia* no Council of Legal Education, nos Inns of Court, com o curso inicial de HARRISON, professor da matéria, no Middle Temple Hall, de 1877/1889¹¹, o que explica o extraordinário desenvolvimento bibliográfico ali existente.

A América, onde o DIP é hoje ensinado, *autônoma e obrigatoriamente, no último ano do currículo do bachare-*

9. TORRES CAMPOS, *Elementos*, n.º 6. Atualmente há Universidades em que o ensino é em conjunto, em período separado com o Dir. Int. Públ., noutros, porém, v. g., Madrid, é objeto de cátedra própria.

10. Na Alemanha o ensino, não seguiu diretriz genérica; *um curso*, em Berlim, de direito privado e penal internacional, de GOLDSCHMIDT, 1877/8, em Bonn, uma cátedra independente com ZITELMANN, 1897... A mesma instabilidade na Áustria e na Hungria.

11. CLUNET, 1879/216 e 1881/1882.

lado, em todos os Estados, e, em *muitos, também aprofundadamente, no doutorado*, dividiria com a Europa, a primazia do seu ensino independente, realizado no Perú, na Faculdade de Ciências Políticas e Administrativas de Lima, 1877, por PRADIER FODERÉ. Mas nas Faculdades de Direito a primeira foi a de Buenos Aires que em 1878 o desdobrou da cátedra de Direito Internacional Público do 1.º ano, para ser dado no 2.º, e, afinal, o estabeleceu como cátedra autônoma por reforma de 1883, com AMÂNCIO ALCORTA ¹².

Vem logo o Salvador, 1880; Colômbia, 1886; Uruguai com GONZALO RAMIREZ em 1887; México, 1889 (antes, desde 1867 unida à de Derecho das Gentes) com JOSÉ ALGARA na Universidade Nacional; Venezuela, 1896, com CARLOS F. GRISANTI; Cuba, já em 1893 com BUSTAMANTE por quase sessenta anos ¹³; Perú, 1896; Chile, 1901; Equador, Paraguai, Haiti desde 1850; República Dominicana, Guatemala, 1920; Honduras, Bolívia, 1918; Costa Rica, 1926 com FRANCISCO ECHEVERRIA; Panamá, 1935; Nicarágua, 1957 (antes com Direito Internacional Público).

Nos Estados Unidos desde o Século XIX em Harvard com BEALE, a cadeira de “Conflict of Laws” está no último (3.º) ano de bacharelado das Universidades e, embora opcional, *como tôdas as disciplinas dêsse ano, é uma das mais procuradas com os cursos cheios de estudantes*, pelo alto interêsse profissional, em país de imigração e com pluralidade legislativa ¹⁴. Semelhantemente, no Canadá, em especial nas Universidades de Montreal e Toronto (com o decano J. FALCONBRIDGE). No Japão a matéria foi ensinada pela primeira vez em 1897 pelo professor TÔRU TERAÔ, em curso desdobrado da cátedra de Dir. Intern. Púb.; veio tornar-se autônoma, em 1901, com o professor SABURO

12. I, Prefácio.

13. VALLADÃO, *Paz Direito e Técnica*, p. 277.

14. LORENZEN, 203.

YAMADA¹⁵, havendo atualmente três *curso*s de DIP, *elementar* (3.º ou 4.º ano do curso ordinário) *médio* (post-graduado, “Master Course”) e *superior* (doutorado)¹⁶.

Autonomia e obrigatoriedade do ensino no Brasil.

4. No Brasil, apesar de na obra pioneira de 1863, PIMENTA BUENO ter reclamado a necessidade do estudo do DIP, “que é de suma importância”, só na República, na Reforma BENJAMIN CONSTANT, 1891, começa a funcionar a nova cadeira de Legislação Comparada na qual CLÓVIS BEVILÁQUA abriu o ensino do DIP, *destacando-lhe a relevância e reclamando a sua autonomia*; naquela reforma aparece no 2.º ano a cadeira independente, de Direito *Internacional e Diplomacia*. É no Código de Ensino de 1901, de EPITÁCIO PESSOA, que se menciona a disciplina pela primeira vez, alterando-se a nomenclatura daquela cátedra do 2.º ano para “Direito Internacional Público, *Privado e Diplomacia*”, inaugurando o seu ensino na Faculdade de Direito do Recife, a 1901 em curso complementar, pelo professor LAURINDO LEÃO.

A *instituição da cátedra autônoma de DIP*, independente da de Direito Internacional Público, se deve à antiga Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais (hoje Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil) em 1906, com o ensino entregue em 1907 a RODRIGO OCTAVIO, até 1930, quando a princípio por licença e depois, por jubilação, teve por sucessor até hoje, o docente livre (1929) e, afinal, catedrático (1940) em virtude de concurso, HAROLDO VALLADÃO. A Lei do Ensino de 1911 mandou que se desse um curso complementar da matéria, três vezes por semana, da cátedra de Direito Internacional, o que se verificou desde 1912, na Faculdade de Direito de São Paulo.

15. *Apud* EGAWA, H., *PIL in The Japan Science Review Law and Politics*, 4, 1953, p. 129.

16. Informações estas que agradeço ao Professor IWATARO KUBO, catedrático de DIP nas Universidades de Hitosubashi e Aoyamagakuin.

As Faculdades, porém, vão dando autonomia à disciplina; assim em 1911 na antiga Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro (que se fundiu com a Livre de Ciências Jurídicas e Sociais, em 1920, constitutivas afinal, da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil) e na Faculdade Livre de Direito de Pôrto Alegre; nas Faculdades oficiais, São Paulo e Recife, por proposta de 1913 aprovada em 1914.

A *consagração oficial da autonomia do DIP* vem com a Reforma do Ensino de 1915, colocando-a, como matéria obrigatória do 5.º ano do bacharelado, em tôdas as Faculdades do Brasil.

Justificando a autonomia oficial da cátedra disse o eminente jurista pátrio e Ministro de Estado, autor da Reforma, CARLOS MAXIMILIANO: “*era uma vergonha que um país que instalou pomposamente na sua Capital um congresso de DIP não ensinasse esta ciência moderna e cada dia mais útil, nas suas faculdades jurídicas*”.

Passa para o 4.º ano, na Reforma de 1925, para o doutorado na Reforma do Govêrno Provisório, Decreto-lei de 1931, *a fim de retornar em definitivo, ao bacharelado, com a volta ao regime democrático, desde a Lei n.º 144, de 11 de novembro de 1935.*

Fracasso da transferência para o doutorado (1931-1935).

5. A argumentação da Reforma de 1931 para transferir a cátedra de DIP do bacharelado para o curso, recém inaugurado, de doutorado, constava de duas razões: a) “*falta de motivos que justifiquem sua existência como disciplina autônoma em curso profissional de direito*” e b) tendo “*por objeto a aplicação das mesmas regras jurídicas de que tratam as outras cadeiras de direito privado... de acôrdo com princípios especiais. . tais princípios devem ser estudados de modo geral no direito privado. . passan-*

do a cadeira de DIP à matéria de especialização. . mais bem colocada no curso de doutorado”¹⁷.

Eram razões superficialíssimas, revelando total desconhecimento quer prático quer científico da matéria, e determinando, assim, quatro anos após, em 1935, a restauração por lei do Congresso da cadeira no bacharelado, segundo foi antes acentuado.

A *improcedência do primeiro argumento* é manifesta: o DIP, pelo seu objeto, evolui na razão direta do intercâmbio mundial de pessoas e cousas — e este cresce vertiginosamente, com os problemas cada vez mais numerosos dos conflitos das leis decorrentes da condição e da atividade de estrangeiros no Brasil — país de imigração, e de brasileiros no estrangeiro, despertando, pois, grande e contínuo interesse profissional na vida judicial e extra-judicial, no fôro e nos negócios, na administração¹⁸.

É, assim, sem contestação, matéria de trato diuturno dos advogados, membros do ministério público, tabeliães, juizes, autoridades... Basta consultar nas revistas e publicações forenses e administrativas e nos órgãos oficiais do Judiciário, do Executivo e Legislativo, as decisões, os despachos, as Consultas, os Pareceres, os Projetos de Leis, e verificar ainda, o desenvolvimento extraordinário e único do ensino, do estudo e da *bibliografia* do DIP no Brasil e no Mundo¹⁹.

17. Vide Exposição de Motivos do Decreto-lei de 1931 e respectiva crítica em HAROLDO VALLADÃO, *O DIP nos cursos jurídicos*, *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, II, n.º 3, p. 33, *Rev. Jurisp. Bras.*, 13/279 e *Rev. Trib. São Paulo*, 79/445; DESPAGNET, in *Clunet*, 1890/785.

18. Lógica, assim, a atitude da Congregação da Faculdade de Direito de S. Paulo que em 1934, ao ser incorporada à Universidade autônoma de São Paulo, *considerando o interesse prático-profissional das disciplinas*, fez o DIP retornar ao bacharelado, passando para o doutorado o direito internacional público...

19. Consulte-se o livro de H. VALLADÃO, *O Ensino e o Estudo*. . Destaque-se no Brasil, a larga contribuição doutrinária e jurisprudencial publicada, sôbre a matéria, pela *Revista dos Tribunais* de São Paulo, 1911/1961; *é repertório indispensável ao estudo do DIP no Brasil*.

Impossível destarte, afastar do bacharelado, mesmo se considerado, apenas um curso profissional de direito, a cadeira de DIP, uma das de maior aplicação na vida prática e básica na formação do jurista.

Descabido, outrossim, o *segundo argumento*, uma vez que o DIP *não tem* “por objeto a aplicação das mesmas regras jurídicas de que tratam as outras cadeiras de direito privado”, pois estas cuidam dum *certo* direito, privado, num plano nacional, estadual. . e as de DIP regulam outro assunto, a divergência, segundo é corrente na doutrina, desde STORY, FOELIX e PIMENTA BUENO, no Brasil até com o apoio da jurisprudência do Supr. Trib. Fed.²⁰, das várias nações, estados, províncias, religiões, no espaço, indo além daquela classificação vaga, imprecisa, superada, de público ou privado, *para abranger a contrariedade legislativa em matéria civil, comercial, industrial, aérea, trabalhista, penal, processual, administrativa*. E os declarados “princípios especiais”, “que constituem as regras de DIP”, *não são apenas princípios de direito privado, mas, qual se viu, princípios quer de natureza internacional, quer de caráter público seja de ordem privada, integrando um corpo especializado de doutrinas que só, contraditoriamente, poderia ser “estudado de modo geral no direito privado” . . .*

Finalmente seria um retrocesso incompreensível *voltar nos meados do Século XX ao ensino fragmentado do DIP, nas cátedras de direito civil, donde saiu, há mais de um século, dada sua magnitude, passando até hoje em alguns países a desdobramento, anual ou semestral, do direito internacional, mas na quase totalidade dos povos, é cadeira autônoma, obrigatória.*

20. Vide H. VALLADÃO, *Da Competência da Jus. Federal nas Questões de DIP*, in *Estudos de DIP*, p. 575/802 e in *Rev. Tribs.*, S. Paulo, LX/13 e, na *jurisprudência do S. T. F.*, proclamando aquêle conceito amplo, o acórdão *leader*, no Rec. Extr. 113 (Jurisp. S. T. F., 1895/134) e os numerosos, posteriores, citados nos trabalhos acima.

A cátedra de DIP é básica: Não pode ser optativa.

6. D'outra parte, a cátedra de DIP não pode ser meramente optativa, desde que versa matérias que *abrangem*, sob o ângulo da diversidade legislativa espacial, *todos os ramos do direito*, conflitos de leis civis, comerciais, processuais, penais, administrativas, fiscais, etc.. segundo se vê do programa da cadeira aprovado pela Congregação, sendo *necessária*, assim, a qualquer especialização escolhida pelo aluno, *indispensável*, portanto, a todo jurista, *básica* no currículo.

Por isto a Faculdade Nacional de Direito ao organizar os seus Departamentos, não incluiu o DIP nem no Departamento de Direito Público, nem no de Direito Privado, nem no Direito Penal, mas num Departamento autônomo, *de Estudos Gerais, juntamente com Direito Romano e Introdução à Ciência do Direito, Regimento* (publicado no D. Oficial, de 14 de março de 1947), art. 83, c²¹.

Foi a consagração, *num diploma didático*, do plano genial de TEIXEIRA DE FREITAS, elogiado pelos eminentes mestres, PHILADELPHO AZEVEDO, HAHNEMANN GUIMARÃES e OROSIMBO NONATO, de tratar do DIP numa Lei Geral, uma vez que o seu âmbito ultrapassa os Títulos Preliminares ou Leis de Introdução, dos diversos Códigos, cuida da matéria referente “a todos os ramos da legislação”, “não guardando ligação necessária” com os referidos Códigos.

E foi a diretriz que veio a ser adotada, recentemente, quando o Govêrno Federal nomeou juristas para a reforma da legislação brasileira, 1961, *excluindo do Código Civil a*

21. Em verdade o DIP no último ano, com o estudo no plano espacial, da diversidade legislativa em matéria civil, comercial, industrial, trabalhista, penal, processual, etc... síntese dum verdadeiro Exame de Estado (na tradição alemã) — é alí uma *réplica* final do Direito Romano e da Introdução, no primeiro ano...

Lei de Introdução, que passou a ser objeto de uma nova Lei autônoma, sôbre a Lei em Geral²².

O melhor estudo feito, no Brasil, sôbre uma reforma do ensino jurídico, com matérias obrigatórias e optativas, foi a Aula Inaugural de 1955 dos Cursos da Faculdade Nacional de Direito, dada pelo eminente catedrático de direito civil, professor SAN TIAGO DANTAS, publicada na Revista Jurídica, dessa Faculdade, vol. XIII/XIV — 1955/56.

No *Esbôço de Reforma que ali apresentou escreveu êle*: “os currículos especializados — Cada uma das especializações opcionais admitidas determina uma alteração no currículo escolar. . Um grupo de disciplinas permanece *invariável no currículo, por não se achar na dependência direta desta ou daquela especialização*. São elas a Introdução à Ciência do Direito, o Direito Romano, o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Internacional Público, o *Direito Internacional Privado*, o *Direito do Trabalho*, o Direito Judiciário Civil e o Direito Judiciário Penal. . ”²³.

E incluiu nos quatro currículos especializados, que propôs, além doutros que o Conselho Universitário quizesse criar, nos Cursos de Direito, A, com especialização em Direito Penal, B, com especialização em Direito Administrativo, C, com especialização em Direito Comercial, D, com especialização em Economia e Ciências Sociais, *sempre no 5.º ano, a cadeira de DIP*.

Foi a mesma orientação que tomou, segundo vimos, a última Reforma do Ensino Jurídico da França, de 1961, que estabelecendo, no último ano do currículo *só matérias opcionais, manteve, ali como obrigatórias, DIP e Direito do Trabalho*, pela sua importância prático-profissional generalizada e atualidade indiscutível para a constituição do jurista.

22. HAROLDO VALLADÃO, *A Lei de Intr. ao Cód. Civ. e sua Reforma*, em tôdas as principais Revistas do Brasil, e na *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito*, vol. 17, p. 207/228.

23. v. Vol. XIII/XIV, 1955/6, p. 7 a 36.

Na mesma diretriz, a Faculdade Nacional de Direito ao selecionar um pequeno grupo de matérias para os exames de revalidação de diplomas, ali incluiu DIP e *Direito do Trabalho*, Regimento, (art. 66) — que é padrão legal obrigatório mínimo para tôdas as Faculdades do Brasil, *ex-vi* do Decreto n.º 24.279, de 22-5-1934, art. 8, II, *a a e* — entendendo que *nenhum* bacharel formado por Faculdade de Direito estrangeira poderá obter diploma igual no Brasil sem prestar exames daquelas duas disciplinas, de grande desenvolvimento contemporâneo no campo da ciência jurídica e da maior necessidade para qualquer jurista atualizado.

Seria incompreensível que se exigisse para os bacharéis, diplomados no estrangeiro, que aqui viessem pleitear a validade de seus diplomas, exame de Direito Internacional Privado e de Direito do Trabalho e não se exigissem tais matérias dos bacharéis que vão se diplomar no Brasil. .

Ademais o Brasil ratificou, com reserva apenas de dois artigos a Convenção de Havana de 1928 (Dec. 18.871 de 13-8-1929), aprovando um código panamericano de DIP, e que *é, qual não podia deixar de ser, estudado e Ensinado, anualmente, nas Faculdades de Direito do País*. Seria impossível estudá-lo noutra cadeira que não a de DIP. .

Não se diga que a relevância do DIP diminuiu com a substituição do princípio da nacionalidade, da Introdução do Código Civil, pelo do domicílio, da Lei de Introdução de 1942, *pois a matéria assim modificada correspondeu apenas a dois artigos, o 8.º e 14.º duma para o 7.º e 10.º doutra* (aliás o *princípio da nacionalidade persiste* em matéria de sucessão por *fôrça do texto da Constituição Federal*, artigo 165) dentre os diversos artigos daqueles dois diplomas. No Código Bustamante, os textos pertinentes a tal matéria são menos de 10% do total, cêrca de trinta e poucos, em 437.

E justamente *nos países que adotam a lei territorial ou a lei do domicílio* em assuntos em que o Brasil adotava a lei nacional, *at nesses países, a grande maioria dos Estados do Globo*, a Inglaterra, a Escócia, todos os antigos Do-

mínios e Colônias, hoje numerosas nações independentes, os Estados Unidos com todos os seus Estados, todos os Estados da América Latina, com exceção de Cuba, Haiti e República Dominicana, *em todos êles o desenvolvimento do DIP é crescente e prodigioso, sua cátedra é autônoma, básica, obrigatória*, segundo vimos, seu estudo é necessário para admissão nas carreiras de advogado, de magistrado, de ministério público, de diplomata e altos funcionários ministeriais, *e a sua bibliografia é cada vez mais florescente*, através de muitíssimas obras, tratados, cursos, manuais, em sucessivas edições, *qual veremos a seguir*.

A literatura geral do DIP nos principais estados.

7. A literatura do DIP é uma das mais vastas das diversas disciplinas do curso jurídico, sendo difícil encontrar alguma que a ultrapasse. É o que mostraremos adiante.

Mencionaremos aqui, para cada Estado, as *principais e básicas obras modernas* (Século XIX e XX) *dedicadas ao DIP de modo geral*, deixando de lado os numerosíssimos trabalhos especializados, uma vez que seria preciso um grosso livro para indicar todos²⁴.

Começando pelas Américas citaremos nos Estados Unidos o primeiro livro moderno²⁵ de JOSEPH STORY, *Conflict of Laws, Foreign and Domestic*. ., Boston, 1834 e 8.^a ed., 1883, tradução castelhana de C. QUIROGA, *Conflicto de las Leyes*, 2 vols., Buenos Aires, seguindo-se: WHARTON, F., *a Treatise on the Conflict of Laws or PIL*, 1872, 3.^a Ed., 1905;

24. Cêrca de oitenta por cento das obras que vão ser referidas encontram-se em nossa biblioteca.

25. O assunto já tinha sido tratado, em forma não sistemática, por JAMES KENT da Columbia University, *Commentaries on American Law*, 2.^o vol. 1827, e, com brevidade por SAMUEL LIVERMORE, de New-Orleans, *Dissertations on the Questions which arise from the contrariety of the Positive Law*, 1956.

MINOR, R. C., *Conflict of Laws or PIL*; 1901; LORENZEN, *Selected Articles on Conf. of Laws* (1910-1945); 1947; COOK W. W., *The Logical and Legal Basis of the Conf. of Laws*, 1924 e 1942; GOODRICH, H. E., *Handbook on the Conf. Laws*, 1927, 3.^a ed., 1949; BEALE, J. H., *A Treatise on the Conf. Laws*, 3 vols., 1934-5; STUMBERG, J., *Principles of Conf. Laws*, 1937 e 1951; KUHN, A. K., *Comparat. Comm. in PIL, or Conf. Laws*, 1937; — NUSSBAUM, A., *Principles of PIL*, 1943; RABEL, E., *The Conflict of Laws*, 4 vols., 1945-58; EHRENZVEIG, C., *Conf. of Laws*, 1959; CULP, M. S., *Selected Readings on the Conf. Laws*, 1956; LEFFAR, ROBERT A., *The Conflict of Laws*, 1959; quanto aos livros, a princípio, de *Cases*, vejam-se BEALE, 1902 e 1907 (*short selections*, reeditado por SLOOVÉRE, J. F., 1941), DWYER, 2 edit., 1904 LORENZEN, 1909, 1924 e 1932, e, evoluindo, para *Cases and other materials*, de CHEATAM E. E., DOWLING, N. T. e GOODRICH H. E., 1936, e em 3.^a ed. com GRISWOLD, 1951 e 4.^a 1957; WIGNY, P., *Essai sur le DIP américain*, 1932; para Pôrto Rico, do professor GUARÔA VELAZQUEZ, *Diretivas Fundamentales del DIP Puertorriqueño*, 1945. Do Canadá são de Montreal, LAFLEUR, E., *The Conf. Laws in the Province of Quebec*, 1878 e JOHNSON, W.S., *The Conf. Laws*, 3 vols., 1934-7, e, de Toronto, FALCONBRIDGE, J., *Essays on the Conf. Laws*, 1947 e 2 edit. 1954, e *Cases*, 2 vols. (mimeografados) 5 edit., 1949.

No Brasil, no Império, PIMENTA BUENO, DIP, 1863, primeira obra da América Latina e em língua portuguêsã, TEIXEIRA DE FREITAS: artigos e profusas notas sôbre a matéria na *Consolidação das Leis Civis*, 1857-1876 e no *Esbôço do Código Civil*, 1860-5; GAMA LÔBO, *Direitos e Deveres dos Estrangeiros no Brasil*, 1868; e, na República, dos professores CLÓVIS BEVILAQUA, com a obra prima, DIP, 1906, 4 ed. 1944; das antigas Faculdades do Rio de Janeiro, RODRIGO OTÁVIO, *Direito do Estrangeiro*, 1909, *Le DIP dans la Législation Brésilienne*, Paris, 1915, *Comentários à Lei de Introdução do Código Civil* (coleção de P. LACERDA, 1932) e DIP, 1942; GOMES DE CASTRO, A., (aulas do Prof. A. O. VIVEIROS DE CASTRO), *Curso de DIP*, 1920; da Bahia, EDUARDO

ESPÍNOLA, *Elementos de DIP*, 1925, completado por estudos com E. ESPÍNOLA FILHO, *Lei de Introdução ao Código Civil*, volumes 2/3, 1943/4 e *Trat. Dir. Civil*, vols. 5 a 8; da Universidade do Brasil e da Universidade Católica do Rio de Janeiro, HAROLDO VALLADÃO, *Estudos de DIP*, 1947; da Universidade do Estado da Guanabara, OSCAR TENÓRIO, *DIP*, 1942/1955, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ADAUTO FERNANDES, *Elementos de DIP*, 1955, da Universidade de Minas Gerais, TITO FULGÊNCIO, *Síntesis de DIP*, 1921 e 1927 e AMILCAR DE CASTRO, *DIP*, 2 vols., 1956; e ainda do DR. SERPA LOPES, *Lei de Intr. ao Cód. Civil*, vols. 2/3, 1944/6.

Na América Espanhola²⁶, da Argentina as obras dos quatro professôres que se seguiram na cátedra da Universidade de Buenos Aires: AMÂNCIO ALCORTA, *Curso de DIP*, 3 Tomos, ed. 1890 e 1927; ZEBALLOS E., *Justiça Internacional Positiva* (Derecho Privado Humano), 1910, e a tradução em castelhano de *Manual de DIP* de WEISS, 2 t., 1911/12, com notas; CALANDRELLI, A., *Questiones de DIP*, 3 t., 1911/1915; VICO, C.M., *Curso de DIP*, 4 t., 1926/27; dos Doutores ARGUAS, MARGARITA E LAZCANO, C.A., *Tratado de DIP*, 1926, e de ABRAMOWICH, E.C., *DIP*, 1943; do professor da Universidade de Córdoba, ROMERO DEL PRADO, VICTOR N., *Tratado de DIP*, 2 t., 1942/43 e *Manual de DIP*, 2 t., 1944; do professor da Universidade de Tucuman, WERNER GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofia del DIP*, 2 ed., 3 tomos, 1952/4.

Do México, MONTIEL Y DUARTE, *Tratado de Las Leyes y su Aplicación*, 1877, VALLARTA, I.L., *Exposición de Motivos del Projeto de Ley sobre Estrangeria*, 1890; RODRIGUES R., *Condición Jurídica del Estrangero o Síntesis del DIP*, 1903; dos professôres da Escola de Jurisprudência (depois da Universidade) de Guadalajara; ZAVALLA, F. J., *Compendio de*

26. VALLADÃO, in *Rev. Arg. Dir. Int.*, 2.^a Série, T. III, n.º 4, Out. Dez., 1940, p. 565 e segs. e os trabalhos de JESUS DE GALINDEZ, *Conflictos de Leyes en la América actual*, 1945 e de S. J. MONSEGUR, *El DIP en la República Argentina*, 1898.

DIP, 1886, 3.^a ed., 1903, PEREZ VERDIA, L., 1908 e ARCE, A.G., 1943, 2.^a ed., 1955; da Escola de Jurisprudência (depois Universidade) de México, COVARRUBIAS, J.D., *Derecho Internacional codificado* de BLUNTSCHLI, tradução castelhana com notas e com uma parte do tradutor; *Reglas Generales de DIP*, 1871, ALGARA, J., *Leciones de DIP* 1899; da Escuela Libre de Derecho de México: TRIGUEROS, EDUARDO S., *Evolución Doctrinal del DIP*, 1938, e, últimamente, SIQUEIROS, J.L., *Los Conflictos de Leyes en el sistema constitucional mexicano*, 1957; de Guatemala, do Professor MATOS J., *Curso de DIP*, 1922, 2.^a ed., 1941 e LLOREDA, C.H., *Nuestro DIP, en la ley y la doctrina*, 1943; Costa Rica, do professor ORTIZ MARTIN, J.C., *Curso de DIP*, 1947; Cuba, do professor BUSTAMANTE, A.S., *Tratado de DIP*, I, 1896, DIP, 3 t., 1931 e *Manual de DIP*, 2.^a ed., 1941; no Haiti, LEGER, A.N., *Le DIP en Amerique*, 1929; na Colombia, dos professôres de Bogotá, RESTREPO HERNANDEZ, J., DIP, 1914, 2.^a ed., 2 t., 1928 e J. J. CAICEDO CASTILLA, DIP, 5.^a ed., 1960, e de Medellin, COCK ARANGO, *Tratado de DIP*, 1935, 4.^a ed., 1956; Venezuela, ORANGEL RODRIGUEZ, *Teoria Critica de las Bases del DIP*, 1917, e do professor da Universidade de Caracas, LORENZO HERRERA MENDONZA, *Estudios de DIP*, com vários estudos monográficos, *Extraterritorialidad de Leyes y Sentencias, la Escuela Estatutária en Venezuela e su Evolución*, 1943, etc., reunidos na obra, DIP, 1960; Equador, dos professôres de Quito, ANGEL MODESTO PAREDES, *Derecho Civil Internacional*, 3 t., 1931/4 e CARLOS SALAZAR FLOR, *Derecho Civil Internacional*, t. 1, 1938; Peru, dos professôres da Universidade de San Marcos, Lima, MOROTE M.V., *Tratado de DIP*, 1896 e GASTANETTA, C.G., DIP, 2.^a ed., 1930; Bolívia, ASPIAZU, *Dogmas del Derecho Internacional*, com o Capitulo V, DIP, 1872, CIRVECHES, A., *Nociones de DIP*, 1920, URQUIDI J.M., *Leciones Sinteticas de DIP*, 1940; SALINAS J.M., *Manual de DIP*, 1945 (Universidad Mayor de San Andrés de la Paz), 1940 e MONTERO HOYOS, S., DIP, 1953; no Paraguai, BAEZ CECILIO, *DIP Americano*, 1926, e o professor da Universidade de Assunção, SAPENA PASTOR R., DIP,

I, 1944; Chile, dos professôres da Universidade de Santiago, FABRES, J.C., *La Legislación de Chile con relación al DIP*, DUNKER BIGGS, F., 1950 (antes, o mesmo e VARAS AGUIRRE F., *Curso de DIP*, versão de M. G. ALVARADO, 1943, e ainda antes, DIP, de VELLOSO CHAVES, R., 1931) e ALBONICO V., FERNANDO, também da Universidade Católica, *El DIP ante la jurisprudência chilena*, 1943, *Manual de DIP*, 2 t., 1950 e DIP (*Leyes y Tratados Vigentes*), 1958; e o advogado VERA ROBUSTIANO, *Princ. Elementares de DIP*; 1902; Uruguai, CARRIO, V. M., *Apuntes de DIP*, das classes do professor da Universidade de Montevidéu, JOSÉ PEDRO VARELLA, 1911, e dos professôres da mesma, GUILLEMETE, A. V., *Codificación Nacional de DIP*, 1943 e QUINTIN ALFONSIN, *Teoría del DIP*, 1953.

Na Europa, logo na França, destacam-se FOELIX, *Traité de DIP, ou du Conflit des Lois*, 1843 (4.^a édit., c/ notas de DEMANGEAT, 1866), traduzido em espanhol, 1860/1 e 1877, com grande voga até os fins do Século XIX, no mundo ibero-americano, e em italiano; — MAILLER DE CHASSAT, *Traité des Statuts ou du DIP*, 1845, L. DURAND, *Essai de DIP*, 1884, H. DONNEDIEU DES VABRES, *La Évolution de la Jurisprudence Française en matière de Conflits de Lois*, 1905 e J. DONNEDIEU DE VABRES, com o mesmo título e *depuis le début du XX ème Siècle*, 1938, P. LEPAULLE, *le DIP*, 1948. E as obras dos catedráticos da matéria nas Faculdades de Direito: de Paris, A. LAINÉ, *Introduction du DIP*, 2 vols., 1888 e 1892²⁷ A. WEISS, *Traité Élémentaire*, 1886, *Manuel*, 1895 e última edição, 1925, e, *Traité*, 5 vols., 1892/1905 e 2 ed., 6 vols., 1907/1913; A. PILLET, *Principes*, 1903 (trad. espanhola de N. R. ANICETO e C. G. POSADA, 2 ts., 1923), *Traité Pratique de DIP*, 1923/4, *Manuel*, com J. P. NIBOYET, 1923 (tradução espanhola de A. R. RAMON, 1930), E. BARTIN, *Études*, 1899 e

27 O *Manuel Élémentaire de DIP*, (3.e année de Droit, Dernier Examen de Licence, Nouveau Regime), de G. BOURDON VIANNE et H. MAGRON, 1813, está ordenado e se inspira das primeiras lições de LAINÉ ao inaugurar a cátedra universitária.

Principes, 3 vols., 1930/1935, LEVY ULMANN, DIP (*Cours Général*, 1931/2 e 1932/3 e *Répétitions Écrites pour le Doctorat*, 1934/5, édit. *Cours de Droit*), J. P. NIBOYET, *Manuel* (2.^a ed., 1928, da anterior com PILLET), *Précis élémentaire*, 1928 e 1932, *Traité*, 7 vols., 1938/1950 e *Tables*, 1960, *Cours*, 1947 e 1949 e H. BATIFFOL, *Traité Élé.*, 1955/9; de Bordeaux, F. DESPAGNET, *Précis*, 1886 e última edição, 1909 (com DE BOECK, de Poitiers, SURVILLE et ARTHUYS, *Cours Élement.* 1890 e última edição, (só SURVILLE) 1925, *d'Aix en Provence*, E. AUDINET, *Princ. Element*, 1896 e 1906 (trad. esp. de BARUTELL, 2 ts.), de Montpellier, J. VALERY, *Manuel*, 1914, de Rennes, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 1928, última edição 1959 (por LOSSOUARN), da Faculté Libre de Droit de Paris, L. RIGAUD, *Cours*, 1937 e 1943, de Poitiers, SAVATIER R., *Cours*, 1947 e 1953, de Toulouse, J. MAURY, DIP (em espanhol, ed. de la Univ. de Puebla, México, 1949). Para a Bélgica, E. HAUSS, *Du Droit Privé qui régit les étrangers en Belgique ou du Droit des Gens Privé*, 1874, e os professôres de Gand: F. LAURENT, *Dr. Civ. Int.*, 8 vols., 1880/1; A ROLIN, *Principes du DIP Belge*, 1897; de Louvain, POULLET, *Manuel de DIP Belge*, 1925, 3.^a ed., 1947, de Bruxelas, L. DE VÓOS, *Le Problème des Conflits des Lois ou Cours de DIP Belge*, 2 vols., 1946. Na Suíça, das Universidades de Genebra: CH. BROCHER, *Nouveau Traité de DIP*, 1876, *Cours*, 3 vols. 1882/1885, de Lausanne, E. ROGUIN, *Conflits de Lois Suisses en matière internat. et intercantonale*, 1891 e P. ARMINJON, *Précis de DIP*, 3 vols., 1.^a ed. 1925/1931, I, 3.^a ed. 1947, II, 3.^a ed., 1950, e III, 2.^a ed., 1952; de Zurique, F. MEILL, *Das Internat. Civil und Handelsrecht*. 2 vols., 1902 (tradução inglesa de KHUN, A.K., 1905), e NIEDERER, W., *E. G. des IPR*, 2.^a ed., 1956; ainda STAUFFER W., *Das DIP der Schweiz*. ., 1925, e, mais recente, a obra de DR. ADOLF F. SVHNITZER, *Handbuch des IPR*, 1937, e última edição, 1958. Para a Itália, Rocco N., *Del'Uso e autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie*. (nas outras edições, *Trat. di Diritto Civile Internazionale*) Nápoles, 1837, último, 3.^a ed. em 3 vols., 1859-1959, e dos professôres de Roma, MANCINI

P., vindo de Turim, *Prelezioni*, 1873, ANZILOTTI, *Studi Critici de DIP, Il DIP nei Giudizi interni*, 1905, e *Corso*. 1925, (litografado, 1919); PERASSI T., *Lez. di Dir. Internaz.* II, 1950; de Nápoles, LOMONACO, G., *Trat. Dir. Civil Internaz.*, 1874 e sobretudo, FIORE P., *Elementi di DIP*, 1869, última, 1905 (trad. francêsa de PRADIER FODERÉ, 1875), obra ampliada, depois, DIP, *Leggi Civili*, 4 vols. 1888/1903 (trad. francesa de CH. ANTOINE, 4 vols. 1907 e espanhola com grande sucesso ibero-americano, de A. GARCIA MORENO, H., 2 vols. 1878, 3 vols. 1888/1889), CAVAGLIERI, *Lezzioni*, 3.^a ed., 1933, MORELLI, G. A. *Elementi*, 3.^a ed., 1950 e hoje, QUADRI R., *Lezzioni*, 2.^a ed., 1958; de Bologna, GEMMA, S., *Propedeutica al DIP 1899 e Appúnti de DIP*, 1936, de Pavia, ESPERSON, P., *Le DIP dans da Leg. Ital.*, Clunet 1879/1885, BUZZATI, G. C., *Trat.*, DIP, *secondo le Convenz. del Aia*, 1907, DIENA G., *Principi Dir. Internaz.* P. 2.^a, DIP, 1917, de Genova CASANOVA, LUDOVICO, *Del Dir. Internaz.*, 1876, Lez. XXXI/VIII, GRASSO, G., *Principi Dir. Internaz. Pubblico e Privato*, 1919 e, especialmente, FEDOZZI P., *Il DIP.* ., 1935 e 1939; de Florença, BOSCO, G. *Corso*, 3.^a ed., 1939; de Milão, Universidade Real, PACCHIONI G., *Elementi*, 1931 e 2.^a ed. 1935, e o seu contitnuador AGO, R., *Teoria*, 1934 e *Lezzioni*, 1939 e 1949, e na Univers. del Sacro Cuore, BALLADORE PALLIERI, G., DIP, 2.^a ed., 1950; de Trieste, UDINA, M., *DIP Italiano*, 1933; de Padua, E. L. CATELLANI, *Il DIP e i suoi recenti progressi*, 3 vols., 1883/1888, e 2.^a ed. 2 vols. 1895 e 1902; de Turim, MONACO, R. *Manuale di Dir. Internaz. Pub. e Priv.*, 1949 e *L'Efficacia della Legge nel Spazio*, 1952; de Cagliari, CONTUZZI, F., DIP., 1911.

Na Espanha, BRAVO E., DIP, vigente em Espanha, 1886, e os professôres, de Granada, TORRES CAMPOS, M., *Principios* depois *Elementos*, 1887, 4.^a ed., 1913; de Barcelona, TRIAS Y GIRÓ, J. DE D., *Estudios*, 2 vols., 1921, e TRIAS DE BES J. M., *Manual de Derecho Int. Pub. e Priv.*, 1926 e DIP, 2.^a ed. 1940, e ARJONA COLOMBO, M., DIP (parte especial), 1954; de Madrid FERNANDEZ PRIDA, J., DIP 1896 e *Estudios de Der. Int. Pub. e Priv.*, 1901, CONDE Y LUQUE, R., *Oficios de DIP*, 1.^o vol., 1901,

2.º vol., 1907, em 1.ª e 2.ª edição, 1910; MESSIA Y., DIP (P. Geral), 1944, 2.ª ed. 1958; Valencia, GESTOSO ACOSTA, *Curso Elemental*, 1900, e *Nuevo Tratado de Der. Procesal, Civil e Merc. y Penal Internacional*, 1912, e, particularmente, ORUÉ Y ARREGUI J. R., *Manual de DIP español*, 1928, 3.ª ed., *Manual de DIP.*, 1952, e, recente, MIAJA DE LA MUELA, A., DIP, 2.ª ed., 2 Tomos 1957; Saragoça, LLANAS, M., *Sistema español de Der., Civ. Int. e Interregional*, 1933; Valladolid, GOMEZ, N. L. R., *Lecciones Elementales*, 1901, 2.ª ed., 1904, e BARCIA TRELLES, C., DIP., 1936; Valencia, AGUILAR NAVARRO, M., DIP, 1955; últimamente, editada de Madrid, a obra da VERPLAETSE, J. G., 1954.

Em Portugal, no século XIX, FALCÃO, L. F., DIP., 1868 e GUIMARÃES PEDROSA, A. L., *Introdução ao Estudo do DIP*, 1878, TELXEIRA D'ABREU, *Cód. Civ. Port. II — Das Relações Civis Internacionais*, 1894, e o criador da cátedra em Coimbra, MACHADO VILLELA, ALVARO DA COSTA, com *O DIP no Código Civil Brasileiro*, 1920, e *Tratado Elementar de DIP*, 2 vols., 1921/8²⁸; posteriormente, de Lisboa (Univ. Técnica), DIAS FERREIRA, J.E., *Tratado de DIP*, I, 1934, e o DR. VASCO TABORDA FERREIRA publicou *Sistema de DIP segundo a lei e a jurisprudência*, 1957, baseado em MACHADO VILLELA e desenvolvendo curso que deu na Academia da Haia.

Na Holanda, dos professôres da Universidade de Amsterdam: ASSER, T. M. CH., *Schets (Esboço) van IPR*, 1880 (trad. alemã de COHN, 1880, francesa de RIVIER, A., 1884, a mais conhecida, e dessa a espanhola, de FERNANDEZ PRIDA, 1909, ainda rumena, de SCHINA, G. E., 1895) e JITTA,

28. Suas aulas iniciais foram tomadas e publicadas pelos seus alunos THOMÉ, JAYME e COELHO DE CARVALHO, *Apontamentos de DIP*, 1912, e COSTA PINHEIRO, *Regime Jurídico Intern. das Relações de Famílias*, 1914. As aulas do professor MÁRIO DE FIGUEIREDO, de Coimbra, foram publicadas por BATOQUE A., e ABRANCHES A. C., 1928, e as do Prof. CAIEIRO DA MATTA, de Lisboa, por EUSÉBIO F. DE A. e MEDEIROS G. BRÁS, 1937.

J., *La Méthode du DIP.*, 1890 (trad. alemã, 1899 e espanhola, de FERNANDEZ PRIDA, J., 1915), IPR, 1915/1916, KOSTERS (antes de GRONINGA), *Het Internat. burgerlijk recht in Nederland*. (O Direito Civil Internacional na Holanda), 1917, e HIJMANE, J. H., ALLGEMEIN (Gerais) *Problems van IPR.*, DR. MULDER, A. C. J., *Inleiding tot het Nederlandsch IPR.*, 1927/8, última edição 1947, e, ainda KOSTER, LIMBURG, J., e VAN HASSELT, N. *De Nederlandsche Rechtspraak betreffende IPR.*, 1936.

Na Alemanha, SCHAEFNER, *Entwicklung des IPR.*, 1841 (trad. ital. de TENORE, MICHELE, 1895), e os professores: de Leipzig, WAECHTER, C. G., *Uber die colision der Privatrechtsgesete verchiedner Staaten*, in *Archiv fur die zivilistische Praxis*, 1841/184 (trad. espanhola pelo DR. SCHNABEL, W., in *Rev. de la Facultad de Der. y Ciencias Sociales de Montevideu*, Anos II (1951) e V (1954), promovida pelo Prof. QUINTIN ALFONSIN); de Berlim: SAVIGNY, C. F., *System des Heutigen romischen Rechts*, 8.º vol., 1894 (trad. francesa, de GUENOUX, 8.º vol., 1859, espanhola de MÉSIA, G., e POLEY, M., 1879, 6.º vol., e inglêsa de GUTHRIE, W., 1869 e 1880), LEWALD, H., (vindo de Frankfurt e Colonia, após 1935, na Universidade de Basileá) *Das Deutsche IPR.*, 1931 (em francês no *Repert. LAPRADELLE ET NIBOYET*, T. 7/293), NUSSBAUM, A. (após 1936 na Columbia University), *Deutsche IPR.*, 1932, WOLFF M., (após 1936 na Universidade de Oxford), IPR., 1933 (trad. espanhola, de ROVIRA J., *ERMIN-GOL AJ.* 1936) e, 3.ª ed. 1954; de Göttingen, von BAR, L., *Das Internat. Privat. und Strafrecht*, 1862, 2.ª ed., *Theorie und Praxie des IPR.*, 2 vols. 1889, (trad. inglêsa, de GILLESPIE, G.R., 1883, 2.ª ed., 1892, e italiana de BUZZATTI, 1915), *Lehrbuch des Internat. Privat und Strafrechts*, 1892 (trad. japonêsa por MIYADA, 1899); de Bonn, ZITELMANN, E., IPR., 2 vols. 1898 e 1913; de Heidelberg, GUTZWILLER, M., (após 1936 na Universidade de Fribourg, Suíça), IPR., (na Enciclopédia *Stammlers*), 1930; de Kiel, NIEMEYER, TH., *Das IPR das BGB*, de Munique, NEUMAYER, K., IPT, 1913, 2.ª ed. 1930; de Hamburgo, RAAPE, L., vindo de Bonn, IPR no Comentário

do BGB de STAUDINGER, VI vol. E. G., 2.º P., 1931, e, a seguir o livro *Deutsche IPR.*, 2 volumes, 1938 e 1939, 4.ª ed., 1955; de Colonia, GERHARD KEGEL, IPR., 1960; fora das Universidades, NIEDNER, A. DAS E. G., 1901 HABICHT, A., IPR *nach dem E.G.B.G.B.* 1907, KAHN, F., *Abhandlugen* (Coletânea de artigos) *zum IPR.*, 1928, FRANKENSTEIN, E., IPR., 4 vols. 1926/1936 e o seu *Projet dun Code Européen de DIP*, vol. XVI da Biblioteca Visseriana, 1950, e o DR. MELCHIOR, G., da Haia, *Die Grundlagen des deutsche IPR.*, 1952.

Na Áustria, as obras dos doutores VESQUE v. PÜTTLINGEN, J. F., *Handbuch des in Osterreich-Hungar geltenden IPR.*, 1878 e JETTEL, E., *Handbuch des Internat. Privat un Strafrecht*, 1893; e dos professôres da Universidade de Viena, antes STRISOWER, L., *Die italienische Schule des IPR.*, depois WALKER, G., IPR., 1921, e 5.ª ed., 1934, e, recentemente, BOLLA, S., *Grundrifs des osterreichischen IPR.*, 1952.

Na Hungria, professor da Universidade de Budapeste, FERENCZY, A., *Manual de DIP em húngaro*, 1911, e SZASZY, S., DIR. COMPARÉ (em francês), 1940, e, agora, em húngaro, *Kutikoff, W.*, DIP., *da Repub. Popular da Hungria*, 2.ª ed. 1958 e, em alemão, LASLÉ RECZEI, IPR, 1960. Na Grécia, os professôres da Universidade de Atenas, STREIT, G. e seu discípulo VALLINDAS, P., DIP, 2 vols. 1937, e MARIDAKIS, G. DIP, vigente na Grécia, I, 1950, e II-1, 1954, obras em grego. Na Rumânia, os professôres da Universidade de Bucarest, PLASTARA G., *Manual de Drept Internat. Public a Conflictelor de lége* (DIP), 1927, e *Principii de Drept Interprovincial*, 1928, e, ainda ANTONESCU, ERWIN EM., *Trat. Th. de DIP.*, I, 1934 e POPESCU, T. R., DIP, P. I., 1955. Na Bulgária, na Universidade de Sofia, os professôres POPOVILIEV, M., DIP e sua natureza jurídica (em búlgaro, resumo em francês em Anais da Universidade, 1905/6 e 1906/7) e DANEF, S., IPR (curso, manual em búlgaro) 1933. Na Iugoslávia, professôres da Universidade de Belgrado, BARTOCHE M., *Esposé de DIP.* ., Paris, 1937 e BLAGOJEVIC, B., DIP, (em sérvio), 1951, de Zagreb, EISNER, B., DIP (em croata), 2 vols. 1953/6, de Lubiania, LAPAGNE L., DIP e Interprovincial do Reino dos Sérvios,

Croatas e Slovenos (em sloveno), 1929. Na Tchecoslaváquia, da Universidade de Praga, os professôres KREMAR, J., *Introd. ao DIP* (em bohemio, 1906), — NEUNER, R. R., *Der sinn des IPR. Norm.* 1932, e recentemente BYSTRICKY, R., *Princípios de DIP* (em bohemio), 1958; de Brno, ZIMMERMANN, M. A., *DIP* (em bohemio), 1933. Na Polônia, das Universidades de Cracóvia, GRODYSKY, *DIP* (em polonês, baseado nas relações entre as províncias polonesas, 1914, e ZOLL, FR., *DIP (précis, em polonês)*, 4.^a ed. 1947; de Varsóvia, CYBICHOWSKY, A., *Manual de Dir. Int. Pub. e Priv.* (em polonês), 4.^a ed., 1932, BABINSKY, L., *DIP, (précis em polonês)*, 4.^a ed., 1935.

Na Rússia, no antigo regime, da Universidade de São Petesburgo os professôres MARTENS, F., no livro III do seu *Droit Int.*, de NOLDE, B., no Anexo, 1909, 2.^a ed. 1912, da trad. do *Manual de Dir. Int.*, de LISZT, de Odessa, KAJANSKY, P. Y. (tradução francesa, 1910); também PILENKO, *DIP* (em russo), 1911 e 2.^a ed. 1915; na União Soviética, de Petrogrado, MAKAROW, A., *Princípios fundamentais de DIP* (em russo) 1924; e em edição francesa, desenvolvida, *Précis de DIP, selon la Législat. et la Doct. Russes*, Paris, 1932; de Moscou e Leningrado, em russo, PERETERSKI, I. S. *DIP da RSFSR*, 1925; KRILOW, S. B., *DIP*, 1930, PERETERSKI e KRYLOW, 2.^a ed. 1949, RAEVIC, *DIP.*, 1934, L. A. LUNZ, *DIP.*, 1949, trad. alemã, IPR, Berlim, 1961. Nos Estados Bálticos, da Letônia, von SCHINLING, K., *Interitoriale Privatrecht Letland*, 1926, B. BÉRENT, IPR. *Letland zGB.*, I, 1938, e da Lituânia, ROBENSON, L. D., *Union Jurid. Gatique*, I, *Commentaires des Conv. Comm. de DIP et Penal Internat.*

Na Inglaterra, WILLIAM BURGE, *Coment. on Foreign and Colonial Laws*, 1838, última ed., 5 vs. 1907-1928; de Cambridge, o professor WESTLAKE, J. *Treatise on PIL or Conf. L.* ., 1958, 7.^a edição, 1925, trad. franc. da 5.^a (Paul Goulé, 1914); PHILIMORE, R., IV vol. dos *Comment. of Internat. Law* com o título, *PIL or Comity*, 1861, e 1889, FOOTE, J. A., *A Concise Treatise on P.I Jurisprudence*, 1878, 5.^a ed., 1925 com o título *PIL* por BELLOT; de Oxford, o professor DICEY A. V.,

A. *Digest. to the Conf. L.*, 1896, e 7.^a 1958, por MORRIS, J. H. e ainda, o professor CHESHIRE, S. C., PIL, 1.^a ed. 1935, e 5.^a, 1957; de Londres HIBBERT, W. N., *IPL on the Conf. L.*, 1918 e 1927, GRAVESON, R.H., *The Conf. L.*, 1948, e 5.^a ed., 1960, SCHMITTOFF, C.M., 1946, 3.^a ed., 1954; de Manchester, o prof. WORTLEY, B.A., com diversos cursos gerais na Haia, *Recueil*, 71/5, 85/245 e 94/85; citem-se ainda, HARRISON, F., *On Jurisp. and Confl. L.*, 1919, (reed. de 1878/9), BATY, *Polarised Law*, 1914, e os livros de *Cases* de NELSON, 1889, HIBBERT, W.N., 1931, MORRIS, J.H.C., 1939 e GRAVESON, 1949, e, na Escócia, o de MACKINNON, L., 1934.

Nos Estados Escandinavos, SINNESTVEDT, MAGNUS, *Le DIP, de la Scandinavie*, Paris, 1904; na Dinamarca, FEDERSFIEL, H., *Den IPR.*, Danimark, 1909, e BORUM, O. A., *Personallstatutet*, 1927, e — *Lovkonflikte*, 1948 e 1957; Na Noruega, GJELSVIK, N., *Larebok i Millomfolkeleg Privatrett*, I, 1936; na Suécia, de Upsala, os professôres REUTERSPIOLD, C.A., *Handbok Svensk IPR*, 1907, 2.^a ed., 1912 e *Uden, Osten, Interat. Aktenskaparatt*, 1922; ùltimamente, de Estocolmo, HULT PH., *Enligt Svensks IPR.*, 1943 e *Dr. Michaeli*, W., IPR (em alemão), 1948; de Lund, KARLGREN, H., *Int. Privatoch Processratt*, 1950. Para a Finlândia, de Helsingford, Helsinginski, F. W. EKSTROM, *Sju Int. Privatrattsliga Uppsales*, 1920, e recentemente, JOKELA, H., *Irtaimen Kaupasta*, 1960.

No direito canônico e na cidade do Vaticano, PACELLÍ, E., *La Personalità e la Territorialità delle Leggi specialmente nel Diritto Canonico*, 1912 (trad. portuguêsa no Seminário de DIP, da Universidade Católica do Rio de Janeiro, do Prof. HAROLDO VALLADÃO, 1953), ONCLIN, G., *De territoriali vel personali legis indole*, Louvain, 1938; NIBOYET, J.P., *Repertoire*, VII/286, VALERY, J., *Clunet* 1930/289, e YANGUAS MESSIA Y., *El DIP en la ciudad del Vaticano*, 1945, publicação da Universidade de Santiago de Compostella.

Na Ásia, na antiga China, TANG KI LIANG, *Tchong Kou Kou tsi sseu fa louen* (Estudo do DIP chinês), Shangai (Com. Press.) 2.^a ed. (notícia da 1.^a ed., 1930, por ESCARRA, J., na *Revue* 1932/404), SOULIÉ M.G., *Les Droit Convent. des*

Étrangers en Chine, Paris, 1916. No Japão, as obras tôdas em japonês, dos professôres das Universidades de Tóquio, SABURO YAMADA, DIP, EGAWA, H., DIP, 1950; de Kioto, SAITO TAKEO, DIP; de Hitotsubashi, KUBO, IWATARO, DIP, 1956. Nas antigas Índias Inglêsas, da Universidade de Punjab, RATTIGAN, W. H., PIL, 1895, reedição de 1928 e, hoje, DIXIT, SHRI N. K. e RANGANATH, SHRI N. PIL, Karnatah University, 1960; nas Antigas Índias Holandêsas, KLEIN, J.W., *Intergentil Privatret*, 1933; nas Filipinas, JOVITO, PIL., 1950 e SALONGA, J. R., PIL, 2.^a ed., 1957. Para o Oriente Próximo, na Palestina, GOADBY, F.M., *Internat. and Interreligious Private Law in Palestine*, Jerusalém, 1920; nos países do Oriente Próximo, RACCAH, F., *Mariages et Divorces des Pays d'Orient en DIP*, Paris, 1916; no Líbano e na Síria, CHEBAT, F., *Les Étrangers devant la Justice en Syrye et au Lyban*, Paris, 1938; GANNAGÉ, P., *Le rôle de L'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence franc. et libano-syryenne*, Paris, 1949; no Líbano, TYAN, E., *Cours de DIP* (policopié), 1956. Para a África, no Egito, ABOUR HAIF, AB-EL-HAMID, *A Concise Treatise on PIL*, 1922, LAGET, L., *Condit. Jur. des Français en Egypte*, Paris, 1891 e DYKMANS, G., *Le Statut Contemporain des Étrangers, en Egypte*, Paris, 1933; na Tunisia, LE BOUQUET, G.H., e BERDER L., *Statut Personnel en Dr. Musulman Hanefite*, (Paris), e Tunis, sem data, SLAMA, R., *Conflits des Lois relatifs aux Sucessions ab intestat en Tunisie*, Paris, 1935; no Marrocos, MENARD, ALPH, *Traité de DIP. Marocain*, T. I-III, Sirey, Paris, 1935/6, ACQUAVIVA, A., *Condit. Civile des Étrangers au Maroc.*, Paris, 1937, JAMBU-MERLIN, *Cours élément. de DIP Tunisien*, 1958.

Organizações nacionais e internacionais dedicadas ao DIP.

8. Passando à *obra coletiva*, veremos as Associações, Fundações, Revistas e Repertórios dedicados ao DIP²⁹.

29. Vide VALLADÃO, *O Ensino e o Estudo...* e QUINTIN ALFONSIN, *Teor. del DIP*, Cap. VII.

A primeira associação³⁰ consagrada à nossa matéria é o célebre *Institut de Droit International*, fundado em Gand, Bélgica, a 11 de Setembro de 1873 (hoje sediado em Genebra), por notável grupo de onze internacionalistas, sob a presidência de MANCINI (Roma), tendo como Secretário Geral, o animador, GUSTAVE ROLIN-JAEQUEMYS (Gand),³¹ atualmente com “*numerus clausus*”, sessenta associados e sessenta titulares, escolhidos, em pleitos difficilimos, dentre as grandes autoridades do direito internacional público e do direito internacional privado do magistério e da literatura jurídica universais³².

Há quase noventa anos, em 49 Sessões, nos mais variados centros culturais da Europa³³, vem debatendo e solucionando com alto padrão científico, problemas principais da disciplina, segundo se vê dos seus “*Annaires*” (último, 1959, v. 48, Sessão de Neuchatel, 2 tomos), verdadeiro Digesto moderno de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado³⁴.

30. A Associação Internacional para o progresso das Ciências Sociais, Bruxelas, 1862/6, já citada (Cap. III) na Seção de Legislação Comparada cuidou, sumariamente, da execução de sentenças estrangeiras.

31. Eis os outros nove: ASSER, (Amsterdam), BESOBROSOFF (S. Petesburgo), BLUNTSCHLI (Heidelberg), CALVO (Buenos Aires) DUDLEY FIELD (Nova Iorque), LAVELEYE (Liège), MOYNIER (Genebra) e PIERANTONE (Nápoles).

32. Atualmente, 1960, são 111, de 32 países, dos cinco continentes; do Brasil, RODRIGO OTÁVIO foi associado (1921-1944), H. VALLADÃO, associado (1948), titular (1952) e Vice-Presidente (1954), HILDEBRANDO ACCIOLY, associado (1932) e titular (1957) e RAUL FERNANDES, honorário (1956). Em 1961 (Sessão de Salsburgo) o Instituto aumentou os associados a 72 para cooptar juristas dos novos Estados (H. VALLADÃO, *Democratisation et Socialisation du Dr. International*, 1962).

33. Nas Américas, uma só vez, em New York, 1929.

34. Consulte-se a *Table Générale des Résolutions* (1873/1953). Há uma *nouvelle “édition abrégé”* dos *Annaires* relativos às sessões de 1873 a 1913, Bruxelas — Paris, em 6 vols., 1928/1929, e outro de *Tables*, 1931. Sobre a história da fundação do “Institut”, veja-se CATELLANI, II, 1.^a ed., ns. 248 e segs.; JITTA, *La Méthode*, p. 393;

Segue-se a *International Law Association*, criada em outubro de 1873, de Bruxelas, a princípio com o nome *Association for The Reform and Codification of the Law of Nation* até 1895, atualmente com sede em Londres, constituída de juristas mas sobretudo de grandes advogados, diretores e sócios de emprêsas de navegação marítima e aérea de seguros, bancos, etc... e de organizações comerciais e industriais, contando milhares de membros em todo o mundo, nos seus “Head-quarters” e “28 branches” nos vários Estados³⁵, dedicando-se aos direitos internacional público e privado e, particularmente, aos problemas de direito comercial, cambial, de transportes e de direito uniforme. Nas suas “*Conferénces*”, com os seus magníficos “*Reports*” (último, da 49.^a Hamburgo, 1960) encontra-se importante repositório doutrinário para a nossa disciplina. *El Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional*, com sede em Madri, cuida dos problemas de direito internacional público e privado em seus Congressos, inaugural de Madri, 1951, tendo-se reunido depois em São Paulo (Brasil), 1953 e Quito (Equador) em 1957. aparecendo em 2 tômos as “*Atas do 1.º Congresso*” com os “*Estatutos*” e o “*Regimento*”, Madri, 1952³⁶.

LEMONON, in *Clunet*, 1811/424; mas, especialmente, o folheto de ROLIN, A. *Les origines de l'Institut de Droit International*, (1873-1923), *Souvenir d'un témoin*, Bruxelas 1923. No *Annuaire de 1954*, p. 10 e segs., o *Exposé Préliminaire* de H. VALLADÃO, Co-Relator da 15.^a Com., *Conseqüências da Diferença de Nacionalidades dos cônjuges sôbre os efeitos do casamento...*, e o Relatório definitivo e Projeto de Resoluções de BATIFFOL e VALLADÃO, e no de 1956, p. 10/177, a respectiva aprovação pelo Instituto.

35. O ramo (branch) ou melhor a Seção Brasileira tem como presidente, H. VALLADÃO e Secret. Geral o Prof. EDUARDO THEILER.

36. Para o 2.º e 3.º Congressos vejam-se os artigos de LUIS GARCIA ARIAS, *Celebración del 2.º Congresso* — Madri, 1954, e *Crónica del III Congresso*. ., Zaragoza, 1957. No 2.º os trabalhos dos Professôres FERRER CORREIA, de Coimbra e, VALLADÃO, do Rio de Janeiro, sôbre a Lei Reguladora do Estatuto Pessoal.

Dentre os organismos oficiais internacionais que podem versar temas da disciplina, citem-se a Comissão de Peritos da antiga Sociedade das Nações para a Codificação Progressiva do Direito Internacional (*Repert, LAPRADELLE-NIBOYET*, 3 págs. 520 e segs.) e a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas³⁷.

A *Academie de Droit International de La Haye*, inaugurada em 1923 com o concurso da Fundação *Carnegie* para a Paz Internacional, dá, regularmente cursos gerais e especiais, com seminários de direito internacional, público e privado, para post-graduados, publicando-os em esplêndida coletânea, "*Recueil des Cours*", já no vol. 101 de 1960, com a última edição das "*tables générales*", de 1939, compreendendo os cursos de 1923 a 1944, vols. I a 62. Numerosos são os trabalhos de DIP, quer gerais, quer particularizados, por Estado ou por assunto, por eminentes professores e especialistas³⁸.

Nas Américas o *Instituto Americano de Direito Internacional*, de Washington, 1912, devido a BROWN SCOTT, dos Estados Unidos, o grande animador e a ALEJANDRO ALVAREZ, do Chile³⁹, tendo como fundadores, 1912, entre outros RUY

37. J. P. A. FRANÇOIS, artigos na *Ned.*, TIR. 1955/1, 1958/377 e 1960/327.

38. Para as matérias de DIP, e para o DIP de cada Estado, constantes daquela preciosa coletânea, vejam-se *Tables Générales*, Tome 1-86, 1955, p. 50/53. No Tomo 81, p. 115, Curso de H. VALLADÃO sobre *Le DIP des États Américains*. Na obra do Prof. BEALE, *Conf. L. I.*, p. XCVII a CVII, há esplêndida resenha bibliográfica de artigos e trabalhos, em publicações periódicas, sobre o DIP dos vários Estados da América, Ásia, África e Europa.

39. Vejam-se suas publicações, de Washington, *Inst. Américain de Dr. Internat. et Soc. Nationales et Affiliés*, 1915, *Inst. Américain de Dr. Internat. Historique, Notes, Opinions*, 1916, *Inst. Americano de Der. Internac.*, *Actas de las Sessions de Habana* (22/27 Enero, 1917), New York, 1918, *Inst. Americ. de Der. Internacional del Porvenir*, Washington, 1944; *Opiniões* na *Revue Générale*, 1912, e exposições de LASPIUR, E. S., en el *I. A. D. I.*, Washington, 1916, e MATOS, JOSÉ, *La 2.ª Sess. del I. A. D. I.*, Guatemala, 1917.

BARBOSA, do Brasil, LUIZ M. DRAGO, da Argentina, SANCHES DE BUSTAMANTE, de Cuba, que se inaugurou em 29 de Dezembro de 1915, composto de delegados eleitos de cada uma das Sociedades de Direito Internacional dos diferentes Estados Americanos, tendo como órgão oficial a “*Revista Americana de Derecho Internacional*” de Havana, dirigida por BUSTAMANTE⁴⁰. Sua notável atuação iniciada na Sessão de 1916 com a Declaração dos Direitos e Deveres das Nações, culminou com os magníficos projetos que preparou, de 1924 a 1925, apresentando-os à União Panamericana, de Convenções de Direito Internacional Público e dum Código de DIP., apreciados na 2.^a Reunião da Com. Jurisconsultos Americanos do Rio de Janeiro, de 1927⁴¹. A *Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional*, sediada em Cuba, fundada pela Federação Interamericana de Advogados, estuda, também, em seus “*Cursos Monográficos*” e “*Debates de Mesa Redonda*” problemas de DIP,⁴².

Existe na OEA o *Conselho Interamericano de Jurisconsultos*, de reunião periódica⁴³ com o seu órgão permanente, o *Comitê Jurídico Interamericano do Rio de*

40. Já há alguns anos teve o Instituto sua atividade interrompida e a Revista iniciada em 1822, publicou o seu último fascículo n.º 122, do Tomo LX, Janeiro de 1952, dirigida por MIGUEL A. CAMPOS desde o n.º 119, 1951, após o falecimento de BUSTAMANTE.

41. A Codificação Americana de Direito Internacional, Docs. Ofic. do Ministério das Relações Exteriores, Rio de Janeiro, 1927, v. VI, p. 101/213.

42. Aparecem, 8 vols. de *Cursos Monográficos*, 1948/1960 e 2. *Debates em Mesa Redonda*, 1947/8. Nas Sessões de 1945, T.I., e de 1949, o Prof. VALLADÃO versou, respectivamente, *O Desenvolvimento do DIP na Legislação dos Estados Americanos*, e *Divórcio e Separação no DIP dos Estados Americanos*.

43. Vide *Atas* de suas Reuniões, publicadas pela União Panamericana, 1.^a Rio, 1950, 2.^a Buenos Aires, 1953, 3.^a México, 1956 e 4.^a Santiago, 1959.

Janeiro ⁴⁴, Carta da OEA, arts. 57 e 67, com finalidade expressa de promover o *desenvolvimento e a codificação do direito internacional público e privado*, organizações que sucederam à antiga Comissão Internacional de Jurisconsultos Americanos do Rio de Janeiro, conhecida e louvada pela sua notável cooperação no debate e preparo dos projetos de Convenções de Direito Público e do Código de DIP, em Reuniões de 1912, 1927, aprovadas e, 1928 na 6.^a Conferência Interamericana de Havana ⁴⁵.

Há em alguns países organizações consagradas particularmente ao DIP. Assim na Alemanha, desde 1926, em Berlim fundado por RABEL, E., o magnífico *Institut für Ausländisches und IPR*, depois em Tübingen, (com o nome Max-Planck-Instituts), e últimamente (desde 1950) em Hamburgo, dirigido por DOLLES, H. ⁴⁶, com a sua excelente *Zeitschrift für Ausländisches und IPR*, de 1927, já no seu 25.^o vol. (1960), e as publicações especializadas, *Die Deutsche Rechtsprechung des IPR.*, 4 Tomos, 1926/1934 e, ainda em 2 Ts. por MAKAROW, A., 1945/9 e 1950/1. Na França o *Comité Français de DIP*, fundado em 1934 por NIBOYET, com seus “*Travaux*” publicados desde aquêl ano, já no volume dos “*Seizième à Dixhuitième Années*”, 1955/7.

Nas organizações nacionais destinadas ao Direito Internacional, trata-se em muitas delas, também de DIP. Assim a *Grotius Society de Londres*, o *Institut Intermédiaire* (depois *juridique*) *International da Haya*, com o seu “*Bulletin*” de Leyde, o *Institut Héliénique de Dr. International et Étranger* de Atenas, 1939, com a sua importante

44. Seus trabalhos são divulgados com o título *Recomendaciones e Informes*, Rio, Tomo I a IV, 1942/4, 1945/7, 1949/53 e 1954/7 e Tomo VI, 1959.

45. Vide a publicação completa, *Com. Int. Jurisd. Amer.*, 2.^a Reunião do Rio de Janeiro, 4 vols., 1927, Impr. Nacional, Rio, 1927 e a obra de BUSTAMANTE, *La Comisión de Jurisconsultos de Rio de Janeiro*, Habana, 1927.

46. V. *Recueil Lambert*, I, parág. 57 e *Dolles in Mitteilungen aus dar, Max-Planck-Instituts*, heft 6/1956.

“*Revue*”, o último volume, 1959. Nas Américas temos a *Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, fundada em 1914, com o seu “*Boletim*”, vol. 14, 1958⁴⁷, a *Sociedade Cubana de Direito Internacional* de 1915, com seu Anuário, a *Associação Peruana de Derecho Internacional*, em 1916, com sua “*Revista Peruana de Derecho Internacional*”, desde 1941, já no vol. 18 (1958), o *Instituto Argentino de Derecho Internacional* com a “*Revista Argentina de Derecho Internacional*”, em 2.^a Série desde 1940, o *Instituto Uruguayo de Derecho Internacional*, a *Associação Guatemalteca de Derecho Internacional*, 1954 e sua *Revista*,⁴⁸...

Revistas e outras publicações periódicas.

9. Quanto às *revistas e demais publicações periódicas*, além das referidas de várias Associações e Institutos, impõe-se citar como a mais antiga e importante⁴⁹ o *Journal du Droit International Privé* fundado com êsse nome em Paris, em 1874, por EDOUARD CLUNET, com o concurso de DEMANGEAT e MANCINI, tendo de 1875 a 1914 o acréscimo no título: *et de Jurisprudence Comparée*, passando a chamar-se desde 1915 *Journal de Droit International*. Com pequena interrupção durante a última Grande Guerra, 1941-1944, o *Journal* ou melhor o *Clunet*, qual é citado cor-

47 O primeiro em francês, *Bullet. de La Soc. Brésil de Dr. Internat.* 1914-1915. Fundado por AMARO CAVALCANTI, seu Presidente até falecer, sucedido por RODRIGO OTÁVIO, AFRANIO DE MELLO FRANCO, e, atualmente, RAUL FERNANDES.

48. Em numerosas organizações internacionais e nacionais, já citadas no Cap. III para o Direito Uniforme e o Direito Comparado, bem como em outras gerais, Interamerican Bar Association, Union International des Avocats ou especialmente, o Comité Maritime International, de Antuérpia, 1897, o Comité Juridique Int. de l'Aviation, de Paris, 1909, hoje na OACI e em várias, nacionais, são, também, estudados problemas de DIP.

49. A *Revue de Droit International et de Législation Comparé* de Gand. 1869, já citada, versou e ainda versa, com relevância, não, porém, especialmente, problemas de DIP.

rentemente, conta até hoje, com a publicação mais completa possível de artigos doutrinários e da jurisprudência, de textos legais e bibliografias, de todos os países sobre o DIP⁵⁰ há quase noventa anos, merecendo a bela denominação que lhe deu KAHN, de *Corpus Juris Civilis Internationalis*⁵¹.

A segunda, ainda na França, e, também, magnífica publicação jurídica, é a antiga *Revue de Droit International Privé* et de *Droit Penal International*, fundada em Paris por DARRAS, A., em 1905, continuada desde 1909 por DE LA PRADELLE até 1933 e, depois, em 1934 já com nova denominação, *Revue Critique de Droit International*, com NIBOYET, afinal, desde 1947 até o presente sob o título *Revue Critique de DIP*. Em 1934 fundou DE LA PRADELLE a ótima *Nouvelle Revue de DIP* de que saíram apenas 11 volumes, 1934/1943 e 1946.

Na *Rivista di Diritto Internazionale*, de Roma fundada por ANZILOTTI, D. e RICCI BUSATTI, 1906, interrompida em 1943, prosseguindo desde 1953 com PERASSI, AGO e MORELLI, bem como nesta outra, ora reaparecida, *Diritto Internazionale*, n. XIII, 1959, com BALLADORE PALLIERI, BISCOTTINI, DE NOVA E QUADRI, encontram-se numerosos trabalhos, decisões e documentos sobre DIP.

Igualmente na Escandinávia a *Nordisk Tidsskrift for Internat. Ret (Acta Scandinavia Juris Gentium)* de Copenhague, há vários anos; na Espanha, a *Revista de Derecho Internacional*, de Madri, desde 1948, e, recentemente, a *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht.*, de Leiden, I vol. 1953 e VIII (1960)⁵².

50. Publicou uma série de *Tables Générales*, 1874-1904, 4 volumes, 1905-1925, 12 volumes e 1926-1955, 2 volumes.

51. Apud GUTZWILLER, *Recueil*, 29/308.

52. Publicações hoje desaparecidas foram na Alemanha, fundadas por F. BOEHM, de Erlangen, 1890, a *Zeitschrift fur IPR und Strafrecht*, depois de Leipzig, a partir de 1953, continuada por NIEMEYER, T., com o nome *Z. fur IP und oeffentliches Recht* até 1937, e, de 1937, com

Repertórios e coletâneas especializados.

10. Quanto a Repertórios e Coletâneas o mais completo é o de LA PRADELLE et NIBOYET, *Report. de Dr. Int., Condit. des Étrangers, Conflit des Lois, Droits Acquis, etc.* em 10 vols., com a matéria por ordem alfabética, Paris, 1929/1931 e um Suplemento de 1934. Anteriormente saíra um bem desenvolvido *Dictionaire de DIP*, de VINCENT, R. et PENAUD, E., de Paris, 1888, com a legislação, a doutrina e a jurisprudência francesa na matéria⁵³. Na Itália a publicação do Instituto di Studi Legislativi, *Giurisprudenza Comparata de DIP*, organizada pelo Professor SALVATORE GALGANO, começada em 1935, já com muitos volumes. No Brasil existe o importante Dicionário de DIP, de RODRIGO OTÁVIO, Rio, 1933, de legislação, jurisprudência e bibliografia referente ao direito do estrangeiro no Brasil⁵⁴.

Quanto a textos e bibliografia, internacional e de cada país, a ótima publicação de MAKAROV, *Das IPR., der europaischen und ausereuropaischen Staaten* em duas Partes, I — *Gesetzestexte* e II — *Staatsvertrage*. Berlim, 1929, 8.º vol. da *Rechtswerfologung Internat. Verkehr*; em segunda e completa edição, com o título *Quellen des IPR*, em francês e alemão, Band I, *Textes de Lois*, Berlim-Tübingen, 1953,

KRAUSS, A., e WOLFF, A., já sob o título *Z. fur Internat. Recht* acabando em 1938; as *Blätter fur IPR*, Munique, 6 vols., 1926/31. Na Argentina tivemos o *Bulletin Argentin de DIP* de ZEBALLOS, E., de Buenos Aires, 1903/1920, em fascículos formando 2 volumes; na Itália, a *Rivista Italiana de DIP e Processuale*, Gênova, 3 volumes, 1931/4, de FEDOZZI, e *Jus Gentium, Rivista de DIP*, Roma, vols. I a IV, 1949/1952 e na França, *Questions Pratiques de DIP.*, 1913/14; etc..

53. Seguido por uma *Revue Pratique de DIP*, 1891/2.

54. Vejam-se nos Estados Unidos os *Bilateral Studies in PIL* dirigidos pelo Prof. NUSSBAUM, A., publicados pela Parker School of Foreign and Comparat. Law (Columbia Univ.), compreendendo American, Swiss, French, Dutch, German, Colombian, Greek, Danish, Australian, Brazilian, Chilean.

e Band II, *Textes des Traités Internationaux*, Tubingen, 1960.

Na França, o *Recueil des Textes Usuels, Nationalité, Étrangers, Conflits de Lois*, de NIBOYET et GOULÉ, P., Paris, 1929, I, *Legislat. Interne et Traités Bilatéraux de la France* e II, *Traités et Projets de Traités d'Union*. Na Itália, PACCIONI anexou à sua obra de DIP, 2.^a edição, 1935, vários textos internos, em Apêndice; na Holanda, MEIJERS publicou o *Recueil de Lois Modernes concernant le DIP*. Leiden, 1947.

No Brasil, o professor OSCAR MARTINS GOMES publicou o livro *Leis e Normas de DIP*, 1956, com toda a legislação pátria, inclusive o Código BUSTAMANTE e o Professor VALLADÃO editou uma coletânea de textos básicos, brasileiros, com indicação de *jurisprudência e bibliografia*, estrangeiros (europeus e americanos) e internacionais, para uso e debates em classe e nos exames do bacharelado e do doutorado, DIP., *Material de Classe*, Rio de Janeiro 1960, desde 1937 circulando mimeografada.

332:351(79-81).0

A reavaliação dos investimentos das empresas de energia elétrica.

Waldemar Ferreira

Professor Emérito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

INTROITO.

1. Os preconceitos nacionalistas do Código de Águas. 2. A nacionalização das riquezas do sub-solo e sua exploração industrial. 3. Os contratos de concessões de aproveitamento de quedas de água e fontes de energia hidráulica. 4. A manifestação ao poder público das empresas e de particulares em aproveitamento de quedas de água e fontes de energia elétrica. 5. A ressalva dos direitos adquiridos ao tempo da promulgação do Código de Águas. 6. A natureza das relações entre as partes coniventes na concessão de serviços públicos. 7. A fixação de "tarifas razoáveis" pelo Código de Águas.

CAPÍTULO I

A falta de determinação do investimento das empresas e a implantação do regime de custo.

8. A implantação pelo Código de Águas do regime do serviço pelo custo. 9. O entendimento da expressão "propriedade em função de sua indústria" 10. O levantamento daquela propriedade por via de inventário. 11. O custo histórico da propriedade e de sua indústria. 12. A determinação do "investimento" ou capital a remunerar das empresas. 13. A finalidade do levantamento do inventário. 14. A falta de determinação pelo poder concedente do investimento das empresas concessionárias.

CAPÍTULO II

A situação contratual das empresas subrogadas pela União como concedente.

15. A substituição dos Estados, Distrito Federal, Território do Acre e Municípios nas concessões de exploração de energia elétrica. 16. A modificação pelas empresas, a título precário, de seus preços de fornecimento de energia. 17. A fiscalização da execução das contas de concessões prorrogadas.

CAPÍTULO III

A revisão trienal das tarifas.

18. A expedição do regulamento federal dos serviços de energia elétrica. 19. A revisão das tarifas ao termo de cada triênio. 20. A concessão de serviços públicos pelo sistema do preço de custo. 21. As normas de contabilidade das empresas para classificação das contas de energia elétrica. 22. A tomada de contas das empresas pela fiscalização federal. 23. A ilegalidade do regulamento de fiscalização contabilística e financeira das empresas. 24. A diferença da remuneração no levantamento anual da conta de lucros e perdas.

CAPÍTULO IV

O projeto de lei sobre correção do valor original dos bens do ativo das empresas.

25. O projeto de lei n.º 325-D, de 1939, e sua aprovação pela Câmara dos Deputados. 26. A correção monetária dos patrimônios das empresas. 27. A arguição da inconstitucionalidade do projeto pela Comissão de Finanças do Senado. 28. O intuito do projeto de lei. 29. O problema da constitucionalidade da tomada de contas das empresas. 30. O exame das contas de resultados dos exercícios de 1941 a 1958.

CAPÍTULO V

A perfeição jurídica da reavaliação do ativo das empresas.

31. A reavaliação do ativo das empresas de conformidade com a Lei n.º 3.470, de 1958. 32. Os efeitos daquela reavaliação em face de qualquer lei posterior.

CAPÍTULO VI

O princípio do custo histórico em face da inflação e desvalorização da moeda.

33. O trinômio legal da fixação de tarifas razoáveis e da estabilidade das empresas. 34. A avaliação dos bens destinados ao objeto das sociedades anônimas pelo seu custo histórico. 35. A correção dos valores excessivos da estimação dos bens. 36. Os efeitos da inflação e da desvalorização da moeda sobre o custo histórico. 37. O princípio nominalístico da moeda nos pagamentos de somas certas do dinheiro.

CAPÍTULO VII

A retenção quinquenal da remuneração do investimento na reavaliação do ativo.

38. O recolhimento do aumento líquido do ativo resultante da correção monetária no Banco de Desenvolvimento Industrial. 39. Os direitos adquiridos à remuneração do investimento. 40. A configuração autônoma do investimento. 41. Os efeitos da reavaliação, ato jurídico perfeito, em face do projeto de lei. 42. A perda pelas companhias de parcelas da remuneração não recolhidas nos termos do registro.

CAPÍTULO VIII

A discriminação entre empresas concessionárias de serviços públicos.

43. O reexame previsto pelo projeto de lei dos resultados das empresas nos exercícios de 1941 a 1948. 44. A

revisão dos balanços elaborados segundo a lei vigente ao tempo de sua elaboração. 45. A prescrição da ação de revisão dos balanços de sociedades anônimas. 46. As generalizações do projeto. 47. A inconstitucionalidade da discriminação das emprêsas. 48. As duas categorias de emprêsas.

CAPÍTULO IX

Conclusão.

49. A armadilha arquitetada no projeto contra as emprêsas de energia elétrica.

INTROITO.

1. Elaborado ao influxo de preconceitos nacionalizadores das emprêsas de energia hidráulica no país, preceituou o Código de Águas, promulgado — às vésperas da Constituição Federal de 16 de julho de 1934 — pelo Decreto n.º 24.643, de 10 de julho do mesmo ano, que o aproveitamento industrial das quedas de águas e outras fontes de energia elétrica, quer do domínio público, quer do domínio particular, se faria pelo regime de autorizações e de concessões.

Isso mesmo diria, seis dias depois, o texto constitucional, em termos mais amplos, separando a propriedade das minas e demais riquezas do sub-solo da propriedade do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, dependeria de autorização ou concessão federal, na forma da lei. E a lei antecipou o texto constitucional, em face do qual se interpretaria.

Observou então, e a propósito, PONTES DE MIRANDA, que “nas proximidades de ser promulgada a Constituição de

1934, dois decretos do Govêrno provisório estabeleceram o direito comum sôbre a propriedade das jazidas e quedas de água. As jazidas conhecidas pertencem aos proprietários do solo, onde se encontram ou a quem tocarem por legítimo título à data em que entrou em vigor o Código de Minas, aprovado pelo Decreto n.º 24.642, de 10 de julho de 1934. As próprias jazidas desconhecidas, quando descobertas, incorporam-se ao patrimônio da Nação — portanto, já são da Nação, como propriedade imprescritível e inalienável. O próprio Código das Águas define o que sejam “jazidas conhecidas”, para os efeitos legais: as jazidas que forem manifestadas ao poder público na forma e prazos prescritos no art. 10 do mesmo Código. As quedas de água, existentes em cursos cujas águas sejam comuns ou particulares, pertencem aos proprietários dos terrenos marginais, ou a quem fôr de direito. As quedas de água e outras fontes de energia hidráulica, existentes em águas públicas, de uso comum ou dominicais, incorporam-se ao patrimônio da Nação como propriedade imprescritível e inalienável”¹.

O Código de Águas, como o Código de Minas, foram aprovados pelo art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição Federal; mas seus dispositivos, como os de tôda lei ordinária, considerar-se-iam derogados no que, explícita ou implicitamente, contrariassem os preceitos constitucionais, que os suplantariam no regime hierárquico das leis.

2. Não se chegou naquela assentada à socialização, pròpriamente dita, das riquezas do sub-solo e sua exploração industrial. Nacionalizaram-se. Seriam as quedas de água de propriedade da Nação; e eis porque o Govêrno Federal concederia as autorizações ou concessões exclusivamente a brasileiros ou a emprêsas organizadas no Brasil,

1. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, Rio de Janeiro, 1937, Editora Guanabara Waissman, Koogan Ltda., vol. II, p. 315, n.º 3.

ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros.

Sob a égide desses preconceitos, ficou expresso no § 4 do art. 119 da Constituição, a lei regularia a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e que quedas de água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país.

Não dependeriam todavia de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas de água já utilizadas industrialmente, na data da Constituição, e, sob a mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa.

Respeitaram-se os direitos adquiridos. Nos têrmos do n.º 3.º do art. 113 da Constituição, a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

3. Considerara o Código de Águas de utilidade pública e dependentes de concessões os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws., fòsse qual fòsse sua aplicação; e os que se destinassem a serviços de utilidade pública federal, estadual ou municipal, de qualquer potência, ou aproveitáveis no comércio de energia hidráulica.

Dependeriam de simples autorizações — salvo o caso de aproveitamento de quedas de água de potência inferior a 150 kws. no uso exclusivo do respectivo proprietário — os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia, de potência até ao máximo de 150 kws., quando os permissionários fòssem titulares de direitos de ribeirinidades relativamente à totalidade ou, ao menos, à maior parte da secção do curso de água a ser aproveitada, destinando-se a respectiva energia a seu uso exclusivo.

4. Acharam-se no entanto as emprêsas, ou particulares, que se encontrassem em aproveitamento de quedas de água ou outras fontes de energia hidráulica, para quaisquer fins, obrigadas a manifestá-lo ao poder público, dentro do prazo de noventa dias.

Exigiu-se, para essa manifestação, justificação judicial no fôro comarcano da situação da usina, com assistência do representante do Ministério Público, destinada a comprovar solenemente a existência e característicos da usina, por testemunhas de fé; e a existência, natureza e extensão, de seus direitos sôbre a queda de água utilizada, por documentos hábeis.

Encaminhar-se-ia essa justificação ao Governo Federal, com os dados característicos, do ponto de vista técnico, da queda de água e sua usina, acompanhada de breve relatório histórico da fundação desta, desde o início de sua exploração; da descrição das instalações e obras de arte destinadas à geração, transmissão, transformação e distribuição de energia; e da constituição legal da empresa, seu capital e forma de administração, mais os contratos de fornecimento de energia e respectivas tarifas.

A fim de nenhuma empresa se omitir no cumprimento de tal obrigação, haver-se-iam como aproveitamentos, então existentes e instalados, os cujas empresas os manifestassem. As empresas omissas dentro do prazo, que lhes fôra assinado, não poderiam, ao depois, prosseguir na exploração industrial da energia hidráulica, sem autorização ou concessão. Mas o prazo, porque excessivamente curto, foi prorrogado diversas vezes.

5. Tendo ressalvado o direito adquirido das empresas existentes à data de sua publicação, o Código de Águas todavia — pelo dispositivo de seu art. 202 — submeteu às normas de regulamentação, que consagrou, os particulares e empresas que explorassem a indústria da energia elétrica, em virtude, ou não, de contratos; e marcou o prazo de um ano para se proceder à revisão dos contratos existentes.

A política da revisão contratual, que então se adotou como ponto programático de sentido nacionalista, era muito mais fácil de ditar do que de executar. Os contratos em curso tinham sido celebrados nos primeiros momentos da instalação das empresas destinadas à exploração industrial da energia elétrica no país. Firmados, quase todos, com

Municípios desprovidos de recursos orçamentários bastantes para a realização dos seus serviços públicos, neles se consignaram cláusulas que garantissem os capitais neles aplicados, sem prejuízo todavia de tarifas razoáveis, como as circunstâncias impunham.

Afora nos dois grandes municípios brasileiros do Rio de Janeiro e de São Paulo, nos quais existiam algumas empresas industriais necessitadas de energia elétrica para seu desenvolvimento, nos demais esta teria que ser consumida pelos serviços de iluminação pública das cidades e das residências particulares.

Sem embargo, a possibilidade da obtenção da energia elétrica em razoáveis tarifas, propiciou a criação de novas indústrias, cujo desenvolvimento, com o correr dos anos, vieram a exigir o desdobramento das usinas elétricas e o aumento concomitante dos capitais das respectivas empresas; e esses capitais, na sua generalidade, provieram de fontes estrangeiras.

Só então vieram esses capitais a obter lucros razoáveis, que provocaram a campanha nacionalista, que erigiu em postulado o princípio da revisão dos contratos de concessão de serviços públicos, na grande maioria dos casos ajustados com os poderes municipais; e em cada Município com particularidades locais, que se não poderiam submeter ao uniformismo dos esquemas traçados pelos teóricos do Governo Federal.

Resultou disso, se não a impossibilidade, a dificuldade da revisão dos contratos das empresas com os poderes públicos e mesmo com os particulares.

Tinha, nessa emergência, de verificar-se a interferência direta do poder público federal no âmbito contratual.

6. Não se ignorava que, pela tradição do direito positivo brasileiro, como do direito universal, era de natureza contratual a relação entre as partes coniventes na concessão de serviço público.

No interêsse comum os contratos de concessão dos serviços públicos de fornecimento de energia elétrica para iluminação pública e particular, quanto ainda para fôrça motriz, tinham as respectivas tarifas estipuladas em limites máximos, pagáveis metade em papel e metade em ouro, durante períodos iniciais, posteriormente aletrados em razão da conjuntura econômica.

Sem embargo da teoria de que GEORGES RIPERT se fêz pregoeiro, de que contra a fôrça das máximas jurídicas de que *neminem laedit qui suo jure utitur* e quejandas protestava a moral, condensando sua ordem de comando na fórmula *sumum jus, summa injuria*, pois que a maior injustiça, que se poderia praticar seria a de pretender tirar dum direito as supremas vantagens que êle pudesse comportar², teoria avassalante, que empolgava os espíritos desejosos de que a lei civil se subordinasse àquela regra que se dizia de moral — o Código de Águas, de certo modo, reconheceu a natureza contratual da concessão de serviços públicos como os de que se trata.

As emprêsas, preceituou no § 2.º do art. 202, que explorassem a indústria de energia hidro-elétrica sem contrato, porque houvesse terminado o prazo respectivo e não tivesse havido reversão, ou por qualquer outro motivo, deveriam fazer contrato por prazo não excedente de trinta anos. Êsse contrato no entanto se celebraria “a juízo do Govêrno”, isto é, do Govêrno Federal; e, em sua formação, obedecer-se-iam as normas consagradas no Código de Águas.

Os contratos, dessarte celebrados entre os poderes públicos e as emprêsas, destinar-se-iam, em primeiro lugar, a conferir a estas, durante todo o prazo de sua vigência, a monopólio exclusivo dos serviços públicos concedidos; e aos poderes públicos a certeza da execução dêsses serviços, sem solução de continuidade, de conformidade com as avenças levadas a efeito no tocante às peculiaridades locais.

2. GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles* Paris, 1921, p. 124, n.º 74.

Dependeriam, sem embargo, da homologação do Governo Federal, que interferiria na execução contratual de acôrdo com os dispositivos legais e regulamentares, que serão, em boa parte, adiante examinados.

7. Ponto relevante, que o Código de Águas fixou, e a bem dizer constituiu seu predominante propósito, foi o da “fixação de tarifas razoáveis”.

Estava na mente de seus elaboradores que as empresas, que exploravam as fontes de energia hidráulica, pertencentes, em grande senão em maior parte, a capitalistas estrangeiros, auferiam lucros excessivos, que periodicamente retiravam do país, desfalcando-o assaz das divisas de que carecia.

Foi a diretriz política que se tornou vencedora; e eis porque, como no art. 178 se dispôs, no desempenho das atribuições, que lhe foram conferidas, o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral, com aprovação prévia do Ministro da Agricultura, regulamentaria e fiscalizaria o serviço de produção, transmissão, transformação e distribuição de energia hidro-elétrica, com o triplice objetivo de assegurar serviço adequado, fixar tarifas razoáveis e garantir a estabilidade financeira das empresas. Para este último objetivo, exerceria a fiscalização da contabilidade destas.

Adquiriu o Estado dessarte a superintendência efetiva de todas as empresas de energia elétrica, que lhe ficaram inteiramente subordinadas e desprovidas da autonomia administrativa de seus próprios acervos, como se fôsem órgãos colaterais da administração pública, exercidos por empresas privadas.

Assim é que, quanto ao “serviço adequado”, resolveria a administração pública sobre qualidade e quantidade do serviço, extensões, melhoramentos e renovações das instalações tanto quanto sobre processos mais econômicos de operação, podendo ordenar a troca de serviços (interconexão) entre duas ou mais empresas, sempre que exigido pelo interesse público.

Quanto às “tarifas razoáveis”, a administração pública as fixaria trienalmente, “sob a forma de serviço de custo”, levando em conta as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre as emprêsas, excluídas as taxas de benefício; e as reservas para as depreciações e a remuneração dos capitais respectivos. Teria em conta, ao avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos a depreciação. Conferiria justa remuneração a êsse capital, vedando distinções entre consumidores, dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço, considerando as despesas de custeio fixadas, anualmente, de modo semelhante.

Quanto à “estabilidade financeira das emprêsas”, de vulto muito maior seria a curatela exercitada pela administração pública, feridas elas, como ficaram, de incapacidade relativa, especialmente quanto à emissão de títulos. Seriam êstes as obrigações ao portador ou debêntures, que o Decreto-lei n.º 13.392, de 29 de junho de 1939, as autorizou a emitir, “em quantia superior à do capital estipulado nos estatutos”³.

Só seria permitida a emissão de títulos dessa ou de qualquer outra espécie para a aquisição de propriedades; a construção, complemento, extensão ou melhoramento das instalações e sistemas de distribuição ou outras utilidades condizentes; os melhoramentos na manutenção dos serviços; a descarga ou refusão das obrigações legais; ou o reembolso do dinheiro da renda efetivamente gasto para êsse fim.

Ditaria ademais a administração pública, qual o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, criado pelo Decreto-lei n.º 1.285, de 18 de maio de 1939, do qual seria órgão informativo a Divisão de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral — e isso com aprovação do Govêrno — as normas especiais de contabilidade das

3. WALDEMAR FERREIRA, *Tratado das Debêntures*, São Paulo, 1944, Livraria Editôra Freitas Bastos, v. I, p. 6, n.º 33.

empresas de electricidade. Tomar-lhes-ia contas semestralmente. Para tais efeitos, enviar-lhes-iam seus relatórios anuais, acompanhados das listas de seus acionistas, indicando o número de ações de cada um, especialmente as de seus diretores e administradores, com as alterações sofridas; e mais o quadro de seu pessoal, discriminando ademais as atribuições de seus diretores.

Para maior eficiência dessa superintendência administrativa das empresas, subordinadas desde então a rígido sistema burocrático, houveram elas de registrar-se de conformidade com os dispositivos do Decreto n.º 13, de 15 de janeiro de 1935, que criou:

a) o Registro dos Aproveitamentos de Quedas de Água Já Existentes, em que se inscreveriam os manifestos produzidos na forma do art. 149 do Código de Águas;

b) o Registro das Autorizações de Aproveitamentos de Energia Hidráulica, no qual se transcreveriam os respectivos títulos;

c) o Registro das Concessões Definitivas de Aproveitamento de Energia Hidráulica, com a transcrição dos respectivos títulos;

d) o Registro das Concessões Provisórias de Aproveitamento de Energia Hidráulica, mediante a reprodução dos respectivos títulos;

e) o Registro dos Aproveitamentos Inferiores a 50 KW, com a inscrição dos respectivos manifestos, na forma do § 3.º do art. 139 do Código de Águas.

Averbar-se-iam nesses livros de registro quaisquer atos permitidos por lei, judiciais ou extrajudiciais, que modificassem a situação assim dos títulos já inscritos, quanto de seus titulares.

Ter-se-ia, com a observância de tais registros, perfeitos currículos de tôdas as empresas em operações no país, de molde a facilitar as medidas e providências de ordem legal ou regulamentares que lhes dissessem respeito.

Esse formalismo, insta pôr em destaque, contribuiu sobremodo para a crise da energia elétrica no país e dos

serviços de eletricidade, que nem sempre puderam ser atendidos a tempo, pelo retardamento das decisões dos escalões superiores, mercê de centralização de serviços incompatível com o desenvolvimento atual dos serviços públicos.

CAPÍTULO I

A falta de determinação do investimento das emprêsas e a implantação do regime do serviço pelo custo.

8. Não tendo sido feita, pelo poder concedente — pergunta-se — a determinação do investimento das emprêsas concessionárias de energia elétrica, nos termos do Código de Águas, complementado pelo Decreto-lei n.º 3.128, de 1941, pode-se considerar implantado o regime de serviço pelo custo?

Este último ato legislativo, que dispôs sobre o tombamento dos bens das emprêsas de eletricidade, primeiramente obrigou, para os fins previstos no terceiro capítulo do segundo título do livro terceiro do Código de Águas, a organizar o inventário de suas propriedades as pessoas físicas ou jurídicas que explorassem:

a) quedas de água de potência superior a 150 KW, para qualquer fim;

b) quedas de água de qualquer potência, para produção de energia elétrica destinada a serviços públicos, de utilidade pública ou comércio de energia;

c) a energia termo-elétrica, para serviços públicos, de utilidade pública ou comércio de energia.

Evidentemente, como já ficou exposto, êsse inventário não deixava de ser supérfluo, desde que tôdas as emprêsas já o haviam apresentado, quer com o manifesto, quer para os efeitos do registro. Mas o Decreto-lei n.º 3.128, fazendo disso tábua rasa, estabeleceu, no art. 3.º, que, para “determinação inicial do investimento”, deveriam as em-

prêsas, desde que em função permanente de sua indústria, proceder e ultimar, dentro do prazo de 180 dias, o levantamento geral de sua propriedade em serviço ativo.

9. Por “propriedade em função de sua indústria”, explicou, entender-se-ia, no caso de energia destinada à venda, qualquer que fôsse a forma por que se processasse e quaisquer que fôsem as pessoas dos compradores, a existente, no momento, em função exclusiva e permanente do aproveitamento hidráulico, quando existisse; ou da produção termo-elétrica, se não de ambas, quando coexistissem com a termo elétrica.

Abrangeria a propriedade a própria fonte de energia hidráulica, quando pertencente ao utente, no caso de águas particulares ou comuns, consideradas ambas na acepção estabelecida pelo Código de Águas.

No caso de energia hidro-elétrica destinada a uso próprio, por propriedade em função de sua indústria, entender-se-ia a existente no momento, em função exclusiva e permanente do aproveitamento hidráulico, incluindo-se a própria fonte de energia hidráulica, quando pertencente ao utente no caso de águas particulares ou comuns.

10. Esse levantamento, no art. 4.º ficou expresso, se faria “sob a forma de inventário”, de interpretação facilitada por esquema das instalações existentes, no qual se consignaria a propriedade minuciosamente, agrupando-se suas partes componentes sob títulos condizentes e idênticos aos das contas da contabilidade.

Lançar-se-ia cada parte por seu “custo histórico”, expressão de duvidosa procedência, revelada nos trabalhos de elaboração da Constituição Federal, na qual, por isso, não teve ingresso⁴.

4. JOSÉ DUARTE, *A Constituição Brasileira de 1946*, Rio de Janeiro, 1948, Imprensa Nacional, v. III, p. 158; ANOR BUTLER MACIEL, *Aspectos Legais da Energia Elétrica*, Rio de Janeiro, 1948, Imprensa Nacional, p. 244

11. Entender-se-ia por aquela expressão a importância real e comprovadamente gasta, dividida discriminadamente por cada uma das partes da propriedade, conforme coubesse; e o da fonte de energia elétrica, quando particular e de propriedade da utente não poderia ultrapassar, em qualquer hipótese e sob nenhum pretexto, de Cr\$ 25,00 por KW de potência efetiva.

Determinar-se-ia o custo histórico da parte ou do todo conforme o caso, por perícia, quando os resultados dos exames da contabilidade e dos comprovantes dos débitos àquele custo e verificação da existência nos lugares indicados no inventário não produzissem resultados satisfatórios, em virtude de:

- a) falta de método e clareza dos assentamentos;
- b) omissões verificadas nos livros;
- c) excessos nos mesmo livros;
- d) influência ou discordância entre os comprovantes e os débitos respectivos;
- e) desconformidade do inventário com as propriedades encontradas, quanto à qualidade e quantidade;
- f) justas razões para recusar fé e validade às declarações, assentamentos, registros ou comprovantes apresentados.

Partiu a lei, como tudo isso exterioriza, do preconceito da desonestidade dos diretores das empresas de electricidade, quanto à composição contabilística de seu capital. Daí o ter prescrito que a perícia se basearia, quanto ao custo da propriedade ou da parte que oferecesse dúvidas, no atinente ao seu montante, na média dos preços correntes na data da construção ou da instalação dos materiais e dos aparelhos encontrados, bem assim da mão de obra provável gasta em uma ou outra, ou nas duas, quando coexistissem.

12. Cuidou o Decreto-lei n.º 3.128 de determinar o montante do capital a remunerar. Chamou-o de “investimento”. Houve-se nessa terminologia com imprecisão,

agora mais acentuada em face dos investimentos realizados por sociedades financeiras dêste nome. No sentido daquele diploma legislativo, o investimento seria o efetivamente gasto na propriedade da concessionária, desde que em função permanente da sua indústria, concorrendo, direta ou indiretamente, para a produção, transmissão, transformação e distribuição de energia. Determinar-se-ia na base de seu custo histórico, já examinado, que se deduziria, no caso de empresa em funcionamento, da depreciação correspondente a cada uma das partes em que se dividiu a propriedade.

Precisar-se-ia essa depreciação por exame tão acurado quanto possível dessas partes componentes, levando-se em consideração seu estado presente, tempo consumido em serviço e o provável restante de sua vida útil, de forma a corresponder, com a maior exatidão possível, à parte já consumida ou esgotada pelo uso e pelo tempo. Não seriam suscetíveis de depreciação os terrenos incorporados à propriedade em serviço, bem como qualquer outra parte desta, como bemfeitorias, etc., de natureza inalterável.

13. Qual a finalidade do levantamento ou inventário passado em revista, consta do art. 5.º. Determinado o prazo do art. 3.º, posteriormente prorrogado, iniciaria a Divisão de Águas a fiscalização contábil e econômico-financeira das empresas destinadas ao comércio de energia, no propósito de lhes determinar o respectivo investimento. Serviria êsse investimento de base ao cálculo da indenização, no caso de eventual reversão ou encampação; e à determinação das tarifas, pelas quais as empresas concessionárias cobrariam os serviços que prestassem na venda da energia.

Para êsse efeito, as mutações sofridas pela propriedade em serviço, após à terminação do inventário, se anotariam em separado, também de forma discriminada, até que a Diretoria de Águas iniciasse, em cada empresa, a respectiva fiscalização, determinando, relativamente a cada uma, “o seu investimento e as tarifas respectivas”, estas, juntou o texto, “quando se tratar de energia destinada à venda”

Mais ainda, prescreveu o art. 8, determinado o investimento, creditar-se-ia seu montante às contas que para esse fim, fôsem prescritas pela Diretoria de Águas, se, com o mesmo objetivo, ainda não tivesse sido elaborado e expedido o respectivo regulamento.

Tudo isso feito, e só então, na forma do art. 9, seria de 10% o lucro a ser permitido ao investimento e a ser computado no cálculo das tarifas das empresas dedicadas à indústria e comércio da energia hidro e termoelétrica.

14. Em face de quanto se acha exposto, não ha senão concluir que não tendo sido feita, pelo poder concedente, a determinação do investimento das empresas concessionárias de energia elétrica, não se pode considerar implantado o regime do serviço pelo custo, que tem, como pressuposto necessário, aquela determinação.

Não logrou êxito, ao que parece, o Decreto-lei n.º 3.128, de 19 de março de 1941, por seu caráter mais teórico do que real. Para sua execução, necessitava o poder público de aparelhamento técnico de que não dispunha, e que, ao cabo, chegaria, certamente, a resultados negativos. Se alguma empresa pudesse satisfazer aos propósitos daquele diploma, essa seria a exceção; e não a regra.

CAPÍTULO II

A situação contratual das empresas na subrogação da União como concedente.

15. Pelo Decreto-lei n.º 5.746, de 19 de agosto de 1943, e desde sua publicação, a União substituiu automaticamente os Estados, o Distrito Federal, o Território do Acre e os Municípios — salvo quanto às obrigações de pagamentos decorrentes do fornecimento de energia elétrica para iluminação e outros serviços públicos ou de natureza local — nos respectivos contratos.

Com essa tomada de posição nesses contratos, por força de disposição legal, operou-se a sobrevivência de tais contratos. Ficou isso expresso, de resto, no art. 1. Enquanto, no texto se lê, não fôrem assinados os contratos a que se referem os arts. 202 do Código de Águas e 18 do Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938, os direitos e as obrigações das empresas de energia elétrica, coletivas ou individuais, continuarão a reger-se pelos contratos anteriormente celebrados, com as derrogações expressas na presente lei.

Prorrogaram-se *ex vi legis* tais contratos. Não cabe a respeito dúvida nenhuma. As limitações ou derrogações, que se lhes fizeram, pelo dito no art. 3 — “e neles introduzidas implicitamente por força da presente lei” — versariam sôbre:

- a) os prazos, que constariam dos novos contratos;
- b) as zonas de fornecimento, modificáveis se exigido pelo interesse público;
- c) a fiscalização das empresas a exercer-se na forma do Código das Águas e leis subseqüentes;
- d) as condições futuras da exploração.

Assegurou a lei, desde logo, plenamente, em qualquer caso, às empresas, não somente a integridade do capital investido em função permanente e exclusiva da indústria, como a remuneração desse capital, em conformidade com o disposto no art. 147 da Constituição e nos termos do § 3.º do art. 5 da própria lei, ou seja o Decreto-lei n.º 5.746, de 19 de agosto de 1943.

O texto constitucional invocado, e que era da Carta de 1937, dispunha que a lei federal regularia a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retirasse o capital uma retribuição justa ou adequada e fôsem atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicaria às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo da duração do contrato.

16. Até a assinatura dos novos contratos, poderiam as emprêsas ter, a título precário, modificados os seus preços de fornecimento, a critério exclusivo do Governo e mediante requerimento ao Ministro da Agricultura.

Seria permitida a modificação do sistema de taxação, da forma de cobrança e do valor dos preços em vigor na data do Código de Águas, vedada todavia distinção entre consumidores da mesma classe e em iguais condições de utilização do serviço.

Os novos preços fixar-se-iam pela Divisão de Águas, pelo critério de semelhança, atendidas a razoabilidade de seus valores e as novas classes de consumidores.

Quer as modificações assim feitas, quer os resultados financeiros da exploração seriam levados — após a determinação do capital a remunerar — em conta na remuneração garantida pelo Decreto-lei n.º 5.746, desde a data em que se tornasse efetiva a fiscalização por êle prometida.

17. Assentou o aludido Decreto-lei, no art. 1, § 3, caber à União, mediante delegação expressa e poderes definidos, a fiscalização da execução dos contratos prorrogados por aquêlê diploma, por intermédio das autoridades nele referidas, durante o prazo de seis meses, contados de sua publicação, desde que cessasse a das autoridades a que pertencia efetuá-la.

Não se aludiu à tomada de contas, naturalmente por dispensada, pois que a execução dos contratos das emprêsas era permanentemente fiscalizada pelo poder público federal. Nem haveria como realizá-la, para o fim de determinada taxa de lucro, de vez que os lucros seriam os decorrentes dos próprios contratos prorrogados e executados.

De vez que, pelos próprios dizeres do Decreto-lei n.º 5.746, os direitos e as obrigações das emprêsas de energia elétrica continuaram a ser regidos pelos contratos anteriores, não entrando em linha de conta, para a fixação das tarifas dos serviços concedidos, e já contratualmente esti-

puladas, com aprovação do poder público concedente, a determinação do investimento, jamais realizada, seria, e é, incompreensível tomada de contas para a verificação de determinada taxa de lucro sôbre investimento só existente teòricamente, na lei, mas que não chegou a existir na prática.

A tomada de contas, que na esfera administrativa pública se tentasse levar a efeito, seria, dessarte, condenada a insucesso, por carecedora de fundamento legal.

Como ensinou MÁRIO MASAGÃO, “o Decreto-lei n.º 3.128, de 19 de março de 1941, estabeleceu o processo para obtenção dos elementos que habilitassem o govêrno a implantar o sistema de tarifas flexíveis adotado pelo Código de Minas. As emprêsas concessionárias cumpriram seus encargos nesse processo, apresentando em tempo o inventário dos bens aplicados nos serviços hidroelétricos, mas o Serviço de Águas ficou inativo, deixou de cumprir os estágios seguintes, que a êle incumbiam”. Dessa forma, acrescentou, “perpetuou-se, com rótulo de transitoriedade, o sistema das tarifas contratuais, com possibilidade de revisão”⁵, vigente.

CAPÍTULO III

A revisão trienal das tarifas.

18. Pelo Decreto n.º 41.109, de 29 de fevereiro de 1951, expediu o Presidente da República o regulamento dos serviços de energia elétrica, não sòmente porque o Código de Águas o previu, como porque várias leis que o alteraram e complementaram, “deixaram à regulamentação os detalhes de execução de vários de seus dispositivos”

Pelo disposto no art. 87, n.º I, da Constituição Federal compete privativamente ao Presidente da República “san-

5. MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1960, Max Limonad Editor, v. II, p. 308, n.º 482.

cionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”

Sem embargo, esta fidelidade nem sempre é observada; e os regulamentos se excedem e articulam dispositivos novos e estranhos às leis, com evidente infringência dos dispositivos constitucionais.

19. Dispôs o regulamento, no art. 162, que, ao fim de cada triênio, verificando-se diferença entre a remuneração do investimento e a efetivamente apurada, será feita a revisão das tarifas para o novo período trienal.

Aplica-se acaso êsse dispositivo às emprêsas cujas tarifas não estão sujeitas ao pagamento do serviço pelo custo?

20. A concessão de serviços públicos pelo sistema de preço pelo custo, no sentir dos tratadistas, tem como condições vitais a indeterminação do prazo, a compensação justa ao têrmo dêste e a percepção, pela emprêsa concessionária, de lucro razoável, de acôrdo com o justo valor, ou seja por tarifas determinadas em consonância com o serviço pelo custo, que caracteriza o regime.

Examinando esse regime, ponderou ANHAIA MELO que “a concessão indeterminada resolve, pois, perfeitamente, o grave problema do prazo das concessões. O serviço pelo custo, por sua vez, resolve de maneira perfeita o problema não menos grave da fixação das tarifas, junto com o requisito essencial da flexibilidade destas. Por isto, estas concessões de serviço pelo custo chamam-se também “flexible-rate franchises”.

Em tais condições, prosseguiu o expositor, “o preço cobrado deve ser calculado de tal forma que, cobertas as despesas da operação, sobeje apenas um lucro razoável e suficiente para atrair capitais para a indústria”; e, assim, “fixação de tarifas não é uma conta de chegar para ser feita de antemão, nas indústrias progressistas e de evolução rápida, para muitos anos. É um cálculo exato e rigoroso, que deve ser ajustado todos os anos à condição

de tempo e lugar. Só o serviço pelo custo realiza essa perfeição”⁶.

Repousa a eficiência do regime, assim concebido, de um lado, e principalmente, em rigorosa fiscalização das emprêsas concessionárias, no tocante a suas contabilidades, para a verificação das tarifas, em diversos países efetuada por via de comissões mistas, compostas de representantes do poder público, da emprêsa concessionária e de técnicos contabilistas; e, de outro lado, na criação de fundo especial, na contabilidade da emprêsa, a fim de manter o justo equilíbrio tarifário, de conformidade com as variações determinadas pela conjuntura econômico-financeira.

21. O Decreto n.º 41.019 estabeleceu que a contabilidade das emprêsas obedecerá às normas em vigor sôbre classificação de contas para as de energia elétrica, prescritas pelo Decreto n.º 28.545, de 24 de agosto de 1950, competindo à Divisão de Águas fiscalizá-la.

Obrigou as emprêsas a apresentar, até 30 de abril de cada ano, o seu relatório, acompanhado do balanço anual analítico e a conta de lucros e perdas, com a demonstração analítica remunerável do ativo imobilizado a 31 de dezembro; das quotas de reversão ou amortização e depreciação; da conta de reserva para reversão ou amortização; da receita de exploração; da despesa de exploração; dos empréstimos em moeda estrangeira; da conta de resultados a compensar. Ademais, o extrato das contas bancárias de depósito dos fundos de reversão, de amortização e de compensação de resultados; a relação dos acionistas, especificando o capital integralizado e a integralizar; a relação de obras executadas durante o ano, com sua descrição e custo; a prova dos recolhimentos aos fundos de reversão e de compensação de resultados; e a relação no-

6. LUIZ DE ANHAIA MELO, *o Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1940, Sub-Divisão Gráfica da Prefeitura, p. 83.

minal de seus diretores, gerentes e as respectivas funções. tudo isso de conformidade com os modelos anexos ao regulamento.

Essa minudente cópia de informações e documentos é destinada ao exame da Fiscalização, a fim de:

- a) aprovar os lançamentos nas contas de bens e instalações que compõem o investimento;
- b) autorizar as alterações correspondentes no inventário da propriedade em função do serviço;
- c) determinar o montante do investimento reconhecido a 31 de dezembro do exercício findo, pelo seu custo histórico;
- d) fiscalizar as despesas de exploração do serviço;
- e) verificar o exato lançamento das importâncias a serem registradas nas reservas para depreciação e para reversão ou amortização e na conta de resultados a compensar;
- f) exercer a fiscalização financeira da empresa.

2. Tem a Fiscalização, para essa tomada de contas, o prazo de um ano, contado do recebimento dos documentos que acabam de ser referidos, ao fim do qual comunicará à empresa os lançamentos impugnados e os valores aprovados das contas referentes aos bens, que constituem o investimento.

Dentro de sessenta dias do recebimento da comunicação, a empresa deverá fazer a segregação dos lançamentos impugnados dentro da respectiva conta, o registro das diferenças encontradas nas reservas para depreciação, reversão e amortização, e na conta de resultados a compensar, e os recolhimentos de diferenças aos fundos de reversão e de compensação de resultados.

Dentro do mesmo prazo, poderá a empresa recorrer da decisão da Fiscalização para o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, “desde que prove ter efetuado as segregações, registros e recolhimentos referidos”.

Essa “segregação” importará certamente em inúmeros estornos não somente nos livros de contabilidade, como nos balanços anuais, que já deverão ter sido publicados e aprovados pela assembléia geral ordinária dos acionistas da empresa. Ademais, como o prazo de um ano não será observado pela Fiscalização, como tudo leva a crer, já então o subsequente exercício estará findo, o respectivo balanço levantado, quiçá apresentado, com os documentos exigidos aprovados pela seguinte assembléia geral ordinária, criando situação de incertezas e problemas dos de maior relevância quanto aos dividendos apurados pelos balanços, tão retardatariamente impugnados, talvez impossíveis de correção, principalmente depois dêles já distribuídos e pagos aos acionistas.

23. Decorrência é de quanto vem a ser pôsto, relativamente à fiscalização contabilística e financeira da empresa de energia elétrica, ter-se elaborado o regulamento, evidentemente *extra legem* do pressuposto de ser o regime de serviço pelo custo o de tôdas as empresas que operam no país.

Como já se demonstrou, páginas atrás, êsse pressuposto é inexato, por haver o Decreto-ei n.º 5.764, de 19 de agosto de 1934 estabelecido que, enquanto não fôsem assinados os contratos referidos no art. 202 do Código de Águas e 18 do Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938, os direitos e as obrigações das empresas de energia elétrica, coletivas ou individuais, continuariam a reger-se “pelos contratos anteriormente celebrados”, com as sós derrogações que aquêle mesmo diploma alinhou.

Ora, é de evidência intuitiva que, nessas condições, não se aplicará às empresas não sujeitas ao pagamento do serviço pelo custo o disposto no art. 162 do Decreto n.º 41.019, de 1957, pela manifesta impossibilidade da revisão trienal das tarifas, que ficaram na dependência de assinaturas de novos contratos e enquanto subsistirem os que ainda não foram expressamente reformados.

24. Mas há que refletir quanto ao dispositivo do § 1.º do art. 162. Nele se lê que “a diferença de remuneração entre a taxa referida no artigo anterior (a de 10% ao ano de remuneração do investimento) e a verificada no levantamento anual da conta de lucros e perdas será registrada na conta de resultados a compensar (11.91), em que se compensarão os excessos ou as insuficiências de remuneração verificada em outros exercícios”.

Acrescentou o § 3.º, na seqüência do mesmo propósito, que “as importâncias correspondentes aos saldos credores da conta de resultados a compensar serão depositados pelo concessionário a débito do fundo de compensação de resultados (conta 42,5), até 30 de abril de cada exercício, em conta vinculada no Banco do Brasil S. A., ou no Banco do Desenvolvimento Econômico, na sede da empresa, que só poderá ser movimentada em exercícios seguintes, na sua finalidade, depois da apresentação dos documentos a que se refere o art. 29, e a demonstração da insuficiência da remuneração do exercício anterior. Os juros bancários deste depósito serão creditados à conta de resultados a compensar”.

Ora, essa é matéria que escapa à competência regulamentadora do poder executivo, pois que pelo consignado nos dispositivos transcritos não somente se restringem direitos de empresas coletivas ou individuais, como se lhes impõem obrigações que somente podem emanar do poder legislativo.

Aliás, e de passagem se diga, os preceitos expostos, admitida sua legitimidade, pois ninguém pode ser obrigado a fazer, ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, consoante o dispositivo constitucional, são inaplicáveis tais quais neles se preceitua, desde que as providências determinadas no art. 29 dependerão de aprovação da Fiscalização, depois de terminada a tomada de contas, dentro de um ano depois do recebimento dos documentos referidos no mesmo art. 29.

CAPÍTULO IV

O projeto de lei sôbre correção do valor original dos bens do ativo das emprêsas de energia elétrica.

25. Aprovou a Câmara dos Deputados o projeto de lei n.º 325-D, de 1929, que ora, sob n.º 74, de 1959, corre trâmites no Senado, sôbre a correção do valor original dos bens do ativo das emprêsas de energia elétrica.

Ministrando parecer sôbre tal projeto, a Comissão de Economia, do Senado, aduziu considerações como estas, que são de sumo interêsse:

“3. Ora, bem, face à persistente situação inflacionária da economia brasileira a questão da correção monetária já há vários anos se colocara para tôdas as emprêsas, e com notória acentuação de ritmo inflacionário, verificada nos últimos anos mais aguda e mais premente se tornou a prática da reavaliação sistemática dos ativos, ou seja a utilização sistemática de índices corretivos das contas de capital e, conseqüentemente, das contas de resultado das firmas em atividade no país.

“4. Foi, sem dúvida, considerando devidamente esta situação, que o legislador nacional tratou de dar amparo jurídico aos processos de correção monetária do valor dos patrimônios, através da legislação competente, entre outras fazendo incluir na última versão da lei fiscal, referente ao imposto de renda (Lei n.º 3.470, de Novembro de 1958) o artigo n.º 57 dispondo expressamente sôbre a correção monetária do valor original dos bens do ativo das emprêsas submetidas à mencionada lei impositiva.

“5. Como é evidente, tal dispositivo legal applica-se também às emprêsas de energia elétrica,

mas em virtude da legislação específica em vigor para as emprêsas de serviços públicos de eletricidade consubstanciada no chamado Código de Águas (Decreto n.º 24.463, de 10 de julho de 1934), e Leis conexas, e por assim dizer consolidada no Decreto n.º 41.019, de 26 de dezembro de 1937 (publicado no D. O. de 26 de março de 1957) que regulamenta os serviços de eletricidade no país, em virtude desta legislação específica, fazia-se necessário adaptar aquela disposição do art. 51 da Lei de novembro de 1958 ao regime jurídico especial dos serviços públicos concedidos de energia elétrica”⁷.

26. Bateu-se, nêsses tópicos, em ponto crucial; mas em vez de enfrentá-lo, se praticou distorção, não sem deixar de reconhecer que o dispositivo do art. 57 da Lei n.º 3.470, de 1958, evidentemente se applicava às emprêsas de energia elétrica, de molde a que elas poderiam fazer a correção monetária de seus patrimônios, como tôdas as demais emprêsas, sem exceção de nenhuma.

Percebeu o problema, em tôda sua nitidez, a Comissão de Finanças, do Senado, que assim iniciou seu parecer sobre o projeto de lei, de que se trata:

“O Projeto de Lei da Câmara, n.º 74, de 1959, surgiu em consequência da aprovação do art. 54 da Lei n.º 3.470, de 21 de novembro de 1958, e do veto presidencial apôsto ao § 20 do mesmo artigo, o qual praticamente derogou o princípio do custo histórico, estabelecido no art. 180, do Código de Águas, para a avaliação do investimento a remunerar das emprêsas de energia elétrica, pôsto que vem permitir a reavaliação pe-

7. *Diário do Congresso Nacional*, Secção III (Senado Federal), nº 24, de 23 de fevereiro de 1960, p. 401.

riódica do ativo imobilizado e o conseqüente reajustamento tarifário.

“Aliás, no regime do atual Código de Águas e por deficiências de fiscalização da Divisão de Águas do Ministério da Agricultura, as aludidas emprêsas, notadamente as de capital estrangeiro, conseguiram inflacionar os respectivos capitais imobilizados, que já não mais correspondem ao valor histórico, obtendo, por essa forma, lucros superiores ao limite legal de 10%”.

E concluiu, depois de várias considerações:

“Face ao art. 141, § 3.º, da Constituição Federal, que veda a prescrição de normas legais com efeitos retroativos, e para que o projeto não legisle afetando atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos, em matéria de tal importância, parece-nos que a audiência da Comissão de Justiça torna-se necessária para o esclarecimento de todos os aspectos constitucionais e jurídicos da proposição”¹.

Ora, o projeto em curso no Senado é inequivocamente inconstitucional, qual se redigiu o seu primeiro artigo e pressuposto fundamental.

“A nova expressão, monetária do investimento nos serviços de energia elétrica” — nele se disse — “resultante da primeira correção procedida nos termos do art. 57 da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958, só poderá ser reconhecida depois do tombamento da propriedade vinculada ao serviço e da tomada de contas até 31 de dezembro de 1958, procedidos de acôrdo com a legislação que regula os serviços de eletricidade no país”.

É flagrante a inconstitucionalidade do preceito.

27. É constitucional, a disposição de tal projeto, n.º 74/59, que institui a tomada de contas com o objetivo de

deduzir do capital, ou seja do investimento a ser declarado, supostos excessos de lucros?

Insta examinar o problema, em primeiro lugar, do ponto de vista, que o projeto adotou, qual o de consistir numa evidente volta ao passado, como se pudesse ter efeito retroativo. Mui lúcidamente acentuou o parecer que sôbre êle emitiu a Comissão de Finanças, do Senado, que o art. 57 da Lei n.º 3.470, de 21 de novembro de 1958, vetado que foi o § 20 do mesmo artigo, “praticamente derogou o princípio do custo histórico, estabelecido no art. 180 do Código de Águas, para a avaliação do investimento a remunerar da empresa de energia elétrica”.

Permitiu, com efeito, aquêle texto legal às firmas ou sociedades corrigir o registro contábil “do valor original dos bens de seu ativo imobilizado” até ao limite das variações resultantes da aplicação de coeficientes determinados pelo Conselho Nacional de Economia, cada dois anos.

Essa correção, disse a lei, poderia proceder-se a qualquer tempo, até o limite dos coeficientes vigentes na época; e a nova tradução monetária “do valor original do ativo imobilizado”, rompeu, evidentemente, com o chamado custo histórico. Os bens constituintes do ativo imobilizado, portanto, passaram a ter, para todos os efeitos legais, o novo valor, obtido pela forma acima indicada.

Entendeu a lei por “valor original dos bens” a importância, em moeda nacional, pela qual tivessem sido adquiridos; ou a pelo qual os bens se houvessem incorporado ao patrimônio das empresas, nos casos de despesas ou valores de incorporação expressos em moedas estrangeiras, convertidas estas em moeda nacional pela taxa vigente ao tempo da incorporação.

Não se corrigiriam a parcela do ativo correspondente a auxílios, subvenções ou outros recursos públicos não exigíveis, recebidos para efeito da realização do ativo. Nem a parcela do ativo imobilizado ao saldo devedor de empréstimo tomado no Banco do Desenvolvimento Econômico, salvo se a empresa acordasse com êste estabelecimento a

correção simultânea do saldo devedor do empréstimo, aos coeficientes aplicados na correção do ativo.

Feita, de acôrdo com a Lei n.º 3.470, de 1958, a correção monetária, indicada pela desvalorização, que ainda não cessou, da moeda corrente nacional, a operação contabilística, efetuada de acôrdo com as prescrições por ela estabelecidas, se converteu em ato jurídico perfeito e acabado, para todos os efeitos legais, derogando os preceitos em contrário, quer do Código de Águas, quer das leis posteriores, que se tornaram incompatíveis com a determinação feita pela Lei n.º 3.470.

Ora, pelo disposto no § 3.º do art. 141 da Constituição Federal, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

28. O intuito do projeto n.º 74/59, sem sombra de dúvida, é o de, quanto às emprêsas de energia elétrica, tornar nenhum os efeitos da Lei n.º 3.470. Tudo nele o indica. De tudo emerge o seu propósito retroativo, violando o direito que as emprêsas adquiriram de, em conformidade com os dispositivos dessa lei, ter, em sua contabilidade e, por conseqüência, em seus balanços, o seu ativo imobilizado inscrito, não mais por seu custo histórico, mas pelos valores estabelecidos naquela lei.

Desde que, feita a correção monetária, observados os coeficientes ministrados pelo Conselho Nacional de Economia, os novos valores, consignados nos balanços, foram aprovados pelas assembléias gerais dos acionistas das emprêsas, ou por seus titulares individuais, e tiveram tais operações a publicidade de estilo, estas se converteram em atos jurídicos perfeitos, insuscetíveis de prejuízo por lei posterior.

Decorre disso, em boa e sã hermenêutica jurídica, a inconstitucionalidade do projeto n.º 74/de 1959, por emanar todo êle, no seu sistema, como nas suas particularidades, na revivescência de tombamentos das propriedades vinculadas aos serviços das emprêsas de energia elétrica até 31 de dezembro de 1958.

29. Mas o que se indaga é se são, ou não, inconstitucionais os dispositivos que instituem a tomada de contas com o objetivo de deduzir do capital, ou seja do investimento declarado, supostos excessos de lucros. Inconstitucionais serão evidentemente os que se referirem a atos jurídicos perfeitos, celebrados em conformidade com as leis vigentes ao tempo em que se realizaram. Por exemplo, sob o império da Lei n.º 3.470, tantas vêzes mencionadas. Não assim os que, por ventura, venham a estabelecer que, da vigência da lei nova em diante, lucros que vierem a ser apurados não poderão ser convertidos em capital das empresas. Então, tais sejam os termos da lei, esta poderá esquivar-se à censura de sua inconstitucionalidade. *Natura legis est decidere casus futurus.*

30. No caso, não é assim. Haja vista o dispositivo do art. 3.º do projeto n.º 74/59. “Simultaneamente”, nele está disposto, “com o primeiro tombamento da propriedade vinculada ao serviço a 31 de dezembro de 1958, a Divisão de Águas *examinará as contas de resultados dos concessionários nos exercícios de 1941 a 1958*, verificando o montante e legitimidade da receita realizada e das despesas registradas, nos termos da legislação em vigor, e determinando o lucro realmente realizado, bem como a diferença entre esse lucro e o admitido pela legislação vigente”.

Dispositivo dêsse naipe é irritantemente nulo, por efeito de sua inconstitucionalidade, por ferir atos jurídicos perfeitos, insuscetíveis até de anulação por sentenças judiciais, pela prescrição das ações em que pudessem ser pronúciadas.

CAPÍTULO V

A perfeição jurídica da reavaliação do ativo das empresas.

31. A reavaliação do ativo das empresas concessionárias de serviço público, realizada na forma do art. 57 da

Lei n.º 3.470, de 1958, é ato jurídico perfeito? Poderá lei posterior subordinar qualquer de seus efeitos a novas condições?

Essas interrogações, para seqüência do raciocínio em torno dos problemas propostos, são intuitivas; e agora se reitera que a reavaliação, de que se trata, é ato jurídico perfeito.

“O direito”, comentou CLOVIS BEVILAQUA, “quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado o ato jurídico, *já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*, o direito adquirido, dêle oriundo, desapareceria por falta de título ou fundamento. Assim, a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador”⁸.

Entrosam-se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido em resultar êste daquele, pois que o ato jurídico é elemento criador do direito adquirido, inexistente sem aquêle.

Pondo os conceitos em termos precisos, a Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, reputou ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; e, assim, tendo as emprêsas de energia elétrica realizado a reavaliação de seus ativos segundo a Lei n.º 3.470, que vigia ao tempo em que as realizaram, ela se caracterizou como ato jurídico perfeito.

Em face do dispositivo constitucional, referiu PONTES DE MIRANDA que o ato jurídico perfeito, a que êle aludiu, êste é “o negócio jurídico ou o ato jurídico *strictu sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos

8. CLOVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1940, Livraria Francisco Alves, v. I, p. 100, n.º 5.

como as reclamações, interpelações, a fixação de prazo para a aceitação da doação, as cominações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (atos jurídicos *strictu sensu*)”⁹.

Desde que, em tais condições, a lei atribuiu às empresas, em geral, sem exclusão das de energia elétrica, o direito de proceder à reavaliação de seu ativo imobilizado e elas exercitaram tal direito com observância das formalidades por ela mesma estabelecidas, tanto quanto pelas prescritas na lei reguladora da sociedade, de cuja forma se revestiram, o negócio jurídico ou o ato jurídico levado a efeito se tornou perfeito.

32. A nenhuma lei nova, conseqüentemente, é possível subordinar qualquer dos efeitos daquela avaliação a novas condições, por serem estas a que a lei do tempo haviam estabelecido. Tanto que tais condições se observaram, não é mais possível a introdução de outras, de resto de inobservância então, por inexistentes.

Com a reavaliação de seus capitais e sua integração em seus estatutos, para êsse fim alterados, as empresas adquiriram direito a essa nova situação, para todos e quaisquer efeitos legais.

Eis porque a Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, reputou adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo começo de execução tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida, inalterável a arbítrio de terceiros.

Não é essa inalterabilidade sujeita apenas a arbítrio “de terceiros”; mas principalmente “de legisladores”, pois o texto constitucional declarou que a lei (note-se bem: “a lei”) não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

9. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, São Paulo, Max Limonad Editor, v. IV, p. 138, n.º 8.

CAPÍTULO VI

O princípio do custo histórico em face da inflação e desvalorização da moeda.

33. Tem-se entendido, e assim se dispôs no Código de Águas, como já foi exposto, dever o serviço de produção, transmissão, transformação e distribuição de energia hidro-elétrica, atender ao trinômio da segurança de serviço adequado, fixação de tarifas razoáveis e garantia da estabilidade da empresa.

Para a fixação de tarifas razoáveis, manda aquêlê diploma legislativo ter em consideração, no avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos a depreciação.

Exprime-se êsse capital em dinheiro, moeda corrente nacional, que é a medida quantitativa do valor gasto para a aquisição da propriedade e a construção das usinas e do aparelhamento indispensável para a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidro-elétrica.

34. Êsse valor se consignará na contabilidade da empresa e figurará nos seus balanços periódicos, semestrais ou anuais; e, visto como, na generalidade dos casos, a empresa se reveste da forma da sociedade por ações, o Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, no art. 129, § único, a), determinou que “os bens, destinados à exploração do objeto social, avaliar-se-ão pelo custo de aquisição”.

É o custo histórico.

São aquêles bens os destinados a emprêgo permanente e duradouro no funcionamento ininterrupto e normal da indústria e comércio da empresa e à consecução de sua finalidade, cujos valores (incluindo-se além do preço de custo as despesas acessórias, ou indispensáveis, à aquisi-

ção) se inserem no título do capital fixo, estável ou imobilizado, dos balanços anuais.

35. Não é fora de hipótese a ocorrência de, levantado e aprovado o balanço anual da empresa, mostrar-se este infiel quanto aos valores consignados em seu ativo, mercê de valorização excessiva de seus bens imobilizados (fonte de energia, propriedade imobiliária, usina, instalações, etc.) e outros, e os consignados em sua contabilidade e em seus balanços como de seu custo originário e inteiramente em desacôrdo com seus valores efetivos e reais.

Esse desvio, imposto pela lei, somente em razão desta será suscetível de correção.

Manda ela, com efeito, que, na estimação dos bens que se desgastam ou depreciam com o uso ou pela ação do tempo, se atenda à desvalorização respectiva, devendo criar fundos de amortização para lhes assegurar a substituição ou a conservação do valor. Permite que os valores mobiliários, matéria prima, bens destinados à alienação, ou que constituam produtos ou artigos da indústria ou da sociedade se avaliem pelo custo de aquisição ou pelo preço corrente no mercado ou Bôlsa, esclarecendo prevalecer o critério de estimação pelo preço corrente, sempre que este fôr inferior ao preço de custo. Mas advertiu que, quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor de custo de aquisição ou fabricação, se avaliados os bens pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço de custo não será levada em conta para a distribuição de dividendos, nem para as porcentagens referentes aos fundos de reserva.

Quanto todavia aos bens destinados à exploração do objeto social, avaliar-se-ão pelo custo de aquisição.

Estes bens, de avaliação assim prescrita pela lei, como ponderou TULLIO ASCARELLI, somente poderão ter seus valores alterados por lei. Naturalmente, porque a lei só se derroga por outra lei. Assim, legislação especial, “di-

ante da situação criada pela depreciação ou desvalorização monetária, poderá, em dado período, autorizar a reavaliação dos bens da sociedade ou de qualquer empréstimo, fixando-a em termo que a dilimitem quantitativa e qualitativamente (por exemplo: relativamente ao investimento anterior ou mesmo ao *stock* de mercadorias; ao capital primitivo ou aos fundos de amortização); excluindo, ou não, a reavaliação dos bens cuja contrapartida seja representada por débitos de terceiros; admitindo, sem outra possibilidade de reavaliação em função da desvalorização monetária, contanto que não supere os valores efetivos atuais dos bens; disciplinando (pelo só aumento de capital ou também pela distribuição de lucros) a utilização dos saldos disso resultantes; considerando ao menos a própria mais valia decorrente da reavaliação dos bens e que constituirão lucros, e assim por diante”¹⁰.

36. Que efeitos a inflação e a desvalorização da moeda operam sôbre o princípio do custo histórico previsto no Código de Águas?

Tem por efeito a desvalorização da moeda certamente, e é o principal, tornar obsoleto o custo histórico previsto no Código de Águas. Essa obsolência é de tal natureza que, em tôda parte, se proclamou sua incompatibilidade com as mutações de valores pelos fatôres de ordem econômica e financeira, criando-se a teoria do custo de reprodução de novo da propriedade ou dos serviços, matérias já em outra oportunidade examinadas¹¹.

No caso concreto, a teoria do custo histórico das empresas de energia elétrica cedeu ante a de sua reavaliação

10. TULLIO ASCARELLI, *Obbligazione Pecuniarie*, no *Commentário del Codice Civile a Cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Bolonha e Roma, 1959, Nicola Zanchelli Editore-Soc. Ed. Del Foro Italiano, Livro IV, p. 163.

11. WALDEMAR FERREIRA, *A cláusula de pagamento em ouro nos serviços públicos concedidos e a revisão de suas tarifas*, na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, 1956, Max Limonad, v. VI, p. 19/66.

por critério equânimo, por fôrça do dispositivo do art. 57 da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958, qual se deixou demonstrado no decurso dêste trabalho; e é evidente que ela se tornou incompatível com a da correção monetária do valor dos bens das concessionárias de serviço público, pela forma que a lei especial estabeleceu.

37. O principio nominalístico da moeda é dominante nas obrigações que tenham por objeto o pagamento de soma exata de dinheiro. A quantidade de moeda legal devida, disse-o o legislador do Código Civil italiano, se determina na base do valor nominal que o Estado lhe atribui, sem embargo de seu valor intrínseco. O objeto da obrigação não é a matéria de que se formam as moedas, mas a quantidade nelas expressa de valor que lhes foi atribuída ¹².

Não é assim porém nas obrigações de valor, própria-mente dito, quando o pagamento deve fazer-se em moeda, considerada em seu valor intrínseco. Tal o valor de aquisição de propriedades imóveis, fontes de energia, instalações de usinas, etc. O chamado custo histórico de tudo isso tem que ser, necessariamente, o do valor intrínseco da moeda, que o Código Civil italiano consignou na última parte de seu art. 1.280. Quando se altera o valor intrínseco da moeda, o pagamento se fará com moeda corrente que represente o valor intrínseco que a espécie monetária tinha ao tempo em que a obrigação foi assumida.

Doutrinou a propósito ANTONIO AMORTH, professor ordinário da Universidade de Modena, que também sôbre os contratos-concessões de serviços públicos pode dar-se a incidência da desvalorização da moeda, qual ocorreu em caso concreto, relativamente a contrato-concessão de serviço de transporte ferroviário subvencionado, celebrado com sociedade privada, revelando-se insuficiente, em dado momento, a subvenção, por efeito da desvalorização da moeda

12. *Codice Civile. Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, Istituto Poligrafico dello Stato, Libreria, p. 374, n.º 592.

italiana. Laudo arbitral, então proferido, decidiu que se applicasse ao aludido contrato-concessão o remédio da excessiva onerosidade da prestação relativamente à desvalorização da moeda da subvenção, autorizando a concessionária a pedir a resolução do contrato aludido, com base no art. 1.467 do Código Civil¹³.

Se na legislação brasileira se não deparam dispositivos idênticos aos que são acima referidos, dêles se infere que os contratos de concessão de serviços públicos não podem manter-se incólumes à pressão da desvalorização da moeda da corrente nacional; e foi sob tais auspícios que se editou o preceito do art. 57 da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958.

CAPÍTULO VII

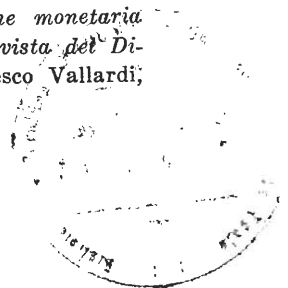
A retenção quinquenal da remuneração do investimento na reavaliação do ativo.

38. A remuneração do investimento no serviço concedido de energia elétrica até 31 de dezembro de 1958 — preceitua o art. 5.º do Projeto de Lei da Câmara n.º 74, de 1959, em trâmite no Senado — correspondente ao aumento líquido do ativo resultante de correção monetária, que fôr percebida durante os cinco anos seguintes à correção, será recolhida em conta especial no Banco de Desenvolvimento Econômico e obrigatoriamente reinvestida pelos concessionários, em serviços de energia

O concessionário, reza o parágrafo único, perderá o direito a qualquer parcela da remuneração que deixar de recolher ou aplicar na forma e para as finalidades previstas no artigo. Nesse caso, o seu montante será deduzido

13. ANTONIO AMORTH, *L'incidenza della svalutazione monetaria sui contratti e sulle convenzioni di diritto pubblico*, na *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 1958, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi; v. LVI, p. 19.

120810



da remuneração a que tenha direito nos subseqüentes exercícios tarifários, acrescidos dos juros de 10% ao ano.

É constitucional, essa retenção?

39. Assegura realmente a Constituição aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade.

A reavaliação do ativo das emprêsas mais não é do que a expressão contabilística dos bens, que o compõem, e subsistem os mesmos em sua integridade, pela retificação de seus respectivos valores, em consequência da desvalorização monetária. Os bens são os mesmos. O que se acresce são os seus valores. Não obstante, o acervo não se altera, porque não se aumenta. Aumenta-se, e isso sim, o capital societário.

Previu o art. 113 do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, a hipótese. Previu-a tanto no caso de incorporação ao capital de reservas facultativas ou de fundos disponíveis da sociedade, quanto no caso de valorização ou de outra avaliação de seu ativo móvel ou imóvel.

Num e em qualquer dos casos previstos, o aumento de capital “determinará a distribuição de ações novas, correspondentes ao aumento, entre os acionistas, em proporção do número de ações que possuírem”.

A remuneração do investimento, ou seja do capital social, correspondente ao aumento do ativo líquido resultante da correção monetária, que fôr percebida nos cinco anos seguintes, será, necessariamente, incluída nos lucros que nos balanços subseqüentes se apurarem, pela forma estabelecida na lei e nos estatutos sociais.

Como, pois, se vingar o malfadado projeto, e se vingar tão retardatariamente, depois de decorridos três anos, no mínimo, a contar de 31 de dezembro de 1958, se haverá de apurar aquela remuneração, retroativamente? E os direitos adquiridos dos acionistas aos dividendos, que se verificaram e lhes foram pagos? Serão obrigados a devolução, a despeito de não serem, nos têrmos do § 2.º do art.

131, obrigados a restituir os dividendos que em boa fé receberam?

Como, pois, se recolherá a remuneração do investimento a que se refere o art. 5.º do projeto, em conta especial do Banco de Desenvolvimento Econômico a fim de, obrigatoriamente, se reinvestir em serviços de energia elétrica?

40. Atribui o projeto ao investimento como que configuração autônoma, como se inexistisse à margem da estrutura contabilística da empresa, de molde a permitir que sua correção monetária ministre remuneração distinta da do capital social, não obtida em seus balanços anuais.

Constitui isso esdruxularia, advinda do Código de Águas, que lhe entorpeceu a execução, com sucessivos inventários, tombamentos e o mais que viria a dar na burocratização da contabilidade das empresas.

A duplicidade de processos de tomada de contas das empresas — uma, realizada por elas mesmas, de conformidade com os preceitos estabelecidos na lei de sociedades anônimas; e outra, de ordem administrativa, com desprezo daquela, a cargo da Divisão de Águas e sob a égide do Conselho nacional de Águas e Energia Elétrica — criou situação estranha, que o projeto bem revela e é incapaz de remover, a bem do interesse coletivo.

41. Pelo consignado no art. 5.º do Projeto, “a remuneração do investimento no serviço concedido de energia elétrica realizada até 31 de dezembro de 1958, correspondente ao aumento líquido do ativo resultante de correção monetária, que fôr percebida durante os cinco anos seguintes à correção, será recolhida em conta especial no Banco de Desenvolvimento Econômico e obrigatoriamente reinvestida pelos concessionários, em serviços de energia elétrica”.

A conversão dêsse dispositivo projetado em lei importará evidentemente em sua inaplicação relativamente aos três anos dos cinco a que sua vigência era destinada. A lei, se vier a ser promulgada, não se aplicará aos anos de 1959, 1960 e 1961, por já passados aquêles e este último

achar-se em seus fins. Não se legisla para o passado; mas tão somente para o presente e o futuro.

A aplicar-se de 1962 em diante, a contar de sua promulgação, ainda assim ela terá de enfrentar óbices consideráveis, pela dificuldade da apuração da remuneração do investimento correspondente ao aumento líquido do ativo resultante da correção monetária que tiver sido obtida em 31 de dezembro de 1958.

Como, em verdade, apurar o rendimento líquido do ativo resultante de correção monetária, sem a perfeita discriminação do rendimento que, nos anos que sucederam ao do promulgação da lei, terá produzido o mesmo ativo sem aquela correção?

Os bens constituintes do ativo social não aumentam de volume, tão pouco de capacidade produtiva, pelo só efeito de sua reavaliação. O acréscimo terá sido o da quantia expressiva de seus valores, medidos no tanto quanto a moeda corrente se depreciou desde que se adquiriram ou foram construídos e beneficiados pelas incorporações exigidas para aproveitamento industrial.

Pelo que dispõe o art. 129, § único, a), do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, “os bens, destinados à exploração do objeto social, avaliar-se-ão pelo custo de aquisição”, para efeito de sua consignação nos inventários resumíveis nos Balanços anuais.

Essa norma decaiu de sua rigidez ao impacto da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958, em termos já expostos em livro de doutrina¹⁴, e que permitiu a correção contábil do valor original dos bens do ativo social imobilizado, até o limites das variações resultantes da aplicação de coeficientes determinados pelo Conselho Nacional de Economia, cada dois anos.

Já se pôs em destaque, em páginas anteriores, quais os efeitos de tão salutar preceito, quanto às companhias de

14. WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, 1961, Edição Saraiva, vol. IV, p. 472, n.º 865.

exploração de energia elétrica. A reavaliação, naquelas condições efetuada, de seus ativos imobilizados, se tornou ato jurídico perfeito e acabado, insuscetível de prejuízo, por efeito de nova lei, como prescreve o texto constitucional.

Bem é de ver portanto que a lei não poderá coarctar os efeitos naturais e lógicos daquele ato jurídico perfeito, a fim de privar as companhias de eletricidade dos rendimentos normalmente apurados nos balanços posteriores à vigência da lei de 1958.

42. Não se deteve todavia o projeto; e, no parágrafo único do art. 5.º, condenou aquelas companhias, dispondo que “o concessionário perderá o direito a qualquer parcela da remuneração que deixar de recolher ou aplicar na forma e para as finalidades previstas neste artigo. Nesse caso, o seu montante será deduzido da remuneração a que tenha direito nos subseqüentes exercícios tarifários, acrescidos dos juros de 10% ao ano”.

Incide essa pena na proibição lançada no art. 141 § 31, da Constituição Federal, em razão da qual “não haverá pena de morte, de banimento, nem de confisco, nem de caráter perpétuo”. É de confisco a pena imposta. Acrescentou o preceito constitucional que “a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica”.

Não se trata, na hipótese em exame, de caso dêsse naipe, de onde a manifesta inconstitucionalidade do dispositivo projetado.

CAPÍTULO VIII

A discriminação entre empresas concessionárias de serviços públicos.

43. Simultâneamente com o primeiro tombamento da propriedade vinculada ao serviço a 31 de dezembro de

1958, manda o projetado art. 3.º que a Divisão de Águas examine as contas de resultados dos concessionários nos exercícios de 1941 a 1958, verificando o montante e legitimidade da receita realizada e das despesas registradas, bem como a diferença entre êsse lucro e o admitido pela legislação vigente.

Determina o texto projetado, em seguida, o processo a ser observado para aquela verificação, de molde a apurar-se a diferença de lucro de ano a ano.

Compensar-se-ão os excessos e insuficiências de lucros anuais, refere o § 2; mas o excesso que então se verificar se deduzirá, a título de amortização, dos acréscimos de investimentos verificados nos exercícios em que se tiver formado o montante dedutível, ou nos subseqüentes. O saldo, acrescentou-se no § 3.º, que se verificar, após a dedução, que acaba de ser referida, será considerado amortização do investimento preexistente e dêle deduzido.

44. Trata-se, como de tudo resulta, de processo de revisão de balanços anuais de companhias, elaborados de acôrdo com a lei vigente ao tempo de sua elaboração.

Êsses balanços, elaborados há mais de dez anos, ou se já a contar de 1950, examinados pelos membros dos conselhos fiscais, publicados pela imprensa, submetidos aos acionistas reunidos em assembléias gerais ordinárias e por estas aprovados, não são peças contabilísticas suscetíveis de revisão a qualquer tempo. Convertem-se, pelo arquivamento no Registro do Comércio, das atas das assembléias que os homologaram, em atos jurídicos perfeitos, tanto que dêles emerge o direito dos acionistas aos lucros por via dêles verificados e distribuídos como dividendos. Tanto é assim, que os acionistas não são obrigados a restituir os que em boa fé houverem recebido.

Poderão não obstante êsses balanços ser revistos ou alterados, como todos os atos jurídicos, por efeito de sentença proferida em ação destinada ao de decreto de nulidade ou anulação das deliberações assembléiárias, que os

aprovaram. Não são poucos os casos dessa natureza que se deparam nos anais forenses do país.

Permite com efeito o art. 156 do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, a anulação das deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, “ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de êrro, dolo, fraude ou simulação”, provando-se haver a assembléia aprovado balanço efetuado contra os ditames da lei, ou eivado de êrro, dolo, fraude ou simulação, é ela anulável.

A ação a isso destinada (e sòmente por ação é possível) pelo disposto no art. 156 da Lei n.º 2.627, prescreve em três anos. O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata ou da deliberação. Quando porém o objeto da deliberação constituir crime, o prazo da prescrição da ação civil será o da ação penal.

45. A prescrição, e melhor é dizê-lo com palavras de CLOVIS BEVILAQUA, é regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade da certeza das relações jurídicas. Pela “inércia do titular do direito” se permite que “se realizem e consolidem fatos contrários ao direito do negligente. Destruir êstes fatos seria perturbar a vida social, que sôbre êle repousa tranqüila, ou neles tem elementos, que não podem ser destruídos sem dilaceração do organismo político jurídico”¹⁵.

Devia o Estado, em face das emprêsas concessionárias do serviço público de exploração das fontes de energia, como a das quedas de água e outras, ter-se organizado convenientemente a fim de exercer sôbre elas sua fiscalização, nos têrmos, que se impôs, no Código de Águas. Se houvesse encarado o problema com espírito mais prático, do que demagógico, poderia, por dispositivo legal, ter-se reservado representação efetiva nos conselhos fiscais das companhias de eletricidade. Mas, com o seu propósito cen-

15. CLOVIS BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio de Janeiro, 1940, vol. I, p. 433.

tralizador e burocrático, deu a um órgão só a incumbência fiscalizadora, em todo o país, dos balanços e documentos periódicos da todo o país. Os papéis, vindos a êsse órgão administrativo foram tais e tantos, em quantidade e complexidade, que não logrou executar sua missão: o insucesso foi completo.

Como agora, decorridos dez anos, depois de prescritas as ações anulatórias dos balanços desde então efetuados, realizar, como quer o art. 1.º do Projeto, de que se trata, novo tombamento e a revisão dos balanços desde então efetuados, como se não existissem e tudo pudesse ser começado de nôvo?

Se todavia, a ação judicial está prescrita para a revisão dos balanços aprovados pela assembléia geral de qualquer sociedade, com maioria de razão está encerrada a oportunidade para a ação administrativa, trancada até por efeito de lei ordinária que tem que ceder, pelo dispositivo constitucional, diante da fôrça do ato jurídico perfeito e acabado pela ação do tempo decorrido.

Mas não é só isso.

46. Estabelecendo que o saldo, por ventura restante, da dedução dos excessos e insuficiências anuais de lucros, e que se haverá como amortização do investimento preexistente, dêle se deduzirá — no § 4.º do art. 3 do projeto se dispõe que, “no caso de emprêsas que tenham mais de 80% de seu capital de propriedade de pessoas físicas brasileiras ou que sejam controladas pela União, por Estado ou Município — o saldo a que se alude no parágrafo anterior será deduzido depois de corrigido de acôrdo com os coeficientes determinados pelo Conselho Nacional de Economia”.

Preceituou não obtsante no art. 9.º que, “quando tenha razões para impugná-los, o poder concedente aceitará, desde logo, o inventário dos bens e o valor do investimento declarado pelo concessionário, para efeito da correção prevista nesta lei, desde que o investimento seja inferior a Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros), ou no

caso de empresas controladas pela União, por Estado ou Município”.

Ademais, acresceu que, ainda que o investimento seja superior a Cr\$ 50.000.000,00, poderá ser desde logo aceita a declaração do concessionário, a critério do poder concedente:

a) se o concessionário não houver mantido, em qualquer fase da exploração do serviço, contabilidade em moeda estrangeira;

b) se o concessionário não houver celebrado, com empresas associadas, os contratos a que se referem os arts. 184 e 185 do Código de Águas.

Ora, pelo art. 184 se alargou a ação fiscalizadora do Serviço de Águas a todos os contratos ou acórdos, entre as empresas de operação e seus associados, quaisquer que estes sejam, destinem-se os mesmos contratos ou acordos à direção, gerência, engenharia, contabilidade, consulta, compra, suprimentos, empréstimos, vendas de ações ou mercadorias ou fins semelhantes; ou ainda a todos os contratos ou acordos relativos à aquisição das empresas, de operação pelas empresas de controle de qualquer gênero, ou por outras empresas.

Ficaram esses contratos debaixo da jurisdição do Serviço de Águas, a fim de impedir lucros que não fôsem razoáveis, sendo examinado cada contrato como *item* separado, de molde a não se tornar efetivo sem sua aprovação.

Considerou o art. 158, para os mesmos efeitos, associados tôdas as pessoas ou corporações que possuam, direta ou indiretamente, ações com direito a voto, de empresas de operação; as que conjuntamente com a empresa de operação façam parte, direta ou indiretamente, da mesma empresa de controle; as que tenham diretores comuns; e as que contratarem serviços de administração, engenharia, contabilidade, consultas, compras, etc..

Com isso, generalizou o texto de tal modo que podem cair sob a censura da lei simples negócios com outras empresas, quais as de compras de artigos necessários a seus

serviços, de molde a haver tôdas elas como associadas, o que repugna ao senso comum e o jurídico repele. É o defeito das generalizações. *Generalitas obscuritatem parit.*

47. Suscitou-se a inconstitucionalidade da discriminação das emprêsas concessionárias de serviços de energia elétrica, nos termos do art. 3.º, § 4.º, e art. 9 do projeto, que acabam de ser examinados.

Devem ser, pelo dispositivo constitucional, tôdas as pessoas, brasileiras ou estrangeiras domiciliadas no país, tratadas igualmente, por serem todos, nos termos do § 1.º do art. 141, da Constituição, iguais perante a lei.

Situa-se o dispositivo no capítulo dos direitos e das garantias individuais, cujo § 12 garante a liberdade de associação para fim lícito; e a sociedade mercantil, em qualquer de seus tipos, é forma de associação lícita, também as sociedades gozam da proteção constitucional, pois as especificações dos direitos e garantias espessos na Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. De resto, as sociedades mercantis são pessoas jurídicas e, como tais, se acham sob o signo da igualdade de direitos perante a lei.

48. Focaliza o § 4.º do art. 3.º do projeto duas categorias de emprêsas, ou sociedades:

- a) as que tenham mais de 80% do seu capital de propriedade de pessoas físicas brasileiras;
- b) as que sejam controladas pela União, por Estado ou por Município.

Refere-se o art. 9.º também a duas categorias de sociedades:

- a) as de investimento inferior a Cr\$ 50.000.000,00;
- b) as controladas pela União, por Estado ou por Município.

Ora, como observa PONTES DE MIRANDA, o princípio de igualdade, “dito princípio de isonomia (legislação igual) é princípio de igualdade formal: apenas diz que o concedido pela lei a A, se A satisfaz os pressupostos *a*, deve ser con-

cedido a B, se B também os satisfaz, para que se não trate desigualmente a B”¹⁶.

Por êsse ângulo, não se depara, no caso, manifestamente, a inconstitucionalidade da discriminação de emprêsas, de uma para outra categoria.

CAPÍTULO IX

Conclusão.

49. A leitura do Código de Águas leva o espírito despidido de preconceitos à conclusão de que nele se teceu armadilha tão complexa contra as emprêsas de eletricidade, que afinal o Estado não soube, nem pôde usar dela; e o Projeto n.º 74 é a prova de que o problema se acha irresoluto e não será por êle resolvido satisfatòriamente.

São Paulo, 23 de outubro de 1961.

16. PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses*, Rio de Janeiro, 1947, vol. I, p. 228.

9.

340.12

A Filosofia do Direito e as formas do conhecimento Jurídico.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da U. S. P. — Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia.

I

Vocação de nosso tempo para a Filosofia do Direito.

1. A verificação de que nossa época assiste a uma profunda renovação nos estudos filosófico-jurídicos e, o que é bem mais significativo, a um crescente interesse por parte dos próprios juristas pela Filosofia do Direito, demonstra que o problema da razão de ser desta disciplina não pode ser apreciado “in abstracto”, mas em suas necessárias correlações com o complexo de fatores históricos e sociológicos dos quais decorre a nova atitude observada.

Se volvermos, com efeito, a atenção para a problemática jurídica ainda dominante nas últimas décadas do século passado, fácil é reconhecer que, não obstante o chamado renascimento do direito natural, quer segundo a orientação neokantiana, quer sob a influência clássica ou a neo-tomista, a grande maioria dos juristas permaneceu apegada quase que exclusivamente aos aspectos técnicos e formais do direito, nos limites de suas aplicações práticas imediatas, revelando certa margem de desconfiança ou de reserva para com as especulações filosófico-jurídicas. Reconheciam eles, em tese, a importância da Filosofia do Direito como uma ordem de conhecimentos indispensáveis à

cultura do jurista, mas não admitiam, em geral, que daquela forma de conhecimento pudessem defluir conseqüências essenciais à tarefa da Ciência do Direito como tal.

Essa tomada de posição era, aliás, compartilhada pelos cultores mesmos da Filosofia do Direito, que situavam as suas pesquisas *antes* e *depois* do trabalho de ordem científica, ficando o jurista alheio às cogitações filosóficas no decorrer de todo o seu labor *positivo*. Em verdade, à Filosofia Jurídica, consoante ponto de vista então prevalente, eram reservadas duas ordens de estudos: uma de alcance preliminar ou propedêutico, concernente sobretudo à *metodologia* do Direito: outra de caráter mais geral, destinada a esclarecer as *cônexões* ou *correlações* entre a Ciência do Direito e as ciências sociais e históricas¹.

Não resta dúvida que, enquanto perdurou o primado da Filosofia positiva, como atitude geral englobante de várias orientações afins, como as de COMTE, SPENCER ou STUART MILL, houve certa correlação ou correspondência entre as idéias dominantes e a atitude do jurista, o qual, na esfera particular de sua ciência, procurava obedecer aos critérios

1. Um ilustre mestre brasileiro, integrado na Escola Positiva, PEDRO LESSA, após o cotejo de várias definições da Filosofia do Direito, invocando os estudos de SPENCER, ICILIO VANNI e PUGLIA, terminava por concebê-la como “a parte geral da ciência jurídica, que determina o método aplicável ao estudo científico do direito, expõe sistematicamente os princípios fundamentais dos vários ramos do saber jurídico, e ensina as relações dêste com as ciências antropológicas e sociais” (*Estudos de Filosofia do Direito*, 2.^a ed., 1916, p. 96). Atitude tímida, como se vê, quase de compromisso, e que implicava em suprimir qualquer distinção entre *Filosofia do Direito* e *Teoria Geral do Direito*, de conformidade, aliás, com a compreensão da Filosofia como uma “enciclopédia das ciências”. Referindo-se à situação do problema, anos depois, FRANÇOIS GENY ainda observava que a Filosofia Geral, vista (envisagée) na forma em que se tomara “presque classique en France”, fazia “de la methodologie des sciences la partie la plus vivante de la logique” (*Science et Technique en droit privé positif*, 2.^a ed., 1922, v. I, p. 167), o que se traduzia, no plano jurídico, nas duas tarefas essenciais, a metodológica e a sistemática.

metodológicos vigentes nos demais ramos do conhecimento; mas não é menos certo que a atitude positivista, no seu afã de objetividade estrita, levava o jurista a exacerbar o culto dos textos legais, com progressiva perda de contacto com a realidade histórica e os valores ideais.

Ninguém pode ignorar a alta significação das contribuições que à Ciência do Direito trouxeram a Escola da Exegese, os pandectistas germânicos ou a “Analytical School”, movimentos que guardam entre si profunda correspondência, sobretudo no que toca ao aprimoramento dos conceitos técnicos e ao rigor atingido nas obras sistemáticas; mas, como muitas vezes sói acontecer, o aparelhamento conceitual passou a valer em si e por si, esterilizando-se em esquemas fixos, enquanto a vida prosseguia, sofrendo aceleradas mutações em seus centros de interesse.

Estabeleceu-se, em certo momento, um verdadeiro dualismo ou uma justaposição de perspectivas, como se houvesse um direito para o jurista e um outro para o filósofo, cada um deles isolado em seu domínio, sem que a tarefa de um repercutisse, de maneira direta e permanente, na tarefa do outro.

Acresce que quando eminentes filósofos do direito reagiram contra o positivismo, o evolucionismo ou o historicismo empíricos, fizeram-no com base no apriorismo formal dos neo-kantianos, e tal orientação era a menos propícia a uma correspondência com o saber do jurista, não só pela natural diversidade de linguagem, como pela atitude mesma de afastamento da problemática positiva, considerada às vezes de alcance secundário ou empírico. Por tais motivos, o divórcio entre a Filosofia e a Ciência do Direito ainda mais se acentuou, comprometida até mesmo aquela tácita ou implícita correspondência que, apesar de tudo, vigorara em pleno *climax* positivista.

Nem mesmo faltaram atitudes extremadas, felizmente excepcionais, vangloriando-se o filósofo enfaticamente da *inutilidade* de suas pesquisas para o jurista, e o jurista vendo, por seu turno, na Filosofia do Direito um simples

adôrnio ou complemento humanístico de uma Ciência que devia ser positiva em suas origens, em seus métodos e em seus fins.

2. Pois bem, tal divórcio teorético só foi possível, não obstante tôdas as suas insuficiências e contradições, até e enquanto a sociedade ocidental se manteve firme em suas estruturas, e os sistemas dos códigos e das leis pareceram corresponder, em linhas gerais, às relações fundamentais da convivência humana. Indo ao fundo do problema, poder-se-ia contudo ponderar que determinados princípios filosófico-jurídicos continuaram sendo *pressupostos* pacificamente pelos juristas no instante de suas investigações puramente dogmáticas. Conservavam-se, de certa forma, fiéis à atitude adotada por SAVIGNY, o qual, após distinguir no direito um elemento individual e *particular* a cada povo e um outro *geral* o fundado sôbre a natureza comum da humanidade, contentava-se com esta referência genérica ao segundo fator: “Le but general du droit, escrevia êle, sort de la loi morale de l’homme sous le point de vue chrétien. Car le christianisme ne se pose pas seulement comme règle de nos actions; en fait il a modifié l’humanité, et il se retrouve au fond de toutes nos idées, de celles mêmes qui semblent lui être les plus étrangères et les plus hostiles”².

Uma vez assentes êsses pontos de vista, é claro que uma das tarefas fundamentais da Filosofia do Direito, a atinente à indagação da tábua dos valores que fundamentam a ordem jurídica positiva já era dada como resolvida e concordemente implícita no direito positivo, subsistindo apenas o problema de como os fins universais da moral cristã se manifestam na particularidade de cada povo, segundo o espírito que lhe é próprio. Na realidade, porém, a consideração dêste segundo elemento, que teria aberto a possibilidade de uma compenetração mais profunda entre Filosofia do Direito e Ciência do Direito, não mereceu

2. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUÉNOUX, Paris, 1855, t. I, p. 51.

maiores estudos: os “historicistas” não foram além de referências imprecisas, de inspiração romântica, as quais, a pouco e pouco, foram perdendo consistência até serem absorvidas pelos valores técnicos e práticos do conhecimento positivo do direito³.

A suposta correspondência entre a infraestrutura social e o sistema de normas vigentes levava, por conseguinte, o jurista a concentrar sua atenção nos elementos conceituais ou lógico-formais, não havendo razões para se distinguir entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, à qual se acabou dando o nome equívoco de “Enciclopédia Jurídica”. Quando, porém, logo no fim do século passado, se começou a perceber que havia poderosas razões de conflito entre os fatos e os códigos, pode-se dizer que cessou, como por encanto “o sono dogmático dos técnicos do direito” e as cogitações filosófico-jurídicas reconquistaram a perdida autonomia.

Reconhecido, com efeito, o desajuste entre os sistemas normativos e as correntes subjacentes da vida social, os domínios da Ciência do Direito viram-se agitados por uma nova “ventania romântica”, tal como foi qualificado o movimento do “direito livre” (*Freies Recht*) ou da “*Libre recherche du droit*”, chegando a ser postos em xeque os elementos de certeza indispensáveis à ordem jurídica positiva. *Foi através dos debates sôbre a teoria geral da interpretação que as inquietações filosófico-jurídicas penetraram nos*

3. Já tem sido apontado, e tal consideração vale como sinal de uma tendência dominante no séc. XIX, que, à medida que a Escola Histórica veio progredindo em suas análises dogmáticas, veio diminuindo seu interesse pelos problemas postos pelo *Volkgeist*, reduzindo-se afinal o seu historicismo a uma análise estrínscica das fontes do direito: o “pandectismo” absorveu o “historicismo”. Em certo momento, o *conceptualismo* jurídico (*Begriffsjurisprudenz*) impera também nos quadrantes da Escola, pois os elementos históricos passam a valer apenas como meios a serviço do conhecimento sistemático e dogmático do Direito, com base na exegese do direito romano de Justiniano (Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del Derecho*, 1953, p. 90 e segs.).

redutos da Ciência Jurídica, fazendo com que viessem à tona, ou, por outras palavras, que se elevassem à plena consciência teórica os pressupostos que jaziam subentendidos na Jurisprudência conceitual. Ao mesmo tempo, a Filosofia do Direito embebia-se de problemática positiva, *achegando-se mais concretamente às exigências práticas do direito*.

FRANÇOIS GENY fixou com precisão a nota característica da nova fase da vida do direito, ao demonstrar que o que antes era tido pelo jurista como essencial (“le rôle et la valeur des sources formelles”) passara a um plano subordinado, visto como, “n’étant que des modes *contingents* d’expression d’une réalité *permanente*, les sources doivent rester subordonnées à cette réalité même”⁴.

Donde a sua conclusão:

“C’est donc l’essence et la vie même du droit positif qu’il s’agirait maintenant, avant tout, de pénétrer, en le replaçant au milieu du monde social dont il est un élément intégrant, et l’étudiant en fonction des puissances intellectuelles et morales de l’humanité, qui, seules, le peuvent mettre en valeur”⁵.

Estávamos, porém, apenas no início de um longo e atormentado processo, que duas guerras mundiais e sucessivas revoluções de âmbito universal iriam acelerar, pondo em crise todo o sistema do direito, porquanto a crise do direito não é senão um aspecto relevante da crise geral da civilização contemporânea. De tal sorte que imprevistos fatores ideológicos e o violento impacto das ciências sobre a sociedade acentuaram ainda mais o significado problemático e contingente das estruturas jurídico-formais.

3. A busca do essencial e do concreto surge, assim, como uma exigência indeclinável dos novos tempos. Há um chamado vivo para a Filosofia do Direito, porque está

4. GENY, *Science et Technique*, cit., t. I, p. 41.

5. *Ibidem*.

em jôgo o destino mesmo das hierarquias axiológicas de cuja estabilidade os códigos eram ou ainda se pretende que sejam reflexos.

No incessante renovar-se das normas jurídicas, o direito, que se quer ou que se espera, passa a ganhar terreno sôbre o direito que se tem e se ama. Uma atitude inquieta “*de jure condendo*” prevalece sôbre as tranqüilas ponderações “*de jure condito*”, de sorte que a Ciência do Direito tôda ela está imersa na problemática do futuro, o que quer dizer do destino humano, em geral, donde a impossibilidade de uma Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos.

Entrecruzam-se, de certa forma, as perspectivas; perdem precisão as linhas delimitadoras dos campos de pesquisa; complicam-se e se confundem, às vêzes, os temas da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica, etc., como resultado mesmo da instabilidade e das perplexidades reinantes, o que exige seja novamente reproposto um problema que parecia superado: o da *classificação do conhecimento do direito*, do qual as relações entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito marcam um aspecto particular.

Nem é demais observar que, paralelamente com o crescente interêsse pelos estudos filosófico-jurídicos, o que se afirma cada vez mais é a exigência de uma *Ciência Jurídica concreta*, permanentemente ligada aos processos axiológicos e históricos, econômicos e sociais, o que se pode observar em múltiplas direções, sob variadas formas e expressões, a miude empregadas pelos diversos autores, tais como “infraestrutura econômica”, “experiência jurídica”, “realidade do direito”, “fato-normativo”, “*ius vivens*”, “direito como conduta”, “direito como ordenamento”, “direito como fato, valor e norma”, “socialidade do direito”, “Jurisprudência dos interêsses”, “jurisprudência dos valores”, etc., etc..

Se o jurista, porém, se interessa cada vez mais pela Filosofia, a recíproca também é verdadeira, visto como os

filósofos do direito abandonaram também os seus esquemas formais e abstratos para tomarem contato cada vez mais vivo com a positividade do direito, aprendendo a dar valor ao particular, ao contingente e ao empírico, tal como se desenrola e se dramatiza na vida dos advogados e dos juizes.

Neste sentido poderemos concordar com RECASÉNS SICHES quando contrapõe a uma Filosofia Jurídica *acadêmica*, — que pouco ou nenhuma influência exerceu sobre a Ciência do Direito, — uma outra Filosofia Jurídica, “não acadêmica”, fortalecida sobretudo nos debates que marcaram a crise da interpretação do direito a que acima me referi ⁶.

Talvez seja preferível dizer que a Filosofia do Direito e a Ciência do Direito coincidem ambas na *volta ao objeto*, que é uma das características fundamentais do pensar de nosso tempo: o formalismo conceitual da *Begriffsjurisprudenz*, assim como o formalismo *a priori* dos neo-kantianos sofrem ambos a mesma crítica, brotada da nova Gnoseologia orientada no sentido das objetividades, (razão pela qual prefiro denominá-la *Ontognoseologia*) e da nova Ética que se identifica cada vez mais com o seu inevitável conteúdo axiológico. É o que, no seu conjunto, resulta de uma Filosofia fundamentalmente concreta ⁷.

6. Segundo RECASÉNS, poder-se-iam considerar expressões da *Filosofia Jurídica não acadêmica*, entre outras, as contribuições de BENTHAM, JHERING, WENDELL HOLMES, BENJAMIN CARDOZO, ROSCOE POUND, GENY, RIPERT, EHRLICH, KANTOROWICZ, PHILLIP HECK, MAX RUMELLIN, MAX ASCOLI e CARNELUTTI (Cf. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 1956, p. 26).

7. Como acentua ÉMILE BREHIER, com a sua precisão habitual, todos os temas da Filosofia contemporânea encontram “leur unité dans l'étude de l'homme, pris non pas dans l'évolution générale de la nature et de l'histoire, mais dans ses rapports concrets et actuels, corps et âme, avec le monde qui l'entoure, avec autrui, avec la réalité transmondaine de l'homme ne découvrant les principes et les valeurs que dans la réalisation effective de la science et dans l'expérience de la vie” .. “C'est dans ce mouvement énérgique vers le concret (c'est là

Ora, se a Filosofia do Direito é, como penso, a própria Filosofia enquanto tem por objeto uma realidade de significado universal, como é o direito, forçoso é concluir que, ao procurar afundar as razões do direito na realidade histórico-social, concebendo-o como “realidade cultural”, voltamos a reconquistar, paulatinamente, a correspondência que necessariamente deve existir entre a Filosofia, a Filosofia do Direito e a Ciência Jurídica: nos limites dessa unidade dialética está a vocação de nossa época, sendo êsse o campo de responsabilidades em que o destino do homem e do jurista se reencontram.

Dos planos e domínios do conhecimento jurídico.

4. Há problemas na Filosofia que, com o volver dos anos, voltam a atrair a atenção dos estudiosos, quando já haviam sido postos de lado como pseudo-problemas ou como questões de somenos importância. Um desses temas é o da divisão da Filosofia do Direito, conexo com outro de maior amplitude, qual seja o de determinar e, possivelmente, classificar as diversas ciências que têm a experiência jurídica como seu objeto.

Múltiplas razões explicam êsse renovar-se da pesquisa sobre uma questão que tinha sido relativamente descuidada, como se se tratasse de um problema secundário, isto depois de já ter sido posta no primeiro plano da problemática filosófico-jurídica, na época em que prevalecia a preocupa-

le titre même d'un bel ouvrage de M. Jean Wahl) qu'il faut chercher l'origine de la philosophie contemporaine” (*Les thèmes actuels de la Philosophie*, 1954, p. 74 e 76).

Pode-se dizer a mesma coisa quanto à origem da Filosofia do Direito contemporânea, encontrando-se igual aspiração pelo *concreto* na Ciência jurídica atual.

Sobre a *concretitude* e o sentido *ontognoseológico* do pensamento atual, cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 3.^a ed., 1962, t. I, p. 57 e segs..

ção positivista de oferecer-nos uma “classificação geral das ciências”. É claro que as exigências pedagógicas implicam sempre na necessidade de uma discriminação dos campos de estudo, assim como uma discriminação de pesquisas não pode deixar de existir, pelo menos implícita, em qualquer ordem especulativa, mas o que se nota, hoje em dia, é, digamos assim, a atualidade do tema, a sua projeção ou valorização crescente. Resulta esta do desenvolvimento atingido pelas indagações da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica, da Etnografia Jurídica, etc., e do florescimento mesmo das múltiplas escolas e doutrinas que têm caracterizado a Filosofia do Direito no decorrer de nosso século, fato já apontado como um dos sintomas ou indícios da crise de nosso tempo.

Quando um filósofo do Direito, como NORBERTO BOBBIO chega a afirmar que, praticamente, não existe tratado de Filosofia do Direito que o não seja, em maior ou menor parte, também de Teoria Geral do Direito, ou de matéria considerada como tal pelos juristas; e que, da mesma forma, não há tratado de Teoria Geral que não o seja de Filosofia do Direito, ou pelo menos de questões assim consideradas pelos filósofos⁸; quando um mestre como JULIUS STONE nos apresenta a Jurisprudência como a ciência global do direito, uma verdadeira ciência “omnibus”, na qual três diversos âmbitos de pesquisas se justapõem, desdobrando-se em análises subordinadas, figurando a Teoria da Justiça no mesmo plano da Jurisprudência Sociológica ou da Jurisprudência Analítica⁹; quando a Sociologia do Direito, padecendo do mal próprio a tôdas as ciências novas, varia de autor para autor o campo de seus objetivos, mister é que nos capacitemos da necessidade de pôr um pouco de ordem em nossos domínios, o que é sem dúvida, um dos objetivos da teoria tridimensional do direito.

8. BOBBIO, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, 1955, p. 28.

9. STONE, *The Province and Function of Law*, 2.^a ed., 1950, p. 19 e segs..

Em uma importante nota de seus *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, a propósito da divisão da Metafísica dos costumes, põe KANT em realce a dificuldade inerente a tôda divisão dêsse tipo, escrevendo:

“A dedução da divisão de um sistema, isto é, a prova tanto de sua integridade como de sua continuidade, ou dessa qualidade que nos permite passar sem salto (*divisio per saltum*) do conceito dividido aos membros da divisão em tôda a série das subdivisões, é uma das condições mais difíceis a satisfazer por quem constroi um sistema. Há também certa dificuldade em determinar o conceito fundamental dividido, na divisão do justo e do injusto (*aut fas aut nefas*): é o ato do livre arbitrio (*Es ist der Akt der freien Willkur uberhaupt*). Da mesma forma, os mestres de Ontologia começam a distinguir entre ser e não ser, sem se aperceberem que já apresentam os membros de uma divisão, à qual falta ainda o conceito dividido, que não pode ser outro senão e de Objeto em geral”¹⁰.

Muito embora a natureza mesma da experiência jurídica implique em correlações e interdependências entre setôres científicos do direito aparentemente estanques, tornando injustificados quaisquer cortes inexoráveis nos distintos campos de pesquisa, não será errôneo dizer que muitas das confusões reinantes podem ser superadas se partimos de uma rigorosa análise dos elementos que integram a realidade jurídica. Essa “descrição objetiva” do direito só pode ser rigorosamente realizada mediante o emprego do *método fenomenológico*, que nos permite afirmar que todo fenômeno jurídico se reduz a um *fato* (econômico, geográfico, demográfico, etc.) ordenado *normativamente*, segundo determinados *valores*.

Para o conhecimento integral do direito, quer de um ponto de vista estático, quer de um ponto de vista dinâmico, é indispensável, porém, que a descrição fenome-

10. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, ed Cassirer, vol. VII, p. 18, n.º 1.

lógica do direito se eleve ao plano da compreensão histórica. Nesse sentido, entendo que a pesquisa fenomenológica não deve se infletir afinal na subjetividade transcendental, visando os “conteúdos intencionais da consciência” para culminar, assim, numa *experiência reflexa* ligada ao eu puro ou à subjetividade transcendental, à maneira de HUSSERL, mas, ao contrário, não pode deixar de se *refletir* no desenvolvimento histórico das idéias. Em verdade, as doutrinas e os sistemas jurídicos assinalam, através de seu encadeamento histórico total, a compreensão universal da espécie humana no concernente aos problemas do direito tais como foram vividos no decurso do tempo. Dêsse modo, como a “experiência histórica do direito” coincide com a “objetivação histórica das *intencionalidades* constituintes do direito”, nenhuma descrição objetiva da realidade jurídica atual, tal como se nos oferece no plano da consciência, poderá deixar de refletir-se no desenvolvimento histórico das idéias, nele se inserindo como momento necessário, e só assim logrando plenitude de significado ¹¹.

Ora, essa análise, ao mesmo tempo *fenomenológica e histórico-axiológica do direito* leva-nos a discriminar na realidade jurídica três dimensões, mais do que elementos, que representam qualidades essenciais a tôda experiência jurídica e que denomino *fato, valor e norma*. O direito é, com efeito, “uma realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral-atributiva”, ou seja, uma realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa, etc.), na qual e pela qual se concretizam historicamente certos valores, de sorte que as relações intersubjetivas são sempre ordenadas segundo sistemas de regras que representam “sínteses históricas de *atos e de valores*”.

11. Sobre essa correlação que faço entre análise fenomenológica e reflexão histórica, v. o meu estudo *Situation de la théorie de l'État dans les domaines de la connaissance politique*, in *Melanges Paul Roubier*, 1961, t. I, p. 414 e segs..

Fato, valor e norma são, dêsse modo, dimensões da experiência jurídica, o que não só é reconhecido explicitamente por “tridimensionalistas” filiados às mais diversas correntes doutrinárias, como EMIL LASK, GUSTAV RADBRUCH, WILHELM SAUER, ROSCOE POUND, JULIUS STONE, JEROME HALL, RECASÉNS SICHES, LUIGI BAGOLINI, CARLOS COSSIO, EDUARDO GARCIA MAYNEZ e LEGAZ Y LACAMBRA, mas também por aqueles que, como Kelsen, embora considerando metajurídicos os estudos sobre o Direito como fato social ou como justiça, nem por isso ignoram a possibilidade de “três ordens fundamentais e distintas de pesquisas”¹².

Isto posto, é preciso, desde logo, distinguir entre o tratamento filosófico e o científico-positivo da realidade jurídica. Como HUSSERL nos esclarece, a atitude natural da ciência é sempre realista, no sentido de que não reduz, nem subordina a realidade a condições subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto um problema essencial e prévio¹³. Ao contrário, a Ciência Positiva, como ciência de realidades, parte do pressuposto metodológico da autonomia do objeto, como dado empírico, cujas leis procura explicar. O mesmo ocorre no domínio da Ciência Jurídica, o que torna compreensível a natural tendência do jurista, enquanto tal, no sentido de acolher com mais simpatia as interpretações filosófico-positivas do direito, aquelas, isto é, que não põem qualquer distinção essencial entre Ciência e Filosofia. Sob esse prisma, já foi dito com razão que o “positivismo jurídico” é o “lugar geométrico” da mentalidade do técnico ou prático do direito.

Já é diverso o plano em que, a meu ver, deve colocar-se o filósofo, ao converter a própria ciência positiva

12. Para uma compreensão sintética de meu pensamento sobre a natureza tridimensional do direito, v. MIGUEL REALE, *Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto*, na “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1961, fasc. II — IV, p. 145 e segs..

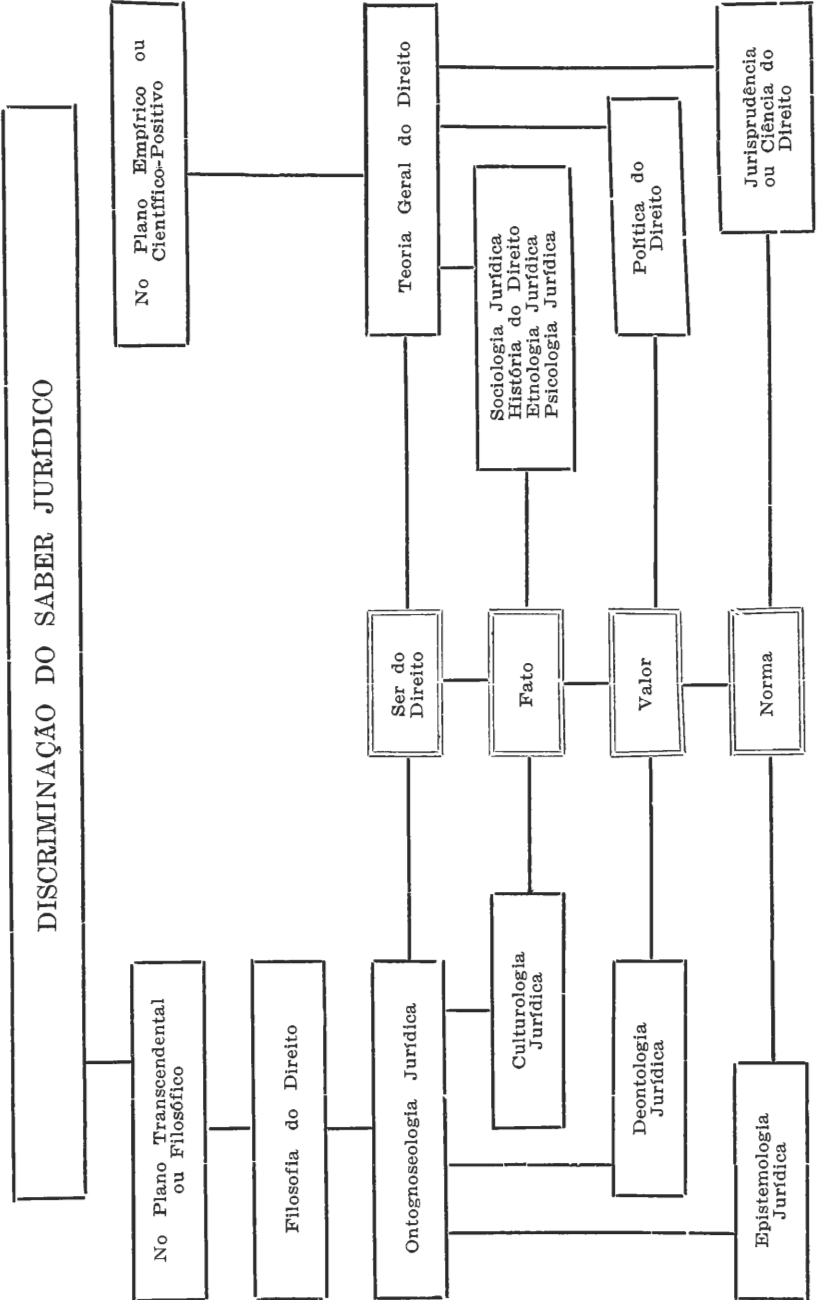
13. v. HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, trad. de Paul Ricoeur, 4.^a ed., p. 32 e segs..

em um de seus problemas, e ao apreciar a realidade jurídica em sua conexão essencial com o sujeito cognoscente. Uma indagação do objeto, que ponha entre parêntesis a sua referência ao sujeito, para considerá-lo metodologicamente “ab extra”, é, repito, a atitude natural e inevitável do conhecimento positivo. Em Filosofia, ao contrário, não é admissível, penso eu, o estudo de qualquer objeto, a não ser como momento de um processo ontognoseológico, o qual é em si uno e concreto. A rigor, mesmo o positivista, para chegar à conclusão do monismo metodológico, não pode deixar de partir de uma atitude crítica que ponha em dúvida, ou em crise, a “atitude natural” do conhecimento, indagando da condicionalidade do objeto pelo sujeito, ou vice-versa. A essa atitude crítica, peculiar à Filosofia, como pesquisa dos supostos ou pressupostos da ciência, é que se deve denominar *transcendental*, expressão com a qual se reconhece a contribuição decisiva de KANT na reformulação do problema gnoseológico, embora não signifique uma adesão ao seu apriorismo formal que, como já disse, não se harmoniza com a concretidade do pensamento contemporâneo.

Feita essa discriminação entre o plano positivo e o transcendental, o primeiro problema, ou melhor, a primeira série de problemas que se impõe à análise diz respeito à *consistência* mesma da realidade jurídica e sua correlativa *determinação conceitual*.

Essa *Parte Geral* prévia corresponde nos planos filosófico e positivo, respectivamente, às ordens de pesquisas que denomino *Ontognoseologia Jurídica e Teoria Geral do Direito*, de conformidade com o Quadro Anexo.

A *Ontognoseologia Jurídica* é a parte geral da Filosofia do Direito destinada a indagar das condições *subjetivas* e *objetivas* da experiência jurídica. Estuda, por conseguinte, o direito “a parte subjecti” e “a parte objecti”, dada a essencial correlação que existe entre o sujeito e o objeto do conhecimento, os quais estão entre si numa funcionalidade dialética de implicação e polaridade. Donde resulta que



não é possível determinar-se o *conceito* do direito sem se determinar ao mesmo tempo a sua *consistência*: trata-se de problemas correlatos, que correspondem a uma unidade de ordem, o que exclui a possibilidade de um conceito puramente formal do direito, assim como a sua redução a um fato puro¹⁴.

Graças ao método que denomino “fenomenológico-histórico”, porque correlaciona os dados da análise fenomenológica com o *processus* do direito no plano da história, torna-se, no meu modo de ver, possível determinar que o direito é *essencial e dialéticamente tridimensional*.

Concebido o direito como *fato*, como *valor* e como *norma*, a Ontognoseologia Jurídica se discrimina, ou melhor, se desenvolve em três *subdivisões* de estudos: a *Deontologia Jurídica* estuda o direito segundo seus *pressupostos axiológicos*; a *Culturologia Jurídica* estuda o direito segundo seus *pressupostos ônticos*; e a *Epistemologia Jurídica* ou Teoria fundamental da Ciência do Direito estuda o direito segundo seus *pressupostos lógicos*. Tais partes especiais não são domínios estanques: constituem antes momentos que se integram necessariamente na global visão ontognoseológica e dialética do direito.

Paralelamente a êsse desdobramento de perspectivas no plano transcendental, e como seu necessário complemento, põe-se o problema da *Teoria Geral do Direito*, que é um sistema de conhecimentos gerais ordenados no plano empírico, válido relativamente a um determinado tipo ou tipos de ordenamentos jurídicos positivos: enquanto a Ontognoseologia Jurídica nos oferece conceitos *universais*, válidos para todo e qualquer direito possível (nisto consiste exatamente o caráter de sua *transcendentalidade*, como condição universal das experiências possíveis) a Teoria Geral do Direito, como ciência empírica que é, tem como

14. Para maiores desenvolvimentos, cf. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., t. II, p. 288 e segs.. Há tradução italiana de LUIGI BAGOLINI e RICCI, 1956, p. 194 e segs..

referência necessária determinados sistemas jurídicos positivos, geralmente integrados no mesmo ciclo de cultura, e elabora conceitos que possuem validade *genérica e contingente*.

Não é fácil, evidentemente, traçar uma fronteira rígida entre a Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Direito, notadamente no que se refere, por exemplo, à Epistemologia Jurídica, mas isto não impede que se faça a necessária distinção entre os “pressupostos transcendentais” da experiência jurídica e certos princípios que, por mais genéricos que sejam, não perdem o seu caráter empírico.

É inconcebível uma Teoria Geral do Direito destacada de um contexto histórico determinado, pois ela nos dá os princípios gerais que informam a Ciência Jurídica de uma época determinada, correspondentes às diretrizes e estruturas dos ordenamentos jurídicos em vigor. O problema, por exemplo, das *fontes* ou o da *interpretação* do direito são estudados tanto pela Filosofia do Direito como pela Teoria Geral do Direito, mas segundo dois ângulos distintos, embora complementares. A Epistemologia Jurídica aprecia os problemas das *fontes* ou do *processo interpretativo* do direito como *condições transcendentais logicamente prévias a toda e qualquer experiência jurídica possível, passada ou futura*; a Teoria Geral do Direito, ao contrário, indaga das *fontes* e dos *processos interpretativos* vigentes em nossa época, discriminando-lhes as formas, as modalidades, os limites e as funções nos quadros do ordenamento jurídico pátrio, em confronto com os dos Países de correlato sistema cultural.

É claro, todavia, que a Epistemologia Jurídica e a Teoria Geral do Direito são domínios de conhecimento que se exigem reciprocamente, formando, — do ponto de vista expositivo e pedagógico, — praticamente um campo complementar de pesquisas, o que não se deve estranhar, dada a natureza da matéria estudada e pela razão fundamental que quando falo em “condições transcendentais do direito” não me refiro a algo transcendente, desligado ou superior

à experiência, mas sim a algo que só do ponto de vista *lógico* ou *axiológico* se põe antes da experiência, como *condição de sua possibilidade*.

É óbvio que tôdas estas minhas distinções dependem da irreducibilidade que, a meu ver, existe entre a Ciência e Filosofia, parecendo-me que, para serem coerentes consigo mesmos, os adeptos do monismo gnoseológico, que concebem a Filosofia como uma versão qualquer do conhecimento científico, deviam identificar “tout court” a Filosofia do Direito com a Teoria Geral do Direito.

5. Como ainda resulta do quadro já referido, é necessário discriminar, no plano empírico, três ramos especiais de pesquisas, que se ligam, respectivamente, à problemática do *fato jurídico* (p.e. Sociologia Jurídica e História do Direito); à problemática das *regras de direito* (Ciência Jurídica ou Jurisprudência) e à problemática dos *valores jurídicos* (Política Jurídica) ¹⁵.

Põe-se aqui uma questão que requer exame todo especial. Em geral, os autores que concordam em discriminar no direito os três citados elementos (*fato*, *valor* e *norma*), são levados a transformar cada um desses fatores isoladamente considerado, em objeto de três ciências distintas. À primeira vista, poder-se-ia tirar tal conclusão, como ocorre nas doutrinas que considero “tridimensionais abstratas”, mas com sacrifício da unidade que existe entre aquêles fatores.

Seria mais cômodo dizer, com efeito, que a Sociologia Jurídica cuida do direito como *fato* e que a Ciência do Direito dêle se ocupa como *norma*, se não surgisse, imediatamente, a dificuldade lógica de conceituar-se uma Ciência Jurídica cujos juízos ou proposições não sejam referidos a um dado sistema de *normas*, isto é, a normas consideradas *jurídicas* e que, como tais, envolvem uma re-

15. Cf. meu estudo citado na *Riv. Int. di Filosofia del Diritto*, 1961, II — IV.

ferência necessária a dadas situações de *fato*, assim como a dada ordem de *valores* consagrados positivamente no ordenamento vigente. O mesmo se diga da Sociologia Jurídica, a qual seria apenas Sociologia se o fato social, objeto de sua indagação, não envolvesse uma necessária referência a normas e valores de alcance jurídico¹⁶.

Em suma, a minha tese é a de que fato, valor e norma são dimensões ônticas do Direito, o qual é, dêsse modo, insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa.

Não basta descobrir no Direito três elementos, ou fatores, nem mesmo considerá-los “dimensões” distintas de uma única realidade, porque a tridimensionalidade jurídica pode assumir feições diversas, desde um tipo estático e abstrato a um outro dinâmico e concreto. Ao primeiro tipo pertencem as doutrinas que decompõem a experiência do Direito, por abstração, nos três campos ou facetas acima discriminados, destinando-se cada um dêles a uma Ciência diversa: a norma seria o objeto da Jurisprudência Dogmática ou, conforme a terminologia anglo-saxônia, da Jurisprudência Analítica; o fato seria estudado pela Sociologia ou Psicologia Jurídica, etc.; e, por fim, o valor do Direito seria objeto da Teoria da Justiça ou Axiologia Jurídica e, no plano empírico e imediato, da Política do Direito.

Em contraposição a essa discriminação abstrata, penso que qualquer conhecimento do Direito é necessariamente tridimensional, e que, em cada ciência particular, o que se verifica é um predomínio de pesquisa em função de um dos três elementos apontados, distinguindo-se a indagação tão somente pelo sentido de seu desenvolvimento respectivo de conformidade com o seguinte esquema que aponta

16. Coincidindo com êsse meu ponto de vista, v. RECASÉNS SICHES *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 1959, p. 160-164.

o sentido *vetorial* de cada tipo fundamental de pesquisa sôbre o direito:

fato »→ valor »→ *norma*
valor »→ norma »→ *fato*
norma »→ fato »→ *valor*

Para compreender-se esta minha asserção, torna-se indispensável frizar que o direito é essencialmente um *processus*, um vir a ser histórico, insuscetível de ser reduzido integralmente às categorias da Lógica-formal. Sômente uma compreensão *dialética* do direito é que nos permite captá-lo em tôdas as suas conexões de sentidos.

Assim sendo, embora o direito seja sempre uma *ordenação-normativa da realidade social segundo certos valores*, ou, o que vem a dar no mesmo, uma realidade social normativamente ordenada segundo valorações historicamente reveladas, é possível considerá-lo objeto de 3 ordens fundamentais de estudos, das quais a Ciência do Direito, a Política do Direito e a Sociologia Jurídica são expressões mais relevantes.

Não se trata, evidentemente, de uma solução eclética, como poderia parecer aos menos avisados ou aos críticos superficiais, mas de uma solução que se caracteriza exatamente pelo superamento de posições abstratas ou transistemáticas, tanto assim que culmina num *normativismo jurídico concreto*, no qual fatos e valores se implicam dialéticamente.

Há duas verdades correlatas a serem preservadas. De um lado, torna-se necessário afirmar que os pontos de vistas do sociólogo ou do filósofo não podem coincidir com o do jurista, sob pena de tudo se comprometer numa unidade amorfa e indiferenciada. Por outro lado, se a tridimensionalidade é da *essência* mesma do direito, compreendida como experiência social e histórica, aquêles três pontos de vista distintos sôbre o direito não podem fazer abstração de uma qualidade intrínseca à própria juridici-

dade, mas, ao contrário, devem determiná-la e expressá-la de modos diversos, segundo as três direções de pesquisa acima apontadas.

Assim, a Jurisprudência ou Ciência do Direito é dialética e concretamente *normativa*, no sentido de que o jurista, como tal, pensa *sub specie regulativa*, pois subordina *atos* e *valorações* à medida integrante que se contém nas regras de direito. Cada norma jurídica, considerada em si mesma, constitui uma integração racional de fatos e valores, tal como se aperfeiçoa graças à mediação do Poder nas conjunturas espaço-temporais. Quando o Poder social ou o Poder estatal dão nascimento a uma norma costumeira ou legal, uma certa ordem de valores resulta consagrada e obrigada: a norma não é, assim, um “objeto ideal”, mas uma realidade cultural, inseparável das circunstâncias de fato e de complexo de estimativas que condiciona o seu surgir e o seu desenvolvimento.

Pelas mesmas razões, a norma jurídica não pode ser pensada como um inventário de fatos passados: sua destinação é reger *atos futuros*. Não disciplina, porém, os fatos futuros como um esquema estático: ela não pode deixar de sofrer o impacto de novos e imprevistos fatos e valores, cuja superveniência implica uma nova compreensão normativa.

Não cabe aqui estudar o que denomino *normativismo jurídico concreto*¹⁷, correspondente à concepção tridimensional específica e concreta, mas as considerações acima bastam para demonstrar em que sentido considero *normativa* a Ciência do Direito: sua normatividade não a converte em uma Lógica jurídica formal, porque envolve permanente referência aos fatos e valores de que promana, assim como aos fatos e valores a que tende. Esta colo-

17. v. MIGUEL REALE, *A crise do normativismo Jurídico e a exigência de um normativismo jurídico concreto*, in Rev. da Fac. de Direito da Universidade de São Paulo. Em castelhano no volume *Estudios jurídico-sociales — Homenaje al Profesor L. LEGAZ Y LACAMBRA*, I, p. 187 e segs..

cação de problema é fértil, a meu ver, em conseqüências práticas, notadamente no que se refere à interpretação e à aplicação do direito.

Dir-se-á que à luz do tridimensionalismo concreto aqui exposto não resta lugar para a Lógica Jurídica formal. Não seria exata tal conclusão. A norma jurídica é, do ponto de vista lógico, uma *proposição* que pode e deve ser estudada como tal, para determinar-se se ela corresponde, por exemplo, a um juízo hipotético unitário (Si A é, B deve ser), ou a uma correlação de dois juízos implicados (Si A é, B deve ser; Si A não é, deve ser C), etc.. Nesta ordem de idéias, os estudos de uma *Ontologia formal do Direito*, tal como vem sendo elaborada, por exemplo, por E. GARCIA MAYNEZ, encontra plena legitimidade. Grande equívoco haveria contudo, em reduzir todo o problema epistemológico e lógico do direito a categorias lógico-formais, pois só uma compreensão *dialética* da normatividade dá-nos a razão de ser da Ciência Jurídica tal como é e deve ser aplicada pelos advogados e pelos juizes. Redundaria na perda do sentido de *concretidade* essencial à Ciência do Direito numa época de crise de estrutura. Pois bem, se a Ciência Jurídica é *normativa*, como direção dominante e essencial da pesquisa, já a Sociologia jurídica se desenvolve no sentido do *fato jurídico*, ou, por melhor dizer, ela é dominada pelo elemento de eficácia ou de efetividade do direito (“faticidade do direito”). O sociólogo do direito não pode analisar um fato qualquer como sendo jurídico a não ser mediante referência a valores e a regras: se assim não fôsse, o seu estudo seria sociológico, e não *sociológico-jurídico*.

Da mesma forma, ainda no plano empírico, surge a necessidade de determinar o âmbito da *Política do Direito*, que é o domínio de interligação, de conexão entre a Ciência Política e a Ciência do Direito, como penso ter demonstrado no citado estudo sôbre as formas do conhecimento político. Na Política do Direito, ou Política Jurídica, que outrora se denominava “Teoria da Legislação” o que prevalece é a análise das “conveniências axiológicas”, em função

das quais o Poder é levado a optar, por exemplo, por um determinado projeto de lei, eliminando da esfera da normatividade jurídica tôdas as outras soluções propostas. A necessidade de reexaminar a problemática da *Política Jurídica*, como uma ciência centrada na “prudência das valorações concretas” parece-me cada vez mais evidente, diante das funções do Estado que, no plano legislativo, assumem caráter eminentemente técnico.

Em conclusão, a Filosofia do Direito, que a nossa época reclama, só pode se desenvolver em ligação íntima e permanente com a experiência jurídica, a fim de significar algo para o jurista, muito embora, é claro, não possa, nem deva fornecer-lhe fórmula e conceitos para a solução dos problemas particulares: as soluções oferecidas pela Ciência do Direito obedecem a critérios que não são em si mesmos de natureza filosófica, mas são redutíveis a pressupostos filosóficos quando a Filosofia afunda as suas raízes na realidade histórica e social em que o jurista vive e pensa.

Restabelecer a compreensão entre os filósofos do direito e os juristas é contribuir para superar uma das razões primordiais da crise do direito de nosso tempo.

9.

347.927

Do Ônus da Prova.

Alfredo Buzaid

Catedrático de Direito Judiciário Civil na
Faculdade de Direito da Universidade de
de São Paulo.

SUMÁRIO. — I *Considerações Preliminares*. 1. A importância do ônus da prova no processo dispositivo. 2. Princípios que se conjugam na elaboração da doutrina. II — *Perfil Histórico*. 3. O período formular romano. Algumas regras de valor universal. 4. As fontes principais. 5. A prova dos fatos constitutivos, modificativos e extintivos. A *exceptio* e as negativas. 6. A contribuição do direito germânico. 7. Renascença do direito romano. Divisão do processo em *Stadia*. 8. A doutrina dos glosadores. 9. Direito filipino. 10. Antigo direito brasileiro. Direito brasileiro atual. III — *Legislação comparada*. 11. Regras sôbre o ônus da prova em direito estrangeiro. IV — *Doutrina geral do ônus da prova*. 12. Distinção entre ônus e obrigação. 13. Conceito de ônus. 14. O ônus da prova é parte da teoria da aplicação do direito. 15. Os elementos do silogismo judicial. 16. Fundamento do ônus da prova. Razões de oportunidade, regra de experiência e princípio de equidade. V — *Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova*. 17. O ônus da prova considerado tradicionalmente sob o aspecto subjetivo. 18. Distinção entre ônus subjetivo e ônus objetivo da prova. 19. Os dois aspectos do ônus da prova. Oportunidade de sua apreciação. 20. Atuação do juiz em face das partes. Decisões com reserva. VI — *Teorias modernas sôbre o ônus da prova*. 21. Classificação de doutrinas. 2. A doutrina de CHIOVENDA. 23. A doutrina de CARNELUTTI. 24. A doutrina de BETTI. 25. A doutrina de MICHELI. VII — *O regime legal, brasileiro*.

26. A regra do art. 209 do Código de Processo Civil.
27. Consagração do *onus objetivo* da prova no art. 118 do Código.

I. Considerações preliminares.

1. Dentre os vários temas de direito processual civil relativos à atividade instrutória, raros têm merecido, com tanto interesse, a atenção da doutrina como o do *onus da prova*. Há mais de um século procura a ciência rever-lhe o conceito, dando lugar a uma floração de teorias, que se esforçam por explicar o instituto à luz do direito positivo, preconizando soluções ideais para os complexos problemas que êle sugere¹. Especialmente depois que a doutrina distinguiu, em termos científicos, o *princípio dispositivo* do

1. A bibliografia, rica de idéias e de contribuições pessoais, tem projetado luz abundante sobre o tema, ora estudando as origens do instituto, ora assinalando os resultados teóricos e práticos das construções elaboradas. Haja vista, entre as monografias mais importantes:

a) na Alemanha, BETHMAN-HOLLWEG, *Über die Beweislast*, em *Versuche über einzelne Theil des Civilprozesses*, 1827, V, p. 319 e segs.; HERMANN FITTING, *Die Grundlagen der Beweislast*, em *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, vol. 13, 1889, p. 1 e segs.; FRANZ LEONHARD, *Die Beweislast*, Berlim, 1926; AUGUST VON KNIERIEM, *Behauptungspflicht und Beweislast*, Berlim, 1896; LEO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 3.^a ed., Munique e Berlim, 1953; FRIEDRICH SISVEKING, *Bedeutung und Gültigkeit des Satzes Negantis Nulla Probatio*, Lípsia, 1889;

b) na Itália, LUIGI GIANTURCO, *Brevi Note sulla Teoria dell'Onere della Prova*, (apêndice à tradução italiana de Glück, *Commentario alle Pandette*, liv. 22, tit. III, p. 366 e segs.); GIACOMO PRIMO AUGENTI, *L'Onere della Prova*, Fôro Italiano, Roma; GIAN ANTONIO MICHELI, *L'Onere della Prova*, Cedam, Pádua, 1942 (Trad. esp. de Santiago Sentis Melendo, *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, 1961, Ed. Jur. Europa-América); e

c) no Brasil, S. SOARES DE FARIA, *Principais Teorias relativas ao Onus Probandi*, São Paulo, 1936, ed. Revista dos Tribunais.

*principio inquisitório*², avultou a importância do estudo da distribuição do *onus da prova*, já que o processo civil, transformando-se em instrumento oficial de administração da justiça, devia ser usado, para a tutela dos direitos, por conta e risco das partes. Estas submetem à apreciação do Poder Judiciário um caso concreto e a função do magistrado é a de declarar o direito, nos limites em que foi definida a lide. O juiz não se antecipa aos interessados, nem se move *ex propria auctoritate* para indagar, em público ou em particular, quem sofre violação ou ameaça em sua esfera jurídica; aguarda que lhe provoquem a atividade jurisdicional, cabendo aos litigantes o *onus* de afirmar e provar a sua pretensão em juízo. A função do magistrado é, pois, de declarar o direito em cada caso concreto, sem suprir as deficiências das partes, que agem representadas por advogados aptos a postular em juízo.

2. A distinção entre processo civil *dispositivo* e processo civil *inquisitório* constitui um dos temas mais importantes, com o qual se ocupa a moderna doutrina científica; ver, entre outros autores, CALAMANDREI, *Linee Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio* (Studi in onore di Chiovena, p. 133 e segs.); e ainda *Studi sul Processo Civile*, V, p. 53 e segs.; CICU, *Il Diritto di Famiglia*, p. 180 e segs.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, 7.^a ed., p. 30; BIRKMAYER, *Das Offizialverfahren im Zivilprozess* (*Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, vol. VII, p. 155 e segs.); LENT & JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 1961, p. 58 e segs.; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. vol. II, p. 462; CAPPELLETTI, *Principio Dispositivo e Interrogatorio della Parte*, p. 7 e segs..

Sobre a importância do instituto do *onus da prova*, as opiniões estão divididas, ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 8.^a ed., 1960, p. 559 considerou-o espinha dorsal do processo (*das Rückgrat des Zivilprozesses*). Para CHIOVENDA, *Instituições*, cit., vol. II, p. 503, “a disciplina do *onus da prova* figura entre os problemas vitais do processo”. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 379 e seg., encarece o valor do instituto, sobretudo sob o aspecto prático. SCHONKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7.^a ed., p. 228, considera incorreta a afirmação de ROSENBERG, em face do direito vigente.

2. O instituto do ônus da prova se liga, assim, direta e fundamentalmente à atividade das partes, que invocam a aplicação do direito. Conjugam-se dois princípios na elaboração dessa doutrina. O primeiro é o de que o juiz moderno não pode, à maneira do juiz romano, encerrar um processo, dizendo simplesmente *non liquet*³ e, portanto, esquivando-se de proferir uma decisão de mérito a favor de uma parte e contrária à outra. O segundo é o de que, estando a parte empenhada no triunfo da causa, a ela toca o encargo de produzir as provas, destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional⁴.

A distribuição dêsse ônus é o problema que constitui o objeto dêste ensaio e a cujo respeito intentamos fazer

3. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, p. 270; ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 14 e seg.; HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Lipsia, 1912, p. 468.

4. Estas idéias, que o jurista surpreende quase que intuitivamente, embora assinalem o aspecto prático da repartição de ônus da prova, são, todavia, insuficientes para explicar muitas incertezas que surgem no espírito do julgador. Um exemplo, bem lembrado por ROSENBERG, pode mostrar as dúvidas que dominam o magistrado em face de um caso concreto e ao mesmo tempo a necessidade de definir as regras que devem orientá-lo no julgamento.

Em certa demanda alegou o autor haver autorizado o réu a vender suínos, inclusive a crédito, sem qualquer obrigação de responder pelas dívidas dos compradores. Rompendo-se as relações comerciais entre ambos, pleiteou o autor um saldo de 6.366 marcos. Defendeu-se o réu, sustentando que vendera uma partida de suínos, por valor equivalente ao do pedido, a "X", que, fugindo para a América, não pagou o preço que, aliás, é de difícil recebimento; mas oferecia uma cessão dêsse crédito. O autor, negando que os porcos tivessem sido vendidos a "X", reclama o seu valor. Não houve provas. Todavia, o magistrado não podia abster-se de resolver a controvérsia. Como deveria julgar? Por que princípios haveria de nortear a sentença? Sôbre qual das partes recairiam as conseqüências desvantajosas da dúvida, que corre acêrca da verdade de uma afirmação de fato?

A estas indagações, conclui ROSENBERG, respondem-nas as regras que disciplinam o ônus da prova. Elas concorrem para formar um juízo, afirmativo ou negativo, sôbre a pretensão deduzida em juízo,

algumas variações. Por questão de ordem e método, começamos por sua história.

II. Perfil histórico.

3. O ponto de partida de nossa investigação é o período *formular* romano, porque o sistema anterior escassa luz traz para a perfeita compreensão do *onus probandi* em suas origens mais remotas⁵. Como o instituto não foi tratado sistematicamente pelos jurisconsultos, para se ter uma idéia do modo como distribuíam entre as partes o encargo de provar os fatos, afirmados ou negados em juízo, é indispensável pesquisar os textos no Digesto e no Código em lugares e títulos variados, onde a referência é feita ora isoladamente, ou em conjunto. Conquanto as fontes sejam geralmente esparsas, havendo, ao que parece, dois únicos títulos no *Corpus Iuris Civilis*, que se ocupam com a matéria⁶, o certo é que os aspectos fundamentais do problema não escaparam à fina intuição de juristas e magistrados, que procuraram aplicar determinadas regras de valor universal.

Alguns princípios, como *actore non probante, reus absolvitur, probatio incumbit qui dicit, non qui negat, in excipiendo reus fit actor* e *negativa non sunt probanda*, considerados autênticos aforismas, já se encontravam em consultas e decisões, tendo servido, por largo tempo, de base para a repartição do ônus de prova entre os litigantes.

malgrado as incertezas acêrca das circunstâncias de fato. Na indicação ao juiz do conteúdo da decisão que há de proferir, em caso em que não se pôde comprovar a verdade de uma afirmação de fato tão importante, é que residem a essência e o valor das regras sôbre o ônus da prova (ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 2).

5. Ver, para a fase primitiva do direito romano, MICHELI, *La Carga de la Prueba*, p. 14 e segs..

6. D. 22.3; C. IV. 19.

Compreende-se a existência de tão poucas regras em direito romano, porque êste fundara o seu sistema no princípio do livre convencimento judicial, cabendo às partes, tanto formular as suas afirmações quanto subministrar as provas tendentes a justificá-las⁷.

4. MARCIANO diz que

D.22.3.21: Verius esse existimo ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere scilicet alienam rem vel obligatam, legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam; *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*

Afirma MARCIANO que a necessidade de provar incumbe sempre a quem intenta a ação (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*), mas esta regra, declarada de modo categórico, é sensivelmente enfraquecida pela palavra *verius*, que se lê ao início do fragmento, onde o jurisconsulto observa que isso é mais verdadeiro, mas não que seja um princípio de caráter absoluto. Aliás, o texto é impreciso, ressaltando-se nele como que uma contradição entre o que se supõe mais verdadeiro (*verius*) e a necessidade de provar (*necessitas probandi*), que estabelece um vínculo para a parte⁸.

PAPINIANO emite parecer no mesmo sentido, ao aconselhar que, havendo dúvida se alguém tem ou não parentesco, convém que o prove:

D.22.3.1: Quoties quaeretur, genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet.

7 CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 189.

8. GIACOMO PRIMO AUGENTI, *L'Onere della Prova*, p. 13.

Porque, como observa PAULO

D.22.3.2: Et incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

Outros textos ainda confirmam os que foram citados. Disseram os Imperadores DEOCLECIANO e MAXIMIANO que do réu não se deve exigir a prova em juízo, sendo em vão o seu temor:

C.4.19.8: Frustra veremini; ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur.

CELSE estuda um curioso caso de testamento, a que se seguiu um codicilo. Se te legaram quinhentos no testamento e o mesmo se dispôs em codicilo escrito depois, importa saber se o testador quis duplicar o legado, ou simplesmente repeti-lo; e havendo-se esquecido que o fizera no testamento, indaga de qual dos dois se há de exigir a prova (ab utro ergo probatio eius rei exigenda est)?

Responde CELSE

D.22.3.12: Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur; nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare iudici debet.

À primeira vista parece mais equitativo que o autor prove o que pretende, porém indubitavelmente se exigem certas provas do réu, porque se eu reclamo um crédito e êle responde que já pagou a importância, está obrigado a provar êste fato; assim, pois, neste caso, quando o autor apresenta duas escrituras e o herdeiro contesta a validade

da segunda (*posteriolem inanem esse*), cabe a êste prová-la em juízo.

5. Essa importante distinção entre as alegações que as partes podem fazer em juízo gera a repartição do ônus da prova e constitui a base em que, no direito moderno, se assentou a classificação entre fatos *constitutivos*, *modificativos* e *extintivos*. É que, em direito romano, o fato afirmado pelo autor, por êste devia ser provado; se o réu oferecesse uma exceção de *pagamento*, *non numeratae pecuniae* ou *non adimpleti contractus*, ao réu cabia fazer a prova de sua afirmação, porque tais fatos jurídicos tendiam a modificar ou extinguir a obrigação. Disse-o bem ULPIANO, ao examinar a figura da *exceptio*, na qual o réu faz as vêzes de autor e deve, portanto, provar a sua alegação:

D.22.3.19: In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem implere.

Relativamente à prova das negativas, mais ricos são os textos de direito romano, dos quais destacamos um principal. Confessando o autor a impossibilidade de provar o que afirma, não pode também constranger o réu a demonstrar o contrário, porque pela natureza das coisas é nula e nenhuma a prova do que nega o fato:

C.4.19.23: Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.

6. Antes de tratar do ônus da prova no direito intermédio, do qual os sistemas jurídicos modernos herdaram substancialmente os princípios, convém examinar a contribuição que para o instituto trouxe o direito germânico. Conforme o antigo direito germânico, o processo era divi-

didô em duas fases; uma relativa à sentença de prova, denominada *Beweisurteil*, na qual o juiz declarava a quem cabia o ônus, que geralmente era do réu, porque o autor não reclamava um direito seu, antes atacava a injustiça do comportamento do devedor; e a segunda, na qual a parte, sujeita ao ônus da prova, devia produzi-la. A prova germânica é formal, não se dirige ao juiz e, portanto, não tende a convencê-lo⁹.

As provas eram de duas espécies no primeiro período: as ordálias e o juramento. Ordália, ou juízo de Deus, é a palavra que deriva do antigo alto alemão *Urtheil*, significando sentença. A comunidade se convenceu de que os deuses, quando invocados nos pleitos judiciais, não vinham em socorro de quem não tinha razão. A vitória tocava, por certo, a quem Deus viesse ajudar, não podendo contar com tal auxílio quem não tivesse boa razão¹⁰.

7 Quando, depois do Ano Mil, renasce o direito romano, sobretudo por influência da Escola de Bolonha, o processo foi dividido em *stadia*, em cada qual a parte deduzia as suas *positiones* e devia provar as suas afirmações com os meios de prova subministrados pelo direito romano. A atividade judicial foi limitada pelo princípio *iudex debet iudicare secundum allegata et probata*. A prova estava circunscrita às *positiones* contestadas. Porém o juiz não se movia para indagar quais os fatos sobre que as partes concordavam ou disputavam.

A discussão podia versar tanto sobre matéria de fato quanto de direito. O princípio de que o juiz conhece o direito já está divulgado amplamente no século XIV. Não é, porém, desse período o aforisma *iura novit Curia*, porque no direito intermédio *iura* não significava direito objetivo senão direito subjetivo. A palavra *ius* servia para

9. CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, vol. I, p. 192 e segs..

10. MOACIR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, 2.^a ed., vol. I, p. 24 e segs..

designar o direito subjetivo e o direito objetivo em conjunto, mas não a palavra *iura*. A *quaestio iuris* podia equiparar-se à *quaestio facti*, quando era duvidosa¹¹.

8. Os princípios gerais de direito romano, acima enunciados, foram desenvolvidos pelos autores, especialmente, BULGARO, DAMASO, PIACENTINO, BARTOLO e BALDO, merecendo a atenção dos glosadores. BULGARO dizia: “Actor ut vincat, intendat actionem, intentionem probet”¹². DAMASO trata com mais desenvolvimento, abrangendo em sua análise também o problema das negativas: “Ideo videndum est de probationibus, quis probare debeat, cui probandum sit et quot sint species probationum, quae ceteris praeferatur. Et quidem actori incumbit probatio, unde dicit decretalis, quod, actore non probante, reus, et si nil praestiterit, absolvendus est... Reus autem negativam probare non tenetur, quia negantis factum per rerum naturam nulla est probatio”¹³

Com algumas retificações derivadas do estado daqueles tempos e das condições peculiares da sociedade medieval, mantiveram-se fiéis os princípios oriundos do direito romano¹⁴.

9. Essas regras passaram para o antigo direito português que, do ponto de vista legislativo, é pobre de disposições a respeito. Os títulos mais importantes do Livro III do Código Filipino são o n.º 25, 52 e 53, n.º 10; os dois primeiros contém preceitos gerais sôbre a prova, que deve ser feita pelo autor e pelo réu; o último limita o aforisma latino *negativa non sunt probanda*, declarando que não é verdadeiro, porque as chamadas *negativas* bem podem ser

11. CALAMANDREI, *Studi sul Processo Civile*, vol. I, p. 80.

12. BULGARO, *Summa de Iudiciis*, p. 9.

13. DAMASO, *Summa de Ordine Judiciario*, tit. 56.

14. ver GIANTURCO, em GLÜCK, *Commentario, cit. lib. 22*, p. 367 e seg.; LESSONA, *Trattato delle Prove*, 3.ª ed., vol. I, p. 167 e segs.; MICHELI, *La Carga de la Prueba, cit.*, p. 29 e segs.; AUGENTI, *op. cit.*, p. 35 e segs..

provadas, se coarctadas a certo tempo e lugar e bem assim quando ela se resolve em afirmativa¹⁵.

A doutrina, porém, foi rica de informações e, fundada nas lições do direito intermédio, difundida por tôda a Europa, sagrou os princípios derivados do direito romano¹⁶.

10. O direito brasileiro, nos primeiros tempos, não se afasta do direito português. O Regulamento n.º 737 não contém disposições explícitas sôbre o ônus da prova; os Códigos de Processo Civil dos Estados, no entanto, foram mais minuciosos, prescrevendo de modo geral que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer¹⁷.

O Código de Processo Civil nacional regula amplamente a matéria nos artigos 209 e segs..

III. Legislação comparada.

11. A análise do direito estrangeiro se limita aos Códigos de Processo mais importantes e, de modo particular, de publicação mais recente.

O Código de Processo Civil alemão¹⁸ não contém norma expressa sôbre a repartição do ônus da prova, mas fixa com clareza os limites da atividade do juiz na colheita do material de fato. É da máxima importância o § 286, que permite decidir livremente se um dado fato pode ser ou não havido por verdadeiro. Pelo § 331, se o réu não com-

15. Ver MOACIR AMARAL SANTOS, *Da Prova Judiciária*, vol. I, p. 165 e segs.;

16. NEVES E CASTRO, *Teoria das Provas*, p. 36 e segs.; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas*, §§ 196 e segs.; ALMEIDA E SOUSA, *Segundas Linhas*, nota 414 e segs..

17 Cf. *Cod. Proc. Civ.* do Estado de São Paulo, art. 262; Dist. Fed., art. 182; Pernambuco, art. 245; Bahia, art. 126; Rio de Janeiro, art. 1.226; Minas Gerais, art. 255; Santa Catarina, art. 686.

18. ROSENBERG, *Lehrbuch*, 8.^a ed., p. 557.

parece à audiência para a discussão oral, os fatos deduzidos oralmente pelo autor devem considerar-se como admitidos, bem como os fatos não expressamente contestados (§ 138) e os aceitos pelas partes na discussão (§ 288).

O Código de Processo Civil austríaco não disciplina o instituto, podendo lembrar-se o § 266, segundo o qual os fatos afirmados por uma parte não precisam ser provados, desde que o adversário concordou com êles¹⁹.

O Código Civil suíço prescreve, no art. 8.º, que, quando a lei não dispõe de outro modo, a existência de um dado de fato afirmado deve ser provado por aquela das partes que deduz um direito. O direito cantonal se inspirou em grande parte nessa regra inserta no Código Civil²⁰.

Em França, apesar da recente reforma do Código de Processo Civil, que amplia os poderes do juiz²¹, parece que o dispositivo que regula a repartição do ônus da prova é ainda o art. 1.315, que assim está redigido: “Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.”

O Código Civil Italiano, à semelhança do francês, consigna regra especial sobre o ônus da prova: “Art. 2.697. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”²².

19. WOLF, *Grundriss*, 2.^a ed., p. 295.

20. Sobre as regras de ônus da prova no direito cantonal, ver HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, p. 123 e segs..

21. EMMANUEL BLANC, *La Nouvelle Procédure Civile*, p. 130 e segs.. Ver ainda: SOLUS, *Rôle du Juge dans l'administration de la preuve*, em *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. V, p. 128 e segs..

22. Cf. PAOLO D'ONOFRIO, *Codice Civile*, libro della Tutela Dei Diritti, diretto da Mariano D'Amelio, p. 364 e segs..

O Código de Processo Civil português disciplina a matéria nos artigos 519 e 520. Declara o primeiro que “incumbe ao autor fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à ação; incumbe ao réu fazer a prova dos fatos, positivos ou negativos, que servem de fundamento à exceção § único. O Tribunal deve tomar em consideração tôdas as provas produzidas, emanem ou não da parte que devia produzi-las nos termos dêste artigo, sem prejuízo porém das disposições que declarem irrelevantes a alegação de um fato quando não seja feita por certo interessado”. E o segundo dispositivo, que completa o primeiro, reza: “A dúvida sôbre a verdade de um fato e sôbre a repartição do ônus da prova resolver-se-á contra a parte a quem o fato aproveita”²³.

O Código Canônico também regula o ônus da prova. No cânone 1.748 preceitua: “Onus probandi incumbit ei qui asserit. Actore non probante, reus absolvitur”²⁴.

IV Doutrina geral do ônus da prova.

12. Para entrar no estudo da doutrina geral do ônus da prova, convém primeiro estabelecer uma distinção de caráter terminológico, explicando por que se diz *ônus* e não *obrigação* de provar; ou em outras palavras, se êsses dois conceitos se distinguem tendo cada qual uma função própria.

Um dos grandes méritos de CARNELUTTI foi o de estabelecer a distinção entre ônus e obrigação. Obrigação é o lado passivo, a que corresponde do lado ativo um direito subjetivo. Pode dizer-se que o direito subjetivo é um in-

23. Para o direito português, ver: JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, p. 266 e segs..

24. Ver FERNANDO DELLA ROCCA, *Istituzioni di Diritto Processuale Canonico*, Torino, 1946, p. 206; EICHMANN, *El Derecho Procesal según el Código de Derecho Canónico*, p. 182 e segs..

terêsse protegido mediante um poder da vontade ou um poder da vontade concedido para a tutela de um interêsse. Obtêm-se a noção de obrigação, invertendo simplesmente a de direito subjetivo. É a obrigação um interêsse subordinado mediante um vínculo da vontade; ou, em outros têrmos, um vínculo da vontade impôsto pela subordinação de um interêsse²⁵.

A sujeição e correlativamente o poder, prossegue CARNELUTTI, são o contrário da liberdade. A liberdade termina onde começa não tanto a obrigação quanto a sujeição. A liberdade indica o campo em que a pessoa não está sujeita ao querer alheio; mais exatamente exprime a indiferença recíproca de duas ou mais pessoas no sentido de que nenhuma delas influi sôbre a outra. O direito limita a liberdade, mas não a suprime; justamente por isso a garante. A possibilidade de agir no campo da liberdade se chama faculdade. Neste sentido, faculdade é antítese de obrigação. O direito subjetivo é constituído pela liberdade em que se encontra o titular de um interêsse protegido. A liberdade jurídica é excluída pela sujeição, isto é, pela necessidade de obedecer ao comando, *não, ao contrário, pela necessidade de agir de um modo invés de outro para conseguir determinado interêsse*²⁶.

13. Para CARNELUTTI, basta esta reflexão para se entender a distinção entre o conceito de obrigação e o de ônus. Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é pôsto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interêsse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm de comum o elemento *formal*, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o

25. FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e Processo (Studi in onore di CHIOVENDA*, p. 230 e segs.).

26. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, p. 53 e segs..

vínculo é impôsto, quando há obrigação, para a tutela de um interêsse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interêsse próprio. Correlativa à idéia de *ônus* está, portanto, a idéia de *risco*, não a idéia de subordinação, ou sujeição²⁷.

14. O instituto do ônus da prova é, no sentir de alguns mestres, uma parte da teoria da aplicação do direito, porque o juiz só pode declarar que o preceito jurídico produziu o seu efeito, quando se convence da existência das circunstâncias que constituem os seus pressupostos²⁸. Quê significa aplicar uma norma ao caso concreto? Quando surge um litígio, a atividade do juiz não consiste em *concretizar* uma vontade *abstrata* da lei, mas em declarar que a vontade *abstrata* da lei já se concretizou no momento em que ocorreu a incerteza, ameaça ou lesão do direito. “A função desenvolvida no processo”, escreve CHIOVENDA, “consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela. O objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade da lei que êles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes”²⁹.

A atividade judicial opera assim em dois planos: um é o do exame da norma como vontade da lei (questão de direito) e outro dos fatos que transformaram em concreta a vontade da lei (questão de fato).

15. O estudo da primeira não é uma operação puramente acadêmica ou especulativa, mas sim o estabelecimento da *premissa maior* de um silogismo, tendo em conta a realização do efeito da norma legal. Na composição dêsse silogismo, observa ROSENBERG, o problema do ônus da prova reside na *premissa menor*, embora nem tôda

27. CARNELUTTI, *Sistema, cit.*, p. 55 e segs..

28. ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 11; PLOSZ, *Zwei Vorträge*, p. 24.

29. CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, vol. I, p. 75.

premissa menor seja o domínio de aplicação das normas relativas ao ônus da prova. O que entra em cogitação é a verdade dos fatos da causa a ser decidida. Só quando haja incerteza sôbre a questão de fato é que o juiz necessita de uma indicação, que há de orientar o conteúdo da sentença. Não surge, pois, o problema do ônus da prova, quando são pacíficas as afirmações das partes relativas às questões de fato, ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações discutidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates³⁰. Pode dizer-se, pois, que há de suportar o ônus da prova aquêle a quem toca demonstrar os pressupostos do preceito jurídico aplicável.

16. Não nos parece suficiente, para explicar a repartição do ônus da prova, o dizer que foi instituída por uma *razão de oportunidade*³¹, ou por uma *regra de experiência*, fundada no interêsse à afirmação³².

O seu fundamento está, como demonstra WACH, em uma regra de equidade, que nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito. Poderá o réu negar, mediante exceção, os pressupostos gerais dêsse estado³³.

V. ônus subjetivo e ônus objetivo da prova.

17. Por largo tempo só se considerou o ônus da prova sob o aspecto *subjetivo*³⁴, isto é, como a teoria das conse-

30. ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 6 e segs..

31. CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, vol. II, p. 508.

32. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, p. 265.

33. ADOLF WACH, *Vorträge*, 2.^a ed., p. 210 e seg..

34. WETZELL, *System*, 3.^a ed., p. 142.

quências da prova frustrada³⁵. As definições e explicações dos autores ressaltam que o ônus da prova consiste na necessidade de provar para vencer. Não é um direito, nem um dever, mas a imposição de ser diligente a fim de evitar prejuízos e danos³⁶, isto é, para não sofrer o risco da demonstração falhada³⁷. A indagação consistia em averiguar a qual das partes competia o encargo de produzir a prova, a fim de não correr o risco de perder a demanda, considerando a natureza do processo de tipo dispositivo que, confiando-lhes a realização da atividade instrutória, lhes atribuiu responsabilidade correspondente. De outro conceito não se havia pensado até os trabalhos de JULIUS GLASER, publicados em 1883, nos quais já aparece a distinção entre *ônus formal* e *ônus material* da prova, usada pelos tratadistas de direito processual penal³⁸.

18. Coube, porém, aos processualistas civis austríacos o mérito de distinguir o *ônus subjetivo* do *ônus objetivo* da prova³⁹. ROSENBERG, admitindo essa classificação, conceitua o ônus da prova como um problema de aplicação do direito, visto que só se pode aplicar uma norma, quando o enunciado hipotético abstratamente formulado pela lei se converteu em realidade concreta, o que não se dá se o magistrado, no pleito, não logrou formar plena convicção. Os inconvenientes dessa incerteza, suporta-os a parte, cujo êxito depende da aplicação do preceito. Daí o seguinte princípio que surge naturalmente: cada litigante sofre o ônus da prova acêrca da existência de todos os pressupostos (ainda os negativos) das normas, sem cuja aplicação não vinga a pretensão, isto é, pressupostos das normas que lhe são favoráveis. Por isso é irrelevante perquirir que

35. LEONHARD, *Die Beweislast*, p. 128.

36. KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, II, p. 84; KLEINFELLER, *Lehrbuch*, p. 313; SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 437.

37. BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 332.

38. JULIUS GLASER, *Handbuch*, I, p. 364.

39. POLLAK, *System*, II, p. 656; SPERL, *Lehrbuch*, p. 368 e segs.

fundamentos daqueles pressupostos ficaram duvidosos e também se as partes e o tribunal se preocuparam ou deveriam preocupar-se com esclarecê-los. Aliás, em um procedimento fundado sobre o princípio dispositivo precisa o magistrado de normas, quando há circunstância de fato incertas. E no direito processual, inspirado no princípio dispositivo, não interessa que justamente a parte que arca com o ônus tenha produzido a prova, porque o magistrado deve tomar em consideração toda a matéria dos debates; assim o estabelecimento das bases para formar a convicção judicial não é tarefa exclusiva da parte a quem incumbe o ônus da prova; *o que interessa é somente o demonstrado, não quem o demonstrou*. Este aspecto do ônus da prova, que prescinde qualquer atividade das partes para a afirmação dos fatos controvertidos e para o qual só é relevante a existência da dúvida, é designado pela expressão *ônus objetivo da prova*, ou (menos acertadamente) *ônus material da prova*. Tratando-se das partes, fala-se de *ônus de direção da prova*, ou *ônus subjetivo* e (menos acertadamente) *ônus formal*⁴⁰.

19. Pela exposição que acaba de ser feita, bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto *subjetivo*; e outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto *objetivo*. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma *sanção* à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.

40. ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 555.

Justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo. O juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa, nem advertir as partes das incertezas da prova, nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual; tão só depois de produzidas ou não as provas e de examinadas tôdas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão ⁴¹.

20. WACH assinalou que a questão do ônus da prova não se apresenta já de forma geral, nem se resolve em decisão interlocutória. Não tem o juiz a missão de instruir as partes sôbre que fatos, essenciais e discutíveis, hão de produzir prova, nem a qual delas cabe o ônus; mas sim verificar que fatos não foram provados, para saber a quem prejudica a incerteza ⁴². Mas, diante do fato incerto, qual o conteúdo da sentença, que o juiz pode proferir? Sustenta SARRACENO que o juiz não descumpre o seu dever funcional, pondo térmo a um feito com um *non liquet* ⁴³. A doutrina exposta por êste autor julga razoável que o juiz, encontrando-se diante de uma situação de incerteza, não se convencendo da veracidade dos fatos discutidos, profira uma decisão conforme ao estado da causa, isto é, uma decisão de caráter dubitativo, sem, contudo, trancar a possibilidade de, com melhor prova, julgar a demanda.

Todavia, a idéia de que o juiz, em tal conjuntura, possa proferir uma decisão *dubitativa*, ou com *reserva*, subordinando outro julgamento à realização posterior de atividade instrutória, não é tolerável no direito público con-

41. ROSENBERG, *Die Beweislast*, p. 3; WACH, *Vorträge*, p. 211; SCHONKE, *Lehrbuch*, p. 229; LIEBMAN, *Manuale*, II, 1, p. 89.

42. WACH, *Vorträge*, p. 211 e segs..

43. SARRACENO, *La Decisione sul Fatto Incerto nel Processo Penale*, p. 15 e segs..

temporâneo, embora conhecida e sancionada no antigo direito alemão⁴⁴. É que a atividade jurisdicional há de ser prestada uma vez, não sendo lícito ao juiz declarar que, à míngua de prova que conduz à certeza, se abstenha de julgar o mérito, porque em tal caso não estaria cumprida a sua missão.

Exatamente por ser incerto o estado de fato é que a ordem jurídica positiva confere ao juiz uma regra, que serve de critério no julgamento, dando-lhe o conteúdo da sentença. É claro que a adoção dessa regra de julgamento levou uma parte da doutrina a sustentar que, diante do juiz, as afirmações de fato, ou são verdadeiras, ou falsas, não sendo admissível uma terceira categoria de fatos *duvidosos*. Donde deve ter-se por falsa a afirmação de cuja veracidade não está convencido o juiz⁴⁵. Contestando a legitimidade dessa construção, mostraram ROSENBERG e outros autores que inegavelmente o juiz não pode recusar-se a decidir, porque a situação de fato não está suficientemente esclarecida. Há de julgar sempre ainda que não haja comprovação positiva da verdade, ou falsidade da afirmação discutida. Um *non liquet* na questão de fato está longe de ser um *non liquet* na questão de direito. A função das normas sôbre ônus da prova consiste precisamente em evitar a confusão entre os dois modos de encerrar o *non liquet*⁴⁶.

A finalidade do processo é a atuação do direito, considerando os fatos tais como ficaram provados ou presupostos. O equívoco em que laboraram os autores acima citados está em admitir que o objetivo do processo seja a procura da verdade material. Mas, como ensinou WACH, a verdade material não é o fim do processo, mas apenas o resultado causal⁴⁷

44. MICHELI, *La Carga de la Prueba*, p. 12.

45. VON BAR, *Recht u. Beweis*, p. 5 e segs. e outros autores citados por ROSENBERG, *op. cit.* p. 14.

46. ROSENBERG, *Beweislast*, p. 15.

47. WACH, *Vorträge*, p. 214.

VI. Teorias modernas sôbre o ônus da prova.

21. Várias teorias antigas e modernas procuram explicar a natureza jurídica do ônus probandi. Elas podem agrupar-se em duas classes: as teorias de inspiração civilística e as teorias processualísticas. As primeiras, elaboradas ao longo do século passado, por WEBER, BETHMANN-HOLLWEG, FITTING e outros podem considerar-se inteiramente superadas pela ciência contemporânea. Uma exposição destas teorias encontra-se na edição italiana de GLÜCK, no volume XXII⁴⁸, na tese de concurso do prof. SOARES DE FARIA⁴⁹ e na *Prova Judiciária* do prof. MOACIR AMARAL SANTOS⁵⁰. As teorias modernas são de CHIOVENDA, CARNELUTTI, BETTI, ROSENBERG e MICHELI. Na impossibilidade material de reproduzir tôdas as teorias, limitâmo-nos às modernas, dada a sua importância e conexão com o sistema legal brasileiro⁵¹.

22. CHIOVENDA observa que é difícil formular um princípio geral que dê, em todos os casos, a solução do problema da repartição do ônus da prova, acrescentando que, seja qual fôr o princípio adotado, é também difícil justificá-lo em termos plenamente satisfatórios.

A teoria do ônus da prova relaciona-se estreitamente com a conservação do princípio dispositivo no processo pelo que respeita à verificação dos fatos. Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos,

48. GIANTURCO, nota à obra de GLUCK, *Commentário alle Pandette*, vol. XXII, p. 366 e segs..

49. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, *Principais Teorias relativas ao "Onus Probandi"*, São Paulo, 1936, p. 37 e segs..

50. MOACIR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária* (obra fundamental), vol. I, p. 93 e segs..

51. As variações acêrca do ônus da prova deram lugar à formulação de conceitos de rara beleza. Haja vista, por exemplo, a lição de SENTIS MELENDO, para quem tal ônus é o preço da liberdade (*Teoria y Pratica del Processo*, vol. III, p. 110).

não teria significação a repartição do ônus da prova. Ora, acontece justamente que, de par com a tendência contrária ao princípio dispositivo na verificação dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à distribuição do ônus da prova na doutrina e até nas obras legislativas mais recentes.

Assim, por exemplo, KOHLER, *Civilprocess*, § 55, reputa tôda a doutrina da prova como própria de um passado já superado, como uma derivação do sistema legal; e sustenta que, às considerações de equidade aproximativa, que inspiram as normas gerais sôbre o ônus da prova, devem substituir-se considerações precisas de equidade, por obra do juiz. O Código Suíço informa-se nesse princípio da liberdade. Partindo da distinção entre fatos constitutivos e extintivos, escreve que quem reclama uma obrigação tem de prová-la e quem pretende libertar-se dela, deve, por seu lado, provar o pagamento, ou o fato que produziu a extinção da obrigação.

Sem embargo, nem tôda prova, que se torne necessária no processo para formar a convicção do juiz, é atribuída ao autor. Quando o réu não se limita a negar o direito do autor, mas afirma que o direito desapareceu, toca-lhe provar o fato extintivo e outro tanto ocorre quanto aos fatos impeditivos.

Esclarece CHIOVENDA que da fórmula romana *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, resultou a afirmação, definida no direito intermédio, de que *negativa non sunt probanda*. Semelhante princípio repudiou-o a doutrina moderna com todo acêrto. De ordinário, tôda afirmação é ao mesmo tempo uma negação, porque, quando se atribui a uma coisa um predicado, se lhe negam todos os predicados *contrários* ou *diversos*.

Por outro lado, a fórmula *negativa non sunt probanda* é contraditada em muitos casos, em que o fundamento da demanda do autor, cuja prova a êste cabem, representa um fato negativo. Assim que, na *condictio indebiti* (Cód. Civ. bras., art. 964), deve provar-se que aquilo que se negou não é devido. Na ação de indenização por omissão

culposa, deve-se provar que não foi feito pelo réu aquilo que lhe cumpria fazer. Na ação de prescrição de servidão, deve provar-se o não uso (Cód. Civ. bras., art. 710). Acontece o mesmo nas ações declaratórias negativas.

Freqüentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma regra geral para fazê-lo. Não é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente justa e lógica. *É uma razão de oportunidade que leva a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o da igualdade das partes.* E como, prevalecendo o processo dispositivo, às partes incumbe, em regra, a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem, daí resulta que a distribuição do ônus é feita de modo que deixe a cada uma das partes fazer valer os fatos que ela quer sejam considerados pelo juiz, ou em outros termos, *que tem interesse em que sejam por êle considerados como verdadeiros.* E conclui CHIOVENDA que o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que êstes produzam o seu efeito natural.

Como se vê, a fórmula empregada por CHIOVENDA se funda no *interesse em provar e se inspira num critério de mera oportunidade* ⁵².

23. CARNELUTTI e BETTI observam que o critério do *interesse* para justificar a repartição do ônus não é idôneo para resolver o problema. É, ao contrário, um critério equívoco. O interesse na prova tem caráter *bilateral* e corresponde à estrutura dialética do processo. Alegando um fato, ambas as partes têm interesse em direções opostas.

52. CHIOVENDA, *Instituições*, vol. II, p. 503 e segs..

Se o autor tem interêsse em fazer a prova da sua existência, o réu tem interêsse em fazer a prova da sua inexistência.

CARNELUTTI parte da distinção entre interêsse na afirmação e interêsse na prova. O *interêsse na afirmação é unilateral*, no sentido que cada uma das partes tem interêsse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou de sua exceção; o *interêsse na prova é bilateral*, no sentido que, uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interêsse em subministrar a seu respeito a prova. Dêste duplo interêsse em antítese, a experiência do processo oferece exemplo no *concurso da prova e da contraprova*, freqüentíssimo em matéria testemunhal e indiciária; enquanto o autor faz a prova que o contrato foi concluído, o réu procura provar que não; enquanto o réu oferece a prova que pagou, o autor oferece a prova que não pagou e assim por diante.

O critério que a lei italiana adota para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação, está no *interêsse da própria afirmação*. Toca o ônus da prova a quem tem interêsse em afirmar; portanto, quem ajuíza a pretensão tem ônus de provar os fatos constitutivos e quem oferece a exceção, tem ônus de provar os fatos extintivos, ou as condições impeditivas ou modificativas. Êste é um critério que se harmoniza com o conteúdo da lide, porque se funda sobre a diferença entre *defesa e exceção*; é também um critério sugerido por uma regra de experiência, porque quase sempre aquêle, a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão ou exceção, procura premunir-se dos meios necessários para demonstrá-lo. Assim, quem dá dinheiro a título de mútuo, não deixa de documentar o empréstimo, ou pelo menos de testemunhar êsse fato.

O instituto do ônus da prova se resolve, portanto, em duas proposições: a) na proibição ao juiz de procurar por si a prova, que não seja subministrada pelas partes; b)

na distribuição entre elas do risco da prova frustrada, ou, em outras palavras, da incerteza dos fatos⁵³.

24. Segundo BETTI, para se poder sancionar, a cargo das partes, a falta de prova, como consequência de sua *inércia ou de atividade instrutória infrutuosa*, é preciso tomar por base um critério diverso do do interesse na prova. CARNELUTTI procurou encontrar tal critério no interesse da afirmação de cuja prova se cuida; mas a proposição enunciada nesses termos é equívoca. É certo que o réu tem interesse em demonstrar a inexistência dos fatos afirmados pelo autor; mas enquanto este não provar os fatos que afirma, aquêle nada tem que provar, não estando sujeito, portanto, a nenhum risco. Assim, é necessário considerar não tanto o *interesse*, quanto o *ônus*. Sim, o ônus da afirmação e da prova.

Para chegar a um critério plenamente satisfatório, cumpre, pois, substituir o critério do *interesse* pelo do *ônus da afirmação*. A repartição do ônus da prova corre paralelamente com a repartição do ônus da afirmação (ou da contestação) e se inspira num critério de igualdade entre as partes, entendida no sentido das diferentes posições que assumem no processo. Como ao ônus do pedido corresponde o ônus da afirmação, assim também ao ônus da afirmação corresponde o ônus da prova.

Entre o ônus da afirmação e o ônus da prova há uma coordenação rigorosa, que só em relação aos fatos notórios desaparece. Dado o princípio da aquisição processual, que governa não só as produções, mas também as afirmações em juízo, a declaração de um fato favorável a uma parte não tem necessidade, normalmente, para ser levada em conta, de ser feita pela parte a quem beneficia⁵⁴.

25. Discrepando das doutrinas acima expostas pensa MICHELI que os critérios de distribuição do ônus da prova,

53. CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 424 e segs..

54. BETTI, *Diritto Processuale Civile*, p. 333 e segs..

que derivam da diversa relevância dos fatos que constituem a hipótese legal, não são por si sós suficientes para explicar inteiramente o fenômeno. Até agora se tem considerado, relativamente à classificação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, uma diversa qualificação jurídica dos elementos relevantes da causa. Porém, para se ter uma perspectiva mais correta, cumpre ver como se manifesta o processo em concreto.

Já se assinalou, anteriormente, que a distribuição do ônus da prova parece estabelecida principalmente pela posição, ocupada pela própria parte, em relação ao efeito jurídico pedido; tal relação está determinada pelo direito material, enquanto disciplina a hipótese legal; e pelo direito processual, enquanto tem presente o perfil unilateral adotado por uma das partes no processo.

Esta colocação do problema permite chegar a resultados satisfatórios, seja por que dêste modo se distingue o que alude à valoração das provas, seja porque se dá o justo valor ao conteúdo da demanda judicial, isto é, à afirmação de uma relação ou estado jurídico, formulado pelas partes. Daí resulta a íntima correspondência entre o aspecto propriamente processual e o de direito material.

Reagindo, assim, contra as várias doutrinas que consideram abstratamente a relação jurídica, o que preocupa MICHELI é definir a *posição real das partes*, tendo em conta o efeito jurídico que elas pretendem alcançar. Vendo-a, pois, não em relação à lei considerada abstratamente, mas ao caso concreto, que está no processo, MICHELI conclui que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir⁵⁵.

VII. O regime legal brasileiro.

26. Chegados a êste ponto, resta-nos examinar agora o tratamento que o direito brasileiro deu ao instituto do

55. MICHELI, *La Carga de la Prueba*, p. 429 e segs..

ônus da prova. Profundamente influenciado pelas codificações européias e pelas lições da doutrina, o legislador nacional, que reformou o processo civil brasileiro em 1939, procurou consagrar os princípios, que disciplinam a distribuição do ônus da prova. Assim, o Código prescreveu no art. 209: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será, admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º. Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a êste incumbirá o ônus da prova. § 2º. Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro, que lhe obste aos efeitos, a êle cumprirá provar a alegação”.

Como resulta claramente dessa norma legal, aí estão os princípios que definem o *ônus subjetivo da prova*. O Código aceita a distinção entre fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, seguindo bem de perto a construção elaborada pela doutrina italiana. E distribui o ônus da prova entre as partes, em correspondência com o ônus de afirmação (art. 209, §§ 1.º e 2.º). O *caput* do artigo alude à admissão de fatos, pelo procurador, quando não contestados, desde que o contrário não resulte do conjunto das provas.

A regra geral, adotada pelo direito processual brasileiro, é que os fatos constitutivos devem ser provados pelo autor, não se atribuindo à revelia o efeito de dispensá-lo do ônus, salvo nos casos expressamente previstos no Código (arts. 350, 354, 380, 382, § único e 406, § 2.º), em relação aos quais a falta de contestação acarreta o acolhimento do pedido, desde que concorram os requisitos de admissibilidade da ação.

27 Mas teria o legislador regulado apenas e *ônus subjetivo* da prova, desprezando o outro aspecto do problema, ou seja, o *ônus objetivo*? A nosso ver, o legislador deu a êste respeito um passo fundamental. O art. 118 do Código preceitua: “Na apreciação da prova, o juiz formará

livremente o seu consentimento, *atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte*".

Parece-nos que, nessa regra legal foi sancionado o princípio do *ônus objetivo da prova*. Para decidir, o juiz tomará em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, sem indagar se as provas procedem de uma ou de outra parte; em outras palavras, sem verificar se a prova foi subministrada pela parte a quem tocava o ônus de sua produção, ou pela parte contrária. O essencial é saber se os fatos relevantes foram devidamente provados. Portanto, no momento de proferir a sentença, não há mais interesse em averiguar qual a parte, de que adveio *originariamente* a prova, mas sim o seu *resultado*⁵⁶, isto é, se, dentro do processo, o material probatório permite ao juiz decidir conscienciosamente.

Esta orientação adotada pelo Código brasileiro está em perfeita harmonia com a evolução do direito processual civil contemporâneo, que substituiu o juiz *inerte* pelo juiz *ativo*, conferindo-lhe atividade instrutória, não para sanar as deficiências da prova que a parte deixou de produzir, mas para formar o seu convencimento, como órgão jurisdicional, a quem toca a direção do processo.

O Código de Processo Civil brasileiro tem, portanto, o mérito de haver contemplado o instituto do ônus da prova sob o seu duplo aspecto, *subjetivo e objetivo*, pondo-se em dia com as melhores conquistas do progresso científico moderno.

56. POLLAK, *System*, Vienna, 1931, p. 657.

Q.

340

Da interpretação das leis.

Washington de Barros Monteiro.

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

SUMÁRIO: 1. Generalidades. 2. Necessidade da interpretação. 3. Conceito desta. 4. Sistemas interpretativos. 5. Formas de interpretação. 6. Conclusão.

1. Disse LATINO COELHO, numa frase que se tornou famosa, que de tôdas as artes a mais bela, a mais expressiva, a mais difícil, é sem dúvida a arte da palavra.

Concedeu ao homem a Divina Providência para expressar seu pensamento, transmitir suas idéias, exteriorizar seus pesares e alegrias, traduzir seus anseios e esperanças.

Não fôsse êsse dom maravilhoso, êle converter-se-ia num ser embrutecido, misântropo e solitário, tornando impossível o consórcio civil e transformando a sociedade doméstica numa entidade amorfa, vazia, despida de qualquer significação.

De posse dêle, porém, converteu-o a humanidade num poderoso instrumento de aproximação. Reunindo e aglutinando os homens, desenvolvendo-lhes as faculdades, ampliando-lhes os conhecimentos, proporcionou-lhes a palavra o extraordinário beneficio da mútua comunicação, com proveito para a vida social e o comércio juridico.

Mas a palavra é enganadora e sua elocução, muitas vêzes, repleta de ciladas. Por mais diligentes que se revelem os homens, por mais cuidadosos que se mostrem na

sua expressão, verbal ou escrita, por mais conhecedores do idioma e do valor exato de seus vocábulos, possível é, a qualquer instante, o emprêgo de expressão obscura ou inadequada, a inserção de cláusula ou estipulação duvidosa, o aparecimento de ponto ambíguo, determinante de dissensões, a exigirem do intérprete, ou do aplicador da lei, tôda a sua argúcia, na rigorosa fixação do texto controvertido ou da passagem menos clara, para extrair-lhes o sentido autêntico, verdadeiro, realmente colimado pelos interessados, na promoção de suas relações.

Ësse o árduo objetivo da hermenêutica contratual, ciência embaraçosa, intrincada, complexa, repleta de dificuldades, porquanto nem sempre é fácil perquirir o preciso entendimento, oculto nas dobras da convenção, e que, de fato, movimentou as partes, induzindo-as à celebração do negócio jurídico.

Trata-se de investigação acurada, que requer discernimento e equilíbrio, ponderação e bom-senso, ao lado de perfeito conhecimento da vida, na infinita riqueza de suas manifestações.

Tinha efetivamente certa razão JOÃO GASPAR SIMÕES quando dizia, num de seus mais apreciados livros, que a palavra é a causa de todos os desentendimentos entre os homens; entre os homens e entre os sexos.

Mas, acrescento: também entre os povos e as nações. Guerra sangrenta já se verificou em virtude da exegese de uma só palavra, inserta num tratado. Relembre-se o histórico episódio: mercê de acôrdo celebrado entre a Itália e a Abissínia no ano de 1889, colocou-se a segunda sob a proteção da primeira.

O texto oficial do tratado foi naturalmente redigido em ambos os idiomas. O texto italiano rezava que o soberano etiope *consentia* em servir-se da gestão do rei da Itália, em tôdas as negociações com as demais potências. Para subtrair-se, no entanto, ao protetorado italiano, voluntariamente assumido, apegou-se MENELIQUE, o rei etiope, ao texto amárico, em que, ao invés do verbo *consentir*, figurava

o verbo *poder*, sustentando assim cuidar-se de mera faculdade, e não de obrigação contratual.

Essa divergência de interpretações suscitou a guerra ítalo-etíope de 1895-1896, que terminou com o tratado de paz de Adis-Abeba e pelo qual a Itália reconheceu a independência da Abissínia¹.

2. Em verdade, as palavras são insidiosas tanto na formulação dos atos jurídicos, como na elaboração das leis. Em tudo pode surgir a dúvida, a obscuridade. Não sem certa razão afirmou MALAGRIDA, depois repetido por TALLEYRAND, que elas foram dadas ao homem para ocultar seu pensamento.

Com malícia, dizia LORD BLACKBURNE que o govêrno gosta dos circunlóquios, porque considera muito mais difícil fazer passar no parlamento uma lei redigida com clareza,

Seja ou não simples *boutade*, o certo é que, freqüentemente, a lei se ressent de imprecisão ou obscuridade. Embora o legislador se socorra das expressões mais adequadas e dos vocábulos mais exatos, embora a construção da frase seja impecável, escoimada de qualquer vício, todavia, os defeitos e as lacunas inevitavelmente surgem, quando se passa da teoria para a prática, quando a lei é posta em contacto com a prodigiosa diversidade dos fatos, passando do estado platônico para o estado positivo.

Outras vêzes, a ambigüidade resulta das próprias palavras, pois, constituem estas, deploravelmente, instrumento deficiente, de precisão discutível. Vã a pretensão de se obter das leis obra sem jaça, isenta de imperfeições, livre de defeitos. Hoje, como ontem, no Brasil como em tôda a parte, as palavras continuam a trair o pensamento. Como afirmou BURKE, uma grande parte dos males que afligem o mundo deriva precisamente das palavras.

Por estranho que pareça, o legislador moderno não pode ter a pretensão de imitar JUSTINIANO, o imperador legista,

1. Cf. *Nuovo Digesto Italiano*, voc. "Impero D'Etíopia".

o manso marido de TEODORA, mescla de voluptuoso tirano oriental e teólogo austero², que fêz insculpir no *Codex repetitae prelationes: nullis juris peritis in posterum autentibus commentarios applicare, et verbositate sua supradicti codicis compendium confundere*. Realmente, êle inculcava ser tão clara sua legislação que supérflua se tornava a obra do intérprete.

Sob cominação de severíssimas penas, JUSTINIANO chegou a proibir formalmente qualquer comentário. Ante a compilação feita, tão completa e tão definitiva, que não continha obscuridade alguma, de que serviria a interpretação? *Legum interpretationes, immo magis perversiones*. Assim rematava³.

Entretanto, como observa ARANGIO-RUIZ⁴, a determinação era absurda e deixou de ser observada ainda em vida do imperador. Talvez êle próprio tenha chegado a autorizar-lhe a violação. Com efeito, muito mais cedo do que se imaginava, surgiu a necessidade da interpretação.

Aliás, no Digesto (Livro I, Título 3, Fragmento 17), depara-se a célebre regra de CELSO: *scire leges non hoc est verba earum teneri, sed vim ac potestatem*, que hoje representa um princípio fundamental no tema da interpretação. De fato, entender as leis, não quer dizer aferrar-se ao significado de suas palavras, mas apreender-lhes o pensamento e com isso a fôrça, ou o poder latente delas⁵. A mesma idéia se encontra na Lei das Sete Partidas, do sábio rei Afonso IX: saber as leis não é apenas aprender e decorar sua letra, mas o verdadeiro entendimento delas (Título I, Lei XIII).

Da mesma forma SÃO PAULO, numa de suas epístolas, de modo lapidar, afirmou que *littera occidit, spiritus autem*

2. BLASCO IBANEZ, *Oriente*, p. 254.

3. Cf. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 98.

4. *História del Derecho Romano*, p. 481.

5. SCUTO, *Istituzioni di Diritto Privato*, 1/110.

vivificat. Eis outra regra, de que amiúde se socorrem os hermeneutas e em que subsiste profunda dose de verdade.

3. Mas que é, afinal, *interpretação das leis*? Em que consiste e quais os seus preceitos? Eis, em duas simples questões, tôda a ciência jurídica, na plenitude de suas dificuldades. Na frase de DEMOLOMBE⁶, é o grande e difícil problema, cujo conhecimento faz o jurista verdadeiramente digno dêsse nome.

Sua necessidade surge a cada instante no cenário jurídico, sobretudo na tela judiciária, não se confirmando, pois, infortunadamente, a assertiva de PROUDHON, de que “é caluniar a lei supor que ela é deficiente e obscura”.

Ambigüidade, má redação, imprecisão de linguagem, falta de técnica, exigem a intervenção do intérprete, afim de determinar-lhe o verdadeiro significado, aquilo que o legislador realmente pretendeu exprimir. Sirvam de exemplo os artigos 562 e 1.686 do Código Civil.

O primeiro é, positivamente, ininteligível, devido à sua má redação, vindo a receber por isso de VIEIRA FERREIRA, aliás merecidamente, a pecha de trambolho. Dispõe êle, efetivamente, que “não constituem servidão as passagens e atravessadouros particulares, por propriedades também particulares, que se não dirigem a fontes, pontes, ou lugares públicos, privados de outra serventia”.

Edita o segundo, por sua vez, que “não o declarando expressamente o testador, não se reputará compensação da sua dívida o legado que êle faça ao credor. Subsistirá do mesmo modo êsse legado, se a dívida lhe foi posterior, e o testador a solveu antes de morrer”.

Como se vê, dois acabados modelos de obscuridade, em que só a custo se logra captar o pensamento do legislador, traduzido em fórmula pêca, rebelde à exata expressão do pensamento legislativo.

Guardo, aliás, uma experiência bem característica em minha vida pública: era delegado de polícia, quando re-

6. v. *Cours de Code Napoléon*, 1/138.

quiri inscrição ao concurso de juiz substituto. Ainda não contava vinte e cinco anos de idade, limite mínimo exigido pela lei de organização judiciária. Contudo, havia diploma legal que aos delegados facultava inscrição sem limitação de idade. Entendi que o texto se referia não só ao limite máximo de idade, como ao limite mínimo. Mas a lei assim não foi interpretada pelo presidente do Tribunal de Justiça, o qual entendeu que dita permissão apenas aludia ao limite máximo, subsistindo, portanto, o limite mínimo.

Insista-se, pois: a todo momento, tanto no direito público, como no direito privado, exsurge a necessidade de interpretação, para que dúvida alguma venha a pairar sobre o alcance da ordem legal.

Nem as leis aparentemente claras conseguem subtrair-se a essa operação. O velho brocardo *lex clara non indiget interpretatione* é enganador e constantemente sofre desmentido.

Retorne-se então à idéia inicial: interpretar a lei é determinar-lhe o verdadeiro sentido, mediante análise dos vários elementos que intervêm na sua confecção. É examinar-lhe o conteúdo e precisar assim os casos e as pessoas a que se aplica.

Para SAVIGNY⁷, interpretação é operação intelectual, que tem por finalidade o reconhecimento da lei, em sua verdade. Interpretar é apreender a *mens legis*, isto é, o conteúdo espiritual da norma, seja para fixar-lhe corretamente o sentido, seja para determinar-lhe o respectivo campo de incidência. Por outras palavras, é reconstruir o pensamento contido na lei.

As regras de interpretação constituem a chamada hermenêutica jurídica, através da qual busca o intérprete romper o invólucro opaco que lhe oculta o sentido da lei, penetrando em suas palavras e descobrindo-lhes todo o seu

7. v. *Traité de Droit Romain*, 1/199.

alcance. Mais que a posse de princípios lógicos diretivos, a interpretação requer intuição, isto é, aquilo que comumente se chama de senso jurídico. Ou como disse BROWN, *common sense and good faith are the leading stars of all genuine interpretation*. Menos que uma ciência que se possa ensinar, é mais uma arte que se deve conquistar⁸.

4. Para aquela reconstrução, em que o intérprete se empenha à procura do conteúdo da norma, existem nada menos de quatro sistemas: o jurídico-tradicional, o teleológico, o histórico-evolutivo e o da livre investigação⁹.

De acôrdo com o primeiro, a lei escrita contém integralmente o direito e deve ser havida como bastante para tôdas as exigências da vida jurídica. Nessas condições, o hermeneuta não pode ultrapassar o pensamento que ditou o preceito legal no ato de sua promulgação e êsse pensamento há de ser extraído do exame do texto, considerado tanto isoladamente, como no conjunto das disposições legais. Mas a vontade do legislador deve predominar sempre, ainda que manifestada de modo indireto.

O segundo sistema, o teleológico, circundado, aliás, do maior prestígio, tem em conta a finalidade da lei. A intenção do legislador não passa de mera abstração; o que realmente a explica e a inspira é o escopo colimado pelo legislador e de que a intenção não constitui senão o índice. Assim sendo, ao conceito de intenção (elemento subjetivo), deve o intérprete substituir pelo do fim (elemento objetivo), operação que representa um raio de luz a fulgurar no caminho do intérprete, conquanto não deixe de oferecer, algumas vêzes, o seu perigo.

Em consonância com o terceiro sistema (histórico-evolutivo), o intérprete não deve visar à pesquisa histórica do pensamento do legislador, num tempo mais ou menos re-

8. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1/64.

9. CASATI-RUSSO, *Manuale del Diritto Civile*, p. 31.

moto, porém, indagar com que intenção o órgão legislativo conserva ainda lei que se preste a exegese diferente daquela que seus autores se propuseram originariamente a atribuir-lhe. Se se convencer de que a intenção do legislador de hoje não mais se harmoniza com a dos primitivos autores da lei, deve o exegeta resolver a questão em consonância com a primeira, e não com a segunda, deve ater-se ao presente e não ao passado, ao que está vivo e não ao que jaz definitivamente superado.

Por fim, de conformidade com o sistema da livre investigação, ou escola do direito livre, o intérprete tem arbítrio em declarar o direito, extraíndo-o das próprias necessidades objetivas da vida social, sem embargo das expressões usadas pela lei. Ele deve ter a faculdade de revelar o direito, criando diretamente as regras legais, que formularia, em sua consciência jurídica, se fôsse legislador.

Desejo apenas frisar que se plausível não é tal escola, que pode implicar na entronização do arbítrio, justifica-se, no entanto, a teoria da interpretação evolutiva do direito¹⁰.

5. Várias são as formas de interpretação: a) quanto às suas fontes; b) quanto aos seus meios; c) quanto aos seus resultados.

Quanto às suas fontes, a interpretação pode ser autêntica, jurisprudencial e doutrinal. A primeira é fornecida pelo mesmo poder que elaborou a lei. Quase sempre se exerce através de lei interpretativa, por via da qual se determina o verdadeiro sentido, o exato significado, do texto controvertido (*nihil dat novi, sed datum significat*). O legislador primitivo, cuja intenção se teve como duvidosa, é reputado, por uma ficção da lei, não ter tido nunca outra vontade senão aquela que foi reconhecida por essa mesma lei acêrca dos pontos obscuros. É um diploma de clareza que lhe conferem de repente.

10. FERRARA, *Il Modernismo nel Diritto*, na *Rivista di Diritto Privato*, ano de 1937, I Parte, p. 77.

Quanto aos meios, a interpretação pode ser gramatical, lógica, histórica e sistemática. De acôrdo com a primeira, fundada na linguagem da lei e nas regras da lingüística, examina-se a fundo cada termo do texto, quer isolada, quer sintaticamente, atendendo-se à pontuação, colocação dos vocábulos na frase, origem etimológica e outros dados.

Na segunda, a lei é examinada em seu conjunto, no sistema jurídico em geral, analisando-se-lhe os períodos, combinando-os e confrontando-os entre si, mediante recursos fornecidos pela lógica, de molde a resultar perfeita harmonia e coerência. Tal investigação, no dizer -de SCIALOJA¹¹, constitui um dos cânones fundamentais da reta interpretação.

Na terceira, atém-se o hermeneuta às necessidades jurídicas emergentes no instante da elaboração da lei, as circunstâncias eventuais e contingentes que provocaram a expedição da norma (elemento teleológico e *occasio legis*). Verifica então qual a real intenção do legislador (*mens legislatoris*), qual a razão de ser da norma (*ratio legis*), isto é, o seu espírito, a finalidade social, a que é dirigida.

Na quarta, finalmente, o intérprete compara a lei com a anterior, que regulava a mesma matéria, confronta-a com outros textos, de sorte a harmonizá-la com o sistema jurídico em vigor. O intérprete não deve olvidar-se de que um diploma legal não é simples aglomerado de textos, mas uma unidade lógica, um todo harmonioso, em que presumidamente não existem incoerências nem contradições.

Quanto aos resultados, a interpretação pode ser declarativa, extensiva e restritiva. Com efeito, nem sempre é feliz a expressão utilizada pelo legislador. Algumas vêzes acontece que êle vem a dizer menos ou mais do que pretendia inicialmente dizer (*minus dixit quam voluit, plus dixit quam voluit*). Nessas condições, o resultado obtido pela interpretação pode ser *declarativo*, se se reconhece que a letra da lei corresponde precisamente ao pensamento

11. v. *Del Diritto Positivo e dell'Equità*, p. 43.

do legislador (e é o caso normal); *extensivo* ou *ampliativo*, se se reconhece que a fórmula legislativa é menos ampla do que aquêlê pensamento; *restritivo*, no caso inverso. Na interpretação extensiva, o hermeneuta procura investigar o mais que o legislador pretendeu dizer, e, no entanto, deixou de dizer; nessa interpretação existe, portanto, a verificação do caso abrangido em seu espírito pela lei, porém, exteriorizado em fórmula imperfeita. Na restritiva, o hermeneuta procura investigar o menos que o legislador quis dizer e, no entanto, expressou em fórmula mais ampla e compreensiva.

Em certos casos ou situações impõe-se a interpretação extensiva, tendo-se em conta o favor que deliberadamente lhes dispensa o legislador (*favor matrimonii, favor testamentorum*). Entende-se que êsse favorecimento corresponde a particulares finalidades sociais, a que, num dado instante, se propõe o ordenamento jurídico. Outras vêzes, a mesma interpretação extensiva inspira-se num espírito de benignidade, de que não se aparta o legislador em determinados institutos (*benigna ampliando, odiosa restringendo*).

Inversamente, em outros temas, impõe-se a interpretação restritiva. Assim acontece com as leis que impõem limitações ao direito de propriedade, em matéria fiscal e isenção tributária, bem como no tocante às leis excepcionais ou que restrinjam a normal atividade do Poder Judiciário.

A antiga Introdução ao Código Civil continha a seguinte regra interpretativa (artigo 6º.): “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”. Tal preceito consagrava o velho adágio *exceptio strictissimae juris* ou *exceptiones sunt strictissimae interpretationes*. Tão sensível era a procedência dêsse princípio, tão elementar a verdade nêle contida, que o mesmo deixou até de figurar na moderna Lei de Introdução, no que andou bem, porquanto, como ensina CLÓVIS, o preceito é mais de livro elementar, destinado ao ensino de direito.

No artigo 5.º da nova Introdução (Decreto-lei n. 4.657 de 4-9-1942), vem dito, exclusivamente, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

6. Expostas assim essas idéias gerais sôbre interpretação, podemos, como remate, extrair algumas conclusões.

Inicialmente, cabe ressaltar-lhe o lugar de relêvo, que ocupa na ciência jurídica, havendo mesmo quem diga ser a hermenêutica a primeira coisa a ensinar-se ao estudante de direito.

Em segundo lugar, é fora de dúvida que temos direito de censurar a lei, apontando-lhe os defeitos; mas não temos o de mutilá-la, a pretexto de interpretá-la, menos ainda o de negar-lhe aplicação, se claras fôrem suas disposições (*interpretatio abrogans*).

Ainda que injusta, temos o dever de aplicá-la, sem tentar corrigi-la (*dura lex sed lex*), pois as eventuais conseqüências de sua aplicação recaem unicamente sôbre o próprio legislador.

Em terceiro lugar, cumpre acolher a inteligência que melhor se afeiçoe à tradição do nosso direito, cabendo ajuntar que se preferirá entendimento que faça sentido ao que não o faça, que conduza ao vago, ao arbitrário, ao inexplicável, ao contraditório ou ao indeterminado (*interpretatio illa summeñda qua absurdum evitetur*).

À luz dessas verdades, o intérprete logrará caminhar serenamente, vendo atenuadas ou reduzidas as possibilidades de êrro, tão freqüentes na exata compreensão da lei.

9

347.4

Obrigações “Propter Rem”.

Paulo Carneiro Maia

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

1. Nada obstante a dicotomia entre *direito real e direito pessoal*, melhor designado obrigacional ou de crédito, segundo adverte CLOVIS BEVILAQUA que crê mais acertado “adotar a designação neológica” afastando-se equívocos¹, gerou-se a chamada figura intermédia. Figura é esta que os autores, dos antigos aos modernos que dela se ocuparam, geralmente designam com o nome de obrigação *propter rem*.

Tal é a sua projeção nas categorias fundamentais de direitos, denominados *reais e obrigacionais*, que o professor F.C. SAN TIAGO DANTAS, em sua opulenta monografia sobre os direitos de vizinhança, chega a asseverar que “tôda a questão das obrigações *propter rem* se reduz, em última análise, ao problema da atormentada diferenciação entre o direito real e o pessoal”².

Embora reine divergência entre os civilistas, quanto aos critérios para a classificação dos direitos, o de maior alcance, incontestavelmente, é aquêle que adota *o objeto do direito*.

1. *Direito das obrigações*, 8.^a ed., 1954, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, § 5.^o, p. 21.

2. *O conflito de vizinhança e sua composição*, 1939, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, n.^o 119, p. 287.

Assim, tomando-se o *Eu* (sujeito ou titular de direito) como ponto de partida para a classificação que nos apresenta EDMOND PICARD³, não é difícil vislumbrar que aí as duas aludidas categorias de direito (real e obrigacional) se extremam.

Pode-se dizer, então, a grosso modo: “*Direito real* é o poder jurídico da pessoa sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdura e prevalecendo contra todos”⁴. Seus elementos são *um titular e uma coisa corpórea* e suas características principais consistem em ser a ação do titular exercida sobre a coisa e *erga omnes*. Está armado de ação real, o que é diverso de ser êle a ação real, como pondera, com justeza TEIXEIRA DE FREITAS⁵.

Direito obrigacional, propriamente dito, “é o poder que a ordem jurídica reconhece ao seu titular de exigir de outrem uma prestação de valor econômico”⁶. Como direitos chamados puros, ora recaindo sobre a pessoa do próprio titular, ora sobre a pessoa de outro titular de direito, compreendem a *materialidade da pessoa, a liberdade e os modos de ser*.

Discutiu-se muito, é certo, com extravasamento nas próprias Ordenações do Reino, polarizando-se as opiniões até que a doutrina as aglutinasse — o que não comporta reviver aqui — quanto à caracterização fundamental dos direitos reais e obrigacionais. Discussão é essa que o mesmo SAN TIAGO DANTAS lembra para concluir, no tocante aos direitos reais, que se pondo “de parte as peculiaridades

3. *O direito puro, trad.*, 1932, Barcelona, Imprenta Ibero-Americana, § 56, p. 61.

4. CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das coisas*, 2.^a ed., 1946, Livraria Editôra Freitas Bastos, vol. 1, § 62, p. 301.

5. *Consolidação das leis civis*, 3.^a ed., 1896, Rio de Janeiro, H. Garnier, introdução, pp. LXX e LXXX a XCH.

6. ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, vb. *Direitos pessoais*, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, vol. XVIII.

derivadas do desejo de armar cabalmente os conceitos contra equívocos possíveis, podemos reduzir a dois grupos as várias opiniões. Há os que vêem o traço fundamental da realidade *na senhoria*, ou relação imediata entre a coisa e o titular, e há os que, como FERRARA, firmando-se sôbre o aspecto externo da relação jurídica, distinguem-no no *direito de exclusão*, que tem o titular, contra todos que se imiscuam na sua esfera de livre determinação”. Êstes dois aspectos são redutíveis um ao outro a permitir o enunciado que a “doutrina habitualmente aponta como nota característica da realidade, o fato de se exercerem diretamente sôbre a coisa, com exclusão de qualquer pessoa, os poderes amplos ou limitados do titular”⁷.

2. A separação do *direito real* do *direito obrigacional*, para COGLIOLO, foi conquista da sabedoria romana e um dos momentos fulgurantes da história de sua cultura.

Advertem ALEXANDRE CORRÊA e GAETANO SCIASCIA, quando estudam os tipos de ações, que ante a estrita conexão entre processo e direito privado, “as classificações das ações no período clássico têm grande importância, pois à forma da sanção dos direitos corresponde à natureza dos mesmos”. E, mostrando a distinção entre *actiones in personam* e *actiones in rem*, com arrimo nos textos de GAIO⁸, deduzem: “sôbre esta distinção formal se baseia a classificação dos direitos em obrigacionais e reais; os primeiros se pretendem contra uma pessoa determinada, os segundos contra todos (*erga omnes*)”.

Explicam, logo a seguir — com o que quiseram denunciar terceiro gênero — que se chama “*actio in rem scripta*” a ação que não decorre de um direito real, mas cuja fórmula não indica a pessoa do réu e, por isso, se pode intentar contra quem quer que seja. O caso típico de *actio in rem scripta*, é a *actio quod metus causa*, que pode ser proposta não só contra o autor da violência, mas

7. *Op. cit.* n.º 119, pp. 288/289.

8. D. 4, 1-5 e 4, 130-137.

também contra o possuidor da coisa obtida por violência de outrem”⁹.

Lê-se em PAULA BATISTA¹⁰, o qual, com anterioridade tratara do tema, melhor do que o fizera JOÃO MONTEIRO¹¹, no juízo abalizado de LACERDA DE ALMEIDA¹², embora justificasse seu caráter de obrigação mista, enunciado mais definido quando escreveu: “Entre as ações pessoais algumas há chamadas *in rem scriptae* (*quia rem sequuntur*) que, como as reais, podem ser exercidas contra terceiro possuidor, pedindo-se todavia nelas o cumprimento de alguma obrigação (*adversarium dare vel facere oportere*) como nas pessoais; e desta categoria são a *ad exhibendum*, a revocatória ou Pauliana, a remissória pela cláusula retro, a *quod metus causa*, etc.”

O que seja ação *in rem scripta* diz-nos ULPIANO¹³, no fragmento em que compara a exceção de dolo e a *metus causa*.

A ação se diz *in rem scripta* por causa das palavras inseridas na fórmula, e repetidas pelo jurisconsulto: *si in ea re nihil metus causa factum est*, das quais está excluída qualquer alusão ao autor do constrangimento.

Dêste conceito de *actio in rem scripta* “partiu a doutrina romanística para o de obrigação *propter rem*”, no enunciado de SAN TIAGO DANTAS que, ao mesmo tempo, fez o registo de se discutir se, no direito romano, “há obrigações redutíveis a êste tipo”¹⁴.

9. *Manual de direito romano*, 2.^a ed., 1953, Edição Saraiva, São Paulo, vol. I, § 45, p. 101.

10. FRANCISCO DE PAULA BATISTA, *Compêndio de teoria e prática*, 8.^a ed., 1935, São Paulo, Saraiva & Cia., § 22, p. 22.

11. *Curso de processo civil*, 3.^a ed., 1912, São Paulo, Duprat & Cia., vol. I, § 23, p. 115.

12. FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, 1908, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos, vol. I, § 12, p. 105, nota 6.

13. D. 44, 4, 33, 3.

14. *Op. cit.*, n.º 117, p. 281.

Queremos crer que tais identificações afastam a consideração desenvolvida por FULVIO MAROI — em seu alentado estudo monográfico recolhido no dicionário prático de direito privado, devido a SCIALOJA — acêrca da controvérsia de ter sido ignorada no direito romano a figura das *obligationes ob rem*¹⁵.

Mais modernamente, ALFREDO BUZAIID, em sua tese dedicada à ação renovatória, voltou ao tema quando estudou a natureza do direito à renovação. E ferindo o aspecto romanístico, de um lado mostra como êsse *tertium genus* de direitos já era conhecido dos romanos, de outro lado põe em relêvo os traços diferenciais entre as obrigações *propter rem* e as comuns.

Firme nas exemplificações e decisivo nas afirmativas o ilustre representante da escola brasileira de processo, aludindo às obrigações *propter rem*, deixou escrito: “Conheceu o direito romano diversas espécies destas relações: na *servitus oneris ferendi*, o proprietário do imóvel serviente é obrigado (contrariamente à regra geral *servitus in faciendo consistere nequit*) a um *facere*, isto é, a reparar a parede ou a coluna sôbre a qual se apóia o edificio alheio; na superfície, ao superficiário, que tem um direito real sôbre o edificio construído em solo alheio, pode tocar a obrigação de pagar ao proprietário do solo um *salarium* anual; muitas outras relações apresentam variantes, em que estão reunidos os elementos real e obrigacional, como a *cautio damni infecti*, a *actio noxalis*, a *actio de pauperie*”¹⁶.

Podemos ver, por aí, que no direito romano deparamos antecedentes irrecusáveis da obrigação *propter rem*. Existiam nêle inescondíveis relações jurídicas de caráter misto,

15. Vb. *obbligazione*, § 5, in *Dizionario pratico del diritto privato* de Vittorio Scialoja, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, vol. IV.

16. *Da ação renovatória*, 1957, São Paulo, Saraiva S. A., n.º 96, pp. 158/159.

como a qualificam POLACCO¹⁷, VENZI¹⁸, DE RUGGIERO¹⁹ e outros mais, tuteladas pela *actio in rem scripta* de que emergiram.

3. No estudo dos direitos de vizinhança os autores, notadamente os que escreveram depois do nosso código civil, divergem acêrca do caráter dêsses direitos. Duas correntes maiores se degladiam a respeito. Para uma, que conta com prestigiados adeptos, trata-se de *direitos obrigacionais*. Para outra, na qual se inscrevem partidários de igual projeção, cuida-se de *direitos reais*.

Entre nós, SÁ PEREIRA, através dos seus comentários ao art. 554 do c.c., viu nesses *jura vicinitatis* o caráter de *direito obrigacional*. Escreveu êle, ao cuidar das limitações ao exercício do direito de propriedade, que “o código confere a ação ao proprietário e ao inquilino, donde se vê que a não informa ou legitima o direito real, mas o direito pessoal que todos temos à segurança, ao sossêgo e à saúde”²⁰

Mais extremado, emitindo opinião de difícil sustentação, foi TIRO FULGÊNCIO, no livro consagrado às demarcações, ao asseverar que “as relações de direito que a lei estabelece entre proprietários vizinhos, não são mais do que *obrigações, oriundas do quase contrato de vizinhança*, não há sujeição de um prédio a outro”²¹.

17. VITTORIO POLACCO, *Le obbligazioni*, 1898, Verona, Fratelli Drucker, n.º 11, pp. 29/34.

18. In PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5.ª ed., 1915, Firenze, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, vol. III, parte 1.ª, p. 6.

19. ROBERTO DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 4.ª ed., 1926, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Roma, vol. I, § 22, p. 225 e vol. II, § 72, p. 66.

20. VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, in *Manual do Código civil brasileiro*, de Paulo de Lacerda. *Direito das coisas*, 1929, Rio de Janeiro, JACINTO RIBEIRO DOS SANTOS, vol. VIII, n.º 83, pp. 253/254.

21. *Direitos de vizinhança*, 1925, São Paulo, Saraiva & Cia., n.º 3, p. 5.

Assim, essa primeira corrente, tanto fundada no art. 554 do c.c., como nos direitos de vizinhança em geral, sustenta a tese de que se trata de *direito pessoal*.

A corrente oposta insiste no caráter de *direito real*, incluindo os direitos de vizinhança nessa categoria. Uns de seus seguidores, como J. M. DE CARVALHO SANTOS, nos comentários ao mesmo art. 554 do c.c., vislumbram ora aspectos reais ora aspectos pessoais, distinguindo-os das servidões porque “não aumentam o valor de um em detrimento do outro”. Mas, como acentua, apesar disto os direitos de vizinhança têm “o caráter de direitos e ônus reais, porque os titulares das respectivas propriedades só se obrigam em razão dos imóveis que possuem”²². Outros já crêem ser um direito real *sui generis*, o que não contribuiria para a solução almejada. Isto, em verdade, não exprime muito, pois, os sistemas jurídicos e as codificações exemplificam ou enumeram os direitos reais, conforme as construções, mas não admitem um direito real especial.

O mesmo SAN TIAGO DANTAS, no trabalho invocado, teve o ensejo de situar essas duas grandes correntes e fazer-lhes a crítica.

Concluiu, afastando as duas correntes pelos extremos em que se situam o *direito real* e o *direito pessoal* para se deter sobre o critério misto e que explicou como fruto de artifício técnico ou “transação”²³.

Vejamos, pois, qual seja esta terceira posição e como ela se identifica.

4. Nas duas aludidas categorias de direito há uns que não são direitos reais puros, por participarem dos caracteres das obrigações, nem tão pouco são direitos obrigacionais, por estarem acompanhados de elemento real.

22. *Código civil brasileiro interpretado*, 2.^a ed., 1937, Rio de Janeiro, Livraria Editôra Freitas Bastos, vol. VIII, pp. 6/7.

23. *Op. cit.*, n.º 119, p. 286.

Aquelas relações — abundantes no direito romano, como atrás visto e muitas das quais estão nos sistemas codificados vigentes — em que o direito real fica desvirtuado pela obrigação de fazer, que com êle segue junto, e o direito obrigacional sofre deformação pela faculdade dada ao credor de agir *erga omnes* relativamente a coisa gravada mediante ação real, não comportam enquadramento singular. Participam tanto dos direitos reais como dos direitos obrigacionais formando, por isto, os denominados direitos mistos, segundo a opinião de abalizados autores. Recenseia-os ALFREDO BUZARD asseverando serem essas “relações jurídicas nas quais as obrigações de fazer não acompanhadas de um direito real, fundindo-se os dois elementos em uma unidade, que as eleva a uma categoria autônoma”.

Após informar sôbre a tradição e os fenômenos congêneres, como o Reallast na Alemanha (c.c., art. 1.105) e a enfiteuse na Itália (c.c. de 1942, art. 967), deduziu desenvolvimento: “Tôdas estas relações, em que o direito real se desnatura pela obrigação de um *facere* que o acompanha, como também se desnatura o direito obrigacional pela faculdade conferida ao credor de pretender a prestação contra quem quer que se encontre em relação com a coisa gravada mediante ação real, indicam a existência de uma categoria autônoma de direitos, que não podem enquadrar-se nem nos direitos reais, nem nos direitos obrigacionais, porque participam de ambos”²⁴.

Êste terceiro gênero de direitos, como figura intermediária entre o real e o obrigacional, recebeu da doutrina a denominação de obrigação *propter rem* ou obrigação *ob rem*.

Ensina FERRARA que obrigações *propter rem* são as que incumbem ao proprietário ou possuidor como tal de uma coisa, pelo que basta escolher-se daquela relação, para ser liberado do débito. Mas enquanto o obrigado permanece vinculado pela relação, responde não só com a coisa, *mas*:

24. *Op. loc. cit.*

com o seu patrimônio por inteiro. Exemplifica com várias hipóteses do código civil italiano de 1865, como a das despesas pela reparação de muro comum (art. 549), da obrigação do proprietário do fundo pelas despesas necessárias ao uso e conservação da servidão (art. 643), a contribuição dos condôminos pela conservação da coisa comum (art. 676) e tantas outras mais obrigações decorrentes da vizinhança²⁵.

Segundo PHILADELPHO AZEVEDO²⁶, na sua monografia — ainda há pouco reeditada — no estudo dos direitos de vizinhança, “estabelecem-se outras dependências, verdadeiras obrigações *propter rem*”. E enumera as de limitar os imóveis, fixando-se regras para sua demarcação (c.c., arts. 569 a 571), inclusive em relação a árvores (c.c., arts. 556 a 558) e a de dar passagens (c.c., arts. 559 a 562).

O mencionado SAN TIAGO DANTAS discorre sobre o tema explicando o acesso das obrigações *propter rem*. Depois de precisar que não acredita no maior mérito dessa conceituação entra a deduzir quanto à justificativa. Fá-lo em breves e incisivos termos: “Ninguém negará que a obrigação *propter rem* seja um artifício técnico, ou antes, uma transação entre os dois tipos extremos do direito real e do pessoal, com o fim de qualificar certas figuras ambíguas que tinham tanto de um como de outro”²⁷.

Conquanto a pesquisa de uma definição de obrigação *propter rem*, com a profundidade suscetível de permitir precisar sua natureza jurídica, não tenha produzido resultados definitivos — o que constituiu uma das preocupações de HASSEN ABERKANE em seu ensaio²⁸ — semelhante meio

25. FRANCESCO FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, 1921, Roma, Athenaeum, vol. I (único), n.º 96, p. 451.

26. *Destinação do imóvel*, 1932, Rio de Janeiro, Tipografia Alba, n.º 7, p. 30.

27. *Op. cit.*, n.º 119, p. 286.

28. *Essai d'une théorie générale de l'obligation "propter rem" in droit positif français*, 1957, Paris. Librairie générale de droit et de jurisprudence, n.ºs 21-29, pp. 18/26.

técnico possibilita resolver conflitos de direitos que pesam sôbre o devedor de uma coisa por esta sua simples qualidade.

5. O desenvolvimento doutrinário, até agora feito, abre os horizontes para que busquemos algumas hipóteses que se configuram no código civil brasileiro.

A fecundidade prodigiosa das pesquisas realizadas pelos escritores, que tiveram suas vistas voltadas para o tema, na verdade, constitui contribuição segura e norte certo para que possamos surpreender as configurações no nosso direito.

Com efeito, não é mister maiores cogitações para que assinalemos, na ordem de colocação, algumas situações nítidas, agasalhadas no código civil pátrio, configurantes de obrigações *propter rem*. Encontram-se elas, em especial, no capítulo dos direitos de vizinhança (art. 554) com os desdobramentos das regras relativas às árvores limitrofes (arts. 556 a 558), às passagens forçadas (arts. 559 a 562), às águas (art. 563), aos limites entre prédios (arts. 569 a 571); no capítulo do condomínio (arts. 624 a 625); no capítulo das servidões (arts. 699 e 700). Outras mais existirão, possivelmente, a teor dos aspectos devassados por HASSEN ABERKANE, em sua citada monografia. Estas, porém, nos bastam ao desejado escopo configurativo.

A hipótese mais contraditória entre os escritores é a que advém do art. 554 do cód. civil pátrio, relativa ao uso nocivo da propriedade; uso é êsse que a nossa constituição federal de 1946, no seu art. 174, condiciona ao bem estar social como manifestação do poder de polícia que recai sôbre a propriedade nas suas múltiplas modalidades.

O legislador equiparou o *proprietário* ao *inquilino*, usando a disjuntiva *ou* no art. 554 do cód. civil, de um prédio atribuindo-lhes o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

Verifica-se daí a *impersonalidade da ação* e que a propriedade foi considerada como a *coisa* mesma e não o di-

reito — circunstância esta derradeira imposta pelo emprêgo do adjetivo *vizinha* subseqüente ao vocábulo propriedade — cujo conjunto reflete a obrigação *propter rem*. Essa concorrência de direitos sôbre a mesma coisa pode revelar-se em diferentes casos, dos quais os mais comuns são os decorrentes de instalação de fábricas contíguas às residências ocasionando ruído excessivo ou poluindo o ar ou água, de bombas de gasolina prejudicando prédios vizinhos com os combustíveis, de estabelecimentos comerciais com fornos e chaminés que tanto podem deitar fumaça ou expelir resíduos capazes de provocar incêndios ou intoxicar, de gado infeccionado com doenças que poderão contagiar os rebanhos dos vizinhos. Tais hipóteses, apesar de condicionadas a circunstâncias várias e fáticas, pois o conceito de mau uso é contingente, relativo, dependente de circunstâncias que não são uniformes, têm sido muito ventiladas nos tribunais. Desnecessário, portanto, analisá-las nesta oportunidade. Aliás os aspectos mais frisantes da jurisprudência já ficaram retraçados por SAN TIAGO DANTAS, quando buscou a forma de composição para os conflitos de vizinhança²⁹.

Verdadeiras obrigações *propter rem* também o são as que emanam dos artigos 556 a 558 do nosso código civil, os quais fixam as regras imperantes para as árvores limítrofes. Embora estejam essas plantadas no solo, que é direito real como propriedade *per se*, quando situada na linha divisória, presume-se pertencerem em comum aos donos dos prédios confinantes. Isto faculta ao proprietário ou inquilino (neste segundo caso tem-se o exercício de direito pessoal resultante da locação e não da propriedade) fazer uso dela na fôrça da meação, a despeito de existir quem sustente que ao locatário só assiste o direito de compelir seu senhorio a agir.

A coleta dos frutos caídos de árvore do terreno vizinho no solo de propriedade particular, o direito de cortar as raízes e ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do

29. *Op. cit.*, n.os 96-101, pp. 217/229.

prédio e invadirem o terreno alheio, constituem outras duas facetas de resguardo aos *jura vicinitatis*.

Também são indiscutíveis obrigações *propter rem* às concernentes ao direito de passagem forçada previstas nos artigos 559 a 562 do código civil. A simples leitura desses dispositivos revela a presença do *tertium genus* de obrigações já que, ora se revestem de cunho real, ora se traduzem pela característica pessoal. O direito à passagem para o dono do prédio encravado, a indenização cabal que lhe ficou assegurada, a faculdade de exigir nova comunicação com a via pública, mediante o pagamento em dôbro da primeira indenização, quando o proprietário, por culpa sua, perder o direito de trânsito pelos prédios contíguos, são outras tantas faces do mesmo problema. E isto não ficaria atendido na dualidade das obrigações real e pessoal.

As restrições ao direito de propriedade, no tocante ao problema do curso das águas tratado nos artigos 563 a 568 do código civil, cujos dispositivos passaram a ser compendiados pelo código de águas³⁰, entram no conteúdo do direito de propriedade do prédio favorecido. O problema maior é o dos aquedutos projetado no art. 567. Por esse preceito é permitido, a quem quer que seja, mediante indenização prévia aos proprietários prejudicados, canalizar, em proveito agrícola ou industrial, as águas a que tenha direito, através de prédios rústicos alheios, não sendo chácaras ou sítios murados, quintais, pátios, hortas, ou jardins.

Consoante a observação de PONTES DE MIRANDA, que devassou esse tema, não seria possível construir-se a servidão de aqueduto como direito de vizinhança. A seu ver, ainda, “não há irradiação material do conteúdo do direito de propriedade” mas, sim, “há apreciação de interesses, que a lei levou em conta para atribuir a um proprietário a pretensão *ad servitutem habendam* e impor a outro a *obligatio propter rem*”³¹.

30. Dec. 24.643, de 10 de julho de 1934.

31. *Tratado de direito privado*, 1957, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, tomo XVIII, § 2.204, pp. 243/244.

As regras para demarcação entre os prédios vizinhos, afastando-se por lógico os vizinhos mediatos, os *arrière voisins*, porque não há confinação com os imóveis dêles, fixadas nos artigos 569 a 571, formam no mesmíssimo contingente das obrigações *propter rem*. Essas situações também são, por sua natureza, costumeiramente incluídas nas ditas obrigações mistas, no dizer de PHILADELPHO AZEVEDO ³².

No condomínio, seja no horizontal, regido pelos artigos 623 a 645 do código civil, seja por planos, regulado pelo diploma matriz ³³, há direitos inerentes a cada condômino e há direitos obrigacionais resultantes da situação da propriedade em comum. Um está sob a égide das normas gerais, outro sob a tutela de preceitos específicos. Um e outro, entretanto, além dos direitos reais, que o caracterizam, geram relações que se estabelecem entre os co-proprietários.

No condomínio integral, também chamado horizontal, é suficiente que se encarem as obrigações de cada condômino, em relação ao outro, pelas despesas de conservação ou divisão da coisa, pelas dívidas contraídas em proveito da comunhão, pela percepção de frutos, *ex vi* do que preceituam os artigos 624, 625, 626 e 627 do código civil, para que se sinta a presença viva das obrigações *propter rem*.

No condomínio por planos, apesar de cada condômino ser dono exclusivo de sua unidade condominial e ser co-proprietário nas quotas comuns, há obrigações de uns para com os outros como há obrigações para com a massa condominial. Muitas destas obrigações estão capituladas nos artigos 4, 8, 10 e 11 do referido diploma matriz. Assumem realce, dentre tantas, as obrigações resultantes de vizinhança por meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos; as de reconstrução decorrentes de destruição por incêndio, terremoto, ciclone ou outro acidente físico; as com a administração pelo que respeita aos serviços de interesse dos

32. *Op. loc. cit.*

33. *Dec.* 5.481, de 25 de junho de 1928.

moradores como esgôto, água, iluminação, elevador, vigilância, etc.; as que interessarem à estrutura integral do edifício ou ao serviço comum; as relativas à fachada do prédio, distribuição interna e destino das unidades condominiais; as de uso dos corredores, caminhos internos ou de quaisquer partes comuns a todos os condôminos.

Semelhantes situações não encarnam direitos reais nem tão pouco obrigacionais, na pureza dêles. São obrigações *propter rem* que resultam do condomínio.

Outras situações há, finalmente, que se fazem valer independentemente do domínio que as enraíza. São as pertinentes às constituições de servidão a que o código civil dedicou capítulo especial no qual se inserem os artigos 695 a 712.

Dentre êsses mandamentos civis sobreelevam-se os artigos 699 e 700. O primeiro a dispor que o dono de uma servidão tem direito a fazer tôdas as obras necessárias à sua conservação e uso, rateando-se as despesas entre os respectivos donos se a servidão pertencer a mais de um prédio. O segundo a determinar que as obras referidas no primeiro devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título.

Ante a dualidade de direitos que surgem com a servidão, seja quanto à constituição dela, seja quanto às obras necessárias para sua conservação e uso, estabelece-se um conflito. Êsse conflito, como direito oneroso ou gratuito, que corresponde a encargo ou dever jurídico misto, só pode ser ventilado como obrigação *propter rem*. Sua categorização *ob rem* é manifesta.

6. A colocação do problema, como ficou feita, com as distinções estabelecidas, trazem como consequência natural a relevante questão prescricional. Se a obrigação *propter rem* é de natureza mista, qual será então a prescrição para a respectiva ação, poder-se-á indagar?

A resposta para tal perquirição, sedutora por certo, não será mediante simples monossilabo nem tão pouco deverá ser desenvolvida a contento nesta oportunidade. Im-

põe, apesar de tanto, que a traços rápidos seja projetada a perspectiva micrométrica do conceito de ação, que a idéia de prescrição associa, do direito romano à quadra em que vivemos.

A disputa quanto ao conceito de ação conta séculos de existência. Suas concepções doutrinárias são múltiplas e variam, principalmente, conforme o problema seja colocado em função das sistemáticas jurídicas ou no plano mais amplo do exercício ou da realização dos direitos.

No direito romano, a ação continha e absorvia o *direito subjetivo material*. Imperava a idéia de *actiones*, como diversas ações distintas, ao invés de uma única *actio*. Esta tradição romanística, que representou um momento histórico, não se justifica mais. Sofreu ela a influência da evolução por que passou o conceito de ação como nos mostra ALEXANDRE PEKELS em seu agudo e vigoroso trabalho publicado³⁴ e republicado com aditamento de LIEB-MANN³⁵.

No direito medieval, aparece a primeira intuição de *direito meio* (ação) de fazer valer o *direito fim*.

No século XIX, a ação assumiu o caráter de um direito *per se* (autônomo) que muitas vezes corresponde ao direito material e outras não.

Direito e ação nascem da lei, não parecendo, pois, verdadeiro que a ação possa advir do direito material porque, em muitas hipóteses, independe do direito material e até o nega. Um exemplo será mais ilustrativo: o c.p.c., em seu art. 2, parágrafo único, incorporou no nosso sistema processual a ação *declaratória negativa*. A declaração de inexistência de relação jurídica, segundo o enunciado do mencionado preceito processual, prestigia a asseveração que vem de ser feita.

Desponta o que se pode chamar da última fase. Nela surgiram várias construções jurídicas. Do desenvolvimen-

34. Vb. *Azione*, in Nuovo digesto italiano, 1937, Utet, vol. II.

35. Vb. *Azione-teoria moderna*, in Novissimo digesto italiano 1957, Utet, vol. II.

to delas pelos teóricos assumem corpo duas teorias fundamentais: a que considera ação *direito concreto* e a que considera ação *direito abstrato*.

Para a primeira corrente o pressuposto é a existência de direito subjetivo material, sem o qual a ação será julgada improcedente.

Para a segunda corrente a ação abstrai da existência do direito material e pode ser ajuizada porque o *objeto do processo é que constitui a relação jurídica do direito material*. A lição vem de ALFREDO BUZARD quando mostra, com grandes arrimos, que a teoria da ação como direito abstrato de agir “prescinde, para sua existência, de qualquer consideração de direito material. Funda-se no *intereêsse* e é quanto basta para legitimar-lhe a propositura. Subsiste independentemente do direito substancial que o autor tenha contra o réu”³⁶

Feito este esquema poderemos, então, deduzir que o problema da prescrição se resolve dentro das duas mencionadas teorias básicas.

Para a primeira corrente *não há prescrição da ação*, visto como ação é direito ao processo.

Para a segunda corrente *há prescrição*: ela será a competente para o caso que se configurar conforme a ação a ser exercitada seja pessoal, possessória ou petítória.

Convém observar, em derradeiro, que existem obrigações *propter rem* imprescritíveis. Constituem exemplos clássicos disto:

a) a que deriva do art. 558 do c.c. — cortar as raízes e ramos das árvores, até ao pleno vertical divisório, que ultrapassem a extrema do imóvel invadido — não só porque este crescimento é obra da natureza, “não constituindo, pois, posse suficiente e eficaz para a prescrição”, sendo impossível, pela sucessividade do crescimento dos ramos e raízes fixar de maneira certa o princípio da pres-

36. *Ação declaratória no direito brasileiro*, 1943, São Paulo, Saraiva & Cia., n.º 63, p. 85.

crição, como porque a abstenção do vizinho deve ser considerada efeito de mera tolerância³⁷;

b) a que decorre do art. 567 do c.c. — construir aquedutos em proveito agrícola ou industrial — uma vez que continuando satisfeitos os pressupostos, a pretensão constitutiva permanece³⁸;

c) a que resulta do art. 569 do c.c. — demarcação e aviventação de marcos entre os proprietários confinantes — porque é estado de confusão das extremas dos imóveis como conseqüência da falta ou extravio dos sinais materiais respectivos ou decorrentes de quotas aritméticas substituíveis por quotas geométricas, o que não exclui a oposição de prescrição aquisitiva, para apreciação, pela parte que fôr titular dela³⁹;

d) a que emerge do art. 629 do c.c. — faculdade conferida ao condômino de, *a todo tempo*, exigir a divisão do imóvel comum — o que está expresso no próprio preceito civil já que a divisão só pode cessar, cessando o estado de indivisão⁴⁰.

7 As obrigações *propter rem*, também chamadas *ob rem* ou de ônus reais, configuram direitos mistos e constituem verdadeiro *tercium genus* que revela a existência de direitos que não são puramente reais nem essencialmente obrigacionais. Destinam-se a tutelar relações em conflito dos *jura vicinitatis*. É aceitável, pelos traços diferenciais com as demais, que elas sejam o resultado de composição técnica ou mesmo de transigência entre os dois tipos extremos do direito real e do direito obrigacional, com o escopo de qualificar figuras ambíguas que participam tanto de um quanto de outro.

37 J. M. DE CARVALHO SANTOS, *op. vol. cit.*, p. 24.

38. PONTES DE MIRANDA, *op. vol. cit.*, § 2.204, pp. 244/245.

39. CARLOS MAXIMILIANO, *Condomínio*, 1944, Rio, de Janeiro — São Paulo, Livraria Editôra Freitas Bastos, n.º 241, pp. 317/318.

40. J. M. DE CARVALHO SANTOS, *op. vol. cit.*, p. 312.

Q.

350.8

Ingresso de indivíduos de capacidade limitada no Serviço Público: – Subsídio para solução do problema*.

Nair Lemos Gonçalves

Livre Docente e 1.^a Assistente da Cadeira de Legislação Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-diretora do Seminário de Legislação Social e do Instituto de Direito Comparado do Trabalho e da Segurança Social, anexos à mesma Cadeira. Membro da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social (Genebra) e do Instituto de Direito Social (S. Paulo).

Esta comunicação tem por fim apresentar meio jurídico de conciliar o interesse do aproveitamento de pessoal de capacidade limitada com as exigências legais das provas de sanidade para provimento de cargos e funções no serviço público.

2. Segundo a legislação em vigor, e especialmente o art. 186 da Constituição Federal, “a primeira investidura em cargo de carreira e outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.”

Satisfeitos os requisitos de preenchimento do cargo, dois são os principais direitos atribuídos, também pela Constituição Federal, aos funcionários efetivos, no que diz respeito à garantia de permanência no serviço público:

* Contribuição ao I Congresso Brasileiro de Medicina Física e Reabilitação, realizado em São Paulo, Brasil, de 13 a 16 de dezembro de 1961.

Vide também, nesta Revista, aula proferida pela A. sobre *As condições de sanidade nas relações entre o funcionário e o Estado*.

a) *estabilidade*, adquirida após dois anos de exercício, nas hipóteses de ingresso mediante concurso ou depois de cinco anos nos demais casos; e

b) *vitaliciedade*, direito restrito aos magistrados, Ministros do Tribunal de Contas, titulares de ofício de justiça e professôres catedráticos.

O funcionário estável só perde o cargo quando êste se extingue ou na hipótese de demissão precedida de processo administrativo, no qual se assegura ampla defesa, e o vitalício somente por sentença judiciária.

3. Como é sabido, cogita-se há muito do problema do aproveitamento de pessoal de capacidade reduzida. Já em 1943, por proposta do Departamento Administrativo do Serviço Público, expediu-se o Decreto-lei federal 5.895, que autorizou aquêle Departamento a baixar normas reguladoras dêsse aproveitamento. Em nosso Estado medida semelhante consta da Lei n.º 3.794, de 5 de fevereiro de 1957, regulamentada pelo Decreto 29.958, de 22 de outubro do mesmo ano.

4. Tivemos oportunidade de integrar a Comissão presidida pela Prof.^a EUGÊNIA MORAES DE ANDRADE, então Diretora da Divisão de Seleção e Aperfeiçoamento do Departamento Estadual de Administração de S. Paulo, que elaborou o projeto transformado no decreto 29.958, e verificamos ser convicção geral a de que nem todos os casos de deficiência física permitem *pronunciamento imediato* sôbre a suficiência da capacidade do candidato para exercício de determinada função ou cargo, tornando-se indispensável o “*following up*”, posterior ao início das atividades do minorado, o qual o decreto 29.958 denominou de “*período de adaptação*”

5. Aparece, portanto, aqui a grande dificuldade da investidura em cargos em caráter efetivo e especialmente naqueles como o de professor catedrático do ensino secundário oficial e do superior oficial ou livre, cujos ocupantes serão vitalícios, por força do inciso VI do art. 168 da Constituição Federal. Esta uma das razões principais de haver

no decreto 29.958 disposição expressa excluindo de suas normas as nomeações em caráter efetivo.

6. Nos meios especializados, têm-se aventado várias medidas para solução do problema. Ainda recentemente, estudos sobre o ingresso de professores cegos no ensino oficial, realizados na Chefia do Serviço de Ensino Secundário e Normal da Secretaria da Educação, de que participaram a auxiliar técnica daquele órgão, Sra. CONSTÂNCIA LEPERA DE PAIVA e a Sra. TERESINHA ROSSI, como representante da Fundação para o Livro do Cego do Brasil, concluíram pela necessidade de laudo médico inicialmente provisório que, após determinado prazo de exercício no cargo, seria substituído pelo definitivo.

7. Por outro lado, na execução do decreto 29.958 verificou-se que o órgão médico encarregado das inspeções de saúde nem sempre compreendia o real objetivo do aproveitamento dos minorados, negando aplicação do decreto a casos em que a pessoa não preenchia determinado limite de capacidade, por não possuir o sentido correspondente, embora tal deficiência não impedisse o exercício da função a desempenhar. Diga-se de passagem que esta atitude é compreensível da parte de órgão incumbido de modo geral da seleção de futuros servidores públicos, porque atende ao propósito de assegurar índice de sanidade e capacidade cada vez maior no serviço público, não sendo sua preocupação dominante a da reabilitação. Aquela dificuldade não apareceria, certamente, se a competência para decisão de tais casos fôsse atribuída a serviço especializado de reabilitação.

8. O problema apontado surgiu também nas reuniões, a que assisti como assessôra do Prof. CESARINO JR., do Grupo de Trabalho constituído no Ministério da Educação, integrado pelos Srs. Ministro FRANCISCO DA ROCHA LAGOA, Desembargador BULHÕES DE CARVALHO, Prof. A. F. CESARINO JR., Dr. ROBERTO TALIBERTI, Prof. CARLOS PASQUALE, Dr. ÁLVARO ALVARES DE SILVA CAMPOS e Prof.^a DORINA GOUVÊA NOWILL, como coordenadora.

9. O estudo do assunto convenceu-nos de que entre as disposições constitucionais vigentes sôbre a prova de sanidade e capacidade física exigida para ingresso nos cargos públicos e o aproveitamento de pessoas com capacidade limitada existe apenas contradição aparente, que facilmente se dissiparia com uma lei que interpretasse de maneira mais compreensiva as citadas disposições.

10. As medidas, constantes da minuta anexa de anteprojecto de lei federal passível de ser adotada também nos Estados, poderão, a nosso ver, solucionar o assunto de forma satisfatória, fazendo desaparecer essa contradição aparente:

a) Reconhecimento da posse e do exercício *em caráter condicional*. Enquanto não preenchida a *condição suspensiva* contida na prova de sanidade e capacidade física para a função ou cargo, não se verificará investidura definitiva, regulando-se a vida funcional do servidor, no que couber, pelas disposições próprias do funcionário interino e não se lhe assegurando qualquer direito de permanência no serviço público.

b) Atribuição ao serviço de reabilitação de competência para decidir, em grau de recurso, sôbre a capacidade ou não para determinados cargos ou funções de pessoal de capacidade limitada.

c) Divisão, quando necessário, da prova de sanidade e capacidade física em duas partes:

I — *exames iniciais* de que resultará laudo provisório; e

II — *período de observação* (expressão preferida a “período de adaptação”, para evitar confusão com fases da reabilitação), durante o qual o servidor ficará sob fiscalização e contrôle do serviço de reabilitação.

d) Esclarecimento de que as causas de invalidez que justificam aposentadoria devem ser estados patológicos verificados *após o ingresso* no serviço público, proibida conseqüentemente a expedição, para êsse efeito, de laudo médico

fundamentado em limitação de capacidade de natureza e grau idênticos aos indicados no que autorizou ingresso.

11. Notar-se-á desde logo que a minuta não restringe a possibilidade de recurso a pessoas anteriormente reconhecidas como “reabilitadas” por centros de reabilitação idôneos, porque esta restrição seria no momento inadequada, por não existirem ainda tais centros em número suficiente e não acarretar, a solução proposta, qualquer prejuízo quer para os “reabilitados”, quer para o serviço de reabilitação.

Com efeito, se se tratar de pessoa reabilitada para a função ou cargo em questão, o serviço de reabilitação terá apenas de confirmar o fato, expedindo, para os efeitos da lei, laudo favorável à investidura. Se, ao contrário, o candidato não houver sido submetido a processo regular de reabilitação, o serviço de reabilitação expedirá, conforme os resultados dos exames que realizar, laudo definitivo negativo ou positivo, ou laudo provisório. Tais exames constituirão, além disso, oportunidade para identificação de casos passíveis da reabilitação, de que se incumbe o serviço de reabilitação que, ao expedir laudo negativo para a função ou cargo objeto do recurso, poderá também encarregar-se de preparar o minorado para aproveitamento em outras posições futuras.

12. A competência do serviço de reabilitação apenas em grau de recurso tem por fim realizar certa triagem dos casos.

13. O propósito desta comunicação é o de apontar aos especialistas em reabilitação, notadamente aos médicos, *um novo conceito de inspeção de saúde* que, através do período de observação, como condição suspensiva, possibilitaria a aplicação dos preceitos constitucionais de estabilidade e vitaliciedade somente depois que o servidor provou ser suficientemente capaz para o exercício do cargo.

O prazo do período de observação, bem como a organização do serviço de reabilitação, constituem certamente questões de técnica de reabilitação que só pelos especialistas

nessa matéria poderão ser convenientemente tratadas. A minuta representa apenas o meio jurídico julgado adequado para afastar as dificuldades de ingresso, no serviço público, de pessoas com limitação de capacidade.

Minuta de anteprojeto de lei federal.

Artigo 1.º — As condições de capacidade para o exercício das profissões técnico-científicas e liberais, no que se refere à sanidade e capacidade física, serão fixadas de conformidade com as exigências dos cargos, funções ou atividades a serem exercidas.

§ 1.º — Quando o cargo, a função ou atividade tiver denominação de caráter amplo, compreendendo mais de um conjunto perfeitamente delimitado de atribuições, constituindo cada conjunto uma ocupação distinta, as condições de sanidade e capacidade física deverão corresponder às exigências próprias de cada ocupação.

§ 2.º — O disposto neste artigo se aplica ao preenchimento de funções e cargos públicos.

Artigo 2.º — Consideram-se indivíduos de capacidade física limitada aquêles que não puderem preencher ou não atingirem quaisquer limites mínimos de sanidade e capacidade física para o exercício normal de cargos ou funções.

§ 1.º — A limitação da capacidade física não constituirá impedimento à investidura em funções ou cargos públicos, quando a deficiência verificada não impedir o exercício do cargo ou função, ou de determinadas tarefas próprias de tais cargos ou funções, desde que tais tarefas constituam ocupação distinta, conforme estabelece o § 1.º do artigo 1.º desta lei.

§ 2.º — Cabe ao serviço de reabilitação profissional competente decidir sobre se a deficiência de que trata este artigo não impede o exercício do cargo, função ou ocupação.

Artigo 3.º — Expedido, pelo órgão competente para realizar inspeções de saúde para ingresso no serviço público,

laudo médico negativo baseado em limitação de capacidade física, poderá o candidato, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da publicação do resultado, recorrer dessa decisão ao serviço de reabilitação profissional.

§ 1.º — No prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento do recurso, o serviço de reabilitação profissional expedirá laudo devidamente fundamentado, com especificação das condições negativas (contra-indicações) e das positivas (indicações) do candidato, concluindo contrariamente ou não ao ingresso no cargo ou função, laudo êste que, nesta última hipótese, substituirá, para todos os efeitos legais, o anterior.

§ 2.º — Nos casos em que o serviço de reabilitação profissional não possa expedir laudo definitivo contrário ou favorável à investidura do candidato ou porque a limitação verificada em sua capacidade física não apresente caráter definitivo, havendo possibilidade de agravação dela, ou porque o candidato apresenta elemento que leva a prever a possibilidade de alteração do seu estado de saúde, ou ainda porque julgue indispensável verificar a eficiência e ajustamento do servidor ao ambiente de trabalho, a inspeção de saúde dividir-se-á em duas partes:

a) exames iniciais, após os quais será expedido laudo provisório, que autorizará a investidura condicional no cargo ou na função; e

b) período de observação, durante o qual o servidor, investido em caráter condicional no cargo ou na função, ficará sob fiscalização e contrôle do serviço de reabilitação profissional.

§ 3.º — À vista do laudo provisório a que se refere a alínea “a” do parágrafo anterior, a autoridade competente dará ao candidato posse e exercício em caráter condicional, o que deverá ser expressamente anotado no termo de posse e no título de nomeação ou no título de admissão, conforme o caso.

§ 4.º — Nos concursos ou provas em que a inscrição do candidato ao cargo ou função dependa de inspeção de saúde,

o laudo do serviço de reabilitação profissional, expedido nos termos desta lei, autorizará a inscrição do candidato em caráter condicional ou não, conforme se trate de laudo positivo, provisório ou não.

§ 5.º — Os prazos fixados para posse e exercício serão considerados automaticamente prorrogados pelo tempo necessário à realização de exames e expedição do laudo médico pelo serviço de reabilitação profissional.

Artigo 4.º — Se o laudo do serviço de reabilitação fizer restrição a atribuições a serem desempenhadas ou especificar condições de trabalho, qualquer alteração das atividades do servidor dependerá sempre de parecer favorável do serviço de reabilitação profissional.

Artigo 5.º — O período de observação de que trata a alínea “b” do § 2.º do artigo 3.º será contado em dias corridos e terá o prazo máximo de:

a) 2 (dois) anos, quando se tratar de nomeação que sujeite o funcionário a estágio probatório; e

b) 4 (quatro) anos quando não haja estágio probatório e nas hipóteses de admissão de pessoal variável do serviço público.

§ 1.º — Durante o período de observação aplicar-se-ão, no que couber, à vida funcional do servidor as disposições próprias do funcionário interino, não lhe sendo assegurado qualquer direito que se refira a garantia de permanência no serviço público.

§ 2.º — A partir da data do laudo do serviço de reabilitação profissional que, declarando findo o período de observação, conclua pela confirmação da investidura no cargo ou na função, a posse e o exercício do servidor perderão o caráter condicional, passando a aplicar-se a êle integralmente o regime jurídico em vigor para os funcionários, extranumerário ou pessoal variável em geral, conforme a categoria a que pertencer ¹.

1. As disposições dêste artigo deverão ser revistas e adaptadas, porque a Lei n.º 2.735, de 18-2-56, reduziu o prazo de estágio probatório no serviço público federal.

Artigo 6.º — A contagem do prazo de estágio probatório terá início na data do laudo a que se refere o § 2.º do artigo 5.º.

Parágrafo único — As licenças para tratamento de saúde obtidas durante o estágio probatório, por motivo relacionado direta ou indiretamente com a deficiência de capacidade indicada no laudo que permitiu ingresso no cargo ou na função, terão valor preponderante na apuração dos requisitos a serem verificados através do estágio probatório, podendo ser consideradas, a critério do serviço de reabilitação profissional, como a própria negação da assiduidade, servindo de fundamento suficiente para exoneração do funcionário.

Artigo 7.º — Verificando em qualquer tempo, durante o período de observação, que as condições de sanidade do servidor não mais lhe permitem exercer o cargo ou a função com eficiência, inclusive em virtude de repetidas licenças, o serviço de reabilitação profissional encaminhará à autoridade competente laudo definitivo contrário à investidura, à vista do qual serão considerados automaticamente cancelados a posse e o exercício no cargo ou na função e expedido ato declarando sem efeito, para todos os fins de direito, a nomeação ou admissão, por não ter o candidato satisfeito o requisito relativo à sanidade e capacidade física.

Parágrafo único — Em qualquer caso, o laudo definitivo a que se refere este artigo deverá ser expedido obrigatoriamente até 4 (quatro) meses antes do término do período de observação.

Artigo 8.º — O não comparecimento, sem causa justificada, do servidor convocado para exames pelo serviço de reabilitação profissional, durante o período de observação, constituirá insubordinação grave que autorizará a expedição imediata de laudo definitivo contrário à confirmação da investidura, com os mesmos efeitos indicados no artigo 7.º.

Artigo 9.º — Das decisões do serviço de reabilitação profissional, nos termos desta lei, não cabe recurso.

Artigo 10.º — A autoridade competente deverá comunicar imediatamente, por escrito, ao serviço de reabilitação profissional a data do exercício condicional de servidor que apresentar laudo provisório, anotando no respectivo título de nomeação ou admissão a data dessa comunicação.

Artigo 11.º — As causas de invalidez que justificam a aposentadoria de servidor, inclusive a moléstia ou doença grave contagiosa ou incurável, a que se refere o § 3.º do artigo 191 da Constituição Federal, devem ser obrigatoriamente estados patológicos verificados após o ingresso no serviço público.

Parágrafo único — Aos servidores que ingressaram no cargo ou na função valendo-se de laudo expedido pelo serviço de reabilitação profissional nos termos desta lei, em caso algum poderá o órgão competente expedir laudo de aposentadoria, em virtude de limitação de capacidade física de natureza e grau idênticos aos indicados no laudo de ingresso.

Artigo 12.º — O regulamento disporá sobre o serviço de reabilitação profissional competente para desempenhar as atribuições de que trata esta lei.

Artigo 13.º — A presente Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Artigo 14.º — Revogam-se as disposições em contrário.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Q.

341.25

A década do desenvolvimento*.

U Thant

Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

Considero-me privilegiado por ter sido convidado a fazer uma palestra na Universidade de São Paulo, e sei, perfeitamente, que as arcadas desta sua Faculdade de Direito — a mais antiga instituição de ensino superior do Brasil — abrigam tradições e recordações, não apenas de tantos juriconsultos e advogados eminentes dêste país, como também de muito de vossos estadistas e humanistas. Também me dou conta de que, ao falar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, estarei, de certo modo, falando, não só a tôdas as Universidades do país, mas a todos os países da América Latina. Pois, entre o Brasil e as outras dezenove repúblicas irmãs, existe, de há muito, uma comunhão de ideais e de valores humanos que se enquadra nos melhores conceitos de cooperação internacional.

Nos últimos dois dias estive no Rio de Janeiro e em Brasília. Não foi muito, para um país tão extenso e variado como o vosso, onde, até mesmo na era do jato, se necessitam semanas e meses, e não dias, para visitar tôdas as principais regiões e cidades. Entretanto, estas duas cidades deram-me a conhecer um aspecto da personalidade brasileira — a preocupação com valores estéticos. A graça e a beleza envolventes do Rio, o arrebatamento jovem e

* Conferência proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 8 de agosto de 1962.

impetuoso de Brasília, têm também o seu aspecto prático e funcional, pois servem para demonstrar que o homem não tem, necessariamente, de viver em cidades oprimidas pela feiura, que muitos pensam ser característica inseparável das grandes concentrações urbanas.

Venho agora a São Paulo, que, segundo me informam, representa uma outra faceta da personalidade brasileira — a ânsia pelo progresso organizado, a decisão de fazer o país marchar passo a passo com a segunda metade do século vinte. Sei que em milhares de fábricas e usinas desta metrópole, encontram-se exemplos os mais modernos da tecnologia atual e que São Paulo não é apenas a cidade que mais cresce no mundo, mas é também o coração de uma das maiores concentrações de poder industrial do mundo. E, apesar de tudo isso, fui convidado a falar perante a Universidade desta cidade. Isto demonstra que, em seu afã de industrializar-se, ela não esqueceu os valores culturais duradouros, sem os quais, nenhuma nação poderá fazer contribuições válidas para o progresso da humanidade. Estou ciente de que, aqui nesta Faculdade de Direito, assentaram-se, desde há muito, os alicerces jurídicos para as notáveis realizações de vosso país em prol da harmonia internacional. Posso citar o conceito jurídico da arbitragem com que o Brasil solucionou as suas pendências fronteiriças com países vizinhos, e que continua a ser uma das linhas centrais da política externa brasileira.

Sei, naturalmente, que a beleza marcante do Rio de Janeiro, a arquitetura audaciosa de Brasília, ou a pujança e força de São Paulo não representam tôda a realidade brasileira. Sei que há áreas subdesenvolvidas, de verdadeira carência e que atualmente um grande esforço nacional e governamental concentra-se na solução de problemas econômicos e sociais básicos em regiões como o Nordeste. Sei também que problemas de pobreza, insalubridade e analfabetismo não afetam apenas tais regiões, mas que, às vêzes são encontrados nas vizinhanças das mais belas e modernas cidades do país. Todos êsses problemas

nós os conhecemos nas Nações Unidas. Na realidade, poder-se-ia mesmo dizer que no Brasil se encontram em síntese, todos os problemas de desenvolvimento com que se deparam a ONU e sua família de agências especializadas. Vosso país e vossa cidade constituem, portanto, um ambiente apropriado para falarmos sôbre a Década de desenvolvimento das Nações Unidas.

O progresso rápido feito pelos territórios dependentes em direção de sua independência, principalmente nos últimos vinte anos, emprestou um sentido de urgência à tarefa de preencher a lacuna que se estabelece entre a obtenção das liberdades políticas e a melhoria dos padrões de vida. Assim como os países do Continente Americano lutaram galhardamente pela sua independência em fins do século dezoito e no início do século dezenove, nós presenciemos nos últimos anos a libertação de países asiáticos e africanos da dominação colonialista. Embora, fundamentalmente, o impulso libertador em ambos os casos tenha sido o mesmo — a aspiração do povo pela liberdade — a época e as circunstâncias foram diferentes. No caso dos países asiáticos e africanos não é possível ignorar o papel desempenhado em nossos dias pela comunidade internacional representada pelas Nações Unidas e o apoio que essas nações nascentes encontraram na organização mundial para suas legítimas aspirações políticas e econômicas.

Em 1945, quando foi fundada a Organização das Nações Unidas, havia 51 estados membros; em 1955 havia 76; em 1961, 104. Até o fim dêste ano, talvez mais 6 países venham a ser incluídos. Trata-se de um aumento notável, que nada mais é senão o reflexo das mudanças ocorridas no mundo.

Embora todos tenham se regozijado ao ver os novos países independentes ocupando o lugar que lhes cabe entre as nações soberanas do mundo e participando em pé de igualdade em suas deliberações, alguns setôres manifestaram-se preocupados com o aparecimento dentro das Nações Unidas de uma inesperada maioria de nações, freqüente-

mente demasiado novas, demasiado pobres, demasiado pequenas, ou mal preparadas para contar com a necessária estabilidade, experiência e homens qualificados, para desempenharem o papel que lhes toca nas Nações Unidas, conforme a atual Carta da Organização.

Encarar o fenômeno histórico do repentino aparecimento das novas nações asiáticas e africanas sob o prisma de uma perspectiva política estreita, assim como fizeram muitos, quando os países da América se tornaram independentes, pode produzir uma visão distorcida do que está acontecendo no mundo de hoje. Igualmente errado é focalizar o problema do ponto de vista do impacto que a inclusão dessas nações possa ter no funcionamento dos diversos órgãos das Nações Unidas.

As causas fundamentais e profundas dessa sucessão de acontecimentos que levaram regiões dependentes durante séculos, a se transformarem em nações, ainda não foram convenientemente estudadas. Isto será assunto para historiadores, sociólogos, economistas e filósofos ainda por muito tempo. Entretanto, o que mais importa do ponto de vista de governos e daqueles que moldam o presente e planejam o futuro, é compreender o efeito que terá sobre o mundo o aparecimento dos novos países, todos engrossando as fileiras das nações em vias de desenvolvimento. Não no que se refere à contagem de votos nas Nações Unidas, mas em termos da libertação de forças que até aqui quase nenhum efeito produziam nas relações internacionais. Isto afetará a perspectiva cultural e filosófica da humanidade. Alterará consideravelmente o quadro econômico do mundo em termos de produção, intercâmbio, crescimento econômico e padrões para o desenvolvimento. Constituirá — e com efeito já constitui hoje — um repto imenso, que ao mesmo tempo oferece possibilidades fascinantes de solução.

O surgimento repentino de um grande número de nações soberanas, conscientes das desigualdades da distribuição das riquezas e do poder em todo o mundo, ansiosas

por progredir internamente e desempenhar um papel ativo internacionalmente, já se faz sentir, e deu início a um período de ajustamento que, possivelmente, causará muitas dificuldades mas que poderá resultar, a longo prazo, num melhor equilíbrio mundial.

Quão longo, difícil, ou até mesmo violento será esse ajustamento? As Nações Unidas terão alguma contribuição e fazer nêsse sentido, creio eu. Enquanto que no passado países novos encontravam grande dificuldade em estabelecer contacto com o resto do mundo, em se fazer ouvir, em apresentar as queixas, ou em resolver suas dificuldades, as Nações Unidas e outras organizações internacionais hoje oferecem oportunidades extraordinárias para os contactos multi-laterais, que poderão ajudar a canalizar essas novas fôrças recém liberadas para empreendimentos pacíficos e construtivos de desenvolvimento político, assim como para melhor planejamento e progresso no domínio econômico e social.

Também é útil recordar que ao mesmo tempo em que o mundo se acostuma a façanhas e avanços quase diários no campo da ciência; que aumenta cada vêz mais rápidamente a capacidade tecnológica do homem para subjugar e transformar o meio ambiente, o aparecimento de duas tendências antagônicas surge como um estranho paradoxo. Por um lado, os meios modernos de transporte e comunicação e os requisitos complexos da atual organização econômica criaram laços de inter-dependência entre todos os povos; por outro lado a diferença entre as nações ricas e pobres entre as que usufruem das vantagens cada vêz maiores do enriquecimento produzido pelo progresso tecnológico e aquelas cuja situação de carência tornou-se relativamente mais aguda, tende a aumentar cada vez mais.

Diante dêsse contraste entre a tendência para as relações internacionais cada vez mais estreitas, enquanto os padrões de vida cada vez mais se distanciam, os princípios da Carta das Nações Unidas parecem particularmente importantes para nossos dias. Pois, a Carta não é apenas

um primeiro passo em direção a uma comunidade internacional organizada mas representa também um compromisso claro por parte dos membros da Organização para elevarem padrões de vida e proporcionarem condições de progresso econômico e social. Mais significativo ainda é o fato de os estados membros terem se comprometido a agir, junta e separadamente, para a realização desses propósitos. Desde o início houve, portanto, um entendimento claro de que ao tentar estabelecer um mecanismo internacional para a solução de conflitos políticos, seria necessário um esforço paralelo visando eliminar as patentes disparidades econômicas entre as nações.

Quase que desde os primeiros dias do funcionamento das Nações Unidas e suas agências especializadas, logo após a Segunda Guerra Mundial, já se delineavam esforços, em escala modesta, no sentido de ajudar a melhorar os padrões de vida de dois terços da humanidade que viviam na penúria. Estes esforços, freqüentemente isolados, ganharam novo impulso em 1949, quando foi lançado o Programa Ampliado de Assistência Técnica das Nações Unidas e, nove anos mais tarde — em 1959 — uma lacuna vital foi preenchida ao serem introduzidos os planos de pré-investimento para desenvolvimento pelo Fundo Especial da ONU.

Muito já se fez em consequência desses programas, e de outros de caráter bi-lateral, nos quais, aliás, se investiram somas bem maiores. Entretanto, é fácil perceber que o ritmo de desenvolvimento está muito longe de satisfazer às necessidades atuais, além das novas esperanças dos países que surgem. Se essas esperanças vierem a sofrer decepção, daí poderá decorrer a fisionomia política e social do futuro. A meu ver, a atual divisão do mundo entre países ricos e pobres é muito mais real e séria, e finalmente, muito mais explosiva, do que a divisão do mundo em campos ideológicos. Para enfrentar o repto, a ONU, em cooperação com suas agências especializadas, chamou a atual década, a Década de Desenvolvimento das Nações Unidas — um esforço em escala universal para mobilizar e conca-

tenar a experiência e os recursos de tóda a humanidade para um ataque sistemático aos problemas da pobreza, doença, fome e analfabetismo, que são tão velhos quanto a própria humanidade.

Os métodos a serem empregados não são novos; trata-se mais de uma intensificação e reorientação de esforços já em andamento — um programa de cooperação ao qual todos os governos membros deram seu endosso e para o qual cada uma das agências especializadas das Nações Unidas prometeu apoio entusiástico.

O principal objetivo econômico da Década é criar condições para que a renda nacional dos países em desenvolvimento esteja crescendo à razão de 5% ao ano até 1970, e que continui a aumentar, anualmente, na mesma proporção, dessa data em diante. Em face do atual ritmo de aumento populacional, que se faz à razão de 2 a 2-1/2% anuais, ao ser atingido êste objetivo, os padrões de vida dêsses povos deverão melhorar cem por cento, dentro de 25 a 30 anos.

Êste aumento de riqueza nacional das nações mais pobres pode não parecer muito importante por si só. No entanto, eqüivale ao dôbro do atual ritmo de crescimento e poderá representar o fator decisivo entre uma economia que avança, ou uma economia estagnada ou em retrocesso. Poderá também representar o fator decisivo entre a ordem ou o caos, entre a esperança ou desespero para milhões de sêres humanos cujas rendas anuais são, na maioria dos casos, inferiores a 100 dólares.

Entretanto, seja qual fôr a finalidade e o montante do auxílio provindo do exterior, o progresso econômico e social depende da iniciativa do próprio povo. Cada país deverá estudar seus próprios objetivos, suas condições e seu potencial de desenvolvimento, preferivelmente dentro de um plano geral de desenvolvimento. Auxílio não pode ser distribuído a quem o recebe de modo passivo. Os países em desenvolvimento podem contar com doações, empréstimos e serviços de assessoria mas a criatividade, iniciativa

e vontade de trabalhar não podem ser tomadas por empréstimo.

É por isso que a Década de Desenvolvimento está dando tanta importância à mobilização de recursos humanos, como uma das condições para alcançarmos nossos objetivos. A existência de talentos não aproveitados constitui o maior desperdício da atualidade e a principal esperança dos países em desenvolvimento. Deve-se dar, portanto, a máxima prioridade aos programas educacionais nos países em desenvolvimento para que se criem, não apenas novas técnicas e especializações, mas, igualmente, uma mentalidade receptiva entre os jovens e uma capacidade de absorver e assimilar novos processos.

As Nações Unidas, em seu papel duplo de fórum de debate e de agência promotora de desenvolvimento econômico, assumirá responsabilidades ainda maiores do que as que vêm assumindo até agora para auxiliar os governos a determinarem o acerto de seus planos nacionais de desenvolvimento, que são o cerne dum esforço em escala mundial. Torna-se cada vez mais evidente que uma ação de âmbito mundial se faz necessária para pôr um paradeiro à tendência desfavorável dos mercados mundiais de produtos primários. No que se refere ao comércio internacional, a América Latina, a exemplo da Europa, encaminha-se cada vez mais para o estabelecimento de uma zona de comércio livre, demonstrando tomar conhecimento da necessidade de soluções ousadas e criativas para aumentar o intercâmbio de produtos industriais e, gradativamente, criar um mercado para os produtos latino-americanos no exterior. Esta ênfase dada à mobilização dos recursos humanos deve incluir, igualmente, uma utilização mais eficiente de mão de obra existente, proporcionando-lhes trabalho produtivo em níveis mais altos; melhorando a qualidade da mão de obra por meio de programas educativos e vocacionais; e conseguindo do público apoio a programas de desenvolvimento nacional e a participação nesses programas das forças vivas do país.

Uma das principais tarefas da Década de Desenvolvimento será satisfazer à crescente demanda de alimentos (calcula-se que aumenta à razão de 4% ao ano) de uma população em expansão, e ao mesmo tempo proporcionar uma nutrição melhor e mais equilibrada. A Organização de Agricultura e Alimentação (FAO) está se concentrando na solução d'êste problema por meio de sua campanha intitulada "Libertação da Fome" (Freedom from Hunger). Existe uma demanda que ainda não foi satisfeita, para que se intensifiquem a descoberta e a exploração de novos produtos naturais; a produção manufatureira dos países em desenvolvimento precisa aumentar, no mínimo, 130 por cento, para que a renda pessoal de seus habitantes possa vir a aumentar à razão de 5 por cento ao ano. Na América Latina, na Ásia e na África, de 19 a 24 milhões de habitações teriam de ser construídas, anualmente, durante a Década, para que a atual falta de moradia seja eliminada, para dar abrigo ao aumento populacional e para compensar o obsoletismo das casas existentes; e as autoridades mundiais de saúde recomendaram a adoção de planos decenais de saúde pública, para elevar os padrões de saúde, preparar profissionais e ampliar os serviços de saúde pública.

Uma das características do nosso mundo atual é o progresso vertiginoso da tecnologia, que, de um modo ou de outro, nos afetará a todos. O homem está conquistando o espaço, controlando o átomo, estabelecendo comunicações intercontinentais instantâneas pela televisão. No ano que vem se tentará transmitir uma parte d'êstes conhecimentos, e dêsse modo acelerar o ritmo de desenvolvimento científico e tecnológico dos países menos privilegiados, quando se realizar a Conferência das Nações Unidas para a Aplicação da Ciência e da Tecnologia em Benefício das Regiões Menos Desenvolvidas, da qual um dos vossos eminentes patriotas, o Professor CARLOS CHAGAS, é o Secretário-Geral.

O papel importante da industrialização na criação de novas oportunidades de emprego e na elevação dos níveis

de renda e dos padrões de consumo nos países em desenvolvimento tem recebido maior atenção.

Nos debates das Nações Unidas o Brasil tem sido um dos países que, de modo mais constante e sistemático, insiste na necessidade de se devotar maior atenção ao setor da industrialização.

Resoluções recentemente tomadas pela Assembléia Geral e pelo Conselho Econômico e Social têm se referido à necessidade de aumentar os esforços da Organização no setor do desenvolvimento industrial, dedicando uma parcela maior dos recursos da ONU para essa finalidade. A nomeação de uma personalidade latino-americana para o cargo de Comissário para Desenvolvimento Industrial e o estabelecimento de um Centro de Desenvolvimento Industrial nas Nações Unidas destinam-se a coordenar o trabalho realizado por diferentes órgãos da ONU neste setor e para intensificar o desenvolvimento industrial por intermédio de um vigoroso programa de assistência para os países em desenvolvimento.

Se é certo que atravessamos uma revolução tecnológica, não deveríamos então estabelecer metas, em termos de desenvolvimento econômico, que se equiparem a tais avanços científicos? Pela primeira vez na história contamos com os recursos necessários para a realização dos nossos planos mais audaciosos. A verdade sobre as economias dos países desenvolvidos de hoje é que eles podem obter todos os recursos que decidirem ter. As despesas com os programas de defesa podem consumir 120 bilhões de dólares por ano, mas ao mesmo tempo as economias desenvolvidas nunca tiveram padrões de vida tão altos e continuam, confiantemente, a aumentar êsses padrões, à razão de 2 e 3 por cento anuais. E mesmo depois de gastar tôda aquela fortuna em armamentos ainda sobra mão de obra, há ainda capacidade de produção não utilizada, excedentes de alimentos e enormes estoques de metais.

Cito êstes dados para salientar o fato de que a abundância e não a escassez é a característica das economias avançadas de hoje.

Os meios já não são, portanto, um fator limitativo; o único impedimento reside em querer, ou não, utilizar os nossos vários recursos para o crescimento. Encontra-se ao alcance do homem moderno a possibilidade de controlar e eliminar extensas áreas de pobreza, num mundo de abundância. Capital para investimentos existe, e se aplicado, e bem aplicado, êle se multiplicará; progressos científicos e novas técnicas também existem à espera de que sejam utilizados para a solução de problemas negligenciados. Os recursos naturais e o potencial humano aí estão, esperando apenas que sejam descobertos e postos a produzir.

As Nações Unidas estão desempenhando e continuam a desempenhar um papel importante no que se poderia chamar de fase preliminar ao desenvolvimento — uma fase ainda não muito dispendiosa em termos de capital. A meta estabelecida pela Assembléia Geral, para tôdas as atividades de assistência técnica das Nações Unidas, é de 150 milhões de dólares anuais, e eu espero que esta verba possa ser aumentada pelo menos em 25 milhões de dólares anuais, para que alcance o total de 300 milhões de dólares em 1970.

Na escolha dos programas aos quais ela prestará assistência, a ONU tem a vantagem de não ser movida por interesses políticos, militares ou mercantis. Os países beneficiados sabem bem disto, e sabem também que, qualquer sugestão feita por nós para a administração de um dado programa, é feita, exclusivamente, com a finalidade de que êsse programa seja bem sucedido. Outra vantagem é que, tanto nações pobres como ricas são membros das Nações Unidas, e, geralmente, concordam em que todos devem trabalhar juntos em pról da meta comum de uma economia mundial em rápido desenvolvimento.

Permiti-me agora referir-me à vossa região, à América Latina. Os países da América Latina, com a sua longa e sólida tradição de cooperação internacional, têm participado de vários modos na criação de novas formas de cooperação internacional. Nesta ocasião quero limitar minhas observações aos esforços conjuntamente realizados pelas nações latino-americanas no trabalho da Comissão Econômica para a América Latina. O trabalho da CEPAL, como é conhecida a comissão neste continente, constitui um bom exemplo desta espécie de atividade pioneira que resultou no estabelecimento de uma série de princípios e fórmulas práticas para promover o desenvolvimento econômico dos países da região e a elevação dos padrões de vida de seus povos.

Não quero dar a impressão de que a tarefa já foi cumprida. Longe disso; depois de semear novas idéias durante anos, de criar novas técnicas e de calcular o trabalho a ser feito, tanto no âmbito nacional como no internacional, estamos, talvez, apenas no limiar de uma campanha em larga escala para solucionar o problema do desenvolvimento. Desejo, porém, salientar os relevantes esforços realizados no setor internacional e as realizações resultantes nos anos que precederam a atual Década de Desenvolvimento.

Trabalhando numa região dotada de grandes recursos, mas onde o curso da história retardou o desenvolvimento econômico, a CEPAL repetidamente salientou a necessidade que tinha a América Latina de acelerar, vigorosamente, o processo de seu crescimento econômico interno, o qual estava se tornando, rapidamente, um problema social urgente, devido ao crescimento demográfico da região. Enquanto que no início do século a população da América Latina era de 60 milhões, atingiu agora, aproximadamente, 200 milhões, ultrapassando a população conjunta do Canadá e dos Estados Unidos. Segundo previsões demográficas, ultrapas-

sará tanto a África como a URSS dentro de aproximadamente 15 anos, e a Europa em fins do século XX.

Os problemas criados pelo crescimento rápido da população foram ainda mais agravados pelo contínuo aviltamento do seu comércio com os centros industriais do mundo. Dêsse modo, enquanto subiram os preços de um número cada vez maior de produtos manufaturados essenciais, tais como máquinas e equipamentos, obrigatoriamente importados pela América Latina, tanto os preços como a demanda para alguns dos seus principais produtos de exportação diminuíram nos mercados internacionais. As perdas resultantes em seu comércio de exportação redundaram numa deficiência crônica da capacidade de importar da região, um elemento crucial para a estabilidade econômica e para o desenvolvimento. E isto veio novamente pôr em destaque a necessidade de se substituírem certos tipos de importações e de se iniciar e expandir a produção interna.

Sempre se salientou nas deliberações das Nações Unidas que não existe uma única “fórmula mágica” para solucionar rápida, simultânea, e completamente todos os diferentes, mas ao mesmo tempo relacionados, problemas econômicos e sociais de regiões em vias de desenvolvimento como a América Latina. O influxo de capital estrangeiro por si só, mesmo quando disponível em quantidade suficiente, não poderia solucionar algumas das deficiências estruturais profundamente arraigadas na região, que continuam a perturbar e retardar o seu progresso econômico. Mas, ao mesmo tempo cresce a consciência de que os problemas econômicos fundamentais da região só podem encontrar uma solução verdadeiramente adequada, se todos os países da América Latina os enfrentarem juntos, por meio de práticas e programas de desenvolvimento econômico bem concebidos, coordenados e eficientemente executados. Tais programas contribuíram para mobilizar os seus recursos e utilizar produtivamente as suas forças vitais.

Além de seus esforços para estimular e auxiliar o planejamento econômico, a CEPAL, como instrumento dos governos latino-americanos dentro da organização mundial, foi a ponta de lança das atividades em âmbito regional para que fôsse estabelecidas instituições multi-nacionais, a fim de enfrentar uma série de problemas de desenvolvimento — principalmente os que se referem ao comércio e aos requisitos mais amplos de mercado para a indústria moderna — os quais não podem ser solucionados pela ação isolada de cada um dos países.

Algumas semanas atrás surgiu o Instituto de Desenvolvimento Econômico Latino-Americano. E no mês passado, depois de quase 10 anos de esforços coordenados por parte dos governos interessados, completou-se a assinatura do Tratado de Integração Econômica Centro-Americana, com a adesão formal da Costa Rica. Dessa maneira, todos os países da América Central passarão agora a trabalhar juntos para conseguirem uma utilização mais eficiente dos seus recursos, graças a um programa destinado a estabelecer um mercado comum dentro de um certo número de anos, um desenvolvimento industrial coordenado na região e uma coordenação dos setores agrícolas e de outros setores básicos de suas economias.

Com a criação da Zona de Comércio Livre Latino-Americana foi dado o primeiro passo para o possível estabelecimento de um mercado comum na região. Esse agrupamento comercial multi-lateral, ao qual aderiram nove países, já inclui a maior parte do território e da população da América Latina. Um passo importante dessa natureza constitui também mais uma expressão da consciência de que o desenvolvimento econômico impõe vários problemas, cuja solução exige ação coletiva.

É bem claro que foi posto em andamento um processo de cooperação de âmbito regional, cujas forças apenas começam a desenvolver-se. É de esperar-se que, futuramente, essas forças abrirão novos caminhos para uma

cooperação mais eficaz no campo do desenvolvimento econômico e social. Cooperação, não apenas em escala regional, pois isso seria tão pouco satisfatório para a solução de problemas que transcendem limites regionais, como a escala nacional o é para problemas regionais — mas numa escala tão ampla, que levaria o verdadeiro e equilibrado sistema econômico para o mundo inteiro.

Dentro das Nações Unidas todo país membro pode exercer sua influência visando um esforço mais persistente e substancial contra o problema do subdesenvolvimento. A coordenação de idéias para o solucionamento dos problemas de amanhã pode prestar um grande serviço aos governos nacionais, que muito freqüentemente se vêm assoberbados pelo volume de suas preocupações quotidianas. As Nações Unidas com suas ramificações regionais, parece-me destinada a proporcionar centros para estudo, onde podem se formar os hábitos de cooperação internacional e uma nova disciplina internacional consentida.

Segundo tudo indica, parece que a grande revolução de nossos dias — a transformação dos dois têtços mais pobres da humanidade — poderá, finalmente, ser realizada, em grande parte, com o auxílio das agências da ONU. Felizmente, há anos que a Organização das Nações Unidas se encontra preparada para conceder auxílio eficazmente. O Conselho Econômico e Social e a Assembléia Geral debatem a matéria na qualidade de órgãos deliberativos, e a execução se encontra em mãos de peritos que trabalham de maneira absolutamente objetiva, sem qualquer interferência da política e sem impôr qualquer “condição”.

Desde os princípios da história, as condições econômicas e sociais da humanidade vêm se transformando em ritmo cada vez mais acelerado. A aceleração se tornou tão rápida agora, que mais mudanças ocorrem no período de uma vida humana do que em vários séculos, anteriormente. Esta corrida não pode ser vencida pela ação de

governos apenas. Ela só poderá ser vencida com a participação ativa de milhões de indivíduos capazes de compreender a linguagem do presente. A educação tem um papel importante a desempenhar neste sentido — e a educação não estará à altura da tarefa que lhe cabe, se não estivermos dispostos a abandonar costumes e tradições antigas que não mais satisfazem às necessidades da segunda metade do Século XX.

9.

869.9-5

Oração de paraninfo aos bacharéis de 1960.

Luís Eulálio de Bueno Vidigal

Catedrático de Direito Judiciário Civil na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

Volto, depois de longo tempo — o tempo que separa a minha da vossa geração — a ocupar a tribuna de que uma vez me acerquei, trêmulo, emocionado e cheio de esperança. A mesma festa, a mesma escola e o mesmo orador. E, no entanto, quanta cousa mudada nestes trinta anos! No local em que hoje está a escola ontem se erguia velho convento franciscano de dois pavimentos. O candidato ao vestibular atravessava o velho largo da cidade que, com suas pequenas casas térreas, ainda não tinha pretensões a metrópole e caía de chôfre, sob a zombaria dos veteranos, em pleno período colonial. Os que vinham de escolas modernas — e eram quase todos — assombravam-se de encontrar ali salas e salões que eram verdadeiros corredores. De um dêles se podia assistir à missa da Igreja de São Francisco. No salão nobre, comprido e estreito, ostentando aquêle mesmo Pedro II que ainda hoje lá vêdes, além do doutoral quase nada se ouvia. O mobiliário rescendia ao fim do século. Foi ALCÂNTARA MACHADO, paraninfo nesse dia, e diretor da escola, quem, sob o protesto de muitos, corajosamente mandou demolir o casarão e reerguê-lo com o aspecto que hoje tem. Conservou da velha casa os dois páteos: o grande, das arcadas, que faz a gente sentir-se na escola de hoje como se estivesse na de outrora; o pequeno, que abriga uma sepultura em que alguns perpetuam o culto à memória de um velho mestre do curso anexo; outros vêem o símbolo de uma era de rea-

ção oligárquica que a nova república veio destruir; e em que ninguém, capaz de sonhar, pode deixar de ver uma das mais saborosas legendas da tradição acadêmica.

A festa é a mesma: os pais, os irmãos, as noivas do grande número; as mulheres e os filhos de alguns; e, como sempre, entre aquêles que tudo esperam do futuro, alguns já vitoriosos, que se não desdouram de acrescentar a seus triunfos da mocidade e da idade madura o título de bacharel que outros tanto malsinam.

A escola seria a mesma? Que era a Faculdade de Direito de São Paulo há trinta anos? Era, e não podia deixar de ser, o que dela haviam feito seus cem anos de existência. Juntamente com a gloriosa irmã do Recife, estivera, por mais de um século, a ensinar a ciência jurídica, e, com as demais escolas jurídicas do Brasil, detinha, até então, o privilégio de ensinar tôdas as ciências sociais. Afluíam, portanto, para as escolas de direito os poetas, os políticos, os sociólogos, os filósofos, os críticos, os jornalistas, os oradores. Sendo assim, como admirar-se de que, entre as figuras ilustres de nosso passado, venerássemos a CASTRO ALVES mais do que a JOÃO MENDES JÚNIOR; a ÁLVARES DE AZEVEDO mais do que a PEDRO LESSA; a RUY e NABUCÓ, mais do que a CRISPINIANO e RAMALHO?

Em 1930 devia, pois, a Faculdade ser escola de direito, de política, de letras, de filosofia, de sociologia. De então para cá diversificou-se o ensino. Criou ALCÂNTARA MACHADO a Escola de Sociologia e Política, instituto particular logo seguido pela Universidade de São Paulo, que acrescentou às antigas escolas a Faculdade de Ciências Econômicas e Comerciais e a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, com as secções de Geografia e História, Ciências Sociais e Políticas, Letras Clássicas, Línguas estrangeiras, Filosofia. À medida em que essas escolas se foram projetando, foi a Faculdade de Direito se tornando, cada vez mais, escola para juristas. Se confrontardes o corpo docente de hoje com o de 1930, vereis como prevalecem agora

os cientistas do direito e vão, aos poucos, desaparecendo os políticos.

O orador de hoje é o mesmo de ontem? É, sem dúvida. Separa-os, porém, uma geração. Aquêles que então falou em primeiro lugar, se maravilha de hoje falar por último. Orador e paraninfo, outrora, segundo o espírito da escola, preocupavam-se, acima de tudo, com a política do Brasil e de São Paulo. Um e outro, esquecidos de que falavam principalmente a futuros advogados, juizes, promotores, delegados, só cuidavam da salvação do Brasil, pela redenção de São Paulo, na pregação que empolgava a todos e de que, em breve, eclodiria a revolução paulista.

Acreditávamos, nessa hora, no futuro, e certamente perderíamos o ânimo se nos dissessem que passariam uma revolução, vários levantes, uma guerra e cinco golpes de estado, antes que vissemos o Brasil em pleno regime de representação popular e São Paulo definitivamente — esperemos — entregue a seus filhos.

Bacharéis em direito, que hoje vos tornais, haveis de indagar: tem o jurista lugar de preeminência na sociedade contemporânea? Muitos de nossos mestres de gerações passadas, e alguns contemporâneos, timbram, na esteira do Cardêal DE LUCA, em atribuir-lhe êsse pôsto. “Em que pese, aos que, tocados de inveja, rivalidade ou inconsciência, murmuram contra o que pejorativamente denominam a casta dos bacharéis” — disse FRANCISCO MORATO — “certo é que aquêles que com preparo, vocação e treino, se dedicam ao mister de defender o organismo jurídico social, adquirem uma perícia e superioridade que refogem ao comum dos homens, na elaboração e inteligência das leis, no tráfico da vida civil, no entravamento e meneio dos negócios públicos. Não há vituperá-los de se arrogarem vaidosamente preeminência entre os que exercitam na vasta e luminosa esfera da intelectualidade”.

MIGUEL REALE, vosso mestre de ontem, é mais incisivo ainda: “Apaguem-se da história do Brasil as obras de nossos bacharéis, e que restará da vida cultural e política

do Império e da República? Que restará de nossas letras, de nosso romance, de nossa oratória, de nosso jornalismo, de nossa historiografia, de nossa poesia? Que restará do pensamento filosófico sem os bacharéis TOBIAS BARRETO, FARIAS BRITO, PEDRO LESSA, JOÃO MENDES JÚNIOR, CLÓVIS BEVILAQUA?”

Pois bem, meus jovens colegas. Por mais que me desvançam as palavras dêsses mestres queridos, pesa-me dizer-vos que, a meu ver, não mais tem o bacharel o primado que outrora com inveja e injustiça lhe contestavam. Tanto mais me pesa proclamá-lo quando me lembro da candente crítica de ERASMO: “entre os eruditos, os juriconsultos se atribuem a primazia, e ninguém existe que tanto se compraza consigo mesmo”. Disse-vos, há pouco, que as escolas de direito, e a nossa particularmente, vinham perdendo seu caráter de universidades de ciências sociais, e se iam tornando, paulatinamente, verdadeiras escolas de ciência e técnica jurídicas. Nessa transformação encontrareis, talvez, a explicação para o desaparecimento do primado dos bacharéis. O culto da ciência não outorga prestígio social. Quereis, através de um exemplo augusto, a comprovação? Se há um povo e uma época, que dispensaram consideração excepcional à classe dos juriconsultos, êsse povo é certamente o romano do período clássico. Salientou recentemente BIONDO BIONDI, em magnífico ensaio que intitulou *Existencialismo jurídico e jurisprudência romana*, que o mérito dos juristas romanos não está em haver fixado os “praecepta juris” ou as categorias jurídicas fundamentais, mas, principalmente, na fina percepção do justo e no ter excogitado meios adequados para atingi-lo. Isso explica — acrescenta — porque eram tidos na mais alta conta pela opinião pública, e colocados a altitude a que nenhum jurista moderno, com tôdas as suas doutrinas e os seus sistemas, poderia, nem de longe, aspirar. Quereis saber o que valiam como juristas êsses príncipes da sociedade romana? Não me abalancharia a dizê-lo se, para tanto, não me bastasse repetir, daquele ilustre romanista,

a crítica impiedosa, mas de procedência irrecusável: “Escreviam trabalhos e monografias tão modestos do ponto de vista contemporâneo que, se se apresentassem a concurso para uma cátedra universitária, seriam solenemente rejeitados por falta de método jurídico. Para chegarem às soluções que reputavam justas, não hesitavam em fantasiar etimologias, forjar origens históricas imaginárias, e até invocar versos de HOMERO para dirimir controvérsias jurídicas”.

Os juristas modernos sabem que o direito não é somente “ars boni et aequi”, como pretendeu CELSO. Mas pagam, na consideração pública que perderam, pelo terreno que a técnica conquistou à justiça. Se o jurista não é mais o sacerdote do bom e do justo, será, porventura, cientista do direito? Filósofo? Técnico? Artista? A ciência do direito tem dois setôres de pesquisas: um setor de realidade jurídico-natural anterior ao direito constituído e um setor de realidade jurídico-positiva consistente no direito constituído. Entre os dois setôres está uma fase técnica, a legislação. Quando o jurista dirige sua pesquisa para o fato ainda não regulado pelo direito, faz obra de cientista. É cientista também quando trabalha sôbre os postulados do direito positivo. A ciência é indiferente, melhor diríamos cega, para os valores. Se o jurista indaga, não a respeito do que “é”, mas a respeito do que “*deve ser*”, trabalha como filósofo. É por não terem compreendido, ou talvez por propositadamente não aceitarem, essa distinção entre ciência e filosofia, que certos doutrinadores de estados modernos, de propaganda dirigida, pretendem ser o direito fenômeno burguês destinado a desaparecer no estado socialista.

A técnica da legislação consiste em assenhorear-se das verdades reveladas pela ciência e dos valores apontados pela filosofia e empregá-los para fins práticos. Vãs têm sido tôdas as tentativas de assegurar, nesse campo, senão a exclusividade, pelo menos a decidida participação dos juristas. Há muitos séculos, da codificação de Justiniano

aos códigos contemporâneos, vemos invariavelmente participar o jurista da elaboração dos grandes monumentos legislativos. Provêm, entre nós, da pena de juristas, o Código Civil, a Lei de Falências, a Lei Cambial, o Código Penal, os códigos de processo civil e penal, e tantos outros. Mas, ao lado desses salutareos exemplos, quantas leis importantes feitas à revelia dos juristas! Quantas leis fiscais, administrativas, trabalhistas, e até constitucionais, elaboradas por leigos. E não fôra a coincidência de fazerem parte dos corpos legislativos do Estado e da República alguns bacharéis, estou em que estes teriam sido definitivamente banidos das comissões redatoras de nossas leis. Ainda, porém, quando nelas não colabora diretamente, exerce o jurista sua técnica emitindo e apurando os conceitos, determinando os comportamentos individuais, distinguindo-os uns dos outros, reagrupando-os, classificando-os, reunindo-os em sistema.

O homem que faz a lei (mas não necessariamente o jurista) é também, de certa forma, artista. Disse-o um dos maiores ensaistas jurídicos do nosso tempo, embora antes tenha afirmado que o direito, o mais rígido dos produtos culturais, e a arte, a mais sutil das formas de expressão do espírito, vivem sempre nas piores relações possíveis. Os artistas desprezam o direito e têm aversão às coisas do fôro. No entanto, é requisito elementar, embora não específico do jurista, ser capaz de exprimir-se, oralmente e por escrito, com perfeição. Não se exigem, para a linguagem do jurista, tanto como para a do escritor, a nobreza, a correção, a precisão, o decôro, a clareza, a harmonia?

Tudo isso há de ser o jurista nos dias que correm.

Defendei, portanto, vossas prerrogativas de especialistas do direito contra a visão superficial e simplista do homem do mundo. Lembrai-vos do nosso JHERING: “Porquê não seria o direito como tôdas as outras esferas do saber humano, onde é exato dizer que a contemplação contínua de um objeto, sua observação e seu estudo constan-

temente prosseguidos conduzem necessariamente a conclusões novas que são incompreensíveis, absurdas mesmo, quando objeto de observação superficial? Perante tais variações, um homem do mundo instruído não ousaria, em nenhuma das outras ciências, pretender estar sozinho com a verdade e acusar a ciência de mentira! E, no entanto, é o que acontece todos os dias quando se trata do direito! Aqui a experiência e o saber são qualificados de erro e de prevenção, a ignorância absoluta é brindada com o nome de isenção de preconceitos”.

Acautelai-vos, pois, contra a apreciação natural, contra as concepções primárias do bom senso do homem comum. Mas guardai-vos, também, da jactância que, tantas vezes, subtrai a nossa classe as simpatias de que, por tantos títulos, é merecedora.

É costume antigo, muitas vezes seguido e outras tantas evitado, o de desdobrar o paraninfo a seus alunos os vários campos possíveis de sua atividade futura, aconselhando-os e orientando-os em cada um deles. Hesitei muito antes de me resolver a seguir esse costume. Tantas vezes já vistes, nas solenidades precedentes, o mesmo quadro, que recei prevalecer-me da tribuna a que me alçou a generosidade de vosso coração de moços, para lhes dar conselhos e opiniões a cada ano repetidos. Tranqüilizai-vos. Muito pouco hei de vos dizer sobre apenas duas das profissões reservadas aos juristas: a dos advogados e a dos magistrados. Direi de cada uma delas, sem qualquer pretensão de originalidade, apenas aquilo que, embora de todos conhecido, é freqüentemente por muitos esquecido.

Da advocacia, lembrar-vos-ei de que não é profissão para enriquecer a quem quer que seja. Antes de que possais com ela contar para vossa subsistência, hão de passar, para a grande maioria, muitos anos. Concito-vos, não obstante, a exercê-la com desprendimento e abnegação. É preferível buscar em outras atividades o necessário para viver, que a advocacia sozinho não dá, do que mercantilizá-la ou desvirtuá-la pela subserviência a que são compe-

lidos tantos pobres advogados para satisfação de maus clientes. E indicarei, como as maiores qualidades do advogado, sem falar na probidade (que é elementar), antes do próprio amor ao estudo e ao trabalho, antes da urbanidade para com juizes e colegas, a combatividade e — apesar das decepções que a fortuna vos irá deparando a cada passo — a confiança na justiça.

Se fordes magistrados, não vos deixeis dominar pela tentação de fazer justiça a qualquer preço, sem a lei ou contra a lei. Bem sabeis que o juiz é escravo da lei. Quando queremos elogiar um juiz, lembra RADBRUCH, nunca o chamamos legalista, mas apenas justo, porque um juiz que cumpre a lei é já por isso mesmo, e só por isso, um juiz justo. Desconfiai sempre dos chamados juizes humanos, permanentemente propensos a julgar por equidade, a quem não têm faltado os louvores de falsos juristas. A lei, e não o juiz, é a suprema garantia dos direitos e liberdades individuais. Se fordes inflexíveis aplicadores da lei, ser-vos-á fácil pairar, com objetividade, acima das lutas e controvérsias dos litigantes, porque nunca, como juizes, deveis perder a serenidade. O calor e a paixão não são o ambiente propício para a busca da verdade e da justiça. Para os advogados, que se defrontam nos prélios judiciários, são qualidades, porque os excessos de um e outro se compensam. Mas o juiz, que interpreta soberanamente a lei e, dentro de seus limites, dispõe de fôrça quase incontrastável, nunca deve descer ao campo raso dos postulantes e seus patronos.

Como vêdes, do muito que vos poderia dizer, disse pouco dos juristas em geral, menos ainda dos advogados e juizes. Esqueci de propósito os políticos. Renunciemos, na complexa sociedade de nossos dias, a pleitear as altas posições do parlamento e da administração, que foram, por um século, o privilégio dos filhos das academias de São Paulo e do Recife. Contentêmo-nos com os louros de nosso passado, que já demos oito presidentes da República ao país. Voltêmo-nos agora, fiéis ao novo espírito que impera

em nossa alma-mater, para a ciência e para o estudo, a fim de que possamos dêsse campo, que é exclusivamente nosso e que ninguém nos disputa, conquistar, e derramar sôbre São Paulo e o Brasil, as mesmas glórias com que, na política e nas letras, os filhos da Faculdade de Direito vêm, há mais de um século, mostrando-se dignos da educação e dos ensinamentos que ali receberam.

9.

347.74

O crédito no Direito *.

Oscar Barreto Filho

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

I

O conhecimento do sistema jurídico em vigor, inscrito na legislação, aplicado pela jurisprudência e interpretado pela doutrina, constitui pressuposto indispensável para os trabalhos de dogmática jurídica, que se alçam à indagação dos princípios que informam tal sistema.

Esse conhecimento, contudo, não é bastante, porque o fenômeno jurídico é mais complexo. Além da norma legal, é preciso conhecer ainda o fato social subjacente a essa norma, e o valor ético que ela se propõe a realizar. O direito é norma, mas é também fato e valor, como afirma a teoria tridimensional formulada com tanta felicidade por MIGUEL REALE¹.

Se assim é, no estudo das ciências jurídicas particulares faz-se mister estender as pesquisas não só à filosofia, mas também às ciências sociais em geral, para que se possa realizar tarefas de real valia dogmática. Entre o céu dos princípios filosóficos e o solo da realidade social, há-de situar-se o direito concretizado na norma.

Para sair de trilhas já batidas, e abrir novos caminhos à investigação dogmática do direito, deve o jurista digno

*. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Campinas, por ocasião da III Semana Campineira de Estudos Jurídicos.

1. *Filosofia do Direito*, 2.^a ed., 1957, vol. II, p. 503 e segs..

dêsse nome informar-se previamente da realidade que será objeto de disciplina jurídica, através da observação cuidadosa de como funcionam as coisas na prática. Agindo dessa forma, o jurista previne-se contra o perigo de legislar para o vácuo, editando normas que nunca serão cumpridas de modo efetivo, serão ineficazes, por estarem em conflito com a realidade social.

Estas considerações, que são válidas para tôdas as ciências jurídicas, aplicam-se particularmente ao direito comercial, que, em última análise, embora de modo sumário e imperfeito, pode ser conceituado como a disciplina jurídica da atividade econômica organizada.

Não se pode, na verdade, obter o conhecimento do direito mercantil, na sua inteireza, sem o estudo das leis econômicas e a observação metódica da prática dos negócios.

Na afirmação dessa verdade, e na feitura de notável tratado de acôrdo com essa orientação, consiste o grande mérito do imortal CESARE VIVANTE, nome eminentíssimo da ciência jurídica italiana, que deu ao direito comercial, pela primeira vez, tratamento rigorosamente científico.

Lá estão, no prefácio da primeira edição de seu monumental tratado, datadas de 1893, as palavras lapidares: “Para preencher as lacunas e completar a obra da jurisprudência, não há senão um remédio: estudar a prática mercantil dominada, como é, pelas grandes leis econômicas, fazendo do estudo do direito uma ciência de observação”².

Então, como agora, seduziam os espíritos de muitos as generalizações das construções teóricas, quando, na verdade, o único caminho é o da investigação e colheita sistemática dos fatos, para fazê-los falar, como queria VIVANTE. A êsses teorizadores se aplica a objurgatória veemente do jurisconsulto peninsular: “É uma deslealdade científica, é uma falta de probidade falar de um instituto para

2. *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. I, 5.^a ed., Milão, 1929, p. 7.

fixar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer a fundo na sua realidade”³.

Desde o seu nascimento, nas cidades italianas do século XVI, o direito comercial manifestou-se como a síntese feliz da experiência dos mercadores, através dos usos e costumes coligidos nos estatutos, aliada à ciência dos primeiros comercialistas autênticos, os clássicos jurisconsultos BENVENUTO STRACCA e SEGISMONDO SCACCIA.

O valor humano do direito comercial reside exatamente na circunstância de que suas regras foram hauridas, século após século, no trato quotidiano dos negócios, acompanhando as mutações inerentes à vida econômica dos povos. E, por incrível que seja, por isso mesmo que é tão rica de conteúdo humano, pode-se vislumbrar alguma poesia em ciência tão árida. E quem o demonstrou foi HONORÉ DE BALZAC, nas páginas comoventes da *História de Cesar Birotteau*, na qual descreve as agruras de um comerciante falido que faz ponto de honra em pagar a todos os seus credores...

Ciência e experiência: êste é o ensinamento tradicional do direito comercial, desde STRACCA até VIVANTE e TULLIO ASCARELLI, mestre ilustre a quem rendemos neste momento o preito da nossa saudade. E, no Brasil, outra não tem sido a diretriz adotada, desde o magnífico tratado do VISCONDE DE CAIRÚ até as obras magistraes de CARVALHO DE MENDONÇA e de WALDEMAR FERREIRA, que, com a publicação de seu esplêndido e atualíssimo *Tratado de Direito Comercial*, em quinze volumes, coroa a tarefa de uma vida inteira votada ao culto do direito.

É nas feiras e nos mercados, nas praças de comércio e nos portos, nas bôlsas e nos bancos, nos sindicatos e nas associações comerciais, nas sociedades e nas empresas mercantis, que se observa o direito comercial em plena vivência. Para escrever sôbre direito comercial, é preciso ver como funcionam na prática os institutos, numa palavra,

3. *Trattato*, vol. I, 5.^a ed., prefácio, p. 10.

viver a vida dos negócios, sob pena de construir conceitos jurídicos fora da realidade histórico-social.

Contudo, quando se penetra nesse mundo complexo do comércio, desde logo se pressente que tóda a atividade, aparentemente tumultuária, que desenvolvem as variadíssimas classes de pessoas que nele intervêm, é orientada sob um signo onipresente, que dá a medida das coisas. Êsse signo misterioso, que preside à atividade comercial inteira, é o *crédito*.

II

Escusado é salientar o papel relevantíssimo que assume o crédito no comércio moderno. Já em 1833, ao compor seu *Dicionário Jurídico-Comercial*, escrevia o inclito JOSÉ FERREIRA BORGES, redator do primeiro código comercial português, as seguintes palavras: “Se bem se refletir, em última análise o crédito é o único contrato mercantil em que todos os demais se fundem. Esta verdade, quando geralmente conhecida, e bem avaliada, reduzirá a jurisprudência mercantil a uma simplicidade, de que não é suscetível a jurisprudência civil própria dita”⁴.

O crédito, hoje em dia, é um pressuposto necessário da atividade econômica. Não se discute que é graças ao crédito que os comerciantes, industriais, agricultores e transportadores conseguem imprimir a seus negócios o volume exigido pela intensidade da vida atual. Não é só, porém. Não se concebe a existência de qualquer particular que já não se haja valido do crédito, para adquirir alimentos, roupas, utensílios domésticos, automóveis ou a própria casa. O crédito transbordou do meio comercial para a vida privada, invadindo o recesso de todos os lares. Ninguém, por mais limitados que sejam seus recursos eco-

4. *Dicionário Jurídico-Comercial*, 2.^a ed., Pôrto, 1856, verbete *crédito*, p. 108.

nômicos, faz um programa de vida sem nele reservar largo papel ao crédito.

Partindo do exame da função desempenhada pelo crédito na sociedade contemporânea, parece curial que, na exposição da matéria comercial, como preliminar ao estudo dos títulos de crédito, se contemple em tópico especial ponto tão importante. É, aliás, o que faz, com louvável critério, o professor ERNESTO LEME, no curso que ministra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Mas, que é o crédito?

Dissentem os escritores quanto à sua conceituação, como sói acontecer nas ciências sociais. Definições há inúmeras, desde as mais simples até as de caráter acentuadamente técnico.

Pela clareza e precisão, todavia, merece ser lembrada a definição de FERRARIS, quando asseverou que crédito “é a soma das condições econômicas e morais, pelas quais se obtém uma prestação presente, contra promessa de uma prestação futura.”

Salienta essa definição que, a par da situação econômica do indivíduo, concorrem as condições morais para a obtenção do crédito, e sucede, muitas vezes, que essas condições morais são de importância maior do que as condições econômicas. Isto evidencia que ética e comércio não são conceitos irreconciliáveis, pois a boa reputação do comerciante concorre para o seu crédito e, conseqüentemente, para o êxito de seus negócios. Dizia o provector FERREIRA BORGES: “Como o crédito compreende o ativo de cada um, o seu capital, o seu haver, e dêste deriva a confiança na solidez, daí vem que crédito importa essa mesma confiança merecida, que além disso é corroborada com a pontualidade no adimplemento das convenções, e quase sempre, quando bem merecida, muito mais valiosa do que a que repousa simplesmente no material de riquezas, que nunca se contam”⁵.

5. *Dicionário*, verbete *crédito*, p. 108.

A palavra *crédito* é empregada pelo art. 6.º do Código Comercial Brasileiro como sinônima da reputação ou bom nome do indivíduo, como um dos requisitos a que deve satisfazer o comerciante candidato à matrícula, como se lê no texto legal:

“O Tribunal do Comércio, achando que o suplicante tem capacidade legal para poder comerciar e *gozar de crédito público*, ordenará a matrícula...”

Diz-se com freqüência que o crédito é a alma do comércio, pois, sem a sua poderosa assistência, seria inteiramente impossível realizar o enorme vulto de negócios que caracteriza a economia de massa dos dias que correm.

Não cabe no âmbito dêste trabalho discorrer acêrca das diferentes acepções que a palavra crédito comporta em economia, nem falar sôbre as teorias econômicas que pretendem explicar o mecanismo e os efeitos do crédito.

Basta aos nossos limitados propósitos lembrar algumas distinções fundamentais, que têm repercussão no direito.

Existe o crédito *passivo* (do devedor da prestação), contrapondo-se ao crédito *ativo* (do credor), como as duas faces de Juno. Há que distinguir, outrossim, entre crédito *a curto*, *a médio* e *a longo prazo*.

O crédito pode ser *público*, quando é concedido a pessoas jurídicas de direito público, ou *privado*, que é concedido a pessoas naturais e a pessoas jurídicas de direito privado.

O crédito ou é *consuntível*, se concedido para consumo imediato, ou é *produtivo*, se tem por fim incentivar a produção industrial.

Diz-se que o crédito é *pessoal*, quando dado mediante a simples confiança na pessoa do devedor (letras de câmbio, notas promissórias), e *real*, quando se funda sôbre a garantia específica de uma coisa, através da constituição de hipoteca, penhor ou anticrese.

Várias outras categorias se podem estabelecer, mormente no comércio bancário, conforme a natureza da ope-

ração, ou a garantia exigida: crédito de aceite, crédito por aval, crédito em conta-corrente, crédito documentado, etc. ⁶.

Do que foi afirmado, fácil é inferir o que seja operação de crédito. Dí-lo com singeleza o mestre CARVALHO DE MENDONÇA: “A operação mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura denomina-se operação de crédito. A operação de crédito por excelência é a em que a prestação se faz e a contraprestação se promete em dinheiro. O mútuo de dinheiro é a manifestação verdadeiramente típica do crédito na sociedade moderna” ⁷.

Ai está, em breves palavras, a definição da operação de crédito, geradora de uma série de relações jurídicas, expressas sob as mais variadas formas contratuais, que encontram no comércio, principalmente no comércio de banco, o seu ambiente natural.

Tão relevante é a função do crédito no mundo moderno, que afirmam os economistas que o estágio em que vivemos se caracteriza como sendo uma economia do crédito. Não é nosso intento, como dissemos, respigar na seara alheia, ainda mais em matéria tão controvertida como as teorias do crédito e da conjuntura ⁸.

O que, de momento, importa assinalar é que, desde as concepções mais antigas, se vislumbraram nas relações creditícias os dois fatores essenciais, apontados por FERRARIS: a separação no tempo entre prestação e contra-prestação, e a existência do elemento moral da confiança, a que, aliás, deve o crédito seu nome (do latim *credere*, confiar, crer, ter fé).

6. AUGUSTO GRAZIANI, verbete *crédito* no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV. Turim, 1959, p. 1078 e segs..

7. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, parte I, 4.^a ed., 1947, n. 458, p. 51.

8. Cf. W. HELLER, *Diccionario de Economia Politica*, tradução castelhana, 2.^a ed., Barcelona, 1941, p. 81 e segs..

Expostas estas noções econômicas, *per summa capita*, faz-se mister entrarmos na análise do que significa o crédito no direito.

III

Observa AGUIAR DIAS que os dicionários e enciclopédias jurídicas dedicam poucas linhas à palavra *crédito*, bastando, pois, defini-lo como a obrigação considerada em seu aspecto ativo, ou seja, no aspecto de direito à prestação ⁹.

Assim é que GAUDEMET afirma que obrigação é o crédito considerado sob o ponto de vista jurídico; crédito é a obrigação sob o ponto de vista econômico. Enfim, o estudo do crédito, sob o ângulo jurídico, se contém na teoria geral das obrigações.

Ao contrário da definição romana tradicional, que salientava o lado passivo da relação obrigacional, o Código Civil Alemão, seguindo o exemplo dos economistas, prefere conceituar a obrigação, tendo em vista o direito de crédito, e preceitua no art. 241: “em virtude da obrigação o credor tem o direito de exigir do devedor uma prestação”.

Juridicamente, pode-se definir a obrigação (que contém o direito de crédito), como “a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio” Esta definição se deve ao professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que a elaborou de acôrdo com a mais recente doutrina ¹⁰.

Mostra bem essa definição que o direito de crédito, além de ser temporal (por pressupor um lapso de tempo entre prestação e contra-prestação), é temporário, de caráter

9. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XIII, p. 212.

10. *Das Modalidades de Obrigações*, São Paulo, 1959, p. 12.

transitório, e desaparece no momento do próprio exercício. É, sempre, o crédito, uma relação de natureza econômica; deve ter por objeto uma prestação suscetível de avaliação pecuniária.

O elemento moral, a confiança que tenha o credor na pessoa do devedor, é de natureza pré ou meta-jurídica: ou preexiste à constituição da relação obrigacional, ou orienta a exação no seu cumprimento, no sentido de valorá-la como um bem social e economicamente desejável e útil.

Sob este aspecto, pode-se afirmar que o valor ético que o direito comercial se propõe a realizar, ou seja, o fundamento da disciplina normativa que impõe ao mundo dos negócios, é a defesa do crédito. Esse aspecto manifesta-se com vivacidade maior quando, por efeito do anormal funcionamento do crédito, se verifica o desequilíbrio entre os valores econômicos realizáveis e as prestações exigidas, e se patenteia o estado de falência do devedor comerciante. A falência, como a define BONELLI, não é outra coisa senão a organização legal e processual de defesa coletiva dos credores, em face da insolvência do comerciante¹¹.

Vê-se, portanto, como o elemento crédito se projeta no campo jurídico, propiciando a formação de vínculos obrigatórios e impondo a edição de normas legais para a sua proteção.

É exatamente nos momentos de anomalia no desenvolvimento da economia de crédito, quer individual (e temos a falência), quer social (e temos a inflação), que se demonstra a verdade do que dizia PROUDHON, na sua *Filosofia da Miséria*: “o crédito é, de toda a economia política, a parte mais difícil, mas, ao mesmo tempo, a mais curiosa e a mais dramática”

Leis e mais leis se elaboram para regular os atos de comércio e os direitos e obrigações das pessoas que os exercem, objetivando sempre a proteção da boa-fé e do crédito

11. *Del fallimento*, Com. I, n. 1., 3.^a ed., vol. I, Milão, 1938, n. I, p. 2.

nos negócios. Mesmo examinando-se a realidade social sob um prisma estritamente pragmático, forçoso é reconhecer que a confiança e a boa-fé representam nos negócios papel muito mais marcante do que geralmente se pensa¹².

Diante desses fatos, não se estará longe da verdade ao definir o direito comercial, no plano deontológico, como sendo a disciplina jurídica da atividade econômica, visando à organização e tutela do crédito.

IV

O crédito domina toda a atividade mercantil, e, por consequência, o direito comercial.

O professor ARWED KOCH, da Universidade de Iena, em substancial obra sobre a ciência bancária, procura unir os ensinamentos da prática às exposições teóricas, dando-nos um panorama vívido da complexa matéria¹³.

Para o mestre alemão, o elemento confiança é mero pressuposto para a concessão de crédito, porém não se identifica com êle, premissa, aliás, com que estamos de acôrdo. Com efeito, em certas circunstâncias pode faltar por completo a confiança na solvência do devedor, e, não obstante, efetuar-se a operação de crédito. Por êsse motivo, deve-se entender por crédito, “a disposição, sob o ponto de vista do creditante, e a possibilidade, sob o ponto de vista do creditado, de efetuar um contrato de crédito, isto é, um contrato cuja finalidade é a produção de uma operação de crédito”. Em consequência, “operação de crédito, por parte do creditante, é a cessão da propriedade do capital, normalmente remunerada, e, por parte do devedor, a aceitação daquele capital com a obrigação de pagar os juros e devolvê-lo na forma convencionada”¹⁴.

12. Cf. MARQUIS W. CHILDS — DOUGLAS CATER, *A Ética em uma Sociedade Mercantil*, trad. brasil., Rio, 1957.

13. *El crédito en el Derecho*, trad. castelhana por JOSÉ M. NAVAS, Madri, 1946, prólogo.

14. *Obra citada*, p. 21.

Afora os defeitos de ordem lógica que apresenta, êsse conceito é inaceitável, porque restringe o conceito de crédito às operações de dinheiro; o conceito transcrito de operação de crédito serviria melhor à definição do contrato de mútuo.

Ora, se é verdade que o empréstimo de dinheiro é o contrato creditício por excelência, o conceito jurídico de crédito é bem mais amplo, abarcando tôdas as relações de natureza obrigacional.

A própria constituição das sociedades anônimas, que são as agentes eficazes do progresso industrial de nossos dias, baseia-se no crédito. É mediante a emissão de ações e obrigações, ou seja, através do apêlo ao crédito público, que as sociedades anônimas obtêm os recursos financeiros indispensáveis à consecução de seus grandiosos projetos.

O crédito encontra, entretanto, sua expressão jurídica máxima nos documentos chamados títulos de crédito, que, na comparação imaginosa de EDMOND THALLER, como a alavanca de ARQUIMEDES, reformaram o mundo dos negócios e comercializaram a economia pública¹⁵.

A operação de crédito cria, entre credor e devedor, uma relação de direito, a qual se pode inscrever num documento comprobatório da obrigação. Se, contudo, para maior facilidade de circulação, se atribui a êsse documento caráter eminentemente formal e abstrato, desligado do negócio jurídico que o originou, tem-se o título de crédito. Seja qual fôr a relação jurídica fundamental, o título dessa natureza contém em si mesmo um direito de crédito, isto é, o de exigir determinada prestação em certo prazo. Nesta ordem de idéias, CESARE VIVANTE veio a definir, em fórmula que se tornou clássica: “Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”¹⁶.

15. Apud W. FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, 4.^a ed. 3.^o vol. tomo I, n. 705, p. 47.

16. *Trattato*, 5.^a ed., vol. III, n. 953, p. 123.

Com apoio no conceito vivanteano, edificou-se a teoria dos títulos de crédito, que constitui capítulo dos mais atraentes do direito mercantil. Da matéria não cuidaram, em geral, os códigos elaborados à feição do código francês de 1807. Mas as novas codificações, organizadas sob o influxo de outras concepções doutrinárias, disciplinaram longamente o assunto. Merece citação, a propósito, a lei geral de títulos e operações de crédito, do México, datada de 20 de agosto de 1932. O título quinto do livro quarto do código civil italiano de 1942 também tratou dos princípios gerais dos títulos de crédito.

Podem os títulos de crédito ser objeto de diferentes classificações, segundo os prismas sob que consideremos a questão. Há títulos causais e títulos abstratos, títulos próprios e títulos impróprios, títulos nominativos, à ordem e ao portador. Interessa-nos, principalmente, a classificação dos títulos em relação ao seu conteúdo: títulos de crédito representativos de dinheiro, de mercadorias, ou de serviços.

O professor WALDEMAR FERREIRA, nas suas *Instituições de Direito Comercial*, desenvolve conjuntamente a matéria relativa a contratos e títulos de crédito. Como cada título de crédito provém ou decorre da existência de um vínculo contratual, pareceu preferível ao mestre emérito estudar cada contrato mercantil acompanhado do título de crédito a que dá origem. Dessa maneira, o índice da exposição corresponde a uma esquematização das obrigações mercantis, como se vê:

a) *Contratos e títulos de dinheiro:*

I — o contrato cambiário, a letra de câmbio e a nota promissória;

II — os contratos de abertura de crédito e de conta corrente e o cheque;

III — o contrato de mútuo e as debênturas.

b) *Contratos e títulos representativos de mercadorias:*

I — o contrato de compra e venda e a duplicata ou conta assinada;

II — o contrato de transporte, o conhecimento de frete e o bilhete de passagem;

III — o contrato de depósito nos armazéns gerais, o conhecimento de depósito e o “warrant”;

IV — o bilhete de mercadorias e as cédulas de crédito rural¹⁷.

A simples enumeração das obrigações e dos respectivos títulos de crédito evidencia a função relevantíssima do crédito. No comércio de nossos dias, a concessão do crédito para consumo tornou-se um hábito estabelecido, através das chamadas vendas a prestação, com o pacto de reserva de domínio, que dos Estados Unidos se irradiaram para todos os países, gerando inúmeros problemas, inclusive o de sua regulamentação por lei.

O campo específico, formal, institucionalizado, das operações de crédito é, porém, o *banco*. O banco é a organização, a empresa criada expressamente para a prática das operações de crédito, por isso chamadas operações bancárias. Como afirma CARVALHO DE MENDONÇA, “fôrça é reconhecer que, no exercício profissional bancário, essas operações assumem colorido específico, destacando-se das realizadas, também, pelos comerciantes em geral. Eis por que se denominam operações dos banqueiros, operações bancárias. Operação aqui é sinônimo de negócio jurídico”¹⁸.

Entre as operações passivas dos bancos ocupam o lugar principal os depósitos pecuniários. Entre as operações ativas figuram os empréstimos, os descontos, as antecipações, as aberturas de crédito, os créditos de firma e as operações de câmbio.

Não é de olvidar-se, outrossim, a função do crédito nas bôlsas de valores e de mercadorias, nas quais as operações a têrmo, ou sejam, aquelas negociações pactuadas para exe-

17. *Instituições de Direito Comercial*, 4.^a ed., 1958, 3.^o vol., tomo I, p. 4 e segs..

18. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4.^a ed., vol. IV, p. II, n. 1426, p. 141.

cução em época diferida, representam contingente ponderável no volume total das transações.

Fundam-se, igualmente, no crédito, em sentido amplo, os contratos de mandato e de comissão mercantil.

A preocupação de prevenir os riscos do crédito abre ensejo aos contratos de garantia, entre os quais se elencam a fiança, a retenção, o penhor e o seguro.

Os procedimentos concursuais, a falência e a concordata, são também informados, como dissemos, pelo princípio superior da defesa do crédito mercantil.

Por último, certos delitos há que ocorrem por motivo ou por ocasião do crédito, como o crime de usura e algumas figuras capituladas como crimes de concorrência desleal (Código da Propriedade Industrial, decreto-lei n. 7.903, de 27-8-1945, art. 178, incisos I e II).

Salientíssima, é, portanto, a função do crédito na teoria e na prática do direito. O crédito é o fio de Ariadne que nos orienta e nos permite decifrar os meandros intrincados das relações obrigacionais.

Há que ter sempre presente no espírito o conceito de crédito, para compreender em sua sutileza e em sua inteireza a construção dogmática do direito mercantil.

9.

350.8

As condições de sanidade nas relações entre o funcionário e o Estado*.

Nair Lemos Gonçalves

Livre Docente e 1.^a Assistente da Cadeira de Legislação Social, da Faculdade de Direito, Vice-diretora do Instituto de Direito Comparado do Trabalho e da Segurança Social e do Seminário de Legislação, anexos e essa Cadeira, Economista e Técnica de Administração, da Universidade de São Paulo.

Desde 1957, quando exercia funções de consultora jurídica no Departamento Estadual de Administração, muito me têm preocupado as condições de saúde do funcionário em suas relações com o Estado. Essas preocupações ampliaram-se, transportadas para campo maior — o da legislação social em geral — quando passei a trabalhar na Cadeira de Direito Social, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Os estudos que tenho feito convenceram-me da necessidade de reformular dois conceitos — o de condições de sanidade e capacidade física para ingresso e permanência em determinado cargo ou função, e, no extremo oposto, o de invalidez capaz de autorizar a aposentadoria.

Em tórno do resultado de minhas investigações desenvolverei esta aula inaugural, cujo tema de certo modo constitui, no meu entender, o reconhecimento do alto sentido do esforço de aperfeiçoamento representado, entre outras coisas, pelos cursos do tipo dêste que agora se vai iniciar. Porque entendo que, se é possível promover o

* Aula inaugural dos Cursos de Aperfeiçoamento do Departamento Estadual de Administração, proferida no Auditório do Instituto de Educação "Caetano de Campos", em 9 de março de 1962.

aperfeiçoamento intelectual e profissional do trabalhador em geral, não menos possível e recomendável há de ser o melhor ajustamento dêle às funções, de acôrdo com o seu estado de saúde.

Em linguagem técnica poderia acrescentar que me ocuparei especialmente com o aproveitamento, no serviço público dos chamados indivíduos de capacidade reduzida, ou minorados, isto é, daquelas pessoas que, embora não preencham, por determinadas deficiências, os requisitos mínimos de sanidade e capacidade exigidos para o exercício *normal* de cargos ou funções públicos, podem exercer com eficiência *normal* um conjunto delimitado de atribuições, que constituam ocupação perfeitamente identificável.

Lembrarei, de início, que êsse aproveitamento está determinado no serviço público federal (Lei n.º 5 895, de 20 de outubro de 1943), no estadual (Lei n.º 3 794, de 5 de fevereiro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 29 958, de 22 de outubro do mesmo ano, incluído na “C.D.” como artigos 20-A a 20-N) e mesmo no âmbito particular (art. 55 da Lei n.º 3 807, de 26 de agosto de 1960 — Lei Orgânica da Previdência Social). Para mostrar a importância da matéria, basta dizer que, para estudá-la, constituiu recentemente Sua Excelência o Senhor Governador do Estado (Resolução n.º 1 314, de 29 de janeiro de 1962) Comissão especial¹ e que já existe, no Ministério da Educação e Cultura, Grupo de Trabalho do qual tenho a honra de participar, na qualidade de assessôra jurídica².

Não se esqueça, entretanto, que a questão faz parte de problema de âmbito bem maior, que é o esforço desenvol-

1. Integram a Comissão os Srs. Profs. Drs. ANTÔNIO CARLOS PACHECO E SILVA e FRANCISCO ELIAS GODOY MOREIRA e os Drs. JOSÉ GABRIEL BORBA e NAIM SAUAIA.

2. Compõem o Grupo de Trabalho os Srs. Dr. A. F. CESARINO JR., Ministro FRANCISCO DA ROCHA LAGOA, Desembargador BULHÕES DE CARVALHO, Dr. ROBERTO TALIBERTI, Prof. CARLO PASQUALE e Dr. ÁLVARO ÁLVARES DA SILVA CAMPOS, sob coordenação da Prof.^a DORINA NOWILL.

vido em todo o mundo no sentido da dignificação do homem, sendo o trabalho, sem dúvida, uma das bases mais seguras para atingir êsse desiderato.

Muita razão tem FELICE BATTAGLIA quando afirma que “Se no passado se falava em beneficência, colocando-se o seu motivo psicológico na espontaneidade da boa vontade, nos dias de hoje um preciso dever de assistência se segue à intuição, cada vez mais clara às consciências, do dever social do trabalho”³.

Num país como o nosso, em que o dever de trabalhar foi elevado a imposição constitucional, a todo indivíduo que possua fôrça de trabalho, reduzida embora, deve caber o direito de aplicá-la para concorrer com sua quota para o bem estar da coletividade.

Por outro lado, do ponto de vista econômico, outro propósito de grande relevância nos tempos atuais é por certo a segurança, compreendida nela o sentimento de paz interior de que goza o cidadão quando se sente a coberto dos riscos normais da existência, ou seja da preocupação com a supressão ou redução do salário em conseqüência, a primeira, do desaparecimento temporário ou não de sua capacidade laborativa, por doença, idade avançada, morte ou desemprego, e a segunda, do aumento de responsabilidade decorrente, por exemplo, do nascimento dos filhos.

Obtém-se esta segurança, regra geral, por meio de seguros que, pulverizando os riscos pela repartição do ônus por número cada vez maior de pessoas, permitem a fixação de prêmios baixos, baseados em técnicas atuariais, que variam normalmente com a gravidade de tais riscos.

Há interêsse real, portanto, para a coletividade no aumento crescente da população que trabalha e que pode não só contribuir para sua subsistência e de seus dependentes, mas também aumentar o número de participantes no rateio do custo dos seguros, contribuindo para redução dos prêmios

3. FELICE BATTAGLIA, *Filosofia do Trabalho*, trad. de Luís Washington Vita e Antonio D'Elia, 1958, Saraiva S. A. Editores, p. 307.

e elevando a parcela da renda nacional destinada às obras de desenvolvimento e progresso do país.

Do ponto de vista individual, não será demais ressaltar que, numa civilização onde a norma é o trabalho, impedir que a pessoa exerça determinada atividade, quer pela falta de oportunidade, quer (o que é pior) porque se criem empecilhos desnecessários, será certamente gerar, ao mesmo tempo, fator de desajustamento social dos mais graves, especialmente se considerarmos que êsse fator é criado pela própria coletividade de que faz parte o indivíduo prejudicado.

Sendo esta aula dirigida principalmente aos futuros alunos do Curso, que são servidores públicos a procura de aperfeiçoamento, passarei a examinar o assunto tendo em vista a administração pública, embora não me esqueça de que problema semelhante e grave existe também na esfera particular.

O ingresso no serviço público.

Os alunos que me ouvem irão aprender, possivelmente com o Dr. CARLOS MARQUES PINHO, que, para investidura em cargo público, além de preencher os requisitos relativos a nacionalidade, idade, boa conduta, obrigações cívicas e militares, deve o cidadão gozar de boa saúde e possuir aptidão para o exercício das funções a que se destina (art. 30 da C.L.F.).

Na organização estatal, a apuração dêsses dois últimos requisitos cabe geralmente a duas espécies de órgãos. Temos, de um lado, os órgãos encarregados das tarefas de seleção, a que se juntam comumente as de aperfeiçoamento do servidor e que dizem respeito mais diretamente à aptidão para o desempenho da função e, de outro, as tarefas de apuração do estado de saúde, atribuídas em geral a órgãos exclusivamente médicos.

Aliás, é natural que assim venha acontecendo, pois muitas vêzes se encontra na doutrina a sinonímia entre “aptidão” e capacidade intelectual, definido o concurso por TITO PRATES DA FONSECA como “exame comparativo e seletivo da cultura e aptidão intelectual dos candidatos inscritos, realizado com garantias de objetividade”⁴.

Por sua vez, a prova do estado de saúde satisfatório, que envolve também a da inexistência de defeitos físicos que impeçam a atividade normal do funcionário — ensinam os mestres — é feita pela certidão de inspeção médica, embora, diga-se de passagem, reconheçam que leis especiais possam, conforme a função, estabelecer, em determinados casos, exigências quanto a robustez física e estatura, qualidades que, parece evidente, deveriam em tais hipóteses ser também objeto das provas do concurso⁵.

Encarregados os órgãos exclusivamente médicos da seleção dos futuros servidores, no que diz respeito ao estado de saúde e capacidade física, é compreensível que os padrões mínimos de sanidade estabelecidos venham sofrendo a influência da tendência para a perfeição física e fisiológica, ou melhor, para aquêle grau de perfeição tido como *normal* e que, por si só, afastaria desde logo, como insuficiente para ingresso em qualquer cargo ou função, a pessoa cega, ou surda, ou muda, por exemplo.

A questão mais grave surge, porém, quando a pessoa assim afastada pode apresentar certificado de aprovação em concurso realizado exatamente para o cargo ou função que pretende desempenhar, no qual, competindo com outros candidatos *normais*, conseguiu colocar-se na dianteira, não

4. TITO PRATES DA FONSECA, *Lições de Direito Administrativo*, 1943, Freitas Bastos, p. 161.

5. MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, Tomo II 1960, Max Limonad, S. Paulo. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, *Noções de Direito Administrativo*, 1956, ed. Saraiva, S. Paulo. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Direito Administrativo do Brasil*, vol. II, 1958; Ed. Revista dos Tribunais Ltda., S. Paulo.

obstante a deficiência física, e justamente porque essa deficiência de forma alguma contribuía para diminuir a eficiência de seu trabalho. (Lembro-me, para ilustrar, de que certa vez, quando ainda trabalhava no D.E.A., estava uma candidata surda prestando prova de habilitação para a função de desenhista. Nesse momento se ouviu barulho inusitado na rua — era um desfile, uma banda que tocava, ou coisa parecida. Funcionários que se encontravam na sala, interessados, foram à janela procurando informar-se do que acontecia, ao passo que a examinanda, entregue ao seu trabalho, *graças à sua deficiência física*, continuou com a mesma tranqüilidade anterior a tarefa que realizava.)

Muito sàbiamente existe em nossa legislação o estágio probatório (art. 40 da C.L.F.), que consiste em determinado período de tempo durante o qual se comprova, na prática, a adaptação do funcionário às suas atribuições, ou, melhor dizendo, a confirmação do diagnóstico resultante do concurso quanto à sua aptidão para o cargo, bem como outras qualidades, a saber, idoneidade moral, disciplina, assiduidade, dedicação e eficiência.

Conclui-se, daí, que o concurso em si, isto é, a apuração do conjunto de qualidades, notadamente as intelectuais, não se realiza numa fase única e completa, anteriormente à investidura. Há, na prática, uma segunda fase do concurso, que é justamente o estágio probatório.

O mesmo não acontecia com a prova de sanidade, pelo menos até a promulgação das leis de aproveitamento dos chamados indivíduos de capacidade reduzida: — o exame de saúde devia ser um só e completo, realizado antes do início do exercício. Ora, é evidente que o médico, ao fazer, vamos dizer, a fotografia instantânea das condições de sanidade *em determinado momento*, não poderia em muitos casos afirmar (nem negar, em sã consciência) que determinada pessoa correspondesse ou não aos padrões *normais* estabelecidos. Poderia tratar-se, por exemplo, de estado de saúde satisfatório na ocasião do exame, mas que apresentasse o risco de, em futuro próximo ou não muito remoto,

alterar-se. Dai a tendência ao rigor. Tôda vez que *o risco de alteração ou agravação do estado de saúde fôsse visível ao médico*, o laudo seria negativo, quanto ao preenchimento do requisito de boa saúde, embora nada de mau houvesse *no momento do exame*. Isto evidentemente constituiria injustiça flagrante.

O assunto foi parcialmente resolvido com a instituição do *período de adaptação* (art. 20-F da “c.d.”, incluído pelo Decreto n.º 32 929, de 27 de junho de 1958) que, no campo da saúde, representa papel semelhante ao do estágio probatório no campo predominantemente intelectual. Agora, nos casos duvidosos, pode o órgão médico autorizar o ingresso, sujeitando o servidor a exames periódicos que têm por fim não só proteger o interêsse público, possibilitando a dispensa quando alterado para pior o estado de saúde, mas também impedir que o exercício do cargo ou função possa transformar-se em ameaça de alteração ou agravamento das condições físicas ou fisiológicas do servidor.

Como, entretanto, nem sempre está o servidor sujeito a estágio probatório, hipóteses existindo em que êle entra desde logo no gôzo de garantias que lhe asseguram permanência no serviço público (estabilidade, vitaliciedade), não se pode aplicar nesses casos o período de adaptação e a prova de sanidade, naquelas nomeações que, por si sós, atribuam ao funcionário tais garantias (exemplo, nomeações em caráter efetivo), continua a ser única, completa e anterior ao exercício, com todos os defeitos apontados.

Seria de todo interêsse, portanto, afastar os impedimentos legais, generalizando, com as cautelas devidas, a aplicação do período de adaptação e permitindo, *em todos os casos necessários*, a realização da prova de sanidade e capacidade física em duas etapas, constituída a primeira, como o concurso, dos exames anteriores ao ingresso no serviço público e prolongando-se a segunda, como o estágio probatório, por determinado tempo de exercício, para confirmação do estado de sanidade do servidor.

A saída do serviço público motivada por alteração do estado de saúde.

O funcionário tem garantia constitucional de licença e posterior aposentadoria com vencimentos integrais na hipótese de se incapacitar, em virtude de moléstia, para o exercício de qualquer função pública.

Denomina-se geralmente “invalidez” o estado de incapacidade que justifica a aposentadoria. A invalidez, de acôrdo com a doutrina, pode ser *real* ou *presumida*. É real quando a decretação da aposentadoria se baseia em pronunciamento do órgão médico competente, que declara o funcionário incapaz, em consequência de deficiência funcional física ou mental. A invalidez é presumida quando o fundamento da aposentadoria está na idade avançada do servidor (70 anos entre nós — art. 91 da Constituição Estadual; artigo 546, I, da C.L.F.).

Cabe-nos tratar apenas da invalidez *real*.

As mesmas incompreensões já aludidas quanto ao conceito de sanidade para ingresso verificam-se nas hipóteses de aposentadoria. Admitidos aquêles padrões mínimos de sanidade, largamente influenciados pela tendência à perfeição física e fisiológica, não seria difícil considerar inválido servidor que, exercidas adequadamente suas capacidades remanescentes, poderia por longo tempo talvez continuar como ser útil e ativo na coletividade.

Se lembrarmos as normas legais que admitem o *ingresso* de pessoas de capacidade reduzida no serviço público e, ainda mais, que a deficiência poderá ser, considerada em geral, de natureza grave, como, por exemplo, a cegueira total, a mudez e outros estados equivalentes, fácil será concluir que o conceito de invalidez pode e deve ter caráter individual. Explicando melhor: se uma pessoa com defeito sério na coluna vertebral obteve laudo favorável para exercer determinada função, justamente porque o exercício dessa ocupação era compatível com a sua deficiência física, êsse

mesmo defeito sério da coluna vertebral, que poderia talvez servir de fundamento para aposentadoria de outro funcionário, ocupante de cargo diferente, não poderá neste caso específico sequer justificar licença para tratamento de saúde, exceto, é claro, a hipótese de agravamento do estado primitivo.

Para ressaltar o fator individual a ser considerado na determinação da capacidade de trabalho, M. ZOTOVIC salienta que, pela própria definição, o grau de incapacidade não precisa estar em proporção direta com a gravidade da deficiência causada por doença ou lesão. Enquanto uma redução considerável pode não ser causa de incapacidade para o trabalho, esta poderá existir nas hipóteses de redução leve de capacidade que impeçam o exercício do trabalho ou acarretem necessidade de trabalhar em períodos mais curtos. Ao passo que, pelo critério da lei iugoslava anterior, se expressava a redução da capacidade geral e profissional em porcentagens proporcionais às alterações anatômicas e funcionais sofridas pelo trabalhador, hoje a classificação dos incapacitados se baseia na capacidade de trabalho remanescente, distribuindo-se os indivíduos em três categorias:

1.^a) Minorados que são totalmente incapazes de realizar o trabalho a que se dedicavam antes da redução sofrida ou qualquer outro emprêgo, e para os quais não há possibilidade de reabilitação;

2.^a) Minorados que são parcialmente capazes de exercer as atribuições primitivas ou alguma outra adequada, sujeitando-se a horário normal de trabalho;

3.^a) Minorados que são parcial ou totalmente incapazes de exercer o emprêgo que tinham antes da redução verificada, mas que podem trabalhar em horário comum e com eficiência normal em alguma outra atividade, depois de submetidos ao processo de reabilitação vocacional, ou mesmo sem êle ⁶.

6. M. ZOTOVIC, *Determination of working capacity under the new law on insurance of the disabled in Jugoslavia*, in *Excerpta Medica*, June 1959, p. 331/335.

Na esfera internacional se vem dando grande ênfase também à necessidade da redução do número de pessoas que permanecem inativas, embora possuam capacidade em condições de ser desenvolvidas para aplicação em trabalho produtivo. Cite-se, por exemplo, a Recomendação n.º 99, de 1955, da Organização Internacional do Trabalho, que conceitua como inválida tôda pessoa cujas possibilidades de obter e conservar emprêgo adequado se achem realmente reduzidas por causa da diminuição de sua capacidade física e mental, e esclarece ser objetivo da adaptação e readaptação profissional a administração de meios — especialmente orientação profissional, formação profissional e colocação seletiva — para que os inválidos possam obter e conservar emprêgo adequado⁷.

Para CESAR DE MADARIAGA⁸, a invalidez deve considerar-se sempre como conceito relativo, devendo-se falar, na realidade, em “grau de capacidade” ou de “capacidade remanescente” ao invés de “incapacidade” ou “invalidez”, que parece significar impossibilidade absoluta de trabalho.

Se o aproveitamento dos indivíduos de capacidade reduzida tiver de ser rejeitado pela ameaça de aposentadoria precoce, êste empecilho desaparecerá, pois, considerada a relatividade demonstrada do conceito de invalidez, nada impedirá que a lei diga expressamente, o que é óbvio aliás, que as causas de invalidez devem ser *sempre* estados patológicos verificados após o ingresso no serviço público.

7. Vide *Código de Seguridad Social, Compilación de Normas Internacionales*, editado pelo “Comité Interamericano de Seguridad Social” 1960, México, p. 355.

8. CESAR DE MADARIAGA, *Las metas actuales de la capacitación y de la rehabilitación laborales*, ed., Aguilar, 1961, Madrid.

Conclusão.

Constitui a meu ver não só injustiça flagrante, mas principalmente verdadeiro desperdício de valores não aproveitar no serviço público as pessoas que apresentem deficiências físicas, desde que para realização de tarefas nas quais as deficiências não possam de qualquer forma influir. É preciso também que o trabalho a ser desempenhado não constitua fator capaz de agravar ou alterar para pior o estado de sanidade do servidor.

Estabelecer padrões mínimos de sanidade e capacidade física para exercício de cargos ou funções não deve ter por base o critério da perfeição anatômica ou fisiológica, e não constitui assunto exclusivamente médico. Mais aconselhável parece estabelecê-los através de trabalho de equipe, à semelhança do que vem ocorrendo no setor da reabilitação, da qual participem médicos, técnicos de administração, técnicos em seleção, orientadores profissionais, assistentes sociais, psicotécnicos etc..

O estabelecimento de um período de observação *bem regulamentado* como *condição suspensiva*⁹ da investidura definitiva no cargo ou na função poderia afastar ônus demasiados para o Estado, evitando as responsabilidades decorrentes de faltas constantes ao serviço, morte ou aposentadoria precoces do servidor. Este período de observação poderia constituir uma segunda fase da inspeção de saúde, como o estágio probatório é sem dúvida uma segunda fase do concurso.

Finalmente, a conceituação adequada das causas de invalidez (com a exigência de sua verificação após o ingresso

9. Vide, neste sentido, comunicação apresentada pela A. no I Congresso Brasileiro de Medicina Física e Reabilitação, publicada também nesta Revista.

do funcionário), aliada ao aperfeiçoamento e execução efetiva das normas que regulam a readaptação e a reversão, possibilitariam certamente o aproveitamento máximo das energias do servidor, mesmo quando incapacitado para determinado cargo ou função.

Apologia.

Desejo salientar que a origem das idéias básicas que acabo de expor se encontra no trabalho que realizei como membro da Comissão especial, presidida pela Prof.^a Eugênia de Moraes Andrade, então Diretora da Divisão de Seleção e Aperfeiçoamento do D.E.A., a qual elaborou anteprojeto das disposições que hoje integram os artigos 20-A a 20-N do regulamento das normas legais relativas aos servidores públicos, conhecido pela sigla “C.D.”¹⁰.

E, para encerrar, àqueles que porventura esperavam de mim exposição brilhante e erudita, digna da pompa de que se reveste esta solenidade, não só pelas altas autoridades presentes, mas também pelo seletto auditório, desculpe-me-ei dizendo que, acima de tudo, desejo ser professora — procurando falar aos meus alunos com aquela simplicidade que o Apóstolo São Paulo recomenda numa de suas Epístolas:

“Assim também vós, se pela língua não derdes palavras intelegíveis: como se entenderá o que se diz? porque sereis como quem fala ao vento”¹¹.

10. Participaram também dessa Comissão os Srs. Drs. EUGÊNIO MARIZ DE OLIVEIRA NETTO e LAURO DE ALMEIDA, do Departamento Médico do Serviço Civil do Estado e a Srta. GLAUCIA CAMBIAGHI, técnica de administração do D. E. A.

11. *São Paulo aos Coríntios I*, Capítulo XIV, 9, in *O Novo Testamento de Jesu Christo*, trad. de Antonio Pereira de Figueiredo, Londres 1866.

PARECERES

9.

351(79-81).O:350.78

A encampação e a desapropriação de serviços públicos concedidos.

(*Parecer elaborado pelo Prof. Dr. Rui Cirne Lima da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre.*)

1 Encampar, na linguagem jurídica, não é termo de conteúdo unívoco: ora significa demitir de si (SILVA PEREIRA, *Repertório das ordenações*, t. II, Coimbra 1857, verb. *encampação*, nota d, p. 126; LOBÃO, *Apêndice diplomático-histórico*, Lisboa, 1829, § 222 e 223, p. 362); ora restituir (CORRÊA TELLES, *Digesto português*, Coimbra 1860, t. III, n.º 299, p. 51; COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Lisboa, 1917, t. II, § 816, p. 554); ora, passando do efeito à causa, remitir ou desobrigar (CORRÊA TELLES, *Ob. cit.*, t. III, n.º 807, nota a, p. 131; TELXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1876, art. 657, nota 11, p. 439; Ord. Filip., liv. II, tit. 63, § 11); ora, indo adiante, rescindir (DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, t. IV, Lisboa 1875, art. 1612, p. 74) ou mais latamente dissolver (MACEDO, *Decisiones*, Conimbricæ, 1734, dec. 96, n.º 4, p. 285) o contrato, de que a obrigação se gera e origina.

2. Por encampação, segundo o uso mais freqüente do vocábulo, entendia-se, porém outrora, de modo especial, o “entregar e restituir ao senhorio a coisa emprazada ou arrendada, pela lesão no foro ou no preço” (PEREIRA E SOUZA, *Dicionário Jurídico*, t. I, Lisboa, 1825, verb. (encampação)).

Trata-se, é visto, como sinalou TEIXEIRA DE FREITAS (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 1883, verb. encampação, p. 63 e 64), de entrega ou restituição que se opera “não obstante a duração do contrato, por algum motivo legal” (*Vocabulário cit.*, lug. *cit.*). Era controvérsia antiga “se estas demissões dos prazos foram reciprocamente voluntárias, ou se, de parte do senhorio coactas ou necessárias” (LOBÃO, *ob. cit.*, § 223, p. 362). O mais provável, contudo, é que o senhorio estivesse obrigado a aceitá-las.

Era, a encampação, a resilição do emprazamento, ou arrendamento, de parte do foreiro ou arrendatário, havida como autorizada, quando, a êste, se caso fortuito ou fôrça maior lhe tolhessem ou empecessem gravemente o uso e gôzo da coisa emprazada ou arrendada (REYNOSO, *observationes*, Conimbricae, 1734, obs. 35, p. 227 e seguintes; MACEDO, *ob. cit.*, dec. 96, n.º 6, p. 285, etc.).

A sua vez, entretanto, o senhorio podia antecipar-se à intenção do foreiro ou arrendatário, e oferecer-se para retomar-lhe a coisa emprazada ou arrendada, e não lhe pedir a renda ou pensão (LOBÃO, *Dissertação* em apêndice ao *Processo Executivo Sumário*, Lisboa, 1817, § 15, p. 189). Tocava, então, ao senhorio, a iniciativa da encampação à guisa de oferta de resilir (Cf. GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal*, 2.^a ed., Lisboa, s. d., t. VIII, p. 181 e 203). Mas, ao senhorio cabia-lhe, desde logo, e por direito próprio, a iniciativa da encampação, em se cuidando de locação de casas, não obstante a vigência do contrato, “quando. . por algum caso, que, de novo, lhe (sobreviesse) . (houvesse êle) mister da casa para morar nela, ou para algum seu filho, filha, irmã ou irmã” (*Ord. Filip.*, liv. IV, tit. 24, princ.; cf. *Cod.*, lib. IV, tit. LXV, L.3). A resilição da locação de casa pelo senhorio, em tal hipótese, chamava-se, é certo, despejo (*Ord. Filip.*, liv. III, tit. 30, § 3). Despejar, todavia, é “desocupar, largar algum prédio” (PEREIRA E SOUZA, *ob. cit.*, t. I, verb. *despejo*; LOBÃO, *Ações sumárias*, Lisboa, 1859, t. I, § 212, p. 339; DIAS FER-

REIRA, *ob cit.*, t. IV, art. 1632, p. 85), o mesmo, pois, que encampar.

A língua vulgar, de resto, assimila, uma à outra as duas vozes: “encampar o cargo” (DIOGO DE COUTO, *Décadas*, Década IV, parte II, Lisboa, 1778, liv. VI, cap. VIII, p. 78) e “despejar o posto” (CONSTÂNCIO, *Novo Dicionário*, Paris, 1868, verb. *despejar* p. 400) são locuções equiivalentes.

3. Não admira, por conseguinte, que encampar, “ad instar” de despejar, que também designa a ação do senhorio contra o locatário (PEREIRA e SOUZA, *ob. cit.*, I, verb. *despejo*; TEIXEIRA DE FREITAS, *Vocabulário cit.*, verb. *despejo*, p. 51), viesse a significar tomar a si (art. 43, Decreto-Lei n.º 2063, de 7 de março de 1940) incorporar a si (MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, Rio de Janeiro, 1953, t. III, n.º 801, p. 85) e, enfim, no que respeita à concessão de serviço público, “chamar a si (o concedente) o serviço concedido” (CAIO TÁCITO, *encampação*, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, s., t. XX, p. 196).

4. Encampação, melhor do que resgate, exprime a operação jurídica, a que se junta o vocábulo como denominação.

“Primo”, supõe o resgate (“*rachat*”, “*Rückkauf*”) aquisição antecedente, a que sucede como recompra; quer dizer, supõe alheação definitiva (como na compra e venda), e não, o cometimento temporário do objeto a que respeita (como na concessão).

“Secundo”, recompra-se sòmente o que se alienou: se, pelo concessionário, foram adquiridos e de terceiros, todos os bens aplicados à execução do serviço concedido, não há que falar em recompra pelo concedente do que êste, àquele, lhe não transmitiu (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses*, t. IV, Rio de Janeiro, 1958 p. 320).

“Tertio”, o que recompra adquire, por acessão, e sem outro título ou causa, senão a lei (art. 1140, § único, Cód. Civ.), os melhoramentos acrescentados, entrementes, à propriedade, e os indeniza, segundo o valor, a esta acrescido,

ao passo que, na encampação da concessão de serviço público, “ad instar” do que ocorre, às vêzes, no arrendamento (TEIXEIRA DE FREITAS e CORRÊA TELLES, *Doutrina das Ações*, Rio de Janeiro, 1880, § 134, nota 761, p. 319 e 320), a aquisição, pelo concedente, do acervo de bens aplicados pelo concessionário à execução do serviço concedido, deriva de causa ou título convencional ou, seja, de pacto anterior, implícito (“lege publica”) ou explícito (“lege privata”), arredadas, além disso, “in hypothesi” as regras jurídicas, concernentes à acessão, pelas concernentes à tradição (arg. ex art. 1242, Cód. Civ.; cf. RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1946, p. 359; CIANFLONE, *L'appalto di Opere Pubbliche*, Milano, 1950, p. 48, etc) ou, quiçá à transcrição.

5. Dois propósitos principais informam o conteúdo da encampação da concessão de serviço público: de um lado, a revogação, pela administração concedente, da *concessão mesma*, — seja esta, ou não, de natureza contratual (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses*, t. III, Rio de Janeiro, 1958, p. 435), — análoga à rescisão pelo locador, da locação de casa, nos termos da Lei “Aede”, da Ordenação do liv. IV, tit. 24, princ. quarto caso, e, hodiernamente, do art. 1193, § único, do Código Civil (Cf. D. GOTHOFREDUS, ad leg. 3, tit. LXV, lib. IV, cod., n.º 20, *Corpus Juris Civilis cum notis*, t. III, Venetiis, 1843, col. 811); e, de outro lado, a aquisição, pela administração concedente, do acervo de bens, aplicados pelo concessionário à execução do serviço. Acessoriamente, pode acrescentar-se, à revogação, uma indenização (assim, o “prêmio da evicção”, da Lei, de 26 de julho de 1912, de Portugal), que, à revogação, sem embargo, a não desnatura (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, Rio de Janeiro, 1959, § 3075, n.º 2, p. 270).

6. A aquisição, pela administração concedente, do acervo de bens, aplicados à execução do serviço concedido, não se opera, imediatamente pela encampação, como direta consequência desta.

Salvo os adminículos de tempo e modo de execução, e determinações acessórias, a cláusula, negocial ou legal da encampação, de regra, cria, tão só, à administração concedente o dever de pagar o valor do acervo, pertencente ao concessionário; e a êste, do mesmo passo, tão só, o despoja da “potestas tollendi” (*Dig.*, lib. V, tit. III, de hereditatis petitione, fr. 39, § 1), ou, seja, da faculdade de levantar o mesmo acervo, ou qualquer dos bens que o compuserem, para destiná-los a fim ou fins diversos.

A aquisição do acervo, de propriedade do concessionário, não refugirá, no entanto, ela própria, às normas gerais, pertinentes. Em tais têrmos, na verdade, a aquisição do acervo, empregado na execução do serviço concedido, pode, pois, dizer-se que é “o efeito de negócio jurídico (ulterior) entre a unidade estatal e a empresa, para que se dê a translação dos bens e negócios” (PONTES DE MIRANDA, *Questões Forenses, cit.*, t. IV, p. 320).

7. Ainda aqui, revela, o tema, afinidades patentes com a disciplina da locação. Não só no respeitante à “potestas tollendi” do locatário, quanto às benfeitorias voluptuárias (art. 516, 119, Cód. Civ.), em se tratando de “locatio rerum”, senão, também, em se cuidando de “locatio operis”, no tocante à aquisição, pelo dono da obra, do que já estiver executado, finda a empreitada de labor e materiais, pela morte do empreiteiro (art. 240, Cod. Com.).

Recorde-se que os sucessores do empreiteiro terão de transmitir ao dono da obra o resultado do trabalho já executado e os materiais já aparelhados, em correspondência à obrigação de pagá-los, que, ao dono da obra, a lei lhe impõe. Na regulação jurídica, negocial ou legal, da encampação, análoga é a solução que, de regra, se propõe.

Finda a concessão, pela revogação, incumbe à administração concedente pagar o valor do que está instalado e organizado, recusada ao concessionário a faculdade de

dispor diferentemente do acervo de bens empregados, até então, na execução do serviço.

A aquisição do acervo, pertencente ao concessionário, efetuar-se-á, segundo as normas gerais aplicáveis, fixado o valor daquele, ou pela cláusula mesma de encampação, ou por arbitramento, ou por acôrdo entre o concedente e concessionário.

8. A encampação, enquanto revogação da concessão, a exemplo, mais uma vez, da locação, aqui da “*locatio rerum*” (Cf. MOURLON, *Repetitions Écrites sur le Code Civil*, t. III, Paris, 1883, n.º 720, p. 327), supõe o princípio de que a execução do serviço concedido depende da prestação, “*singulis momentis*”, pela administração concedente, ao concessionário, do exercício da competência que, aquela lhe é privativa, de executar, salvas as exceções constitucionais, todos e quaisquer serviços públicos.

Cessada essa prestação da administração ao concessionário cessa, também, formalmente, o caráter publicístico do serviço, embora, materialmente, possa, êle, continuar a desenvolver-se, ainda que indevidamente, sem mudança exterior.

A cessação dessa prestação da administração ao concessionário, que, ela só, publiciza o serviço concedido, não resulta, por isso mesmo, de sair meramente, a administração, do negócio jurídico ou (resilir), senão de retirar-lhe, ela, a êste, elemento essencial, originário, e qualificativo (revogar).

9. Não é, contudo, a encampação, figura jurídica integrante do regime de execução dos serviços públicos nem pode reputar-se, como faculdade, insita “*ex natura sua*” em tôda a concessão de serviço público: a encampação reclama pacto que a autorize, ou implícito (porque a lei assim disponha), ou explícito, assim inserto no negócio jurídico de concessão.

E, posto fôsse, a encampação, complemento indispensável do regime de execução dos serviços públicos, nem

assim se justificaria dilatar-se, por implicação, à disciplina, ainda que de Direito Administrativo, das obrigações e contratos, o que se assere, como princípio geral, acêrca do regime de execução dos serviços públicos, pela circunstância, simplesmente, de que tal ou qual obrigação ou contrato incluisse como objeto da prestação a execução de um serviço público.

Entre os princípios gerais, que dominam o regime das obrigações e dos contratos, e os que informam o regime de execução dos serviços públicos, aquêles se avantajam a êstes, em extensão e compreensão, e êstes, em consequência, não se podem sobrepor àqueles (Cf. COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, t. I, Milano, 1915, § 29, p. 87). Briga, portanto, com os cânones clássicos da interpretação integrativa, a posição de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, ao escrever que êsse direito ou faculdade da administração concedente, “quando mesmo não fôsse reconhecido por lei expressa, ou estipulado no contrato, estava subentendido” (*O Direito*, t. LXXXVII, p. 564; cf. *Jêze les Principes Généraux du Droit Administratif*, t. IV. *Theorie Générale des contrats de L'Administration*, Paris, 1934, p. 234; A. de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, n.º 1137, p. 602; etc).

Melhor sentiu a essência do problema DOMINGUES ANTUNES PORTUGAL, no século XVII, quando advertiu “quod licet Deus Principibus subjecerit leges tamen non illis subjecit contractus” (*Tractatus de Donationibus Jurium et Bonorum regiae coronae*, Lugduni, 1726, t. I, lib. II, cap. XI, n.º 10, p. 170).

10. Revogação da concessão, a encampação é, de regra, adscrita a têrmo inicial, vedada antes de certo prazo, dito, alhures, “prazo de garantia” Se se cuidasse de resgate pròpriamente tal, controvertível seria a validade da opposição dêsse têrmo (Cf. CORRÊA TELLES, *ob. cit.*, t. III, n.º 368, p. 62; contra, COELHO DA ROCHA, *ob. cit.*, t. II, § 823, p. 559).

E porque revogação da concessão, a encampação, igualmente, embora como cláusula inerente, explícita ou implicitamente, ao negócio jurídico originário, não se pode efetuar, depois de expirado o prazo da concessão.

Se o concessionário, a despeito da expiração do prazo continua a executar o serviço, sem oposição da administração concedente, a revogação dessa nova concessão tácita opera-se como revogação de um precário: “qui precario concedit sic dat quasi tunc recepturus cum sibi libuerit precarium solvere” (Dig. lib. XLIII, tit. XXVI, de precario, fr. 1, § 2).

Nem aqui, sinale-se de passagem, a analogia com a disciplina jurídica da locação desaparece: “si quis ante conduxit postea precario rogavit videbitur discessisse a conductione” (Dig., lib. XLI, tit. II, de acquirenda vel amittenda possessione, fr. 10, princ.).

11. Separa-se, nitidamente, destarte, a encampação, da desapropriação. Sem cláusula, negocial ou legal, de encampação a concessão mesma, enquanto relação obrigacional ou direito de crédito, poderá ser desapropriada (SEABRA FAGUNDES, *da desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942, n.º 37, p. 42); e, suposta a cláusula de encampação, a desapropriação poderá efetuar-se, durante o termo inicial, que, àquela, lhe suspende o exercício, ou depois da expiração do prazo da concessão que, àquela, lhe tolher, de todo, a eficácia.

Conversamente, a encampação pode ter motivação que, à desapropriação totalmente repugnaria. Não é impossível realmente, que a encampação se faça por “interessi non pubblici, nel senso stretto della parola, ad esempio per fini di speculazione” (SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1912, n.º 597, p. 595). Certo, afinidade existe entre desapropriação e encampação. Esta, como aquela, funda um direito público subjetivo do Estado, sôbre bens pertencentes ao patrimônio particular.

Na encampação, êsse direito subjetivo público tem como conteúdo o poder exigir, a administração concedente, ao concessionário que não levante, êste, revogada a concessão, os bens aplicados à execução do serviço concedido, para destiná-los a fim ou fins diversos, forçando-o, de tal modo, indiretamente, a transmiti-los à administração concedente, mediante a satisfação do respectivo valor.

12. Não se confunde, por igual, a encampação, com a resolução legal por inadimplemento da concessão, de natureza contratual. Contrato bilateral, quando vasada no molde do contrato (MARIO MASAGÃO, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, n.º 168, p. 101), a concessão é suscetível de resolução legal por inadimplemento, notadamente de parte da administração concedente dada sobretudo, a feição duradoura da prestação, devida pelo concessionário. Diferentemente, porém, da encampação, a resolução legal por inadimplemento não se opera por ato unilateral da administração concedente. “O direito de resolução ou de resilição, — advertiu pertinentemente, PONTES DE MIRANDA, — é munido de pretensão à resolução ou à resilição (Código Civil, art. 1092, parágrafo único, verbis “pode requerer”). Tal pretensão tem de ser exercida, e a ela, corresponde pretensão à tutela jurídica compondo-se, com o exercício, a relação jurídica processual” (*Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 10, p. 350).

Presume-se a intenção de adimplir, e, conseqüentemente, a contestação do contratante, ao qual se quer imputar o inadimplemento, e, daí, a necessidade da ação e do processo correspondente (Cf. DOMAT, *Les Lois Civiles*, Paris, 1756, t. I, liv. I, tit. II, sect. XII, II, p. 50). Tal o princípio acolhido pelo Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União (art. 799, Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922). De outro lado a resolução legal por inadimplemento cumula-se à pretensão a perdas e danos (art. 1092, § único, Cód. Civ.).

São, essas, as perdas e danos resultantes da resolução (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 9, p. 344), a serem indenizadas, não, pelo equivalente da prestação, senão, segundo o “dano sofrido com o inadimplemento e conseqüente resolução” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 9, p. 343 e 344).

Mas, de qualquer maneira, cumular-se-ão à pretensão à resolução legal por inadimplemento.

A encampação, ou seja, meramente a revogação da concessão, quando coubesse a resolução legal desta por inadimplemento, importaria renúncia da administração concedente às perdas e danos que, em tal caso, o concessionário deveria ressarcir-lhe.

Enfim, a resolução legal por inadimplemento, em variação com a encampação, supõe a mora do devedor (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV *cit.*, § 3091, n.º 5, p. 339), com tôdas as implicações defluentes da invocabilidade do conceito.

Resposta à consulta.

- 1.^a — Pode, o Município, por inadimplemento contratual da concessionária, caracterizado por interpelação judicial não atendida, promover a rescisão administrativa, por decreto, da concessão, ou terá de solicitar o pronunciamento judicial?

A resolução legal por inadimplemento depende de cognição e sentenças judiciais, nos termos do n.º 12 da exposição.

- 2.^a — Na hipótese da rescisão administrativa, a fim de que não sofra solução de continuidade o serviço público, qual a medida cabível? Encampação não-prevista em contrato, ou desapropriação?

Ainda que sòmente admissível a resolução legal por inadimplemento, dependente da cognição e sentença judiciárias, a providência, capaz de assegurar a disposição, pela administração municipal, do acervo de bens pertencentes ao concessionário e aplicados à execução do serviço concedido, a fim de assegurar a continuidade e a permanência dêste, é, na hipótese, a desapropriação, acompanhada, quiçà, de seqüestro, se concorrentes os pressupostos indispensáveis. (Cf. SEABRA FAGUNDES, *Da desapropriação no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1942, n.º 44, p. 48). A exposição dilucida as razões da resposta.

3.^a — Em que difere, na hipótese, a encampação, da desapropriação, quanto aos resultados práticos e financeiros para o Poder concedente?

A resposta está dada na exposição (n.º 11).

4.^a — Existem outros meios, que não os administrativos para compelir a concessionária a cumprir o contrato?

Entre nós, no caso da inexecução do serviço concedido, imputável ao concessionário, caberia a providência prevista pelo art. 881, do Código Civil: “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora dêste. .”.

Sòmente, porém o Poder Judiciário poderá autorizar a execução direta, em tal caso. Advertiu agudamente, PONTES DE MIRANDA: “Se, sem julgamento prévio e sem a autorização do juiz, o próprio credor cria por si mesmo, o estado de coisas que o devedor devia produzir, impede-o de executar. Então, está liberado o devedor” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Rio de Janeiro, 1949, p. 632).

De tal sorte, poderia vir, entretanto, a administração a substituir-se ao concessionário (arg. ex art. 1003, Cód. Proc. Civ.), para a execução do serviço público, na condição de “encarregado de obra ou serviço para si mesmo, por conta de outrem que (seria) o juízo” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV *cit.*, p. 365).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Pôrto Alegre, 17 de julho de 1961.

9.

342.23

Adaptação do sistema parlamentar de govêrno aos estados.

*(Parecer elaborado pelo
Prof. Dr. Ataliba Nogueira.)*

Antes de responder às perguntas formuladas na consulta, convém estabelecer devidamente o estado da questão.

1. Desde o advento do presidencialismo nunca deixaram de surgir, no congresso nacional e em outras tribunas políticas, projetos de restauração do regime parlamentar de govêrno.

Nos últimos trinta anos, exerceu nesse sentido ação verdadeiramente apostolar o ilustre professor Raul Pilla, deputado pelo Rio Grande do Sul. São de sua lavra sucessivos projetos legislativos, no sentido da emenda da constituição federal para lhe dar o caráter parlamentarista de govêrno. Não só foi conquistando novos adeptos à sua causa, como também aperfeiçoou seguidamente a estrutura política proposta.

Ainda em época recente, aos 12 de julho do corrente ano, tornou a apresentar a sua emenda, com redação por assim dizer definitiva. Recebeu o n. 16 e foi subscrita por mais de dois terços dos deputados.

Não obstante todo êste longo e meticoloso preparo, o certo è que a sua aceitação, na reforma constitucional de 2 de setembro último, foi obra de algumas horas. Além disto, como todos avaliamos, foi medida salutar, sábia e prudente para evitar a guerra civil. Concorrem ambas as menciona-

das circunstâncias para nos explicar as alterações sofridas pela primitiva emenda e as lacunas que se notam no texto vigente.

Aliás, é o próprio Ato Adicional que alude às suas possíveis falhas, quando reconhece que a transformação do regime carece de inteireza, isto é, ao admitir que êle possa ser completado por novas leis (art. 22).

As circunstâncias históricas exigiram não só que a mudança se operasse rapidamente como ainda que fôsse feita em têrmos genéricos, sem minudências que dificultassem o acôrdo das partes em dissídio.

Quer quanto aos poderes centrais, quer no tocante aos poderes regionais, se torna indispensável acabar a obra encetada. Nem se diga que a linguagem ali é facultativa (“poder-se-á completar”, art. 22), porquanto são evidentes as lacunas e incertezas existentes, a exigirem que se consuma a obra legislativa e se remate a reforma constitucional. Foi ela por demais profunda para que dispense o acabamento.

É verdade que, dentro da boa doutrina federativa, bastaria que se ocupasse apenas com os poderes da União, sendo claro que à constituição federal incumbe só e tão-sòmente organizar a aliança (foedus) dos Estados, competindo-lhes o resto, tudo o mais, os poderes residuais ou remanescentes.

Desde, porém, que, à semelhança das últimas constituições brasileiras, o Ato Adicional foi além e se referiu à organização dos Estados (art. 24), importa aguardar a palavra do legislador constituinte, o qual declarou ser possível que voltasse a disciplinar a matéria. É o que fará, não resta mais dúvida, em face da presente atividade de uma das comissões da Câmara dos Deputados.

Atentemos apenas na transformação do regime de governo nos Estados federados. E limitemo-nos a dois pontos únicos: a) adaptação da Constituição Estadual ao regime parlamentar; b) vigência do novo regime no Estado.

2. Reza o Ato Adicional:

“As Constituições dos Estados adaptar-se-ão ao sistema parlamentar de govêrno, no prazo que a lei fixar, e que não poderá ser anterior ao término do mandato dos atuais governadores. Ficam respeitados, igualmente, até o seu término, os demais mandatos federais, estaduais e municipais”.

Se não houvesse êste dispositivo constitucional, o Estado federado podia reger-se por qualquer dos dois sistemas, o presidencial ou o parlamentar. E isto em virtude do já invocado princípio federativo de que cabe aos poderes regionais tudo quanto lhes não seja vedado pela Constituição Federal. É ela o pacto da aliança entre os Estados e tal aliança (ainda que hipotética, como no caso brasileiro) não exige nenhuma padronização, não acarreta a perda da liberdade de se organizarem livremente os Estados. A única nota importante na federação é que os Estados se despojaram de umas tantas competências, embora importantes e as entregaram à União.

É o que desnecessariamente retrata a Constituição Federal de 1946:

“Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição” (art. 18).

E, a seguir:

“Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta constituição” (art. 18, § 1.º).

Todavia, regime de govêrno não é “princípio estabelecido na Constituição” e a adoção obrigatória do mesmo regime por todos os Estados federados só pode ser exigência

expressa da Constituição, como o é agora. Fazemos tal afirmação com a devida venia do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que decidiu o contrário de quanto afirmamos no caso da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1947.

O art. 24 do Ato Adicional cogita da adaptação do novo regime aos Estados e não de cópia do modelo federal. Se a possível lei para completar o referido ato, ou futuras leis constitucionais previstas no art. 22 não trouxeram novidade em relação aos Estados, podem êles reformar as próprias constituições políticas com a maior liberdade, criando mesmo cada qual um parlamentarismo “sui generis”, sistema seu, sem se prenderem a modelos, sem qualquer padronização. É possível, assim, na federação, coexistirem vários regimes parlamentares diferentes.

Federação de Estados não supõe, em nenhum momento, padronização. Desde que seja respeitado o princípio característico do parlamentarismo, a nada mais é obrigado cada Estado. E o que caracteriza o regime parlamentar é a responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento, em voto de confiança e a responsabilidade política do Legislativo perante as urnas, pela dissolução, a qualquer tempo, da Câmara e apêlo às eleições.

Tudo o mais são adaptações do regime, são circunstâncias de tempo e lugar, exigências ora aconselhadas, ora dispensadas. Repousa o essencial apenas naquelas duas notas características. O mais, meras contingências.

3. Ponderemos, agora, a questão da oportunidade da adaptação das constituições estaduais ao novo regime.

O mesmo dispositivo que obriga a sua adaptação, determina que ela se fará somente depois de 31 de janeiro de 1963, no Estado de São Paulo, nessa ou em outras datas em outros Estados (Ato Adicional, art. 24).

Nenhuma dúvida quanto à vigência do novo regime nos Estados: será depois daquele 31 de janeiro, em data a ser fixada por lei federal.

É evidente que o termo inicial da sua obrigatoriedade será previsto na lei federal. Se se tratasse de lei estadual, bastaria o silêncio do legislador constituinte federal.

Não se cogita da lei complementar do art. 22. Estoutra será para fixar o prazo de vigência do parlamentarismo no Estado de São Paulo e em outros, depois de 31 de janeiro de 1963.

Isto significa que durante três anos (1963 a 1966) hão-de coexistir Estados presidencialistas, como Minas Gerais e outros, e Estados parlamentaristas, como São Paulo e outros, a menos que a futura lei federal pretenda unificar a vigência do parlamentarismo em todos os Estados, a partir de 31 de janeiro de 1966.

Cuida o final dêste artigo de matéria diversa, ao garantir a irrevogabilidade do mandato de todo e qualquer representante. Ora, é da essência do regime parlamentar a dissolução do Parlamento ou da Assembléia Legislativa. Logo, somente se há de ter a plena vigência do parlamentarismo no Brasil, após 31 de janeiro de 1966.

Diante de tudo isto, ressalta a impossibilidade de se intentar agora qualquer reforma parlamentarista das constituições estaduais.

Primeiramente, pode sobrevir lei federal constitucional — e mais de uma — para completar o regime (art. 22). Obrigará os Estados. Devem êles, portanto, aguardar a possível ação do legislador constituinte até o prazo a ser fixado pela outra lei, esta, sim, de existência certa e que marcará o tempo de adaptação das constituições estaduais (art. 24).

Entendemos que a última referida lei é meramente ordinária (art. 24); ao passo que a de remate do regime, se necessária, há-de ser lei constitucional (art. 22). É o que se depreende do texto, atendendo-se à finalidade: estruturação do govêrno e à exigência do quorum de maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa, exigência própria à aprovação de lei constitucional (const. fed., art. 217, § 2.º). Para a aprovação de lei ordinária basta a maioria simples.

Em segundo lugar, se a lei protrair até 31 de janeiro de 1966 o início da prática do parlamentarismo, nos Estados, que sabor atual pode ter o parlamentarismo estadual, re-quentado por tanto tempo?

A rápida mutação da nossa vida política, nos tempos atuais, aconselha também que se aguardem as possíveis normas federais e a situação política do momento em que entrar em vigor a reforma.

Em terceiro lugar, por que tanto açodamento, se pode surgir ainda outra hipótese: a realização de plebiscito (art. 25), cujo desfêcho, por sua vez, pode mudar o rumo político?

O Ato Adicional impede a adaptação parlamentarista da Constituição Estadual, antes de findo o mandato dos governadores.

Resposta aos quesitos.

Diante do exposto, passamos a responder às questões suscitadas na consulta:

1. *A legislação complementar prevista no art. 22 do Ato Adicional tem fôrça de norma constitucional?*

A referida legislação facultativa só pode ter caráter constitucional, já pela sua finalidade — perfazer a organização das instituições governamentais e o seu funcionamento, já pela exigência do quorum de maioria absoluta, própria da aprovação de matéria constitucional.

2. *Lei complementar, expedida nos termos do citado art. 22, pode conter normas que tracem diretrizes a serem obedecidas pelos Estados na adaptação das respectivas Constituições (adaptação prevista no art. 24 do Ato Adicional) com o intuito de preservar certa unidade na execução do regime parlamentar em todo o País?*

Sim. A lei ou leis que acaso sobrevenham podem pretender, com novas disposições, tornar mais eficiente a ação política, social ou administrativa dos Estados, ou, mesmo, estabelecer melhor os liames federativos entre a União e os Estados. Enfim, seja qual fôr o conteúdo de tais leis, por isso mesmo que são a constituição federal em novos desdobramentos, obrigam os Estados.

Não se trata de preservar a uniformidade do parlamentarismo em todo o Brasil.

3. *Considerando que o art. 24 do Ato Adicional determina que a adaptação das Constituições estaduais se faça em prazo “que não poderá ser anterior ao término do mandato dos atuais Governadores” — indaga-se: pode a Assembléia Legislativa proceder à adaptação referida, antes de findo o mandato do atual Governador do Estado?*

A resposta está no item terceiro da nossa exposição anterior. E é negativa.

4. *Ainda: poderá fazê-lo, se protrair a vigência da reforma para data ulterior à do término do mandato do atual Governador?*

Nem assim, uma vez que a adaptação é adstrita à promulgação da lei federal fixadora do prazo, lei sem a qual não haverá parlamentarismo nos Estados.

No terceiro item da nossa exposição justificamos amplamente o assunto.

5. *A escolha do Governador para o período governamental próximo futuro pode ser feita por forma diversa da prescrita na Constituição de 1947 (v.g. por eleição indireta), sem que isso im-*

plique desobediência ao art. 24 do Ato Adicional, quando determina que o prazo para a adaptação das Constituições estaduais não pode ser anterior ao do término do mandato do atual Governador?

A nomeação do sucessor do atual governador só pode ser feita pelo regime de eleição direta, a menos que a lei federal, prevista no referido art. 24 ou outra alterem a data e o modo de sua eleição.

Pela Constituição Federal, art. 5.º, inciso XV, letra a, é da competência privativa da União “legislar sobre direito eleitoral” Ora, aí estão as leis federais, dispendo sobre as eleições no próximo ano de 1962 e atribuindo à Justiça Eleitoral (que é federal, art. 109 e ss.) a fixação de datas e demais providências para a realização do pleito, até com a ameaça de sanções penais. E a Constituição, dispõe, ainda, que “o sufrágio é universal e direto” (art. 134).

Enquanto a União não modificar esta legislação, tem ela que ser cumprida. Não houve a sua revogação tácita.

Mesmo que se queira arredar o argumento da só competência da União em matéria eleitoral, tendo em consideração que a organização dos poderes e, pois, a eleição do governador, é matéria de ordem constitucional e não de de legislação eleitoral, mesmo assim resta o preceito do art. 24 do Ato Adicional, que atribui à lei federal a fixação do prazo para a adaptação das constituições dos Estados ao novo regime: “adaptar-se-ão no prazo que a lei fixar” Nem antes, nem depois: “no prazo”. Falece, assim, competência aos Estados para mudarem por outro agora, o sistema de eleição direta para o sucessor do atual governador. E como a adaptação, no Estado de São Paulo, terá que ser depois do dia 31 de janeiro de 1963, nem mesmo a lei federal prevista no art. 24 poderá dispor o contrário.

O governo há-de ser transferido a outro governador, que só pode eleger-se pelo atual sistema direto. Se o próximo governador assim eleito vier a perder as suas atribuições com o advento do regime parlamentar, essa há-de ser outra

conseqüência, aliás certa e prevista desde já, uma vez que não há direitos adquiridos, quando a alteração é feita pela Constituição.

6. O sistema parlamentar adotado no País impede que o Estado estabeleça, em caráter permanente, a escolha do Governador por eleição direta?

Segundo o Ato Adicional e se o seu sistema não fôr alterado por lei constitucional, o governador do Estado de São Paulo poderá ser eleito, em caráter permanente, por eleição direta.

Não é da essência do regime parlamentar a sua eleição pelo Parlamento ou Assembléia. Já dissemos que são apenas dois os característicos do novo regime: a responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento, em voto de confiança e a responsabilidade política do Legislativo perante as urnas, pela dissolução, a qualquer tempo, da Câmara e apêlo às eleições.

A maneira de se nomear o chefe de Estado (urge substituir por alguma outra, no regime parlamentar, a expressão “governador”) pode ser vária: eleição direta pelo povo; eleição pelo Parlamento; eleição por colégio especial, enorme e complexo, como na atual Constituição Francêsa; ou até o nascimento do herdeiro do trono, nas numerosas monarquias parlamentares.

Dizemos mais, o chefe de Estado foi suprimido, na Constituição Prussiana de 1920; a da Baviera, de 1946, no lugar do chefe de Estado, coloca o presidente do Conselho, eleito pela Dieta e o Conselho, com a aprovação da Dieta; igualmente não possui o chefe de Estado a Renânia-Palatinado, regida pela Constituição de 1947, nem o Estado de Saxe, constituição do mesmo ano.

Não deixa de impressionar, na história política da França, ao tempo de constituições anteriores à atual, a renúncia dos presidentes Mac-Mahon, Grévy, Casimir-Perier

e Millerand, premidos pelo Parlamento. Convenceram-se de que a suprema magistratura era carecente de meios de ação.

7. Na adaptação, o regime parlamentar deve ser transposto linearmente aos Estados, guardada, apenas, a correlação de órgãos e funções, ou pode sofrer atenuações que o ajustem à realidade sócio-política dos Estados federados, que não têm a expressão política do Estado federal?

Ao se adaptarem ao novo regime de governo, os Estados federados gozam de amplitude de organização política. Basta que consagrem, em suas constituições, as características do parlamentarismo e os “princípios estabelecidos na Constituição Federal”, consoante dispõe o seu art. 18: “Cada Estado se regerá pela constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta constituição”

Refere-se a consulta à correlação de órgãos e funções. Nem ela é exigida. Só os princípios constitucionais é que devem ser observados. Qualquer padronização há de ser repelida, como atentatória da federação. Se é tão importante ao Brasil a organização federal, a ponto de abstrusamente se lhe pretender a intangibilidade (perpetuidade no direito positivo, art. 217, § 6.º!), não é possível outro limite à autonomia dos Estados federados que o consagrado no aludido art. 18.

O direito constitucional comparado mostra-nos a variedade de organização dos Estados federados, nas diferentes federações de regime palamentar e como são êles ciosos de quanto respeita à sua competência, refugindo até a simples imitação do modelo federal.

8. É obrigatória a extensão de princípios parlamentaristas aos municípios ou êstes podem manter a sua organização atual?

Presidencialismo e parlamentarismo são regimes de governo do Estado. Município não é estado.

Diferem quanto à finalidade, natureza e poderes o Estado e o município. Só têm de comum serem ambos grupos políticos e administrativos.

Município é a associação natural e legal dos vizinhos para a obtenção de serviços comuns. Criando-se naturalmente, a regra é a diversidade de organização e funcionamento de município para município, riqueza de formas de governo, que só concorre para o bom andamento dos serviços locais. Reconhecido pela lei do Estado federado, a êste sòmente lhe incumbe articular a vida do município com a dêle (Estado) e velar para que, em seu têrmo, sejam cumpridas as leis gerais, regionais e as próprias leis locais.

Tudo o mais é ingerência indébita dos poderes centrais e estaduais no exercício dos poderes locais.

No geral, os Estados federados revoltam-se contra a intromissão da União em assuntos de sua competência, mas não se furtam às violações da autonomia municipal, a maior das quais é a padronização imposta pelas chamadas leis orgânicas dos municípios. Política de dois pêsos e duas medidas.

Respondendo à consulta, afirmamos que não é obrigatória a extensão do novo regime aos municípios, vigorando agora, até com mais clareza, a autonomia municipal, consagrada na constituição federal, art. 28.

É que o Ato Adicional (art. 24), ao se referir à adaptação das constituições estaduais ao regime parlamentar, não fêz nenhuma referência aos municípios, quando é certo que em todos os projetos do ilustre deputado Raul Pilla, o parlamentarismo também é estendido aos governos locais (p. ex. a emenda de 1954, art. 32, inciso 4.º).

A referência final do mencionado artigo do Ato Adicional só diz respeito à duração de mandatos municipais. Mais nada. E não é na suposição da mudança de sistema no município, mas para que a reforma da constituição estadual não altere os mandatos dos prefeitos e vereadores, o que

seria possível, se a referência se limitasse aos demais mandatos, com exclusão dos municipais.

Mais significativo, muito mais eloqüente o silêncio do Ato Adicional quanto à esfera municipal, quando vemos que seria imperioso disciplinar a forma de parlamentarismo adequada ao govêrno local. Como adotar-se o novo regime nos municípios em que não há secretariado local, pois na quase totalidade dêles, no Brasil, o secretário da prefeitura é simples funcionário burocrático?

Criar-se secretariado político e gabinete no grande número de municípios, para que êles constituam o govêrno de confiança da Câmara Municipal, ráia até pelo ridículo. E qual seria a função do prefeito nesse quadro esdrúxulo?

Ter-se-ia que enveredar para as referidas emendas do deputado Raul Pilla: eleição direta dos vereadores e, mediante voto da Câmara Municipal, a do prefeito (art. 32, 4.º). E a possibilidade de reeleições sucessivas do prefeito (art. 32, 2.º).

Qual dos sistemas a adotar-se? Só a pergunta já demonstra que o Ato Adicional não cogitou da extensão do novo regime aos municípios, o que seria indispensável, em face da forma expressa por que a Constituição Federal consagra a autonomia municipal (art. 28).

Repetimos, porém, o maior argumento: município não é Estado.

O seu silêncio autoriza-nos a concluir que, longe de exigir, não deseja que os municípios tenham govêrno parlamentar.

Pensamos haver respondido suficientemente às questões propostas na consulta, salvo melhor juízo dos doutos.

São Paulo, 4 de novembro de 1961.

9.

347.19:347.193

Natureza jurídica da “Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo”.

*(Parecer elaborado pelo
Prof. Dr. Miguel Reale.)*

Magnífico Reitor:

1. Em atenção ao pedido formulado por intermédio do Dr. Rafael Ribeiro da Silva, procedi a minucioso estudo da situação jurídica da “Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo”, notadamente quanto às duas questões seguintes: a) a necessidade ou não de registro da entidade, “ad instar” do que ocorre com as fundações de direito privado; b) a sua situação jurídica perante o Ministério Público, no concernente à fiscalização de suas atividades econômico-financeiras.

O problema das fundações, constituídas por força de lei para atendimento de finalidade de caráter público, tem dado lugar, ultimamente, a algumas dúvidas e equívocos que, infelizmente, já repercutiram em decisões do Poder Judiciário. Tão forte e natural é a tendência para resolver-se a questão da natureza jurídica de tais entes à luz do direito privado que as soluções de cunho civilista têm encontrado guarida até mesmo entre cultores do direito constitucional e administrativo. Por tais motivos, o assunto não pode ser considerado tranqüilo, embora já tenda a prevalecer o entendimento acertado de que, uma vez assente o caráter público do “patrimônio personalizado”, deve este reger-se por normas próprias, inadequadas que se revelam os preceitos da lei civil.

O curioso é que só recentemente, por falhas interpretações do chamado “direito autárquico”, é que surgiram dúvidas maiores a respeito da matéria, pois grandes juriconsultos do passado, como CLÓVIS BEVILAQUA, LACERDA DE ALMEIDA e JOÃO MENDES JÚNIOR, — atendendo, muito justamente, mais ao objetivo final de tais entidades do que à sua forma ou estrutura, — não vacilaram em situá-las no plano do direito público.

2. Para demonstrar a procedência dessa minha assertiva, limito-me a invocar o que se relaciona com o mais antigo dos nossos institutos universitários, a Faculdade de Direito de São Paulo, que desde os primórdios da vida republicana surge como “fundação de direito público”, havendo mesmo quem remonte tal caracterização ao tempo do Império, sem que jamais alguém se tenha lembrado de exigir-lhe prova de registro civil ou a subordinação aos órgãos do Ministério Público, para atuar como “pessoa jurídica”, na livre administração de seu patrimônio.

Em bem fundamentado e preciso Parecer, o ilustre professor HONÓRIO MONTEIRO já teve ocasião de pronunciar-se sobre êsse assunto que pode ser considerado o precedente padrão na matéria ora examinada, mostrando que pelo menos a partir de 1891 a Faculdade de Direito passou a ser uma “fundação oficial”.

Apreciando as conseqüências jurídicas do aparecimento de uma fundação dessa natureza, o eminente mestre JOÃO MENDES JÚNIOR, em relatório elaborado em 1911, na qualidade de diretor das Arcadas, após tecer considerações sobre a instituição, concluía:

“7.º — Que a personalidade jurídica dos institutos de ensino não lhes tira o caráter de fundações criadas e mantidas pela administração pública, e, portanto, não os subordina como as fundações a que se refere a Ord. L. I, tit. 62, ao Juízo da Provedoria ou à verificação judiciária

de contas, quer nas jurisdições estaduais, quer na jurisdição federal;

“8.º — Que o diretor dos institutos, segundo as regras estabelecidas desde os decretos de 8 de outubro de 1828, 16 de dezembro de 1830 e outros, prestará as suas contas ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, segundo os regulamentos e instruções da respectiva Contadoria.” (*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 20, páginas 333 e seguintes).

Tal situação jamais sofreu alteração, como acentua HONÓRIO MONTEIRO, que lembra, por exemplo, que o decreto 11.530, de 18 de março de 1915, assim como as leis posteriores, sempre consagraram o caráter público da referida fundação de ensino, subordinada exclusivamente ao Ministério da Justiça, assim concluindo:

“*Fundação de direito público ou oficial, criada pela União e transferida ao Estado com êsse caráter, tem patrimônio próprio que administra pelo seu diretor e Conselho Técnico Administrativo sob a superintendência do Estado. Não se rege pelos preceitos do Código Civil relativos às fundações privadas; norteiam-lhe a vida leis e regulamentos próprios.*”

Por isso mesmo, em lugar de competir ao Ministério Público velar pela sua administração e tomar as contas de seus administradores, como ocorre com as fundações de direito privado, a Faculdade presta as suas contas administrativamente ao Estado segundo as regras da contabilidade fiscal. É o Estado que fixa e determina as taxas e emolumentos a serem cobrados pela Faculdade; é o Estado que lhes dá aplicação dentro da finalidade para que a fundação foi criada. A Faculdade, pelo seu diretor, e demais órgãos em

que se desdobra a sua administração, arrecada as taxas e emolumentos, satisfaz as despesas que, por lei, devem correr pela sua Tesouraria e incorpora o saldo eventual ao seu patrimônio inalienável, de tudo prestando contas ao Estado.”

Com êsse ponto de vista está, aliás, acórde o pensamento de CLÓVIS BEVILAQUA que, ao referir-se às fundações criadas pelo Estado para fins de instrução pública superior e secundária, não as reduz ao plano das fundações de direito privado, ou “*verbis*”:

“Êsses institutos de ensino são *fundações submetidas às regras especiais do regulamento que as criou*, e administradas pelos respectivos diretores do Conselho Superior do Ensino e do Ministro dos Negócios Interiores” (Código Civil, comentado, volume I, págs. 232, com. ao art. 24).

3. Razão alguma existe para abandonar-se essa tese, para fazer prevalecer, anacrônicamente, a *forma extrínseca* (o fato de uma entidade de caráter público assumir a roupagem ou a estrutura das fundações de que cogita o Código Civil) sôbre a *substância* ou a *essência* da entidade, caracterizável à vista e em função dos objetivos sociais que lhe dão nascimento e legitimam as suas atividades autônomas de ordem pública.

Como já tive a ocasião de acentuar em meu livro “Nos quadrantes do direito positivo”, uma das características do Estado contemporâneo, exatamente em virtude de suas crescentes atribuições econômicas e culturais, é a transformação de sua primitiva estrutura, assente antes apenas em referências político-geográficas (União, Estados e Municípios) para assumir outras duas dimensões: a *grupalista*, à medida que as entidades sindicais vão se revestindo de funções públicas (os contratos coletivos de trabalho válidos para tôda a categoria atestam isso) e a *autárquica*, à me-

dida que determinados serviços públicos se tornam autônomos ou então surgem desde o início como “corpos autônomos”, revestidos das formas dos entes corporativos privados, civis ou comerciais.

É claro que estou tomando aqui o termo *autárquico* na sua acepção genérica, abrangendo tôdas as espécies de autonomização dos serviços públicos, desde as “autarquias” pròpriamente ditas às entidades paraestatais, às “fundações de direito público”, às “sociedades de economia mista” e às “empresas públicas”, tôdas modalidades ou graus diversos de um único fenômeno, que é o da potenciação dos meios de agir do Estado em nossos dias.

Ainda é vacilante e incerta a terminologia nesta complexa matéria, o que se explica pela natureza fluida dos conceitos que vão sendo modelados ao calor vivo da experiência, máxime no Brasil onde alguns órgãos autárquicos sofreram rápida deterioração, pelo mau vezo das “equiparações” de direitos e vantagens de seus servidores aos vigentes na esfera da administração direta, sob o impacto e as distorções devidas às influências da política imediatista.

Em linhas gerais, poder-se-ia aceitar o termo “autarquia” em duas acepções, uma lata ou genérica, e outra estrita, correspondendo esta, pròpriamente, à estrutura autônoma de um serviço público, caracterizada não só por ter personalidade jurídica, patrimônio e orçamento próprios, com independência de ação, mas também por subordinar-se à *tutela* ou ao *contrôle* de um órgão administrativo, para o qual cabem, salvo disposições em contrário, os chamados “recursos hierárquicos impróprios” (Nesse sentido, MIGUEL REALE — op. cit., p. 163 e segs. e 161 e segs., e respectiva bibliografia).

Tem-se querido reservar a denominação de “paraestatais” para tôdas as entidades que não reúnem tôdas as características de “autarquia” *estrito senso*, abrangendo, assim, as sociedades de economia mista, as fundações, etc.

Não é demais observar que o termo *paraestatal* se presta a duas interpretações diametralmente opostas, se-

gundo o ângulo por que se considera o assunto e se interpreta o prefixo grego “para”.

Segundo alguns, a paraestatalidade seria própria de certas *instituições privadas* (note-se) que estão “junto do Estado”, ou são “paralelas ao Estado”, pelo fato de receberem delegação estatal para exercer certas funções de interesse coletivo. Ao contrário, as autarquias seriam instituições de caráter público, como órgãos autônomos da administração mesma.

Com esse raciocínio perde-se de vista que as autarquias não se confundem com a personalidade jurídica do Estado, nem se confundem com a administração estatal, mas constituem *personalidades jurídicas distintas*: a personalidade jurídica da autarquia desenvolve-se também “junto à”, “paralela à” personalidade jurídica do Estado, sendo, sob esse prisma particular, também *para-estatal*. Assim é que há “autarquias federais, estaduais ou municipais”, cuja personalidade *coexiste com* a personalidade da União, dos Estados e dos Municípios.

Na realidade, a personalidade do Estado, embora distinta das autarquias e das entidades paraestatais, etc., *envolve-as* no que toca aos assuntos que ultrapassam e condicionam as fronteiras da “autonomia”, o que explica, por exemplo, a figura da tutela administrativa e a existência de recursos hierárquicos impróprios.

5. O que existe no domínio do direito autárquico é uma gradação de autonomias, através de uma multiplicidade ou de uma gama de entidades tendentes a dar plasticidade à ação do Estado, quer isolada, quer em conexão com a atividade privada, e, outrossim, através de diversos “esquemas jurídicos”, modelados às vêzes segundo as categorias plásticas do direito civil.

Considerando a questão sob os prismas aqui lembrados, parece-me perfeitamente procedente o ponto de vista daqueles que consideram *paraestatais* não as “entidades privadas” revestidas de munus público, mas antes aquêles entes autárquicos que mais se achegam à pessoa jurídica do

Estado, atuando *como se fôsse o próprio Estado*, com menor índice de autonomia, até ao ponto de serem os seus servidores *funcionários públicos*.

Mas, abstração feita dessa questão terminológica, ligada ao prefixo *para*, na qual entra sempre larga margem de convenção, conforme o ponto de vista adotado, o importante é reconhecer que, na escala gradativa das entidades autárquicas (*lato senso*), não pode prevalecer a tese relativa ao *caráter jurídico privado* das fundações oficiais, das sociedades de economia mista ou das empresas públicas. A *regra*, ao contrário, é a publicidade de tais entidades, o que não quer dizer, absolutamente, que, consagrado este critério, ficariam equiparadas aos órgãos da administração direta, com os privilégios, por exemplo, de fôro privativo ou a subordinação de seus servidores às normas estatutárias do funcionalismo civil.

Diga-se, de passagem, que nada impede que o Estado, mediante lei, crie uma *fundação de natureza privada*, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de caráter “não governamental”. Está no poder do legislador fazê-lo. Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivos, sem lhe emprestar, *de maneira expressa*, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização.

Há casos em que, não obstante haver formalidades civis, a fundação não pode ser rigorosamente considerada uma entidade civil. É a hipótese, por exemplo, da “Fundação Universidade de Brasília”, cujo Conselho Diretor é nomeado pelo Presidente da República, renovando-se cada dois anos pela metade, mediante escolha presidencial em lista triplíce (Cf. Lei n.º 3.998, de 15 de dezembro de 1961, e decreto n.º 500, de 15 de janeiro de 1962). Dificilmente

se pode conceber como sendo de caráter privado uma entidade que tem a sua *gestão financeira subordinada à apreciação final do Tribunal de Contas da União*, nos termos da Lei n.º 4.024 de 17 de dezembro de 1961, artigo 21, § 1.º, tal como estatui o decreto n.º 500, art. 22, § 2.º.

Aliás, a expressão “não governamental”, inserida no art. 4.º do Decreto n.º 500, que institui a Universidade de Brasília, não é bastante para privá-la de seu caráter de *pessoa de direito público*, cuja configuração não se reduz ao padrão da pessoa jurídica estatal, mas assume expressões múltiplas.

Compreende-se o louvável intuito dos que procuram recusar caráter público a entidades outras que não as “autárquicas” especificamente consideradas: é o receio de que por serem públicas, acabe o legislador por contaminá-las com equiparações indevidas, convertendo-as, aos poucos, em corpos burocratizados, tal como se deu com os órgãos autárquicos.

Considerá-las de direito privado será, porém, paravento frágil para conter a ventania demagógica da “estatização” que varre o País: melhor será trabalhar no sentido de infundir-se no espírito de nossos legisladores a consciência dos objetivos de plasticidade e de rendimento que se têm em vista quando a ação do Estado se amolda às categorias conceituais do direito privado, visando-se infundir-lhe o espírito inovador e mais fecundo da “livre-empresa”

Parece-me, pois, acertado distinguir no vasto gênero das pessoas jurídicas de direito público, além das espécies já conhecidas, duas outras, distintas segundo nelas prevaleça a “estrutura” pública ou privada, muito embora sem perda, é claro, de seu caráter público.

A caracterização privatista que se pretende conferir a entidades como as sociedades de economia mista põe problemas insolúveis, como seja, por exemplo, o de explicar a possibilidade de *ação popular* contra os seus diretores (Const. art. 141, § 38) a sua possível subordinação a órgãos administrativos, na forma da lei que as instituir; o cabi-

mento de mandado de segurança contra violações de direitos líquidos e certos perpetradas por seus dirigentes; a caracterização penal dos crimes de seus servidores ou contra o seu patrimônio, à luz dos princípios e normas penais vigentes na esfera da administração pública, etc..

Para evitar tais dificuldades e absurdos, a que nos levaria uma sistemática jurídica fundada em pressupostos puramente privatistas, melhor será, portanto, reconhecer que as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações oficiais (*qualquer que seja o seu conteúdo, ou objetivo, cultural, econômico, técnico ou assistencial*) constituem, no vasto gênero das “autarquias” ou, se quizerem, dos “*entes públicos autônomos não territoriais*”, uma classe “a se”, a das “*autarquias de tipo privado*”, ou “de estrutura privada”.

É nesse sentido que se desenvolve a doutrina italiana mais recente, como resulta dêste passo de RENATO ALESSI:

“d) In fine, in relazione alla sfera di diritto in cui si manifesta prevalentemente la loro azione, gli enti pubblici possono essere distinti in enti *con prevalente capacità di diritto pubblico*, ed enti *con prevalente capacità di diritto privato*. Questa distinzione è dovuta alla tendenza moderna a configurare sempre più largamente enti pubblici aventi un’attività fondamentale regolata dal diritto privato ed è importante in relazione alla tendenza, per ora accennata ma meritevole di essere assecondata, del diritto positivo, a fare della categoria degli enti pubblici aventi una attività svolgentesi fondamentalmente nel campo del diritto privato, una *categoria di enti pubblici sottoposti ad un regime tale da presentare più o meno spiccate deviazioni dal regime normale delle persone giuridiche pubbliche*” (Cfr. RENATO ALESSI, *Diritto Amministrativo Italiano*, Milano,

1953, p. 57; Cfr. também DE FRANCESCO, *Personne giuridiche pubbliche*, p. 25).

6. Manda, por conseguinte, a prudência que, ao invés de contentarmo-nos com classificações abstratas, se atente à gênese, à estrutura e aos objetivos de cada entidade.

Pois bem, se examinarmos a “Fundação de amparo à pesquisa” à luz de seus objetivos, entra pelos olhos o seu caráter ineludivelmente público, a começar pelo assento legal que lhe dá origem, o art. 123 da Constituição de São Paulo que reza:

“Art. 123 — o amparo à pesquisa científica será propiciado pelo Estado, por intermédio de uma fundação, organizada em moldes que forem estabelecidos por lei.

Parágrafo único — Anualmente o Estado atribuirá a essa fundação, como renda especial de sua privativa administração, quantia não inferior a meio por cento do total da sua receita ordinária”

O simples fato de prever-se, obrigatoriamente, num texto constitucional, tão alta dotação percentual da receita ordinária do Estado para determinado ente, já revela que a Fundação não se destina à consecução de fins privados, mas visa à realização permanente de um serviço que ultrapassa as possibilidades ou o campo de interesse das iniciativas particulares, consciente que estava o legislador constituinte da imprescindibilidade de intervenção oficial no domínio das pesquisas desinteressadas, das que não se resumem a atender a reclamos imediatos da aplicação técnico-industrial.

Por outro lado, da Lei n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960, resulta claramente a subordinação direta da fundação ao Governo do Estado, o qual indicará *livremente* 6 (seis) dos 12 (doze) administradores da entidade, procedendo à

escolha dos restantes em listas triplices, uma organizada pela Universidade, outra por Institutos de Ensino Superior e de Pesquisa, oficiais ou particulares (art. 7º). Cabe ao Governo ainda a escolha do Presidente e Vice-Presidente da Fundação (art. 10º).

Além disso, qualquer modificação estatutária dependerá de aprovação do Executivo estadual (art. 8º, I), assim como todos os membros do Conselho Técnico-Administrativo são de nomeação governamental.

Ora, uma entidade com tais características não pode senão ser reputada “pessoa de direito público”, subordinada aos preceitos da lei que determinou a sua instituição, assim como do regulamento que vier a ser expedido.

O fato, por exemplo, de ficarem os seus servidores sujeitos ao regime de legislação trabalhista, — o que não é apenas louvável, mas imprescindível, — não basta, porém, para tirar-lhe a qualidade de “fundação de direito público”, o que se explica pelo tipo ou estrutura privada que o legislador julgou de bom alvitre emprestar-lhe.

Assim sendo, as contas da Fundação em aprêço refogem do contrôle do Ministério Público, para enquadrar-se, próprio, no âmbito das atribuições do Tribunal de Contas do Estado, como, aliás, já foi reconhecido por êste colendo órgão, conforme decisão tomada a 7 de abril último.

7 Pergunta-se se é imprescindível a inscrição dos atos constitutivos da Fundação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para adquirir “personalidade jurídica”

Parece-me que não. As entidades oficiais resultam da lei e dos regulamentos que lhe dão vida, defluindo a publicidade ou o seu conhecimento comum da promulgação do ato legislativo e seus consecutórios.

As vêzes, o legislador prevê o registro dos atos constitutivos das entidades, sejam elas *autarquias*, *fundações* ou *associações*, mas tal exigência não é essencial, mas de caráter facultativo, e, a meu ver, *redundante*, brotada, como

já antes salientei, do receio de que tais corpos autônomos possam se “burocratizar”.

Assim, por exemplo, reza a lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961) em seu artigo 81 o seguinte:

“*Art. 81* — As universidades serão constituídas sob a forma de *autarquias, fundações* ou *associações*. A inscrição do ato constitutivo no registro civil das pessoas jurídicas será precedida de autorização por decreto do Govêrno federal ou estadual”.

Ora, se o registro exigido em tais casos, — de valor puramente formal, — tivesse a virtude de tornar *civis* os referidos entes, forçoso seria reconhecer que o mesmo aconteceria com as “autarquias” das quais cogita também o *caput* do art. 81.

Na realidade, êsse curioso registro civil de “autarquias” e “fundações oficiais”, etc. está a demonstrar a que descaminhos podemos ser levados quando deixamos a via ampla e necessária dos princípios gerais que governam e discriminam os conceitos, as categorias e os esquemas sistemáticos que fazem do direito um “*lucidus ordo*”.

Mas o preceito citado da Lei de Diretrizes e Bases só se refere às Universidades, sem merecer consagração e aplausos em outros setores da atividade do Estado.

Em conclusão, quer parecer-me fora de dúvida que a “Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo” é uma pessoa jurídica de direito público, embora de tipo ou modelo privado, não sujeita às normas do Código Civil, mas sim à lei e aos regulamentos baixados pelo Estado.

Esperando ter dado, assim, desempenho à honrosa incumbência que me foi conferida, apresento ao ilustre Reitor os meus cordiais cumprimentos.

São Paulo, 18 de maio de 1962.

9.

341.25

Secretário Geral da Organização das Nações Unidas na Academia.

Em sessão presidida pelo Magnífico Reitor da Universidade, Prof. Dr. ANTÔNIO DE ULHÔA CINTRA, realizada no Salão Nobre a 8 de agosto do corrente ano, foi recebido nesta Faculdade o Secretário Geral Interino da Organização das Nações Unidas, U THANT.

Visitando o Brasil a convite do Exmo. Sr. Presidente da República, proferiu S. Exa. naquêlê ensejo brilhante conferência, desenvolvendo o tema *A Década do Desenvolvimento das Nações Unidas*¹, em que pôs em destaque o plano de assistência da ONU aos países em desenvolvimento, através de programas de mobilização de recursos humanos, naturais e técnicos, para a consecução de um futuro equilíbrio econômico e social entre as Nações.

Saudou o ilustre visitante em nome da Faculdade o Prof. Dr. ERNESTO DE MORAES LEME, que proferiu o seguinte discurso:

Discurso de saudação ao Secretário Geral das Nações Unidas.

Excellence,

Le décès de DAG HAMMARSKSJOELD avait plongé le deuil au sein des Nations Unies. Tout le monde s'est épris d'émo-

1. V. *A década do desenvolvimento das Nações Unidas*, conferência proferida pelo Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, na secção "Conferências e Discursos", dêste volume.

tion à l'égard de son sacrifice et le problème de la succession du Secrétaire Général a été objet de préoccupation de tous les gouvernements.

Il était très difficile, en effet, trouver un homme avec les qualités de votre prédécesseur pour assumer les responsabilités du Secrétariat. Son tact diplomatique, sa sagesse, son charme personnel, sa dévotion extrême au service de l'Organisation, le domaine complet des affaires politiques de toutes les nations, la confiance des hommes d'État de tous les continents, faisaient de HAMMARSKSJOELD le Secrétaire idéal. En outre, l'élection du plus haut fonctionnaire de l'ONU est soumise à des règles sévères : la recommandation du Conseil de Sécurité et le suffrage de l'Assemblée Générale.

Ce ne fut point par hasard que les attentions des Puissances ont été fixées sur le Chef de la Mission de Birmanie, l'éminent professeur et diplomate, qu'il y avait déjà quatre ans prêtait sa collaboration aux services des Nations Unies.

De la chaire du Collège National de Pontanaw vous avez passé au Conseil National d'Éducation, à la Direction de la Presse de Birmanie, à la fonction de Secrétaire du Gouvernement. Et vous avez eu l'opportunité de mettre en relief votre expérience diplomatique accompagnant le Premier Ministre U Nu en plusieurs conférences internationales.

Votre premier contact avec l'Organisation des Nations Unies s'est effectué pendant la 7ème Session de l'Assemblée Générale, en qualité de membre de la Délégation de votre pays. L'impression que vous avez laissée parmi vos collègues de l'ONU a été inoubliable. Votre discrétion et votre modestie n'ont pu jamais cacher l'intellectuel et l'homme de volonté ferme qui s'est révélé dans les luttes politiques de votre Patrie. D'ailleurs, les ouvrages que vous avez consacrés à l'étude de la Société des Nations et aux problèmes de l'Éducation étaient une expression de votre culture, couronnée, en 1961, avec la publication des trois volumes de votre *Histoire de Birmanie dans l'Après Guerre*.

Tous ces attributs vous ont élevé à la haute fonction de Secrétaire Général *ad interim* et vous avez renoncé à la

représentation du gouvernement de Rangoon auprès des Nations Unies pour recevoir la représentation des Nations Unies auprès de tous les gouvernements.

S'il est vrai que l'Organisation ne constitue pas proprement un État, ni un Super État, elle possède, de quelque manière, les organes du Pouvoir Public qui sont l'apanage des États souverains: l'Assemblée Générale est son Pouvoir Législatif, le Conseil de Sécurité est son Pouvoir Exécutif, la Cour Internationale de Justice est son Pouvoir Judiciaire. Et je crois n'être pas en erreur assimilant d'une certaine façon la mission du Secrétaire Général à celle du Premier Ministre.

“Une Organisation comme celle des Nations Unies”, écrit MARCEL SIBERT, (*Traité de Droit International Public*, II, 782), “requiert chez ses agents et la connaissance des affaires internationales et l'aptitude à s'assimiler la variété des problèmes politiques, économiques et sociaux que suscitent chaque jour les relations entre États”. Et comme “tous les membres du personnel sont soumis à l'autorité du Secrétaire Général et, dans l'exercice de leurs fonctions, sont responsables devant lui”, la responsabilité de ce fonctionnaire a une étendue plus considérable encore.

De la Grèce à nos jours l'idéal de collaboration parmi les peuples au but de garantir la paix a obtenu un grand avancement. Même de la Société des Nations aux Nations Unies l'évolution a été formidable. Mais, nous n'avons pas abouti à une société internationale ayant une suprématie complète sur tous les États, la justice internationale réglant les différends entre les nations. On dira que c'est un rêve; mais, un rêve qui sera la réalité de l'avenir. Comme disait notre compatriote RUY BARBOSA, “pour les événements qui font l'histoire, qu'est-ce que le temps d'une ou deux générations? Ce n'est plus, dans le mouvement du monde, que l'espace d'un jour au lendemain”.

La Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 a réalisé, de quelque sorte, l'idéal de justice que l'on avait songé. Ayant comme leur but maintenir la paix et la sécurité

internationales, développer les relations amicales entre les nations, réaliser la coopération internationale, en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, obtenir le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, elle est en vérité le forum universel où tous les pays, grands et petits, faibles ou puissants, font prévaloir leur vote et font écouter leur voix.

La haute mission que vous exercez, U THANT, vous donne la possibilité d'être l'intermédiaire entre deux mondes et d'être le délégué des aspirations universelles auprès des Nations Unies. En agissant en toutes réunions de l'Assemblée, du Conseil de Sécurité, du Conseil Économique et Social, du Conseil de Tutelle, selon l'article 98 de la Charte, le Secrétaire Général doit remplir toutes les fonctions déterminées par ces organes. Et dans le rapport que vous présenterez à la XVIIème Session de l'Assemblée Générale nous aurons le plaisir de constater l'activité magnifique que vous avez exercée pendant la première année de votre labour au service de la Paix.

Nous sommes convaincus, comme vous même, que "celui qui veut obtenir la paix ne peut pas s'enfuir du combat pour la paix". Et je peux répéter les paroles que vous avez énoncées en quelque part: "Je crois que le monde a besoin désespéré et urgent de l'ONU, aujourd'hui plus que jamais. Je pense que l'ONU n'est pas un rêve, mais notre seule espérance et notre unique réalité".

Dans ce moment de si grandes difficultés, visitant le Brésil par la première fois, vous avez choisi l'ambiance de cette Faculté de Droit, la plus ancienne du pays, pour transmettre à nous tous votre message. Nous en sommes très reconnaissants.

Le Brésil a été toujours un pays pacifique. Dans un texte formel de sa première Constitution Républicaine il a proscrit la guerre de conquête, directe ou indirecte, soit par

soi même, soit en raison d'alliance avec une autre nation. L'arbitrage obligatoire fut inscrit dans les lignes de la même Charte. Et dans la Deuxième Conférence de La Haye, en 1907, notre représentant, RUY BARBOSA, a levé l'étendard de l'égalité de tous les États. Notre collaboration aux travaux de l'ONU fut intégrale, depuis le premier moment.

M. le Secrétaire Général, l'Université de São Paulo et sa Faculté de Droit vous reçoivent comme un apôtre de la Paix et vous rendent leurs hommages en vertu d'une vie consacrée au Bien et songeant au bonheur de toute l'Humanité. Et nous vous demandons seulement que, en retournant demain au centre de vos activités à New York, en voyant le drapeau brésilien parmi les cent quatre drapeaux des membres de l'ONU, vous aurez une pensée de sympathie et d'amitié à notre égard, bénissant l'heure que vous avez passée au sein de cette Faculté de Droit, entre vos collègues d'enseignement et vos frères d'idéal.

9.

32:378(81)

A Faculdade de Direito e a situação nacional.

No decurso do mês de agosto de 1962, tendo em vista as continuas ameaças e maquinações contra a ordem jurídica constituída, a quase totalidade dos professôres, catedráticos e livres docentes, da Faculdade de Direito da USP deliberou dirigir um manifesto à Nação, sôbre cuja ressonância dão eloqüente testemunho os documentos que a seguir se publicam.

Proclamação da Faculdade de Direito.

“Os professôres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fiéis à sua tradição de constante e inalterada salvaguarda dos princípios da legalidade democrática, sentem-se no dever de tornar públicos a sua apreensão e o seu protesto em face das reiteradas violações da Constituição e das leis por parte daqueles que têm em vista o desprestígio das instituições vigentes, para obter, através de múltiplas manifestações de fôrça, resultados que só seriam legítimos se obedecidas as normas que disciplinam o exercício dos poderes da República.

Os que esta subscrevem não são todos adeptos do parlamentarismo, mas todos condenam, sem discrepância, quaisquer processos tendentes a subtrair ao Congresso Nacional a competência que a ordem constitucional lhe confere para realizar as reformas que mais convenham à Nação, graças ao livre pronunciamento dos partidos políticos que representam a opinião pública do País.

Não ignoram os mestres desta Casa, mas antes reconhecem e proclamam a necessidade de revisões em nossa estru-

tura econômica, social e jurídico-política, mas, quanto mais graves e urgentes os problemas a resolver em benefício do povo, maior deve ser a garantia reconhecida aos processos democráticos do governo e mais prudente a ação do Estado, o que só pode ser obtido pela fidelidade à Constituição, sem a qual não há planos e programas que vinguem nas Nações que amam e praticam a liberdade.

No entanto, campeia, em todos os setores e camadas sociais, a propaganda de elementos subversivos e anti-democráticos, os quais se aproveitam da omissão, quando não da conivência dos responsáveis pela ordem pública.

Entidades sindicais, dignas de todo aprêço e louvor no âmbito das respectivas competências, arvoram-se em mentores do destino do País, lançando mão de greves políticas, altamente prejudiciais aos interesses das massas obreiras, com o intuito ilícito de impor programas de governo e nomes de ministros; organismos estudantis, convertidos em instrumentos de subversão das hierarquias universitárias, provocam a deserção dos bancos acadêmicos, dominados por uma minoria ativista que mal disfarça os seus desígnios revolucionários; e, enquanto tal acontece, os órgãos estatais se omitem, tomados de pânico, como se fôsem desconsoladas testemunhas da dissolução progressiva do princípio de autoridade.

Felizmente, é do seio das próprias classes trabalhadoras, e é de grêmios de ginasianos e universitários que brota a reação salutar contra a desordem, como um toque de alerta e de chamado a todos os homens responsáveis do País, a fim de que não sejam postergadas as tradições cristãs de nossa formação histórica, nem violentada a consciência cívica do povo brasileiro, cuja maturidade política se quer afrontar através de pronunciamentos anacrônicos e intempestivos.

A prova cabal do caráter revolucionário do movimento desencadeado no âmbito universitário têm-na na circunstância deveras impressionante de ter-se recorrido à greve logo no início do ano letivo, quando as Universidades se

aprestavam a adaptar-se aos preceitos da nova lei de diretrizes e bases, que veio possibilitar maior autonomia aos institutos de ensino superior. Obedecendo a um plano adrede preparado, levantou-se a bandeira da representação de um têrço do corpo discente nos órgãos dirigentes da Universidade sem se invocar um só exemplo salutar de grande Nação, do mundo ocidental ou do campo totalitário, que admita tal inovação subversiva na estrutura de entidades que devem ser norteadas tão somente pelos valores da inteligência e da cultura, do preparo metódico e da pesquisa científica, a salvo de arremetidas demagógicas, da inexperiência ou da improvisação.

Ao mesmo tempo, em nossa Faculdade, invocando a nulidade de um concurso, matéria ainda pendente do julgamento dos órgãos próprios da Universidade, de acôrdo com os ditames da lei, o Centro Acadêmico XI de Agôsto, que devia ser o primeiro a respeitar o direito constituído, deflagra uma greve sem sentido, cujo último episódio é a ocupação pela violência das Arcadas, bastião no passado das mais nobres campanhas cívicas, hoje ameaçadas de se converterem em valhacouto de agitadores.

Estão certos os professôres de que a grande maioria dos estudantes não comunga com os planos de subversão que se ocultam nas dobras das mais edificantes reivindicações culturais ou políticas, mas, ontem como hoje, é tão condenável quem pactua com a desordem nas assembléias, como quem delas deserta por comodismo ou cálculo, aliando o ócio fácil à fuga às atitudes francas e corajosas.

É diante dêsse quadro de intranqüillidade e violência que agita e conturba a Nação, quando o que mais se arrisca de perder é o senso dos valores morais, que nós, professôres do mais antigo instituto de ensino jurídico do País, medindo todo o pêso de nossas responsabilidades perante a história, consideramos necessário unir o nosso brado ao daqueles que já se dispuzeram a mostrar à pátria que nada há mais melancólico do que uma maioria privada da consciência de

sua fôrça, nem nada mais vil do que o silêncio no instante em que é mistér decidir entre a liberdade e a opressão, para sermos dignos da tradição democrática do povo brasileiro.

São Paulo, 9 de agôsto de 1962.

Luis Antônio da Gama e Silva
J. J. Cardoso de Melo Neto
Waldemar Martins Ferreira
Alvino Ferreira Lima
Vicente Ráo
Antônio Ferreira de Almeida Júnior
Ernesto de Moraes Leme
Honório Fernandes Monteiro
Noé Azevedo
José Soares de Melo
Basileu Garcia
José Carlos de Ataliba Nogueira
Miguel Reale (relator)
Theotônio Monteiro de Barros Filho
Luis Eulálio de Bueno Vidigal
José Pinto Antunes
Sílvio Marcondes Machado
Alfredo Buzaid
Moacir Amaral Santos
Washington de Barros Monteiro
Nicolau Nazo
João de Deus Cardoso de Melo
José Antônio de Almeida Amazonas
Esther de Figueiredo Ferraz
José Loureiro Júnior
Alexandre Augusto de Castro Correia
Antônio Chaves
Luis Araújo Correa de Brito
Vicente Marotta Rangel
Sílvio Rodrigues

Oscar Barreto Filho
Fernando Henrique Mendes de Almeida
Celso Neves
Luís Ambra
Guilherme Percival de Oliveira
João Batista de Oliveira e Costa Júnior
Paulo Carneiro Maia
Oto de Sousa Lima
José Luís de Anhaia Melo
Geraldo de Ulhôa Cintra.

**Repercussão e apoio dos antigos alunos da Faculdade
ao manifesto dos professôres.**

A proclamação supra logrou a mais alta repercussão tanto em São Paulo como nos demais Estados da Federação. Logo no dia 11 de agosto, durante o almôço de confraternização, o Diretor da Faculdade recebeu o seguinte documento:

“Nós, antigos alunos da Faculdade de Direito de São Paulo, ao ensejo das comemorações da Fundação dos Cursos Jurídicos, no Brasil, queremos consignar o nosso irrestrito apoio e o mais vivo aplauso ao manifesto dos professôres da Academia do Largo de São Francisco, cujos têrmos bem traduzem os sentimentos de todos os que mantêm vivas as tradições de civismo e de cultura da nossa Escola e o pensamento dos verdadeiros democratas brasileiros. São Paulo, 11 de agosto de 1962. (aa) — Pedro Chaves, Luis Pinto Serva, Theodolindo Castiglione, Osvaldo Pinto do Amaral, João de Azevedo Carneiro Maia, J. B. de Arruda Sampaio, Leoncio Ribas Marinho, Cid B. de Castro Prado, Lucio Cintra do Prado, Jayro Franco, Boanerges do Amaral Gurgel, A. Padua Nunes, Gaspar E. Passos, Cassio Egydio de Queiroz Aranha, Ruy Pinho, Luiz de Azevedo Castro, Oscar de Andrade Coelho, Paulo de Mesquita, José M. de Alencar, Oreste Bianco Dicessa, Octavio de Barros, N. Pinto e Silva, José V. Bueno, José J. Legaspe, José Roberto Lima, Tulio Martins,

Paulo Mendes, J. C. R. Geribello, Acacio Rezende, Vergniaud Elyseu, Romeu Orio, Antonio Cardoso, A. Godoy, Plinio de Mello, Cyro Christiano de Souza, Joviro Gonçalves Foz, Roberto Maldonado Loureiro, Francisco Lobo Filho, Ubirajara Martins, Breno de Toledo Leite, Heladio Capote Valente, Emilio Ippolito, A. C. de Camargo Viana, João Leonel Meira, A. S. Castilho Pereira, Azevedo Pinheiro, A. Mercado Junior, Francisco de Barros Pinheiro, João de Vasconcelos, Laerte Fleury de Oliveira, Otavio Uchoa da Veiga, João Bernardes da Silva, Roberto Victor Cordeiro, Renato Taglianetti, Sylvio Novais, Raul Leme Monteiro, Gabriel de Almeida Gatti, Luiz Carlos Galvão Coelho, Gerson de Oliveira, Oscar Barbosa Filho, Lotello Giannelli, Cassio Ribeiro da Silva, Jorge Feldmann, Caio de Lima Correa, Gilberto Barcellos, Eubis Amaral, Clóvis Costa Correia da Silva, Marigildo de Camargo Braga, Jorge B. Hirs, Miguel de Araújo, Luciano Ferreira Leite, José Eduardo Ferraz Monaco, Vieira Neto, Roge de Carvalho Monge, Ruy Sodré, Sebastião Carneiro Giraldes, Laurindo Minhoto, Felizardo Calil, João Gualberto de Oliveira, Alcyr de Toledo Leite, José Eduardo Bento Vidal, Paulo P. de Faria e Silva, Moacyr Cunha Fonseca, Carlos Casimiro Costa, Celso Dias de Moura, C. B. Livramento, Antonio Marzagão Barbutto, Octavio Augusto Machado de Barros, Valencio de Barros, Carlos Galvão Vicente de Azevedo, Raphael Carneiro Maia, Afonso Gutierrez, Miguel Ferreira da Silva Netto, Valentim Alves da Silva, Antonio Fonseca Rosa, Luiz Swartman, Péricles Rolim, Antonio Tupinambá Vampré, Gastão de Campos Mello, Marcelo Pais Barreto, A. Pavan de Souza Marques, Maria Aparecida de A. P. Galvão, Luiz Cassio dos Santos Werneck, Ricardo Barros, Vicente de Oliveira Andrade, Armando Marcondes Machado Junior, Paulo Godoy Moreira, Aloysio G. Martins, Marina Reis de Oliveira, Hugo Muniz, Edy de Campos Silveira, João Leal de Rezende, Cícero Sampaio, Licínio Silva Filho, Paulo Valle Nogueira, Ruy Cardoso de Melo Tucunduva, Alfredo Gomes, Leon Frejda Szklarowsky, além de centenas de outras assinaturas.

Carta do ex-presidente Altino Arantes.

Especial destaque merece a carta que o Professor Gama e Silva recebeu do Dr. Altino Arantes ex-presidente do Estado de São Paulo, redigida nos seguintes termos:

“A Vossa Excelência e, por seu alto e benévolo intermédio, à ilustre e douta Congregação dessa querida Casa, onde aprendi a cultivar o Direito e a respeitar a Lei, peço venia para apresentar minhas sinceras congratulações pelo oportuno manifesto, no qual tão brilhante quanto corajosa e patrioticamente se pronunciaram sôbre os acontecimentos que neste grave momento ensobram os horizontes sociais e políticos da nossa Pátria. Atenciosas saudações. as.) ALTINO ARANTES”

Manifestação de outros grupos sociais.

De outras camadas e círculos sociais, partiram manifestações de aplauso à corajosa atitude dos Mestres desta Casa, tendo a imprensa dado a notícia da seguinte proclamação subscrita por inúmeros professôres universitários, estudantes, agricultores, operários e demais classes sociais.

“Não há quem, de boa fé, não sinta ou não reconheça que a Democracia brasileira está em perigo, tais e tantas têm sido as violações perpetradas contra a Constituição e as leis, como ainda foi recentemente proclamado pela gloriosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no manifesto com que denunciou à Nação os planos de subversão da ordem democrática, mediante crises artificiais sucessivas, promovidas pelos que pretendem solapar as bases das instituições vigentes.

“Efetivamente é esta a hora das definições francas e corajosas, afim de que o sentimento real e autêntico do País se revele e se positive, desmascarando-se a imagem postiça fabricada por uma minoria ousada, que quer nos desviar

de nossa vocação histórica de amor à liberdade e de fidelidade aos valores da civilização cristã.

“É deveras impressionante que, às vésperas de eleições gerais, na iminência da convocação do eleitorado para o seu pronunciamento soberano, se queira obter, através de tôdas as formas de compressão, soluções forjadas de afogadilho, sob o signo da improvisação, a pretexto de salvação pública, quando as reformas fundamentais devem merecer o estudo sereno e cuidadoso da Câmara dos Deputados e do Senado, que não podem abdicar de suas competências e prerrogativas constitucionais.

“Não vamos indagar aqui da conveniência ou não dos projetos de lei delegada, apresentados em profusão pelo atual Conselho de Ministros, alguns versando matéria da mais alta relevância e gravidade, porque o que desde logo sobreleva é a verificação de que se está querendo converter a exceção em regra, tal a avalanche das proposições, o que demonstra que o que se quer é menos realizar reformas, — insuscetíveis de serem efetivadas por um Gabinete de transição, — do que confundir a opinião pública e fortalecer os poderes governamentais, armando-os para não confessados desígnios.

“Não é por falta de leis que perece a Nação, mas por falta de estadistas que honestamente cumpram e façam cumprir as já existentes, sem converterem as chamadas “reformas de base” em massa de manobra para a satisfação de ambições ou de ressentimentos pessoais, de que se valem extremistas da esquerda e da direita para insuflar as suas doutrinas deletérias.

“Para os comuno-nacionalistas, em verdade, asseguraram-se tôdas as liberdades, entre os aplausos e com a conivência de inocentes úteis de todos os matizes, inclusive de capitalistas que se iludem pensando poder tirar proveito de alianças espúrias com declarados adversários da iniciativa privada e da livre emprêsa, ao passo que numa discriminação odiosa, nega-se até a Governadores o direito de usar do rádio e da televisão, como se a pessoa jurídica do

Estado se confundisse com as dos detentores do Poder Executivo Federal.

“Os signatários deste documento não se reúnem, pois, visando a qualquer interesse político partidário, nem à defesa de quaisquer interesses privados, mas com o fito exclusivo de alertar a Nação para a gravidade da hora presente, gravidade esta que atingiu o seu limite crítico, já ameaçando comprometer a unidade nacional, violentando a nossa consciência cristã e democrática, tentando reduzir o Brasil a um campo estagnado, onde só poderão medrar os germes da dissolução e do totalitarismo facista ou comunista, inteiramente contrários à nossa índole e às legítimas aspirações de nossa gente.

“É com grande pesar que vimos observando a fabricação de crises contínuas em todos os planos da vida brasileira — crise moral, crise na ordem política, crise na ordem social, crise na ordem econômica, crise de desesperança, gravíssima crise educacional que compromete o futuro da pátria, crise de confiança e de autoridade, do que tudo resultará a transformação de nosso país em um ajuntamento de homens sem destino e sem fé.

“Não é preciso entrarmos na análise detalhada da ingerência de elementos destruidores onde quer que surja um valor espiritual ou uma criação da autêntica civilização brasileira, mas não podemos assistir imperturbáveis à tenebrosa revolução que, sob a aparência de justiça econômica e social, se vem processando intensamente, com o intuito de fazer ruir tudo o que foi laboriosamente construído em prol da dinamização de nosso verdadeiro desenvolvimento.

“A serem consumados tais desígnios, que infelizmente somos obrigados a denunciar como partindo de elementos infiltrados nas altas esferas governamentais, chegaremos entre outros males a êstes que podem ser incluídos entre os de efeitos mais catastróficos — a perda de estímulo para a produção e o desemprego em massa.

“Num país de crescimento demográfico explosivo, e de uma ascensão social que ninguém ousará negar, o que se

está verificando é a paralização de tôdas as iniciativas capazes de aumentar a renda nacional e de dar trabalho acêrca de um milhão de brasileiros que anualmente se apresentam à procura de emprêgo.

“Enquanto isso, generaliza-se o debate dos grandes temas político-constitucionais sem a sua devida elucidação e, a bem dizer, muitos dos que dêle participam não sabem — ou não querem saber — o seu real significado e a extensão de seu conteúdo. O plebiscito, por exemplo, tão insistentemente reclamado, através de declarações inoportunas ou mediante projetos de lei que atentam manifestamente contra o texto constitucional, é bem um exemplo dessa política de envolvimento malicioso da opinião pública para fins eleitorais ou subversivos, que uns e outros se conjugam no processo revolucionário em marcha.

“A politização do povo brasileiro não se aperfeiçoa no tumulto gerado pelos mais desencontrados temas, mas só poderá ser o fruto de uma serena tomada de consciência de nossos problemas, quando as idéias passarem a valer por si mesmas e não apenas como instrumento de fins dolosamente encobertos.

“Em vez do diálogo ou do debate, o que há é a algarra. Em vez da administração, é a paralização. Em vez do trabalho fecundo de organização, é o esforço para impedi-la. O primeiro dever dos governos é governar com firmeza e prudência, assim como o principal direito do povo é o de dispor dos meios capazes de assegurar sua preparação para o uso consciente da liberdade com responsabilidade. A educação, porém, vem sendo substituída pela agitação. A informação pela propaganda, como se fôssemos uma Nação entregue impunemente à desordem.

“Não podemos nos deixar dominar por uma falsa prudência. Esta é uma virtude que obriga a ter coragem para afirmar e para resistir. Os responsáveis pela segurança nacional e pela ordem interna não podem defender a institucionalização da desordem. O comunismo não pode vir

pela violência mas também não pode vir pela insídia, esta ainda mais temível do que aquela.

“A Democracia está ganhando no mundo a guerra fria que o comunismo lhe impôs. Um pouco mais de resistência e de esforço, e os povos dominados pelos governos totalitários começarão a exigir, êles próprios, a perda liberdade. A causa da paz e da liberdade no mundo depende de termos, em cada nação ameaçada, a expansão do comunismo. Da sorte do Brasil depende a de tóda a América Latina. Desta, o destino da liberdade e da paz no mundo. A defesa do Brasil contra o inimigo interno que o corrói, depende de nós. Dos homens fraternalmente unidos em tórno da mesma bandeira e do mesmo ideal, qualquer que seja a sua condição, quaisquer que tenham sido as suas divergências.

“Não nos esqueçamos de que o Brasil, dentre tódas as Nações latino-americanas, é a que, por sua formação histórica e pelo grau de sua evolução econômico-social, é a que reúne as condições mais propícias para romper, dentro do respeito à ordem democrática, a barreira do sub-desenvolvimento, desde que não nos deixemos dominar pelas ondas da demagogia que pretendem aniquilar as posições já por nós conquistadas com tanta perseverança e sacrificio, impondo-nos a progressiva burocratização dos serviços e das consciências.

“Que se façam as reformas reclamadas pelo povo, mas através do livre e sereno debate das idéias, sem planos precipitados e preconcebidos, sem gestos impensados ditados pelo ódio ou pela frustração, pelo desejo incontido de mando ou pela ambição que cega até ao ponto de não deixar ver o criminoso emprêgo que dela estão sabendo fazer os que se ocultam para melhor dirigir os acontecimentos.

“É a razão pela qual conclamamos a todos os brasileiros, de tódas as categorias sociais, para que façam ouvir a sua voz e alertem os responsáveis pelo destino da República, no sentido da preservação da ordem constituída e da defesa permanente e desassombrada dos valores morais, que constituem o patrimônio inalienável de nossa terra e de nossa gente”.

9

304:378(81)

As Reformas Sociais e a Faculdade de Direito.

Manifesto de professôres.

“Professôres de Direito e com plena consciência de nossas responsabilidades, queremos manifestar públicamente a nossa adesão irrestrita à campanha social iniciada por sua eminência o Cardeal Arcebispo dom Carlos Carmelo de Vasconcellos Motta.

Visando, com a sua campanha, a proporcionar o conhecimento fiel da doutrina social da Igreja e preparando, dêste modo, o ambiente propício á sua aplicação, sua eminência demonstrou eloqüentemente, em sua mensagem de primeiro de maio, que á Igreja incumbe exercer função propulsora na solução dos magnos problemas humanos. Sua eminência demonstrou, também, que êstes problemas só e unicamente podem ser resolvidos mediante o respeito aos fundamentos espirituais e morais de nossa religião, que hão-de exercer preeminência decisiva na graduação dos valores das fôrças sociais e na disciplina de seu equilibrio baseada em sã justiça distributiva.

Vinda dos ensinamentos dos evangelhos e exposta nas monumentais encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magistra*, a doutrina da Igreja é eterna, porque os princípios que a informam, inerentes à própria natureza humana e animados pelo espírito do cristianismo, bem se ajustam às contingências sociais de todos os tempos. É doutrina fundada no amor e não no ódio; na aspiração de uma vida individual e social mais justa e não no aniquilamento da pessoa, nem na destruição da família, menos ainda

na escravização de povos livres. É a doutrina da verdadeira liberdade e da verdadeira democracia alicerçadas na justiça social.

Ao assinalar as transformações sociais verificadas entre a *Rerum Novarum* e o *Quadragesimo Anno* e entre esta e o momento em que dirigiu à cristandade sua própria mensagem de paz social, sua santidade o *Papa João XXIII*, considerou os problemas sociais contemporâneos em seu todo, na unidade em que se juntam e entrelaçam, e não como problemas independentes, que porventura comportassem soluções isoladas; e isto porque, afetando o indivíduo, os mesmos problemas atingem a família e os grupos sociais e com estes a própria sociedade, sob todos os aspectos de sua vida espiritual, educacional, política, econômica.

Na verdade, são múltiplos os problemas que, à míngua de solução, vêm minando a nossa paz social: — problemas institucionais, problemas de saúde e educação, problemas financeiros criados pelo encilhamento com a riqueza de alguns e a miséria de muitos, problemas de encarecimento constante da vida, problemas de regiões desafortunadas, onde a fome e as moléstias imperam e as convulsões se fazem propícias à ação dos agitadores, problemas de habitação das populações das favelas e dos porões, problemas rurais a exigirem imediatamente, uma reforma agrária que dê ao homem terra e assistência, problemas de justa remuneração do trabalhador do campo e das cidades, com melhor distribuição dos lucros das empresas e outros e outros problemas mais, que, todos, se conjugam e só podem ser solucionados à luz dos princípios de fraternidade, de justiça social, dos princípios, isto é, genialmente expostos na *Mater et Magistra* e cuja aplicação é necessária sob pena de perecimento da nossa civilização cristã.

De há muito sua eminência o cardeal arcebispo dom Carlos Carmelo de Vasconcellos Motta vem aconselhando a adoção de medidas que atendam às nossas necessidades

sociais mais prementes e agora, com a sua notável oração de primeiro de maio, a todos nos conclama para a batalha da realização dessas reformas.

Nós, professôres de Direito, atendemos ao seu chamado de guia e pastor e estamos ao seu lado, porque, juristas e católicos que somos, não concebemos como possa haver ordem jurídica sem ordem social justa e inspirada pelos ensinamentos cristãos sôbre os quais se construiu e em razão dos quais sôbre vive a nossa própria civilização.

São Paulo, 8 de maio de 1962”.

Subscrevem o manifesto os professôres: Luís Antonio da Gama e Silva, Vicente Rao, Ernesto de Moraes Leme, Honório Monteiro, Antônio Ferreira Cesarino Júnior, Basileu Garcia, José Carlos de Ataliba Nogueira, Miguel Reale, Theotonio Monteiro de Barros Filho, Goffredo da Silva Telles Júnior, Sylvio Marcondes, Alfredo Buzaid, Moacir Amaral Santos, Washington de Barros Monteiro, Nicolau Nazo, João de Deus Cardoso de Mello, Paulo Barbosa de Campos Filho, José Loureiro Júnior, Antônio Chaves, José Frederico Marques, Vicente Marotta Rangel, Sílvio Rodrigues, Oscar Barreto Filho, João Bernardino Garcia Gonzaga, Fernando Henrique Mendes de Almeida, Celso Neves, Luís Ambra, Guilherme Percival de Oliveira, João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, Paulo Carneiro Maia, Otto de Sousa Lima e José Luiz de Anhaia Mello.

9

061:378(81.41)

Sugestões oferecidas pelo prof. Dr. Miguel Reale à reforma do estatuto da Universidade de São Paulo.

Senhor Diretor:

Com referência ao anteprojeto do Estatuto da Universidade de São Paulo, sôbre o qual V. Excia. teve a gentileza de pedir meu pronunciamento, vou limitar-me a examinar apenas duas questões, dada a premência de tempo.

1. O assunto que, em primeiro lugar, suscita algumas observações é o relativo à forma de provimento das cátedras.

Não é de hoje que venho sustentando a necessidade de instaurar-se, definitivamente, no Magistério Superior a formação dos mestres através de um preparo gradativo, marcado pela dedicação e pela experiência em cada ramo do conhecimento.

Para que se estabeleça o regime de carreira no ensino universitário, torna-se necessário superar, de vez, o problema nuclear, que é o de não permitir concurso à cátedra por quem não seja livre docente da disciplina, ou, pelo menos, não apresente, a critério da maioria absoluta da Congregação, trabalho considerado de excepcional valor sôbre matéria da cadeira a preencher*.

Sem se afrontar êsse problema, continuaremos a perseverar em enganos. Ora, nada impede que a lei condicione

*. No Estatuto da Universidade acolheu-se esta sugestão, exigindo-se, porém, a manifestação de dois terços dos membros da Congregação, o que me parece excessivo.

o acesso às cátedras, subordinando-o à satisfação de um pressuposto, qual seja, o da obtenção do título de livre docente.

2. Alega-se que os cargos são accessíveis a todos os brasileiros, mas não é menos certo que o artigo 184 da Constituição acrescenta esta ressalva fundamental:

“observados os requisitos que a lei estabelecer”

Assim sendo, se a lei de diretrizes e bases é silente sôbre o assunto, inclui-se na competência dos sistemas estaduais do ensino resolver sôbre os pressupostos ou condições de acesso.

O que a Constituição Federal exige é que o provimento das cátedras no ensino superior oficial ou livre se faça sempre *mediante concurso de títulos ou provas*.

Sôbre êste ponto volverei logo mais, pois julgo necessário fazer-se uma alteração no tocante ao provimento das cátedras, se prevalecer a exigência à qual agora estou me referindo.

A experiência tem demonstrado que os concursos às cátedras vêm se transformando em oportunidade para a obtenção da livre docência.

Em geral, considera-se mais cômodo obter-se êste título em concurso para a cátedra, por múltiplos motivos, especialmente onde a banca examinadora nas provas para livre docência é composta exclusivamente de professôres da casa.

Infelizmente, professôres estranhos às Faculdades, que integram as mesas de concurso, como que são levados a conferir livre docência, com certa magnanimidade. .

Daí o afluxo de candidatos, sobrecarregando a seleção para a cátedra, ou fazendo passar para um segundo plano o objetivo fundamental que se devia e se deve ter em vista.

Por outro lado, o provimento da cátedra deve obedecer a outros requisitos específicos, notadamente no que se refere ao volume de produção científica, ao significado objetivo das pesquisas realizadas pelo aspirante à mais alta dignidade universitária.

Isto posto, sugiro que no artigo 87, onde se diz:

“deverá apresentar diploma de curso universitário, oficial ou reconhecido”,

dever-se-ia dizer:

“deverá possuir título de livre docente da disciplina “em concurso, obtido em estabelecimento oficial ou reconhecido”

Sugiro, outrossim, que se acrescente o seguinte parágrafo único ao mesmo artigo 87:

“Parágrafo único: — A Congregação, pela maioria absoluta dos seus membros, poderá dispensar a exigência de “título de livre docente ao candidato que apresentar trabalho considerado de excepcional valor sobre a matéria”.

3. Se vier a ser adotada esta minha sugestão, penso que deveria ser suprimida a prova escrita no concurso para cátedra. Aliás, o artigo 90 do anteprojeto só prevê a obrigatoriedade da defesa de tese e da prova didática, deixando a cada estabelecimento a faculdade de incluir, conforme a natureza da matéria, provas escritas e práticas.

Meu pensamento é no sentido de que, nas Faculdades de Direito, pelo menos, assim como naquelas em que prevalece o aspecto teórico, deveria prevalecer a exigência de prova escrita *somente para o concurso à livre docência*. Para o provimento da cátedra a nota tônica deveria ser posta na prova didática e sobretudo na produção científica, no rol dos trabalhos e pesquisas elaborados sobre a matéria.

Em princípio, não poderia pretender a cátedra o livre docente que tivesse deixado passar anos e anos sem qualquer contribuição à ciência, limitando-se a dar aulas, visto como a pesquisa autônoma é da essência mesma da vida universitária.

4. Merece encômios o dispositivo do anteprojeto que exige fundamentação para a prova de títulos, pois somente assim deixará essa nota de ser uma espécie de câmara de compensação, de valor e alcance puramente subjetivo, quando não arbitrário.

5. Ainda em matéria de concurso penso que se deveria acrescentar ao artigo 92 um outro item, prevendo-se a hipótese, — que em tese não pode ser excluída, — *da não indicação de nenhum dos concorrentes para a cátedra.*

Não se compreende, em verdade, que um concurso deva ser considerado segundo critérios subjetivos, com o provimento inexorável de um dos aspirantes, ainda quando todos tenham revelado incapacidade para a regência vitalícia da cátedra.

6. A necessidade da prova de livre docência para o concurso à cátedra implicará, como é óbvio, a revisão de vários artigos do anteprojeto, redigindo-se, por exemplo, o parágrafo 2.º do artigo 94 da seguinte forma:

“Parágrafo 2.º — Ao candidato que alcançar de 3 ou “mais examinadores a média mínima 7, será conferida a “livre docência, se esta houver sido dispensada “ex vi” do “disposto no § único do artigo 87”.

7. Por outro lado, admitida a possibilidade de uma conclusão negativa por parte da banca examinadora, será necessário dar nova redação ao artigo 94, § 3.º, artigo 95 e seu § único, visto como ficará afastada a obrigatoriedade de indicar-se automaticamente para a cátedra o candidato classificado em primeiro lugar.

8. Tenho minhas dúvidas quanto à conveniência de afastar-se completamente a Congregação das provas de concurso, quer para livre docência, quer para a cátedra.

Em verdade, a prevalecer o disposto no artigo 96, a Congregação só terá direito a pronunciar-se em *recurso de nulidade* contra o resultado apresentado pela Comissão examinadora.

Praticamente, o que se quer consagrar em lei é, de um lado, o predomínio absoluto da banca examinadora, e, de outro, a abstenção por parte dos professores, fato êste que, verdade seja dita, vem-se tornando a regra.

Valerá a pena lutar contra a dessídia, ou será melhor convertê-la em lei?!

Pergunto, outrossim, se uma Congregação deve louvar-se exclusivamente no critério da Banca examinadora, só reservando para si o aspecto formal da investidura das cátedras.

Compreendo que em certas Faculdades se torna impossível a participação da Congregação, pois seria absurdo que um matemático, por exemplo, se pronunciasse válidamente sobre exame de sociologia, filosofia ou literatura grega.

Nas Faculdades de Jurisprudência, onde o conhecimento jurídico é uma estrutura orgânica e solidária, é possível um juízo válido sobre disciplina que não seja a cultivada diretamente pelo jurista.

Assim sendo, penso que se deveria deixar ao regulamento de cada Faculdade decidir sobre a forma e a extensão da participação das Congregações nas provas de concurso, mantendo-se os “quorum” de rejeição atuais que já preservam a eminência da Banca examinadora.

9. Parece-me ainda necessário que o Estatuto não se arrede da Constituição federal no que tange à caracterização do professor catedrático.

O Artigo 82 parece-me imperfeito, pois o professor catedrático não é aquêle que ocupa a cátedra em caráter efetivo, mas sim em virtude de concurso de títulos e provas (Constituição federal, artigo 168, n.º VI e 187).

A meu ver, o anteprojeto consagra uma distinção entre *professor catedrático efetivo* e *professor catedrático vitalício*, sendo a vitaliciedade, nos termos do artigo 97, uma decorrência do concurso de títulos e provas...

Ora, essa categorização é inconstitucional: após a Constituição de 1946 só é catedrático, e por conseguinte com vitaliciedade, quem tenha sido aprovado na cátedra graças a concurso de títulos e provas*.

*. Felizmente, o Estatuto foi explícito na caracterização do que seja “professor catedrático”.

Não ignoro que na Universidade haja “catedráticos” sem concurso de títulos e provas, em virtude das situações configuradas anteriormente à entrada em vigência da Carta Maior de 1946.

Trata-se de regentes de cátedra em caráter efetivo, cujos direitos merecem e devem ser ressaltados, o que é, porém, matéria para disposição de caráter transitório.

Não se compreende, todavia, que daí se parta para se criarem duas espécies de catedráticos, os efetivos (sem concurso) e os vitalícios (com concurso).

10. Uma outra questão que, dada a premência de tempo, me parece merecedora de alguns comentários é a relativa aos auxiliares do ensino.

Na sistemática do anteprojeto (artigo 110) os auxiliares do ensino compreendem os professôres de disciplina e os assistentes, e como se trata de uma questão de terminologia, nada tenho a dizer quanto ao termo “auxiliares de ensino”, preferido para designar o gênero, do qual o assistente será uma espécie.

Minha proposta é no sentido de se acrescentar a letra *d* ao parágrafo 2.º do artigo 81, prevendo-se os “assistentes voluntários”.

Assistente voluntário é aquêle que, independentemente de vencimento, salário ou gratificação, é escolhido pelo professor catedrático para dar cooperação à cátedra em trabalhos de seminário e de pesquisa.

Nas Faculdades de turmas numerosas, como é o caso da Faculdade de Direito, sòmente mediante assistentes voluntários será possível realizar, com eficiência, trabalhos de pesquisas em grupos reduzidos de 20 a 25 alunos.

Em outras Faculdades, tais assistentes voluntários são chamados “instrutores” ou “monitores”.

Seria aconselhável que se previsse a possibilidade dessa categoria docente, primeiro degrau na formação da carreira do professor universitário.

São estas, Senhor Diretor, as ponderações que me sugerem o anteprojeto do Estatuto da Universidade. Deixando de examinar outras questões, não desejo deixar de louvar a obra feita em tão breve tempo.

Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

Tendo sido doado a esta Faculdade valiosíssimo acervo bibliográfico, parte da biblioteca do saudoso professor Tullio Ascarelli, tiveram os professôres de Direito Comercial desta Faculdade a possibilidade de concretizar antigo ideal, com a fundação a 11 de agôsto do corrente ano, do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado.

Publica-se a seguir a escritura pública de constituição do Instituto, que diz muito bem dos objetivos e do alto significado da criação para desenvolvimento do estudo do Direito Comercial Comparado.

Escritura pública da fundação.

Saibam quantos a presente escritura pública de Fundação virem, que, no ano de mil novecentos e sessenta e dois, aos onze dias do mês de agôsto, nesta cidade de São Paulo, no escritório do Professor Doutor Waldemar Martins Ferreira, à Rua da Quitanda n. 139, e acompanhados do Exmo. Sr. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Doutor Luís Antônio da Gama e Silva, e do Exmo. Sr. Curador de Resíduos desta Comarca, Doutor Mário de Salles Penteadó, compareceram, perante mim Tabelião, como instituidoras, as seguintes 61 (sessenta e uma) entidades:

Associação Comercial de São Paulo
Bôlsa Oficial de Valores de São Paulo
Centro das Indústrias do Estado de São Paulo

Departamento Regional do Serviço Social da Indústria — São Paulo
Federação do Comércio do Estado de São Paulo
Sociedade Rural Brasileira
Banco do Estado de São Paulo S.A.
Banco Brasileiro de Descontos S.A.
Banco Comercial do Estado de São Paulo S.A.
Banco do Comércio e Indústria de São Paulo S.A.
Banco Federal de Crédito S.A.
Banco Francês e Brasileiro S.A.
Banco Itaú S.A.
Banco Mercantil de São Paulo S.A.
Banco Moreira Salles S.A.
Banco Nacional do Comércio de São Paulo S.A.
Banco Noroeste do Estado de São Paulo S.A.
Banco de São Paulo S.A.
Banco Sul Americano do Brasil S.A.
Caixa Econômica Federal de São Paulo
Cia. Brasileira de Investimentos — C.B.I
Cia. Sul Americana de Investimentos, Crédito e Financiamento
Deltec S.A. — Financiamento, Crédito e Investimentos
S.A. Financiadora Industrial e Comercial “SAFIC”
Sociedade Campos Fraga de Valores Ltda.
Aços Villares S.A.
Artefatos de Alumínio e Embalagens “Ardea” S.A.
Brasmotor S.A. Empreendimentos e Participações
Caterpillar do Brasil S.A. — Máquinas e Peças
Cia. Comercial de Vidros do Brasil — C.V.B.
Cia. Fiat Lux de Fósforos de Segurança
Cia. Incentivadora de Atividades Agrícolas e Industriais
Cia. Melhoramentos de São Paulo — Indústrias de Papel
Cia. Química Rhodia Brasileira

- Cia. Ultragaz S.A.
Cia. União dos Refinadores — Açúcar e Café
Conexões de Ferro Foz S.A.
Duratex S.A. — Indústria e Comércio
Fábrica Nacional de Vagões S.A.
Fundação São Domingos
Grupo Atlântica de Seguros, constituído por
Atlântica — Cia. Nacional de Seguros, Transatlântica — Cia. Nacional de Seguros, Oceânica — Cia. Brasileira de Seguros e Ultramar — Cia. Brasileira de Seguros
Indústria e Comércio de Minérios S.A. — ICOMI
Indústrias Químicas Eletro Cloro S.A.
Indústrias Villares S.A.
Liquigás do Brasil S.A.
Manufatura de Brinquedos Estrela S.A.
Mercedez-Benz do Brasil S.A.
Metalúrgica Matarazzo S.A.
Modas A Exposição Clipper S.A.
Pancostura S.A. — Indústria e Comércio
Plásticos Plavinil S.A.
Química Industrial Medicinalis S.A.
Real S.A. — Transportes Aéreos
Revisora Nacional Ltda. S/C — Peritos em Contabilidade
S.A. Moinho Santista — Indústrias Gerais
Singer Sewing Machine Co.
Sociedade Técnica de Fundições Gerais S.A. —
SOFUNGE
Tecelagem Paraíba S.A.
Ultralar-Aparelhos e Serviços Ltda.
Willys Overland do Brasil S.A. — Indústria e Comércio
- pessoas jurídicas assim sediadas: Banco Moreira Salles S.A., na cidade de Poços de Caldas, Estado de Minas Gerais; Cia. Fiat Lux de Fósforos de Segurança, Cia. Incentivadora

de Atividades Agrícolas e Industriais, Grupo Atlântica de Seguros e Willys Overland do Brasil S.A. — Indústria e Comércio, na cidade do Rio de Janeiro, Estado da Guanabara; Cia. Química Rhodia Brasileira, na cidade de Santo André, Estado de São Paulo; Indústria e Comércio de Minérios S.A. — ICOMI, na cidade de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais; Mercedes-Benz do Brasil S.A., na cidade de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo; e as restantes nesta cidade de São Paulo — tôdas neste ato representadas, a Caixa Econômica Federal de São Paulo, por seu Sub-Procurador Geral, Doutor Luiz de Oliveira Coutinho, brasileiro, casado, advogado, domiciliado e residente na capital de São Paulo, e as demais, por seus bastantes procuradores Doutores Waldemar Martins Ferreira, Ernesto de Moraes Leme, Honório Fernandes Monteiro, Sylvio Marcondes, Oscar Barreto Filho e Philomeno Joaquim da Costa, brasileiros, casados, professôres, domiciliados e residentes na Capital de São Paulo, conforme instrumentos de mandato com poderes especiais, que me foram apresentados, para fazerem parte integrante desta escritura, e ficam arquivados e registrados em meu cartório; os presentes meus conhecidos, bem como das duas testemunhas adiante nomeadas e assinadas, do que dou fé.

E, perante elas, pelas instituidoras, por seus mencionados procuradores, me foi dito que:

1. considerando que o Direito Comparado, como método de trabalho científico — consistente no estudo comparativo dos diversos sistemas nacionais, pelo confronto da legislação, jurisprudência e doutrina respectivas, equiparan-

do ou diferenciando os diversos institutos jurídicos, não só no espaço, como no tempo, através de sua evolução — permite verificar as afinidades das instituições jurídicas dos diversos países, considerados individualmente ou em grupos, fornecendo dados para eventual unificação do direito, nos ramos em que ela seja desejável;

2. considerando que, afóra êsse efeito, de realização mais remota, o método comparativo pode produzir, entre outros e desde logo, no campo do direito nacional, proveitosos resultados, de três ordens: a) interpretação mais segura e extensiva das normas de direito positivo, em virtude do conhecimento do modo pelo qual as instituições correspondentes funcionam nos demais sistemas legislativos, extraindo-se de cada instituto o máximo de possibilidades de aplicação, sem modificar-se o direito interno; b) aproveitamento de teorias e práticas adotadas em outros países, que possam, sem ofensas aos princípios que informam o nosso sistema legal, favorecer seu aperfeiçoamento, sugerindo reformas ou emendas legislativas; c) consolidação da doutrina nacional, pela reafirmação, após o estudo comparativo, da excelência de certos institutos, tal como estão já regulados;

3. considerando que êsses benefícios mais se acentuam, quando se trata de estudo comparativo do Direito Comercial, pois sua universalidade, decorrente do tráfico mercantil internacional, constitui solicitação constante de aproximação dos direitos nacionais;

4. considerando que a contínua evolução dos negócios, cujas técnicas se difundem rapidamente por todos os países, exige um permanente esforço de adaptação, no aplicarem-se os preceitos legais que os regulam, a bem do qual nitidamente se refletem os mencionados proveitos do método comparativo, acrescidos, na prática comercial, da vantagem de permitir melhor contribuição dos juristas do país, no

esclarecimento dos empresários estrangeiros que nêles desejam estabelecer-se;

5. considerando que o Direito Comparado constitui no Brasil objeto de disciplina incluída no currículo de algumas Faculdades, mas a aplicação do método comparativo não tem avançado além do trabalho individual de escritores, isolados em seu esforço, sem a cooperação de um trabalho de equipe, principalmente porque, no ramo específico da matéria mercantil, o comércio nacional oferece pouco estímulo a êsses estudos, que, por suas finalidades, se realizam acentuadamente nas nações de economia plenamente desenvolvida;

6. considerando, porém, que o surto industrial ora verificado em nosso país, com tôdas as suas influências de ordem econômica, jurídica e social, vem demonstrando a necessidade de instituir-se entidade que congregue todos os que se dediquem, ou queiram dedicar-se, aos estudos de Direito Comercial Comparado, indispensáveis para que o progresso da ciência jurídica possa acompanhar e auxiliar eficazmente o desenvolvimento econômico nacional;

7. considerando, ademais, que o engrandecimento do Direito, no campo internacional, e o aprimoramento das leis nacionais, que com o mesmo se relacionam, constituem inestimável instrumento para a melhoria do entendimento entre as nações, a benefício da paz e do progresso dos povos;

8. considerando que a conjugação desses fatores amadureceu, no espírito dos professôres de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o intento da criação de um Instituto de Direito Comercial Comparado, com o objetivo de reunir esforços dispersos por todo o país, criando condições que permitam colher, para êste, os proveitos já indicados, em favor, especialmente, da revisão do nosso quadro legislativo que, em matéria mercantil, se vai tornando incompleto e obsoleto;

9. considerando que, dada a natureza do trabalho programado, a iniciativa exigia, desde logo, a instalação de biblioteca especializada, suficientemente rica para permitir resultados de valor, na complexidade e variedade das legislações e doutrinas estrangeiras;

10. considerando que tal condição veio a ser satisfeita, graças à realização póstuma do desejo manifestado pelo eminente e saudoso professor Tullio Ascarelli, e ao qual deu cumprimento sua família, fazendo doação à Faculdade de Direito, de parte valiosa da biblioteca daquele grande mestre de Roma, que, emérito comercialista, se dedicou proficuamente aos estudos do Direito Comercial Comparado;

11 considerando que, por deliberação da Congregação da Faculdade, a biblioteca deverá ser conservada, como acervo bibliográfico autônomo, separada da Biblioteca Geral, e mantida em instalações próprias, na sede da Faculdade, sob a administração e cuidados do Instituto que vem sendo organizado com êsse fim, por seus professôres de Direito Comercial, para isso constituídos em comissão;

12. considerando que o Instituto terá por objetivo: a) reunir e coordenar a colaboração de todos os juristas — professôres, advogados, magistrados — que, dedicados à ciência jurídica mercantil, queiram empenhar-se em estudos e pesquisas de Direito Comercial Comparado; b) promover cursos, seminários, conferências e outras formas de atividade, inclusive intercâmbio com juristas estrangeiros e entidades congêneres; c) cooperar com os poderes públicos, ministrando-lhes trabalhos e projetos de sua especialidade; d) constituir biblioteca, composta dos livros e revistas que venha a adquirir e das referidas obras doadas à Faculdade de Direito, imprimindo-lhe estrutura técnica, mediante organização de fichários completos da matéria nela contida; e) mantê-la em estado dinâmico, por meio de serviços de pesquisa, tendentes à realização das precípuas finalidades do método comparativo; f) editar revistas, boletins e pu-

blições avulsas, compendiando os trabalhos realizados, para dar-lhes, nos meios interessados, ampla divulgação; g) outras atividades, que, concernentes aos mesmos fins, a experiência e o próprio funcionamento do Instituto venham a indicar como aconselháveis;

13. considerando que a realização de tão altas finalidades exigirá, além de indispensáveis gastos de instalação, o dispêndio permanente de recursos de manutenção, cujo montante, maior ou menor, influirá na produtividade da instituição, e que o Instituto, não obstante poder contar com o apoio da Faculdade de Direito e da Universidade de São Paulo — mediante auxílios de pessoal, local e material — a limitação dos seus respectivos orçamentos dificilmente proporcionará expansão capaz de assegurar-lhe plena eficiência, circunstâncias que tornam acertado e aconselhável constituir-se uma Fundação, dotada de patrimônio próprio e adequado, apto a proporcionar, por sua renda, auxílio apreciável e constante, em reforço de outros recursos, oficiais ou particulares, que lhe sejam destinados;

14. considerando que a atividade do Instituto, embora acentuadamente cultural, produzirá resultados práticos da mais alta importância, na solução de problemas jurídicos intimamente relacionados com o progresso da economia nacional, o que justifica o interesse das entidades mais diretamente responsáveis pelo desenvolvimento da mesma economia, na concretização daquele programa;

15. considerando que a sua Comissão Organizadora, confiante na elevada compreensão do interesse público, que inspira e anima essas entidades, se propôs coordenar aquêle interesse, dirigindo-lhes convite, prontamente aceito, para formarem, mediante a contribuição de cada uma, o patrimônio inicial da Fundação —

RESOLVEM, por força da presente escritura e da coexistência dos elementos necessários à constituição de uma Fundação:

1.º) instituir uma Fundação, denominada “INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI”, destinada à realização dos fins acima especificadamente relacionados;

2.º) formar o seu patrimônio inicial, no montante de Cr\$ 12.200.000,00 (doze milhões e duzentos mil cruzeiros), mediante a dotação especial que lhe faz cada uma das 61 (sessenta e uma) pessoas jurídicas instituidoras, da quantia de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros) em dinheiro, que se obrigam a realizar em 10 (dez) prestações de Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros), vencíveis mensalmente, a partir da data desta escritura;

3.º) dar corpo jurídico à Fundação, estabelecendo-lhe os seguintes estatutos:

Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli.

ESTATUTOS

Da denominação, sede, objeto e duração.

Art. 1.º. O “Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli” é uma fundação, instituída por escritura pública de 11 de agosto de 1962 (notas do Tabelaio Veiga, 11.º Ofício de Notas da Capital de São Paulo, livro 1.984, fls. 42), com sede e fóro na cidade de São Paulo, e funcionará, enquanto possível, em dependências cedidas pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Art. 2.º A Fundação tomará a seu cargo a guarda e conservação das obras doadas pelos sucessores do Professor Tullio Ascarelli à Faculdade de Direito, da qual receberá auxílios de pessoal, local e material, nas condições que forem aprovadas por sua Congregação.

Art. 3.º. A Fundação terá por objeto:

a) reunir e coordenar a colaboração de todos os juristas — professôres, advogados, magistrados — que, dedicados à ciência jurídica mercantil, queiram empenhar-se em estudos e pesquisas de Direito Comercial Comparado;

b) promover cursos, seminários, conferências e outras formas de atividade, inclusive intercâmbio com juristas estrangeiros e entidades congêneres;

c) cooperar com os poderes públicos, ministrando-lhes trabalhos e projetos de sua especialidade;

d) constituir biblioteca, composta dos livros e revistas que venha a adquirir e das referidas obras doadas à Faculdade de Direito, imprimindo-lhe estrutura técnica, mediante organização de fichários completos da matéria nela contida;

e) mantê-la em estado dinâmico, por meio de serviços de pesquisa, tendentes à realização das precípuas finalidades do método comparativo;

f) editar revistas, boletins e publicações avulsas, compendiando os trabalhos realizados, para dar-lhes, nos meios interessados, ampla divulgação;

g) conferir, periódica e regularmente, o “Prêmio Tullio Ascarelli”, de conformidade com o regimento de concurso, que especialmente se aprovar, a autor de monografia de Direito Comercial Comparado, e instituir outros prêmios, que despertem maior interêsse pela especialidade, estimulando seu estudo;

h) outras atividades, que, concernentes aos mesmos fins, a experiência e o próprio funcionamento da Fundação venham a indicar como aconselháveis.

Art. 4.º. A Fundação, como pessoa jurídica de caráter perpétuo, não tem prazo nem condições de extinção; mas se vier a perecer por qualquer circunstância inesperada, que a impossibilite de realizar, com os próprios recursos, seus objetivos, o seu patrimônio se incorporará no da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para que ela os realize.

Dos membros da fundação.

Art. 5.º. A Fundação terá membros, que contribuam para a sua finalidade, das seguintes categorias: I, os efetivos; II, os titulares; III, os patrocinadores; IV, os correspondentes; V, os honorários.

§ 1.º) Serão membros efetivos os doutores ou bacharéis em direito, que solicitarem sua admissão, mediante proposta do interessado e parecer favorável de comissão de admissão, homologado pela Junta Administrativa.

§ 2.º) Serão membros titulares os catedráticos e livres docentes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por sua investidura; e, mediante requerimento, os catedráticos ou livres docentes de Direito Comercial, das Faculdades de Direito nacionais, oficiais ou reconhecidas, nomeados por concurso, na forma da lei.

§ 3.º) Serão membros patrocinadores os instituidores da Fundação e as pessoas naturais ou jurídicas que, em razão de seu reconhecido merecimento, sejam convidadas pela Junta Administrativa.

§ 4.º) Serão membros correspondentes os professôres universitários, nacionais ou estrangeiros, nomeados para representar, permanente ou temporariamente, a Fundação, fora de sua sede.

§ 5.º) Serão membros honorários os juristas que, por suas obras ou títulos, mereçam, a critério do Conselho Diretor, a homenagem da Fundação.

Art. 6.º. Os membros da Fundação terão livre ingresso nos seus departamentos e serviços e poderão realizar em sua sede, com a anuência do Conselho Diretor, conferências, seminários ou cursos.

Art. 7.º Os membros efetivos — bem como, facultativamente, os das demais categorias — contribuirão, semestralmente, com o subsídio que o regimento interno determinar.

Art. 8.º. A Fundação expedirá a seus membros, de tôdas as categorias, diploma condigno, entregue na forma a ser estabelecida pelo regimento interno, constituindo título que seu portador poderá usar públicamente.

Do patrimônio.

Art. 9.º. Constituem o patrimônio inicial da Fundação as contribuições prestadas por seus instituidores, na conformidade da escritura de constituição, cujo montante será integral e permanentemente aplicado numa carteira de valores mobiliários, formada com títulos públicos ou particulares, cotados em Bolsa, de notória segurança e bôa rentabilidade.

Parágrafo único — Dos lucros e rendimentos líquidos, auferidos dêsses títulos:

a) serão incorporados à carteira os títulos recebidos como bonificação, bem como metade dos lucros recebidos em dinheiro, por ágios ou deságios na alienação ou aquisição de quaisquer títulos;

b) a outra metade dos ditos lucros e, ainda, os dividendos e juros percebidos pela carteira, serão destinados à realização dos serviços da Fundação, com o emprêgo de 50% do total, pelo menos, na aquisição de livros e revistas que interessem aos seus objetivos.

Art. 10. A Fundação poderá receber, para acréscimo e melhoramento de seu patrimônio ou execução de seu programa, subsídios, subvenções, doações ou legados.

Da administração.

Art. 11. A administração da Fundação caberá, nos têrmos dêstes estatutos, a três órgãos colegiados:

- a) a Junta Administrativa;
- b) o Conselho Diretor;

c) o Conselho de Patrocinadores.

Art. 12. A Fundação será gerida pela Junta Administrativa, constituída cada dois anos e composta dos catedráticos de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, efetivos ou aposentados, que aceitem o encargo; de dois livres docentes da mesma disciplina; de dois membros patrocinadores, ou seus delegados, se forem pessoas jurídicas; êstes quatro últimos, eleitos por aquêles primeiros.

Parágrafo único — Se na sua organização bïenal, ou no curso do mandato, a Junta ficar constituida com menos de quatro daqueles catedráticos, caberá à Congregação da Faculdade eleger outros, para preenchimento dêsse número.

Art. 13. A Junta Administrativa, dentre seus membros, escolherá o Presidente, o Tesoureiro e o Secretário da Fundação, podendo ainda atribuir, a qualquer outro, o exercício de determinadas funções específicas, e providenciará, observando o disposto no artigo anterior e seu parágrafo, as substituições necessárias, nos casos de vaga, licença, ausência ou impedimento.

Parágrafo único — A Junta Administrativa reunir-se-á por convocação do Presidente, de iniciativa própria ou a pedido de qualquer de seus membros, e deliberará, válidamente, com a presença da maioria dêles.

Art. 14. Além de outras atribuições, próprias da gestão de bens, ou previstas nestes estatutos, compete à Junta Administrativa:

a) estabelecer o plano de administração dos bens da Fundação, os quais não poderão ser objeto de ônus reais;

b) decidir sôbre a aquisição ou alienação de quaisquer bens, inclusive os títulos componentes da carteira de valores mobiliários, dependendo, entretanto, de autorização judicial, a alienação de bens imóveis;

c) elaborar o regimento interno da Fundação, organizar os seus serviços e aprovar a nomeação e demissão dos seus funcionários;

d) autorizar o contrato com empresa especializada, de notória idoneidade, que organize e mantenha a contabilidade;

e) fazer, até o fim de cada ano, a previsão orçamentária do exercício seguinte, fixando, para a despesa, verba não excedente de receita assegurada, ou já percebida, mesmo em exercícios anteriores, conforme o disposto no art. 9.º, parágrafo único, alínea “b”;

f) tomar conhecimento dos balancetes mensais e fazer publicar, semestralmente, a demonstração da receita obtida e da despesa realizada no período anterior;

g) fazer levantar o balanço anual, elaborando o relatório correspondente.

Art. 15. Compete ao Presidente:

a) convocar e presidir, acumulando voto de qualidade, as reuniões dos órgãos de administração;

b) representar a Fundação nas suas relações com terceiros, em juízo ou fora dele;

c) assinar, em conjunto com o Tesoureiro, os atos e documentos, de natureza obrigacional, da Fundação.

Art. 16. Compete ao Tesoureiro:

a) promover a execução das deliberações da Junta Administrativa, referentes a bens da Fundação;

b) manter os seus valores em custódia, ou depósito, em Bancos designados pela Junta Administrativa;

c) assinar, com o Presidente, os atos e documentos referidos na alínea “c” do artigo anterior.

Art. 17. Compete ao Secretário:

a) colaborar com o Presidente e o Tesoureiro no desempenho dos encargos que lhes incumbem;

b) superintender os serviços de secretaria da Fundação, assinando a respectiva correspondência;

c) dirigir a redação de atas das reuniões dos órgãos da administração.

Art. 18. As atividades culturais, científicas e técnicas, da Fundação, adequadas à realização de seus fins, serão

organizadas e dirigidas pelo Conselho Diretor, cujo mandato coincidirá com o da Junta Administrativa, composto dos membros desta e de um representante designado, respectivamente, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, pela Ordem dos Advogados do Brasil — Secção de São Paulo e por Faculdades de Direito que, pertencentes a Universidades, tenham sede na cidade de São Paulo.

Parágrafo único. O Conselho Diretor reunir-se-á, ordinariamente, cada trimestre, convocado pelo Presidente e, extraordinariamente, quando êste julgar necessário, deliberando, válidamente, com a presença da maioria de seus membros.

Art. 19. A gestão administrativa e a atividade cultural da Fundação — mediante relatórios da Junta Administrativa e do Conselho Diretor, aquêle acompanhado de parecer de empresa auditora de contabilidade, de notória idoneidade — serão submetidas anualmente à aprovação do Conselho de Patrocinadores, formado, em caráter vitalício, pelos membros patrocinadores.

Parágrafo único. O Conselho de Patrocinadores reunir-se-á, ordinariamente, no primeiro trimestre de cada ano, convocado pelo Presidente e, extraordinariamente, quando êste julgar necessário, deliberando, válidamente, em primeira convocação, com a presença da maioria de seus membros, e, em segunda, com a de qualquer número.

Disposições gerais.

Art. 20. Os cargos dos órgãos da administração não serão remunerados, bem como não serão atribuídos lucros, bonificações ou vantagens, sob nenhuma forma ou pretexto, aos dirigentes, mantenedores ou membros da Fundação.

Art. 21. Os membros da Fundação ou dos seus órgãos de administração não responderão, nem solidária, nem sub-

sidiariamente, pelas obrigações por ela ou em nome dela contraídas.

Art. 22. Os presentes estatutos, com resguardo dos fins da Fundação e por proposta fundamentada da maioria dos membros componentes da Junta Administrativa, poderão ser alterados, mediante deliberação, por maioria absoluta, do Conselho Diretor, aprovada pelo Conselho de Patrocinadores e pela Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

E assim, têm por constituída a Fundação “INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL COMPARADO E BIBLIOTECA TULLIO ASCARELLI”, dependente da aprovação do Ministério Público.

Neste ato, pelo Exmo. Sr. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Doutor Luiz Antonio da Gama e Silva, me foi dito, na presença das duas aludidas testemunhas: 1.º) que, diante da deliberação tomada pela Egrégia Congregação de seus Professôres, aprovando a proposta de criação da Fundação, ora instituída, na conformidade dos estatutos acima transcritos, se declarava de acôrdo com a presente escritura; 2.º) que, tendo o Banco do Brasil S.A., em atenção a convite da Comissão Organizadora da Fundação, feito a doação de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros) à Faculdade de Direito, como auxilio para criação do Instituto, tal quantia fica desde agora à disposição da Fundação, para atender às despesas de sua constituição, inclusive as desta escritura.

A seguir, sempre perante as mesmas testemunhas, pelo Exmo. Sr. Curador de Resíduos desta Comarca, Doutor Mario de Salles Penteadó, me foi dito que aprovava os presentes estatutos e autorizava o seu registro.

De como assim disseram, dou fé; a pedido das partes e por distribuição de hoje, lavrei esta escritura, que lhes li, em presença das testemunhas, e, por acharem-na conforme, a outorgaram, aceitaram e assinam com essas testemunhas, que são: Dr. Henrique Smith Bayma, solteiro, e

Dr. Ruy Martins Ferreira, casado, ambos advogados, residentes nesta Capital e meus conhecidos. Eu, José Bernardes Oliveira, escrevente habilitado, a escrevi sob minuta. Eu, O. Uchoa da Veiga, tabelião, a subscrevo.

(a.a.) *Luiz Antonio da Gama e Silva*
Waldemar Martins Ferreira
Ernesto de Morais Leme
Honorio Fernandes Monteiro
Sylvio Marcondes
Oscar Barreto Filho
Philomeno Joaquim da Costa
Luiz de Oliveira Coutinho
Mario de Salles Penteado
Henrique Smith Bayma
Ruy Martins Ferreira

Instituto de Direito Público.

Atos aprovados pela Congregação.

Art. 1.º — É criado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o Instituto de Direito Público, anexo às Cadeiras de Teoria Geral do Estado, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo.

Art. 2.º — O Instituto de Direito Público terá por finalidade realizar pesquisas e desenvolver o estudo desinteressado das disciplinas referidas no artigo 1.º, através da coleta de documentos e informações; da formação de biblioteca especializada; de publicações em geral; de trabalhos de seminário; de cursos de especialização, promovidos por professores nacionais e estrangeiros; de relações com institutos científicos congêneres do país e do estrangeiro e de outras providências análogas;

Art. 3.º — Fazem parte do Instituto:

- a) os professores catedráticos e os livres-docentes e os assistentes das cadeiras referidas no art. 1.º;
- b) outros professores catedráticos da Universidade, que o solicitarem;
- c) os alunos da Faculdade, após curso de 1 ano de seminário e apresentação de monografia julgada de valor;
- d) os especialistas em estudos de algumas das cadeiras do Instituto e que apresentem monografia original, julgada de valor pelo Instituto.

Art. 4.º — O Instituto poderá dividir-se em seções, correspondentes às cadeiras que o integram.

Art. 5.º — Será diretor do Instituto o professor catedrático mais antigo. Se recusar, o imediato em antiguidade.

Art. 6.º — O diretor do Instituto e os professores catedráticos referidos no artigo 1.º organizarão o seu Regimento Interno.

Art. 7.º — Enquanto não dispuser de instalações próprias, funcionará o Instituto em uma das dependências da Faculdade de Direito.

Art. 8.º — Constituir-se-á o seu patrimônio com as doações que receber.

Aprovado pelo Conselho Técnico-Administrativo, em sessão de 18 de outubro de 1951 e pela Congregação em 7 de dezembro de 1960.

Regulamento do seminário do Instituto de Direito Público.

Art. 1.º — Em livro próprio, no mês de março de cada ano, o encarregado do seminário fará a inscrição dos alunos, seja do curso de bacharelado, seja do curso de especialização, que queiram tomar parte nos trabalhos do seminário.

Parágrafo único. O aluno poderá inscrever-se somente numa das seções, em que se divide o seminário.

Art. 2.º — Depois de uma série de reuniões em comum, serão divididos os alunos, se preciso, em tantas turmas quanto os trabalhos fixados para serem realizados.

Parágrafo 1.º — Versarão os encontros em comum sobre organização do trabalho intelectual, regras de bibliografia e modo de se utilizar a biblioteca; regras de aproveitamento da leitura e de redação.

Parágrafo 2.º — Se o catedrático entender necessário, poderá haver trabalho individual de pesquisa, sem o aluno participar de turma.

Art. 3.º — Cada turma reunir-se-á uma vez por semana durante hora e meia.

Art. 4.º — Será excluído aluno que faltar às reuniões por três vezes consecutivas ou, de outro modo, dez vezes durante o ano.

Art. 5.º — Será também excluído o aluno cujo aproveitamento não corresponder às exigências do catedrático.

Art. 6.º — Não será fixado prazo para conclusão de monografia.

Art. 7.º — Será suspensa a obrigatoriedade de frequência ao seminário, nos meses de dezembro à março, inclusive.

Art. 8.º — Os casos omissos deste regulamento serão resolvidos pelo catedrático, em sua secção; se necessário, dará solução final o diretor do Instituto.

Faculdade de Direito, 2 de fevereiro de 1961.

(a) *Mário Masagão*, diretor

(a) *Ataliba Nogueira*

(a) *J. Loureiro Júnior*

Aprovado pela Congregação no dia 16 de fevereiro de 1960.

Instituto de Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Regulamento.

Art. 1.º — É criado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o Instituto de Filosofia e Teoria Geral do Direito, anexo às Cadeiras de Filosofia do Direito e Introdução à Ciência do Direito.

Art. 2.º — O Instituto de Filosofia e Teoria Geral do Direito terá por finalidade realizar pesquisas e desenvolver estudos sôbre problemas gerais de direito, através de formação de biblioteca especializada; de publicações em geral; de trabalhos de seminário; de cursos e conferências promovidos por professôres nacionais e estrangeiros; de relações com institutos científicos congêneres do país e do estrangeiro e de outras providências análogas;

Art. 3.º — Fazem parte do Instituto:

- a) os professôres catedráticos, os livres-docentes e os assistentes das cadeiras referidas no art. 1.º;
- b) outros professôres da Universidade, de matérias conexas, que o solicitarem;
- c) os especialistas em Filosofia ou Teoria Geral do Direito que apresentarem obras ou trabalhos julgados de valor pelo Instituto.

Parágrafo único — Os bacharelandos da Faculdade de Direito da USP poderão participar das atividades do Instituto, na qualidade de membros aderentes, uma vez satisfeitas as condições fixadas no Regulamento da entidade.

Art. 4.º — O Instituto poderá dividir-se em seções, correspondentes às diversas especializações dos estudos filosófico-jurídicos, de Sociologia Jurídica e de Teoria Geral do Direito.

Art. 5.º — Será diretor do Instituto o professor catedrático mais antigo. Se recusar, o imediato em antigüidade.

Art. 6.º — Os professôres catedráticos referidos no artigo 1.º organizarão o Regimento Interno do Instituto.

Art. 7.º — Enquanto não dispuser de instalações próprias, funcionará o Instituto em uma das dependências da Faculdade de Direito.

Art. 8.º — Constituir-se-á o seu patrimônio com as doações que receber e as dotações orçamentárias que lhe forem destinadas.

Ecoss do jubileu do professor Miguel Reale.

A *Revista da Faculdade de Direito* tem a satisfação de publicar alguns documentos de alto significado cultural porquanto atestam a projeção e acolhida do pensamento jurídico-filosófico brasileiro nos meios intelectuais estrangeiros.

São cartas de eminentes juristas e professôres de renome internacional endereçadas ao Professor MIGUEL REALE por ocasião de seu quinquagésimo aniversário, exaltando a peculiaríssima obra do nosso insigne mestre e um dos diretores desta Revista; saúdam-no como a um dos maiores filósofos-juristas da época atual e, ao mesmo tempo, regozijam-se com as homenagens que lhe foram prestadas pela classe estudiosa de São Paulo.

Carta de FELICE BATTAGLIA, ex-Reitor da Universidade de Bolonha.

“Pela leitura da “Revista Brasileira de Filosofia”, fico sabendo das solenes homenagens que te foram tributadas por ocasião de teu quinquagésimo aniversário. És ainda jovem, mas podes olhar para o passado com legítima satisfação, voltando a percorrer mentalmente com sincero orgulho o caminho vencido, pois a tua obra é de veras notável e inscreve-se entre as melhores do panorama filosófico-jurídico hodierno.

Quanto a mim, não posso senão atribuir a maior valia a teus estudos, pois a consideração dos valores e a sua relevância e eficiência na experiência jurídica, nos avizinha e nos une. Peço-te,

pois, que me consideres solidário com os que te festejam e te saúdam como Mestre.

Recebe, pois, os meus afetuosos, cordiais e sinceros augúrios para uma atividade cultural sob o signo da ciência e do ensino.

(Ass.) FELICE BATTAGLIA”

Carta de LUÍS LEGAZ Y LACAMBRA, ex Reitor da Universidade de Santiago de Compostela.

“Meu querido amigo e colega. Acabo de receber o número da Revista Brasileira de Filosofia no qual lhe são tributadas homenagens por motivo de seu quinquagésimo aniversário.

Desejo, si bem que “a posteriori”, dar minha adesão aos festejos, já que o admiro como um dos primeiros filósofos do Direito da hora presente, com vigência não só no Continente Americano como também nos meios intelectuais europeus.

Logrou V dar à nossa disciplina uma orientação personalíssima e, ao mesmo tempo, dotada de um rigor intelectual autêntico. Creio que a sua teoria filosófica jurídica é das que contam com peso próprio, no pensamento sobre o Direito e o Estado.

Aproveito esta ocasião para reiterar minhas felicitações de admirador e amigo.

(Ass.) LUÍS LEGAZ Y LACAMBRA.”

Carta de CARLOS COSSIO, mentor da conhecida “Teoria Ecológica del Derecho”.

“Vejo no último número da “Revista Brasileira de Filosofia”, que acaba de chegar às minhas

mãos, que foi você justamente homenageado por motivo de seu jubileu. Desejo associar-me às felicitações que terá recebido, e, por isso dou a estas linhas uma significação tôda especial. Você conquistou um nome intelectual que honra a América Latina e tem feito pela Filosofia do Brasil mais do que nenhum outro de seus compatriotas do passado ou do presente. Atesta-o a Revista Brasileira de Filosofia que parece um pavilhão de sua Pátria no mundo das letras universais. Pode você ficar contente com a sementeira; e pode o Brasil ser generoso em reconhecê-lo. Eu, como amigo e como filho desta desgraçada América subdesenvolvida, uno os meus aplausos em sua homenagem e sinto-me orgulhoso de sua amizade”.

(Ass.) CARLOS COSSIO.

9.

082 (Ferreira)

A outorga do prêmio “Teixeira de Freitas”
ao professor Waldemar Ferreira.

Reunido em sessão solene, aos 29 de novembro de 1956, no Rio de Janeiro, sob a presidência do Dr. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, e em cumprimento de deliberação de seu Conselho Superior, o Instituto dos Advogados Brasileiros outorgou ao Professor WALDEMAR FERREIRA o “Prêmio Teixeira de Freitas”.

O “Prêmio Teixeira de Freitas” é a maior distinção que o Instituto dos Advogados Brasileiros confere anualmente aos juristas que maiores serviços tenham prestado à cultura jurídica do País.

Dentre os juristas que foram homenageados com essa distinção citam-se CLÓVIS BEVILAQUA, CARVALHO DE MENDONÇA e mais próximamente SEABRA FAGUNDES, OROZIMBO NONATO e A. DE SAMPAIO DORIA. O prêmio consiste numa medalha com a efigie de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, o consolidador da legislação civil no País, e de um diploma em pergaminho.

O professor WALDEMAR FERREIRA foi saudado pelo sr. OTTO GIL, da diretoria do Instituto, que salientou os grandes serviços por êle prestados às nossas letras jurídicas. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de São Paulo, escreveu inúmeras obras de direito e ainda hoje exerce a advocacia. Em seguida, o professor WALDEMAR FERREIRA usou da palavra, agradecendo a homenagem que lhe foi prestada, proferindo a seguinte oração:

Oração do Professor Waldemar Ferreira.

“Confrange-se, nesta solenidade com que vós, meus eminentes confrades do Instituto dos Advogados Brasileiros, me enalteceis, fibra das mais sensíveis de minha emotividade espiritual, uníssona com a que gera a gratidão, e nem sempre a palavra exprime com eloquência.

Jurista por vocação, mas principalmente por dever de ofício, eu me entreguei anos a fio ao cultivo das letras jurídicas, temente de mim mesmo, por convicto de que o feito, por mais bem feito, se mostra em regra imperfeito, e reclama o melhor. No fazimento do apenas iniciado, como no refazimento do já concluído, em perene revisão de meus conhecimentos, nunca me seduziu prêmio outro que não o de ordem íntima, decorrente da satisfação do dever cumprido. E êsse me bastou. Em momento algum, ainda que em entressonho esvoaçante, dêsses que nos povoam o cérebro em instantes de consciência meio dormida e meio acordada, se me apresentou a perspectiva de alcançada da glória, esquiva e longínqua, que às vêzes se entrega aos que muito a disputam, mesmo porque a dos juristas não é dêste mundo.

Diante da honraria, com que estou sendo mimado, ponho o coração á larga; e como êle é, a um tempo, o princípio da vida e o da virtude, entro a senti-lo em seus movimentos funcionais, já um tanto moroso é certo, mas ainda vivaz, regado de sangue que o tempo não tresmalhou e generosamente me vem prolongando a existência. Consulto-o, em surdina; e êle me revela que, a despeito do muito que produzi, como abelha pródiga, não fiz tanto que pudesse justificar a mercê com que me aquinhoais.

Dissestes-me o contrário, meus insignes colegas, na formosa oração que acaba de ser proferida com alta benemerência por OTTO GIL, a quem me prendem velhos laços de afeição.

Graças lhe rendo por ela.

Tem esta homenagem para mim, e eu não o dissimulo, mais alto significado — o de ser dádiva de vossa clemência. Esta, nem sei mais em que antigo livro o li, é virtude de muito quilate, a que outras virtudes gloriosamente cedem: a caridade para fugir á vingança, a fortaleza para vencer a paixão e a liberalidade para engrandecer a humildade.

Não se nutre a clemência, por isso mesmo, só de bondade, como poderia parecer, posto se equilibre entre o muito rigor e a nímia indulgência. Nem se pode dizer que seja apenas forma de moderação. Antes será abrandamento no juízo, peculiar a quantos se dedicam aos misteres da justiça humana, nada mais que humana, por ser o homem, e o homem somente, o sujeito e o beneficiário do direito, que sem êle é vazio de sentido e seria palavra vã.

É a clemência a grã virtude dos homens da lei. Incompreende-se o advogado destituído dela, como o magistrado. Tendo de discernir, nos embates dos interêsses que se chocam nos cancelos dos tribunais, a fim de separar os legítimos dos que apenas ostentam a aparência de legitimidade, hão da revestir-se de serenidade de ânimo, para que o sentimento não ceda à reflexão. Esse é o instante exato em que opera a clemência. Toma um pouco à caridade para evitar os malefícios da vingança, que irracionaliza o homem. Requer outro tanto à fortaleza de espírito a fim de dominar a paixão, que oblitera os sentimentos, e deter a ânsia de revide, em que reside a fonte amarga das decepções.

O debate judiciário, em que os litigantes deveriam brandir suas armas com punhos rendados, caracterizando-se por colóquio amável nos conceitos, posto expresso com firmeza e segurança nos golpes recomendados pela mais apurada arte da dialética, se reveste, na generalidade dos casos, do fragor de combates árduos e até de rudeza. A relação processual se estremece no anteparo de passadas

mais violentas; mas não se rompe e a luta e lide chegam a termo, sem que os combatentes, depondo as armas, se mostrem desfigurados pelo ódio, dominados pela virtude da clemência, tôda feita de liberalidade.

Essa liberalidade advém do nobre senso de companheirismo propício aos homens da lei, afeitos ao debate público, em que se extremam, divisando, em todos os lances, na pessoa do adversário, como que por via reflexa, a sua própria dignidade, e sentindo-a tão profundamente, cada qual em si mesmo, como na sua própria personalidade.

Não os separa êsse sentimento de respeito recíproco, que antes os irmana, de molde a poderem medir, no transe final e decisivo, o mérito do contendor, sem se desmerecer nesse reconhecimento, por haverem dado ambos à peleja tudo quanto suas fôrças opostas poderiam produzir, na defesa dos interêsses em presença, que cada um patrocinou com altaneria e bravura.

Não fôsse êsse o ambiente em que respiram os homens da lei e eu não poderia compreender, nem justificar, diante de mim mesmo, esta manifestação de clemente fidalguia, que assaz me surpreendeu quando a notícia dela me chegou, no meu recanto provinciano. Levei-a logo à conta da antiga e fraternal amizade com que tenho sido brindado por LEVI CARNEIRO, homem da lei e homem de lei, em tôda a amplitude dos dois conceitos, que tem servido nosso País, dentro e fora de suas lindes territoriais, com as luzes de sua sabedoria e a magnitude de seu coração.

Desde que todavia a iniciativa, que dêle partiu, se homologou pela unanimidade dos componentes do Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros, deliberando que se me atribuisse a medalha TELXEIRA DE FREITAS, só então percebi que, muito mais que a benesse da amizade, no ato entrara a virtude da clemência, que ora sôbre mim recai.

Bendigo dela; e mui desvanecido a agradeço, vendo, na pequena peça de bronze, que assinala o perfil de TEIXEIRA DE FREITAS, a exaltação do gênio, poderoso e fecundo, que se obnubilou na cena derradeira do drama espiritual em que a vida se lhe esvaiu. Quanto mais o examino, na sua vida e na sua obra, mais eu sinto que esta é quase desconhecida, em razão de sua extrema raridade, que a reconverteu, se assim me posso exprimir, ao estado de obra inédita.

O meu contacto com TEIXEIRA DE FREITAS é de tôdas as manhãs. Não cause moossa o asserto. Vai para mais de trinta anos, deparou-se em mostruário de casa de quadros e molduras, nesta mui leal e heróica cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro, nas proximidades do largo do Rossio, pequeno e bem lançado busto em bronze, que me pareceu o do grande juriconsulto. Detive-me. Tomei-o nas mãos. O tacto é comêço de posse. Examinei-o. Tinha diante de mim achado precioso. A chancela de RODOLFO BERNARDELLI, aposta no dorso do pequenino busto, me assegurou que se tratava de autêntica reprodução, em miniatura, do que se ostenta no momento que êste Egrégio Instituto dos Advogados Brasileiros em 1905 fêz plantar nesta cidade maravilhosa, na praça que então tomou o nome de Teixeira de Freitas.

Adquirida aquela admirável miniatura, desde então ela repousa sôbre minha mesa de trabalho, como se fôra a de nume tutelar, a inspirar-me em minhas cogitações de jurista.

Contemplo-a demoradamente nos instantes em que o espírito entra em devaneio aéreo, em suspensão no espaço, sem se fixar em nada, em busca de qualquer coisa indefinida, que se procura sem saber onde e que colabora todavia para a formação de nossas concepções intelectuais. Procuo, cruzado o meu com aquêlo olhar de estátua, naquella fisionomia serena de sábio e de gênio, pela mão do artista paralisada na massa e que ao depois se fixou no

bronze, penetrar no âmago do drama espiritual em cujo ato final TEIXEIRA DE FREITAS perdeu o último alento de vida; e aquêlê olhar se mantém na expressão impassível de quem não tem nada mais que dizer á posteridade.

Manifestação primeira da pujança da personalidade de TEIXEIRA DE FREITAS, ainda em formação, se tem no incidente que, estudante no Curso Jurídico de São Paulo, o impeliu, sem êxito, a argüir, perante o Govêrno Imperial, a suspeição do lente Conselheiro CLEMENTE FALCÃO DE SOUZA para o examinar no “ato” de direito comercial; e que o levou ao bacharelado no Curso Jurídico de Olinda. Tinha êle já então consciência, se não do que valia, ao menos do que prometia. Foi em 1835.

Menos expressivo não se mostrou o outro incidente que o levou a renunciar, em circunstâncias que abalaram o mundo jurídico nacional, em 1857, à presidência dêste Colendo Instituto dos Advogados.

Tendo ciência e consciência de que, elaborando a *Consolidação das Leis Civis*, por incumbência do Govêrno Imperial, o seu trabalho excedera, de muito, a simples coletânea de dispositivos legais e regulamentares em vigor no momento, compendiados em títulos, capítulos e parágrafos, devidamente articulados por colecionador paciente e cuidadoso, mas se revestira de originalidade, sem prejuízo da fidelidade às leis e regulamentos, que então vigiam — êle teve a sensação de que sua obra não tivera a virtude de receber a consagração devida. Externando seu ressentimento, escreveu êle, e isso em 1859, que “a sua única censura foi a mudez do silêncio quebrado apenas pelas vozes perdidas de dois artiguítos que inseriu o *Diário do Rio de Janeiro*, onde se nos falou de uns direitos mistos que até hoje não conhecemos e se nos disse que as leis deviam ser escritas em estilo bíblico”.

Nesse mesmo ano todavia se viu TEIXEIRA DE FREITAS, por sugestão de NABUCO DE ARAUJO, contratado pelo Govêrno Imperial para elaborar o projeto do Código Civil.

Na *Consolidação*, melhor é dizê-lo com palavras de JOAQUIM NABUCO, “o seu gênio tinha tido que se sofrerar, que se curvar à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência, às vêzes obsoleta; fôra apenas chamado a repetir, não a reformar, a lei existente, e renová-la com maior clareza e individuação, qualquer que fôsse o seu defeito intrínseco, a sua incongruência e insuficiência perante a nossa época; no Código Civil podia, porém, exercitar as suas faculdades criadoras, dar a sua medida; não tinha mais que se escravizar às idéias e às formas do passado; tinha a mais ampla liberdade, podia adaptar a sua concepção do Direito, como a sua imaginação lhe inspirasse, às condições reais do nosso País, tal fôsse o seu gênio”.

Entregando-se a êsse trabalho, que foi sendo publicado em volumes que se sucederam de 1860 a 1865; entregando-se ao estudo ininterrupto dos códigos e comentadores estrangeiros; padecendo contrariedades contínuas, estava TEIXEIRA DE FREITAS a terminar o *Esbôço*, que assim chamara seu projeto, quando se convenceu que a obra feita devia ser abandonada e substituída por outra, unificando-se a matéria civil com a comercial num único código de direito privado.

É de imaginar o esfôrço que êle fêz sôbre si mesmo para dominar-se; e não conseguiu. Repudiando sua própria obra, por considerá-la incondizente com o que a ciência jurídica lhe ditara à consciência, era preciso ter grande fibra e tomar a única atitude para pôr-se em conformidade com esta.

Nessa emergência, em 20 de setembro de 1867, êle se dirigiu ao ministro e secretário de Estado dos Negócios da Justiça, expondo as novas diretrizes que se deveria seguir. Bem se vê, disse na representação, que nisso punha “um nobre sentimento, um amor de perfeição que só a consciência pode recompensar. Se me negam a possibilidade moral de arranjar códigos de rotina, que só servem para atrair recompensas exteriores, então sou réu confesso”.

Sem embargo do acolhimento da nova proposta pela Secção de Justiça do Conselho de Estado, o Govêrno Imperial, em 18 de novembro de 1872, a recusou, dizendo o ministro da Justiça a TEIXEIRA DE FREITAS que assim procedia, “porque v. sa. declarou, na sua mencionada representação, que, pela desarmonia profunda entre o seu pensamento e as vistas do Govêrno Imperial, julga-se inabilitado para redigir aquêlê projeto”.

Notai bem nesta frase final. Nela disse o ministro da Justiça que TEIXEIRA DE FREITAS se julgava “inabilitado” para redigir o projeto de Código Civil. Nesse transe, faltou ao Govêrno Imperial exatamente a virtude da clemência, a alta virtude, que eu já disse ser dos juristas e é, também, a grande virtude dos reis e dos príncipes.

Nada terá mais ferido a personalidade de TEIXEIRA DE FREITAS de que aquella inclemência. Grande homem, no conceito hegeliano, sua superioridade levou-o ao conhecimento da verdade ou seja da vontade absoluta; e a exprimiu. Grande homem, embebeu-se da idéia, que o dominou, e de que se tornou o símbolo. O sinal autêntico do direito dos gênios é o successo, que se reconhece ao poder, à gloria, à vitória.

Infelizmente, e que JOAQUIM NABUCO ainda uma vez o diga, a razão de TEIXEIRA DE FREITAS devia naufragar na emprêsa maior que projetava; à imensa sobrecarga do cérebro pela prolongação irremittente do esforço, da absorção intelectual, juntaram-se os desgostos, as contrariedades materiais da emprêsa, os prejuizos de tôda ordem, o desalento por causa da indiferença, aliás natural, de nosso País, tão pobre de ciência e fôrça especulativa, diante de feitos como o seu, em esfera a que raros podem remontar.

Por êsse mesmo tempo também lhe desferiu golpe de clava, que tão fundamente o feriu, o Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, dizendo, na introdução de seus *Direitos de Família*, que não preenchia também os intuitos da ciência a classificação fundada na diferença de direitos — “*reais*

e pessoais” que a comissão, que ministrou parecer sôbre a *Consolidação das Leis Civis*, tinha havido como “belo epílogo do direito civil, histórica e profunda quanto ao pretérito, rica de idéias e de elementos quanto ao futuro ou de *constituendo*, brilha e domina nela um pensamento capital, e vem a ser a diferença dos direitos *reais e pessoais*; diferença que, na frase bem cabida de que o autor se serve, é a chave de tôdas as relações civis”. Em nota á terceira edição da *Consolidação das Leis Civis*, em 1875, TEIXEIRA DE FREITAS declarou que, para não alongar as notas dessa edição, “sofria desde já o pesar de não responder ponto por ponto”, com defesa completa.

Mas esta, quem, em verdade a deu, foi DALMACIO VELEZ SARFIELD, acolhendo aquella classificação no projeto, que então já havia elaborado para a Argentina, de Código Civil, em que não pouco do material reunido no *Esboço*, de Teixeira de Freitas foi aproveitado e, em boa parte, traduzido quase literalmente.

Com a morte de TEIXEIRA DE FREITAS, em fins de 1883, seu nome se aureolou de glória, mas sua obra, a pouco e pouco se foi sumindo e convertendo-se de extrema raridade.

Não há muito, em tese de concurso para a livre docência de direito civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, notei que o candidato, apoiando-se, em certo ponto, em texto de *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, citou-o em castelhano. Manifestei-lhe, em conversa íntima, minha estranheza, que teve revide imediato:

— Que havia eu de fazer? Tem sido em vão meu esforço para obter os volumes do *Esboço*. Não vi outro meio de o conhecer senão através de uma das edições argentinas, que é a com que trato, em falta da brasileira. Se não verti para o português o texto, que invoquei, foi pelo receio de infidelidade na versão...

Reeditou-se, há dois anos, o *Esboço*, enriquecido com opulenta introdução de LEVI CARNEIRO. É já alguma coisa; mas ainda não é o bastante. Insta tirar do olvido, a que

está condenada, tôda a obra de TEIXEIRA DE FREITAS em edição monumental, para que a nova geração tenha a sensação do peso e medida de seu gênio.

Não dissimulo meu grande prazer íntimo quando recebo livros de juristas argentinos, nos quais os ensinamentos de TEIXEIRA DE FREITAS se apresentam examinados, em seus vários aspectos, para bom entendimento dos textos do código civil argentino. Que riqueza de conhecimentos revelam êsses juristas exímios! Que entusiasmo vibrante os anima nas citações que daquele grão civilista fazem!

Permita-se-me, muito à pureza, pequenina confiança. Jamais se aninhou em meu espírito a mais mínima parcela de ciúme, que os dicionaristas definem como zêlo de amor. Sou incapaz dêsse sentimento mercê, de um lado, da liberalidade que me domina em todos os transe de minha vida; e de outro, pela capacidade, que me é inata, de admirar o mérito dos outros, e mesmo de exalçá-los, sem a qual eu não teria levado a bom pôrto minha carreira de professor universitário, há pouco encerrada. Quando, todavia, leio os gabos com que os juristas argentinos se referem a FREITAS (como do outro lado do Prata o chamam), eu como que me sinto tomado de uma pontinha de ciúme nacional, no pressuposto de que êles, por direito de conquista, naturalizaram FREITAS jurisconsulto argentino!

Nem seria demasia que algum jurista como tal o houvesse, em face da citação diária de FREITAS nos compêndios e nas monografias jurídicas, editadas na majestosa capital portenha.

Circula como moeda corrente, no mundo jurídico argentino, uma das mais belas edições do *Esboço*, em dois alentados tomos editados por A. Garcia Santos & J. Roldan, de Buenos Aires, em 1909. Em seu frontispício apenas se tem isto: *Código Civil, Obra fundamental del Código Civil, Argentino. Traducción castellana*. No alto da página, apenas êste nome do autor: A. T. DE FREITAS. Sem prólogo, sem explicação alguma que individualize o autor ou a ori-

gem da obra, ao final do segundo tômo, após o contexto do art. 4.908, entre parentese, depara-se esta nota: (*Aqui termina el Código Civil por el Dr. ANTONIO TEIXEIRA DE FREITAS*), quando êle é Augusto.

Êsse Freitas, quem será? Naturalmente, um jurisconsulto argentino, dirá de si para si mesmo o leitor desprevenido.

Pois, ora *gracias* que assim seja!

Êsse foi o grande prêmio de verdade concedido pela cultura jurídica da América à memória de TEIXEIRA DE FREITAS. Não ficou êle quites com a posteridade com o monumento que se lhe erigiu no Rio de Janeiro; pelo contrário está, a despeito de tudo, vivo e revivo neste instante, nesta medalha de bronze, com que sou galardoado, mas muito mais, todos os dias, pelas referências e pelos debates dos juristas argentinos.

Estava a preparar esta oração, quando tive de interrompê-la, mercê de minha curiosidade inata, assim que me chegou, à mesa de meus trabalhos, o último fascículo, de abril-junho dêste ano, do *Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales* da Universidade Nacional de Córdoba. De punhal em riste sôbre a brochura avanço a cortar as páginas dos cadernos de papel apenas dobrados. No prosseguimento dêsse trabalho, seguido por olhada de página em página, como se lesse num só golpe de vista, detenho-me na pág. 529, diante de um artigo do professor JOSÉ A. BUTELER intitulado — *Método del Código Civil*, que se inicia com estas palavras de introdução:

“Entendo que não é ocioso, antes reputado de utilidade manifesta, que volvamos os cultores do direito civil a FREITAS; e, sobretudo, que nossa preocupação vigilante seja a de predicar e encarecer a considerável influência que teve o pensamento do exímio jurisconsulto brasileiro na obra da codificação do direito civil argentino. Abrigo o pressentimento de que não haja, em nosso ambiente civilista atual, perfeita consciência dos extraordinários quilates da personalidade de FREITAS como jurisconsulto e da grande impor-

tância de seus trabalhos jurídicos. Eis por que escolhi o tema relativo ao método do Código Civil. É ali, precisamente, onde o pensamento de FREITAS se mostra patente e decididamente inspirador da concepção sistemática elaborada pelo autor do Código Civil”.

Prosseguiria, de bom grado, na leitura, desenvolvida como está a monografia em linguagem vivacíssima em torno do pensamento fundamental de TEIXEIRA DE FREITAS sobre metodologia e principalmente sobre o princípio classificador dos direitos — pessoais e reais. Referirei todavia um ponto. Como se sabe, censurado por ALBERDI de ter-se servido dos trabalhos do juriconsulto brasileiro, VELEZ SANSFIELD, lhe respondeu em palavras tais: *“Perdóneme que yo, después de un detenido estudio de los trabajos del señor Freitas, los estime solo comparables con los del señor Savigny”*

Explicando o sentido dêsse paralelo entre FREITAS e SAVIGNY, o insigne professor cordovês, na sua excelente monografia, revela a existência de documento inédito, no arquivo do Instituto de Direito Civil, em que se desvenda ter havido entre FREITAS e SAVIGNY nada menos do que se estendeu ao código civil argentino por influência direta de FREITAS sobre a obra de VÉLEZ SANSFIELD.

Denuncia isso o empenho na demonstração da tese de que se TEIXEIRA DE FREITAS se comparou a SAVIGNY, o paralelismo dos dois se deu naturalmente, sem que o juriconsulto brasileiro tivesse a êste tomado seu pensamento, por isso mesmo original e fecundo. E sobreleva a tudo o reconhecimento da importância da obra e da personalidade de TEIXEIRA DE FREITAS, que o escritor pressentiu em declínio e deu o brado de alarma.

Ouçamo-lo nós, meus eminentes compatriotas do Instituto dos Advogados Brasileiros, confraternizados com os juristas argentinos para que se exalte o culto da personalidade e da obra de TEIXEIRA DE FREITAS!”.

BIBLIOGRAFIA

WALDEMAR FERREIRA, *Por Ceca e Meca e Olivais de Santarém*, Livraria Martins Editôra, São Paulo, 1958.

I. Em sessão de 2 de Janeiro de 1959, da Academia Brasileira de Letras, no Rio de Janeiro, o acadêmico Sr. GUSTAVO BARROSO pronunciou o seguinte discurso:

“O Sr. GUSTAVO BARROSO — No capítulo XVIII da Parte I do *D. Quixote*, depois das aventuras ocorridas numa venda de beira de estrada, o leal escudeiro Sancho Pansa declara prudentemente a seu amo: “Y lo que seria mejor y más acertado, según mi poco entendimiento, fuera el volvernos à nuestro lugar, ahora que es tiempo de la siega y de entender en la hacienda, dejandonos de andar *de ceca en meca* o de ceca en colodra, como dicen.”

À página 73 do volume II da edição do *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, feita pela Real Academia Espanhola em 1922, onde se inclui a expressão *de ceca en meca*, se encontra preciosa apostila a respeito, da autoria do meu saudoso amigo e colega nas duas Academias, a da Espanha e a do Brasil, DON FRANCISCO RODRIGUES MARIN: “*Andar de ceca en meca* significa — y es cosa muy sabido — vagar “de una parte a otra, de aqui para alli”. *Ceca* — dice COVARRUBIAS — se llamó “cierta casa de devoción en Córdoba, onde los moros venian en romeria y de alli se dijo *andar de Ceca en Meca*”. COJADOR, en su “*Diccionario del Quijote*”, añade que, si bien *Ceca* en árabe es la casa de la moneda y se llamó tambien asi la mesquita de Córdoba, por la cual *andar de Ceca en Meca* se parece al *andar las estaciones*, a peregrinar a los famosos santuarios musulmanes, “hay la dificultad de que falta el articulo, pues se hubiera dicho *de la Ceca e la Meca*. . . ” Asi, cabalmente, lo dice el vulgo en Andalucía: mas, con todo esto, hay no poco que hablar de tal frase y de la que en el texto le sigue — *andar de seca en colodra*. . . .”

Do que dizem COVARRUBIAS, COJADOR e RODRIGUES MARIN se infere que *Ceca* foi o nome de famosa mesquita cordovesa, sendo que viajar dela até a Casba de Meca se considerava tão grande peregrinação que equivalia a vagar mundo afora. Dos mouros, árabes e mosarabes da Península que possivelmente a empregavam, a frase passou naturalmente aos espanhóis de Andaluzia, onde o domínio muçulmano fôra mais profundo e duradouro. De uso corrente,

portanto, não a podia esquecer CERVANTES, admirável conhecedor de tôdas as expressões populares e folclóricas de seu idioma, pondo-a, como convinha, não nos lábios de D. Quixote, o aristocrata, mas à boca de Sancho, o lapuz.

Em 1813, na primeira edição de seu dicionário, mostrou-se o nosso MORAIS tão bom conhecedor da origem da locução como Don FRANCISCO RODRIGUES MARIN, quando escreveu: “Secca, chasco, enfado que causa o falador longo, e importuno. Correr Seca e Meca ou antes Ceca e Meca, porque Ceca era uma casa de romaria dos mouros em Cordova — andar tôdas as partidas, vagar muito”. Em AULETE, a expressão *correr seca e meca* quer dizer *andar por muitas terras, viajar muito*.

O povo português reforçou essa expressão com um elemento nôvo, dizendo — “Correr seca e meca e olivais de Santarém”. Ela veio assim oralmente até o Brasil, onde se tornou de uso familiar e vulgar, sobretudo nas regiões do Nordeste. Digo de propósito *oralmente*, porque nenhum léxico português ou brasileiro, dos que consultei, a registra dessa forma. Neles sòmente encontrei na palavra *Seca* uma indicação remissiva para o verbete *Correr*, onde se lê — *correr Seca e Meca*.

De *olivais de Santarém*, em todos êles nem notícia, salvo nos modernos, como o de ANTENOR NASCENTES. Quero crêr que ao bom povo lusitano, sempre disse de seus foros de absoluta independência e peculiaridade, instintivamente ocorreu nacionalizar o dito que punha os pontos extremos de dilatada peregrinação na Espanha e na Arábia, indicando um terceiro ponto no solo pátrio, naqueles fartos olivedos de Ribatejo, que formam um dos apanágios da velha e gloriosa Chanterein, audaciosamente tomada por AFONSO HENRIQUES, um dos marcos principais da avançada da Cruz contra o Crescente nas terras peninsulares. AFRÂNIO PEIXOTO registra a existência dum lugarejo com o nome de Asseca nos próprios Olivais de Santarém.

Aproveito êste reparo para chamar a atenção da Academia sôbre essa omissão, que deve ser sanada no seu Dicionário. Espero nêle achar o que faltou nos outros, a expressão completa, como nossos ouvidos se acostumaram a escutá-la desde a infância — *Seca e Meca e Olivais de Santarém*. Ao explicar a origem de *Seca*, o velho e respeitável MORAIS escreve *ceca*, mas isto dentro do registro em que grafa *seca*. Assim também têm escrito todos os lexicógrafos de Portugal e do Brasil. Terá a grafia de *seca* — maçada, caceteação, influído sôbre a de sua homófona *ceca*? Ou virá o motivo do uso do “S” através da forma lusa *asseca*, comum no Algarve, que significa casa, casal, vilarejo, proveniente do árabe *azecca*, aldeia ou povoado?

Assinala em sua antes citada apostila Don FRANCISCO RODRIGUES MARIN que COJADOR, no “Dicionario do Quixote” diz ser *ceca* em árabe a casa da moeda. Para esta palavra os arabistas indicam o étimo *cecca*, que quer dizer em espanhol *troquel* e em vernáculo *cunho* de estampar moedas. Deve ter havido em Espanha confusão entre *ceca*, casa da moeda, e *ceca*, a mesquita de Cordova, para a implantação da grafia da palavra com *c*, enquanto que a grafia generalizada em Portugal e Brasil, com *c*, porventura se prenderá a *azecca*, casal, lugarejo, denominação mais própria a indicar uma casa de oração do que a duma officina de bater dinheiros.

Exponho o que pude colher sôbre a matéria, mas não entro no mérito da questão, pois tais assuntos não são da minha especialidade. Que os gramáticos e filólogos de bôa cepa opinem a respeito. O que sei é que a tradição, entre nós, luso-brasileiros, advoga a escrita de *seca* com “s” inicial.

A que vem tudo isso? perguntarão aquêles a quem estou a maçar ou secar com tamanhas digressões a propósito duma locução familiar, mesmo corriqueira. É que, no ano de 1946, há doze anos, portanto, a *Editorial Presença*, de S. Paulo, publicou um livro de minha autoria com pequenas notas e ligeiras observações de viagens pela África, Europa e América sob o título “Seca e Meca e Olivais de Santarém”, em que mantive a tradicional grafia portugueza com “s”.

Ora, recentemente, segundo li na coluna literária dum grande matutino carioca, o eminente advogado, professor de direito e político paulista Dr. WALDEMAR FERREIRA, presenteou as nossas letras com um volume também de viagens intitulado “Por Ceca e Meca e Olivais de Santarém”. Sabe tôda gente que nenhuma lei, praxe ou costume impede um autor de usar em obra sua o título da de outro. Nem tão longe vão os direitos autorais. O caso depende inteira e exclusivamente do modo de pensar de cada um, ou de sua quantidade de imaginação.

Anunciando o livro do Dr. WALDEMAR FERREIRA, o colunista do aludido matutino, com a maior surprêsa de minha parte, lembrou a existência do meu trabalho e denominou *coincidência* o aparecimento de título igual em outro do mesmo gênero. Aceito essa coincidência accidental, como se diz em linguagem folclórica por estar convicto de ignorar o ilustre homem público de S. Paulo os rótulos dos meus livros e quiçá a minha própria existência.

Na verdade, o título do meu livro não é completamente igual ao do seu. S. Exa. introduziu-lhe algumas diferenças: preferiu a grafia de *Ceca* à espanhola, enquanto permaneci fiel à portugueza, e acrescentou uma proposição inicial, que, decerto, a seu ver, afor-moseou a frase: *Por Ceca*. Felicito-me pela diferenciação.

Para aquêles que, no caso em aprêço, me julguem demasiado cioso da semi-esquecida tabuleta dum tomo esgotado de literatura talvez barata, responderei com o chorrilho de palavras de FELICIANO SILVA, citado pelo imortal DON MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA: “La razón de la sinrozón que á mi razón se hace, de tal manera mi razón enflaquece que con razón me quejo.. ”

Aplico tais expressões por estar capacitado de que seria exagero evocar as rimas de LORD BYRON ao calar-se quando lhe furtavam o relógio, e a esbravejar quando lhe tomavam uma idéia. Exagêro, manifesto, pois, afinal de contas, a expressão familiar de que tratamos, como já claramente se viu, com “s” ou com “c”, com o “por” ou sem êle, é de pleno domínio público, não tendo eu feito mais do que apanhá-la no ar e usá-la. Como também ela sofreu na *coincidência* a diferenciação que examinei, não desejo senão registrar o fato. Nada mais.”

II. Aos 16 de abril de 1959, dirigiu o Professor WALDEMAR FERREIRA ao acadêmico GUSTAVO BARROSO a seguinte carta:

“São Paulo, 16 de abril de 1959. — Exmo. Sr. Dr. GUSTAVO BARROSO.

Meu eminente compatricio,

Há dois dias, por gentileza de nosso querido amigo Dr. LEVI CARNEIRO, tive a surpresa de receber cópia da interessante oração proferida por V. Exa. em sessão de 2 de janeiro dêste ano da Academia Brasileira de Letras, a propósito de notícia bibliográfica de modesto livrinho de minha autoria, a que me aprouve dar o título — *Por Ceca e Meca e Olivais de Santarém*, do qual, com esta, tenho o prazer de lhe enviar um exemplar.

Confesso que se tivesse tido algum dia notícia de que, faz muitos anos, também se servira V. Exa. daquela frase feita para título de livro de sua autoria, eu não teria dado ao meu o título com que veio à publicidade. Acredite V. Exa. que não me teria faltado engenho para dar-lhe outro nome de batismo.

Não poderia ter sido seu livro, que até agora desconheço, a fonte de minha colheita, de resto sugerida pela leitura tardia do precioso volume de JOÃO RIBEIRO, *Frases Feitas*, edição da Livraria Francisco Alves, de 1908, e hoje, como quando o adquiri, raríssimo.

Não é aquela frase correnteia nestas regiões, tal qual a tomei, senão apenas a de *andar por Ceca e Meca*. Eu desconhecia o acréscimo e *Olivais de Santarém*, que pela primeira vez se me deparou no livro de JOÃO RIBEIRO.

Causou-me espécie que ali se grafasse a palavra Ceca com “c” e não com “s”. No Dicionário de MORAIS, que consultei, na nona

edição, encontrei o verbete, assim consignado: “*Correr Séca, e Méca*, ou antes *Céca, e Méca*” Diante das duas grafias, com preferência por esta, a curiosidade me levou à consulta no Dicionário Etimológico de ANTENOR NASCENTES, que longamente, no tanto quanto a obra permitia, examinou a frase, que puz no frontispício de meu livrinho.

Há suspeitas que ferem mais profundamente do que cutiladas; e dessa fôrça é a que andou na mente de V. Exa. quando imaginou que eu houvesse surrubiado o título do livro de sua autoria.

Eu não tenho a lamentar senão que houvesse V. Exa., naturalmente por não me conhecer bem, alimentado aquela suspeita, que no caso é injustificada; e repilo com consciência tranqüila.

Afirmou V. Exa. estar “convicto de ignorar o ilustre homem público de S. Paulo os rótulos dos meus livros e quiçá a minha própria existência”. Também essa convicção é infundada. Muitos dos livros de V. Exa., a começar por *Terra de Sol*, mais de uma vez relido, enriquecem minha biblioteca; e eu tive a prova dos nove da existência de V. Exa., senão presidindo sessão realizada na Faculdade Direito, de que fui professor catedrático mais de trinta anos, comemorativa de JOAQUIM CAETANO DA SILVA, ao menos tomando lugar à mesa, que a presidia, ao lado de V. Exa. quando proferiu conferência magnífica sôbre o labor de Portugal na fixação e defesa das fronteiras territoriais do Brasil. Se não me engano, foi no ano passado ou no que o antecedeu.

Queira receber V. Exa., sem embargo, as minhas respeitosas saudações. (a) WALDEMAR FERREIRA”.

III. Teve essa carta, que o destinatário leu em sessão da Academia Brasileira de Letras, para que constasse de seus anais, esta resposta:

“Ministério de Educação e Cultura. — Rio, 1.º de junho de 1959.
Eminente Patrício Dr. WALDEMAR FERREIRA.

Venho agradecer-lhe as generosas expressões de sua carta sôbre o caso do título do seu interessante livro e a oferta de um exemplar do mesmo. Infelizmente não disponho de nenhum volume do meu, que, editado em S. Paulo, se acha esgotado. Demorei-me em responder-lhe à procura dum pelas livrarias de segunda mão, mas nada consegui.

No caso, não me animou nenhuma suspeita menos digna contra um homem da sua reconhecida estatura moral.

Nada mais fiz do que registrar uma coincidência em relação a um título em verdade pouco comum.

Com as minhas respeitosas saudações (a) GUSTAVO BARROSO”

MARIO ROTONDI, *Studi di Diritto Commerciale e di Diritto Generale delle Obbligazioni*, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1961.

Depara-se nesse belo e grosso volume, de mais de quinhentas páginas, a colheita, coordenação e refusão, que MARIO ROTONDI, o emérito professor da Universidade de Pavia, levou a efeito, de escritos feitos em várias revistas e em várias línguas, sôbre matérias de Direito Comercial e das Obrigações.

Foi feliz a idéia porque muitos os trabalhos reunidos no livro dificilmente se encontrariam, a fim de serem relidos ou mesmo lidos pela primeira vez.

Referindo-se, no prefácio, ao problema de unificação do Direito Privado, de que foi um dos pioneiros, escreveu MARIO ROTONDI palavras assaz lisonjeiras para os juristas brasileiros e que melhor se antolha reproduzir na sua língua original.

“É doveroso per me ricordare — anche a chi ricollega in modo troppo esclusivo alla campagna da me condotta, la fondamentale riforma attuata con l'unificazione del legislatore italiano — che già il VIVANTE — anche se poi aveva abbandonata l'attuazione di tale programma — aveva dato alla tesi della unità del diritto delle obbligazioni autorevolissimo impulso, e che, ancor prima di lui, la proposta era stata avanzata da quel geniale e precoerrente giurista brasiliano che fu TEIXEIRA DE FREITAS”.

O que nesse precioso volume do consagrado diretor do Instituto de Direito Commercial Comparado A. Sraffa da Universidade Bocconi, de Milão, se tem, é riquíssima coletânea de magistrais monografias, a saber: A questão do Código único das obrigações e o Projeto da Reforma do Código de Comércio. A autonomia do Código de Comércio nos trabalhos da Comissão Real para a reforma dos Códigos. A reforma da legislação comercial (parecer sôbre o projeto preliminar do novo Código de Comércio). Contrato social e ante social na reforma dos códigos. Oponibilidade da simulação ao curador da falência. Contrato de escrito artístico e direito do autor cinematográfico ao nome do personagem interpretado. Acesso judiciário e perícia para memória futura. Contratos diferenciais e a térmo sôbre câmbios. Contratos diferenciais sôbre divisas estrangeiras. Contratos diferenciais e contratos a térmo nas Bôlsas de Valores. A cláusula de reserva de domínio na falência. A ação de responsabilidade contra os administradores na liquidação forçada das companhias de seguros. A propósito da obrigação de contribuição por parte dos utentes aos concessionários de obras de melho-

ria hídrica. A nulidade das escritura de vendas imobiliárias não registradas e o Decreto-lei de 20 de março de 1945, n.º 212. A oposição de terceiro pelo adquirente que foi parte na ação em que se proferiu a sentença. Reserva do direito de opção a favor dos promotores e adequação dos estatutos sociais ao novo Código. *Unicuique suum* (jurisdição ordinária e jurisdição administrativa em matéria de contratos com a administração pública). Observações a propósito de compensações privadas. Comunhão e sociedade: sociedade civil e sociedade comercial. A propósito do caráter mobiliário das ações e quotas de sociedades (considerações sobre o caráter finalístico das qualificações legislativas e seus efeitos sobre o conceitualismo jurídico). É compatível com o direito de opção a emissão de ações com sobre-prêço? Usufruto de ações e aumento de capital com emissão de novas ações em opção. Considerações sobre conceito de sinistro e de risco no seguro de responsabilidade civil. Contrato de agência, auxiliares dependentes da empresa e mediação.

É esse o sumário do livro.

São as mais diversas as teses examinadas, tôdas elas de evidente oportunidade, por tratarem de problemas que diariamente se encontram em debate na doutrina brasileira e especialmente nos casos apresentados ao julgamento dos Tribunais.

W F

T. ASCARELLI & M. GIANNOTI, *Testi per la Storia del Pensiero Giuridico*, Casa Editrice Dott. A. Giuffré, Milão, s/d.

Morto TULLIO ASCARELLI, nem por isso cessaram as materializações de seu grande espírito que lhe sobrevive. Idéia permanente do pensador, que ele foi, e da mais viva agudeza, foi a de operar a resurreição, para os amargos dias de materialismo intenso, que o tempo nos tem apresentado, os textos mais notáveis do pensamento jurídico.

Aquela idéia se tornou realidade neste belo volume póstumo, que sua Família se empenhou em editar, em que se reeditaram duas obras primas: *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*, de TH. HOBBS, e *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum. De casibus perplexis. Doctrina conditionum. De legum interpretatione*, de G. W. LEIBNIZ.

Abre-se o volume com um estudo introdutório — *Hobbes e Leibniz e la Dogmatica Giuridica*, de TULLIO ASCARELLI, em que se sente, desde as primeiras linhas, o senso crítico do autor, na plenitude de sua maturidade intelectual. As anotações de GIORGIO BERNINI e o elenco das fontes jurídicas de LEIBNIZ e dos autores e das obras, engrandecem a valia imensa desta obra impar na literatura jurídica moderna.

Não quiz MICHELE GIANNOTTA, nas palavras com que a prefaciou, que nela se divisasse caráter pròpriamente crítico. “O seu significado”, escreveu, “é de querer ser sobretudo, no fato mesmo de sua publicação, um esforço, e, ao mesmo tempo, convite concreto à meditação sôbre os pontos mais constitutivos de um discurso jurídico, que aparece esgotado em si mesmo, na pontualidade de argumentações e construções, na polêmica das disputas metodológicas; uma tentativa e ao mesmo passo “um indício de nova reflexão crítica” consciente da necessidade de subtrair vigorosamente o problema do jurista das fáceis antíteses entre a aceitação de preconstituídos códigos ditados ou ensinados aos homens pelo inexplicável milagre dos ensaios e o aristocrático abandono ao vórtice de arbitrariedade incapaz de salvar-se por si mesmo do arbítrio”

De HOBBS, disse TULLIO ASCARELLI ser “il filosofo maladetto”, que teve sorte pouco diversa da de MAQUIAVEL, ao qual, de resto, HOBBS bem se pode avizinhar pela fôrça de um raciocínio desabusado, que supera todo resíduo teológico: mercê da profunda ética de sua coragem, MAQUIAVEL passou como glorificador das más artes políticas!

Escreveu HOBBS seu trabalho já em idade avançada e LEIBNIZ o seu, muitíssimo jovem; e sua preocupação, como jurista jovem, foi a *juris prudentia polémica* — a casuística. Para êle, e nisso reside sua novidade e seu modernismo, o direito não tem sentido fora da aplicação; e a aplicação deve poder ser argumentada em cada caso possível, não obstante a peculiaridade das situações de fato e a antinomia dos textos. Não é possível renunciar às soluções e confiar na dúvida, em razão de não argumentável discricionariedade, ao “punto dell’amico”. A chave da solução é dada pela lógica, pela reconstrução sistemática.

Para acompanhar o admirável estudo paralelo das duas obras e de seus respectivos autores, mais natural seria reproduzir todo o trabalho de TULLIO ASCARELLI, que se emparelha, sem nenhuma dúvida, com os que formam o belo volume.

GIOVANNI LANCELLOTTI, *La Repressione della Concorrenza Sleale negli Stati Uniti*, Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1961.

É incessante o esforço desenvolvido pelo Instituto de Direito Comercial Comparado A. Sraffa, da Universidade Bocconi, de Milão. Pouco tempo faz, três excelentes monografias deu êle à publicidade: em 1956, *Il fallimento nel diritto americano*, de G. ROSSI; em 1957, *La cambiale in diritto inglese*, de A. GRISOLI; e em 1958, *I contratti di borsa al New York Exchange*, de C. COLTRI CAMPI.

Vem agora a monografia sôbre a repressão da concorrência desleal nos Estados Unidos, como aquelas outras prefaciadas pelo Professor MARIO ROTONDI, o eminente diretor daquele Instituto.

O volume se desdobra em nove capítulos.

Depara-se no primeiro a noção do “*competitive privilege*”. Trata-se no segundo do abuso da concorrência como concorrência desleal. Estudam-se no terceiro os problemas e abusos de uma disciplina unitária da concorrência desleal. Focaliza-se no quarto a *Federal Trade Commission* e explica-se o conceito da “*unfair Methods of competition*”. Examina-se no quinto a concorrência desleal por confusão (“*passing of*”). Fazem objeto do sexto os contrasinais com “significado secundário” e os atos de confusão; e, do sétimo, a publicidade parasitaria e a teoria da diluição. Confusão e publicidade falaz preenchem o capítulo oitavo. Encerra-se o nono capítulo com os atos de imitação a de “*misappropriation*”

Revela êsse sumário a amplitude do livro, originário de tese de láurea apresentada, em 1957, a Universidade de Pavia e desenvolvida na Universidade de Tulane, nos Estados Unidos, sob a assistência do Professor FERDINAND STONE.

Estudada a matéria da concorrência desleal *in loco* e no confronto das duas legislações que o princípio federalista instituiu nos Estados Unidos, apresenta-se ela em seus aspectos mais interessantes.

Serve-lhe de introito magistral prefácio, em que o Professor MARIO ROTONDI traz à luz a complexidade dos problemas, que um sistema de normas, de princípios e de máximas jurisprudenciais, apresenta aos estudiosos de países em que a legislação sôbre a concorrência desleal é dominada pelo sentido unitário da lei substantiva, dentro de suas lindes territoriais, a prova dos estudos de direito comparado.

O excelente tratado de GIOVANNI LANCELLOTTI, como não podia deixar de ser, tratando-se da repressão da concorrência desleal,

repleto de referências a inúmeros casos julgados dos tribunais americanos, que bem exprimem a orientação dos estudos jurídicos na grande república norte americana, à luz do casuismo tão característico de sua formação jurídica é obra utilíssima, que assaz enaltece a competência do autor.

W F.

HECTOR CAMARA, *Prenda con Registro o Hipoteca Mobiliária*, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1961.

Pelo Decreto n.º 15.343, de 28 de maio de 1946, a que deu fôrça de lei a Lei n.º 12.962, promulgada em 27 de março de 1947, se admitiu, na República Argentina, o penhor com registro, a fim de assegurar o pagamento de certa soma certa de dinheiro ou o cumprimento de qualquer classe de obrigações, a que os contraentes atribuam, para os efeitos da garantia pignoratícia, valor consistente em soma de dinheiro.

Por efeito dessa lei, os bens, sôbre os quais recáia o penhor com registro, ficarão em poder do devedor ou do terceiro que os haja empenhado em garantia de dívida alheia.

Deu-se dessarte eficácia a ajustes que se haviam generalizado no comércio e na indústria, a despeito do conceito clássico do penhor e das leis que o regulamentavam.

Penhor com registro (“prenda con registro”) denominou a lei ao instituto, que disciplinou, a fim de permitir a cláusula *constituti*, mercê da qual a coisa empenhada, em vez de entregar-se ao credor, para que a detenha, constituindo o direito real de garantia, permanece com o devedor. Penhor sem entrega, tem sido chamado. Para valimento daquela cláusula, de eficácia discutida, instituiu-se o registro do penhor, destinado a dar-lhe valimento *erga omnes*.

O excelente tratado, que HECTOR CAMARA, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Cordoba, acaba de publicar, estudando na sua essência e nos seus pormenores, a lei argentina instituidora do penhor sem registro, se apresenta com o título de — *Prenda con Registro o Hipoteca Mobiliária*. Explicou o autor êste acréscimo.

“Resistimos”, disse, “à designação legal, porque a verdade é que o penhor não terá registro, mas será objeto de um registro, como o assinalou MARTIN Y HERRERA; de sorte que, em todo o caso, parece mais exato chamá-lo penhor registrado, por via de registro; ou, como disse HANDEMANN, penhor registrado, embora estas palavras não sejam mais felizes”

Passou em revista as demais denominações propostas, para concluir, como mais adequada, a de “hipoteca mobiliária”, já que tem de comum com esta garantia real o registro, e, em ambas, quem vincula o bem o retém em seu poder.

Não se pode, expôs o tratadista, “arguir em contrário que a lei nacional admite a hipoteca somente para os imóveis e o penhor para os móveis, já que a hipoteca naval e aeronáutica compreende os segundos e o penhor com registro pode recair sobre alguns imóveis”.

Tem sido, no Brasil, repelida a denominação de *hipoteca mobiliária* para o penhor de coisas remanescentes em poder do devedor, mesmo nos casos para os quais estabeleceu o registro para valimento contra terceiros. Se existe a hipoteca naval, como a hipoteca aeronáutica, isso se tem explicado pela circunstância de ter sido o navio, tradicionalmente, a despeito de sua mobilidade, por destinado à navegação, como, ao depois, ocorreu com a aeronave, tratado como se fôsse imóvel, por efeito de ficção jurídica.

O que verdadeiramente distingue a hipoteca do penhor não é tanto o registro, quanto o direito de sequela.

“Como”, doutrinou o Conselheiro LAFAYETTE, no *Direito das Causas*, § 174, “como todo o direito real, a hipoteca tem um caráter absoluto, vigora contra todos (*adversus omnes*), e, enquanto se não extingue, acompanha a coisa pelas mutações por que passa. Daí o direito do credor de penhorar o imóvel em poder de quem quer que o detenha, e de executá-la. Esse direito se denomina *de sequela*”.

Esse direito se objetiva nos bens imóveis e nos a êste equiparados, como o navio e a aeronave. Nem sempre se poderá exercitá-lo quando verse sobre bens móveis e fungíveis.

Este é problema de somenos, que não altera, antes aumenta o valor do exaustivo tratado, com que HECTOR CAMARA acaba de enriquecer o patrimônio bibliográfico do direito argentino. Não há nele aspecto de pormenor ou de substância, que não tenha sido trazido a lume, com segurança e completo conhecimento da matéria, tão versada na literatura jurídica americana ou européia.

Tendo feito, logo que a lei se publicou, sucinto estudo de seus dispositivos, “hoje”, disse o autor no prefácio, “com maior perspectiva e aproveitando a experiência de seus três lustros de vigência, formulamos ampla exegese do direito argentino, apontando suas virtude e defeitos — próprios de todo novo ordenamento — e pretendendo preencher suas lacunas, assim como resolver muitos dos distintos problemas que ostenta em suas variadas fases, o que tudo pode resultar útil para o legislador futuro”.

Para êsse alto objetivo, que foi realmente atingido, o autor passou em revista o direito comparado, em especial o latino-americano, e as soluções jurisprudenciais, confrontando seus pontos de vista com os dos juristas mais prestigiosos.

Se assim planejou, melhor executou, guiado pela cultura jurídica, que o distingue no professorado universitário argentino, quanto ainda pela prática da vida forense, pródiga na criação dos casos imprevistos e na oferta das novidades que a interpretação revela e antes não despertaram a atenção na leitura dos mesmos dispositivos legais, por isso mesmo cheios de surpresas.

Não cabe, nesta assentada, destacar esta ou aquela passagem dêste tratado insigne, seja qual fôr o ângulo pelo qual seja examinado.

Nem bem ainda divulgado, constitui obra clássica que engrandece a literatura jurídica latino-americana.

W F

JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Sistema de Direito do Trabalho*, Editora Revista dos Tribunais Ltda., vol. I, São Paulo, 1961.

Notabilizou-se JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, na literatura jurídica, como comercialista. Melhor, como industrialista. Deu-lhe fóros de jurista, que o é em tôda a extensão do conceito, sua obra — *Privilégios de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio*, em dois grosso volumes, editados em 1930 e 1931, o segundo volume antes do primeiro.

Já se achava em vias de exposição à venda o primeiro volume do seu *Tratado de Propriedade Industrial*, impresso nos primeiros dias de 1946, quando se verificou a superveniência do Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agôsto de 1945, entrado em vigor naqueles mesmos dias.

Não haveria mais tempo de rever o trabalho impresso, sob pena de o perder; e sua publicação em nada se prejudicou por ser aquêle primeiro volume o do estudo da evolução histórica da propriedade industrial no Brasil e o da propriedade industrial e do objeto dos direitos, consentâneos com os princípios que, no geral, inspiraram o novo Código da Propriedade Industrial. Àquele primeiro se sucedeu o segundo volume, desdobrado em dois tomos, publicados em 1952 e em 1956, em que a matéria dos privilégios de invenção e das marcas de indústria e comércio e mais institutos

foram examinados sob a égide da lei nova; e isso, como antes acontecera, magistralmente.

Fundada a Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, outorgou-se a JOÃO DA GAMA CERQUEIRA uma de suas cátedras — a de Direito de Trabalho, que não poucos houveram como parte integrante do chamado Direito Industrial.

No ensino da matéria, portanto, o professor ainda se achava, a bem dizer, em casa, como se verificará com a leitura dêste seu novo livro — *Sistema de Direito do Trabalho*, evidentemente originado pelo exercício da cátedra. Êle desejou, e no prefácio está dito, não fazer “um tratado da matéria que, pelo seu conteúdo e pelas suas proporções” como tal se houvesse, “embora não seja também um simples compêndio de caráter prático ou elementar destinado ao uso dos acadêmicos de direito. No seu gênero será, talvez, das obras jurídicas a mais trabalhosa, não somente pela necessidade de encontrar, às vêzes numa página ou num simples parágrafo, o fruto de muitas pesquisas, leituras e reflexões, como também pela preocupação de manter a obra em nível que não exceda a capacidade comum dos que se iniciam nos estudos jurídicos, mas também não fique aquém dos interesses dos juristas e de quantos queiram possuir um conhecimento mais amplo do direito do trabalho e de seus múltiplos problemas”

Inicia-se, com êste volume, em parte com as noções fundamentais e em parte sôbre o direito do trabalho e a questão social, a volta das águas do direito do trabalho ao seu leito natural, o do direito, em sua mais genuína expressão. Tem êle que deixar aquêle caráter de particularismo, que o tornava ramo a parte da ciência jurídica, que fôsse, para uns, qualquer coisa de sobrenatural, como o que se havia como direito social; e, para outros, mais em terra, e até no subsolo jurídico, como expressão prática de tecnicismo das relações entre empregadores e empregados. Mas o direito da trabalho não é isso assim. Nem no céu. Nem nas profundezas da terra. Êle é, como todo direito, terreno, isto é, humano. Como tal, forma um só sistema.

A sua preocupação, afirmou o autor, seu intuito principal, foi “o de situar e integrar o direito do trabalho em nosso sistema jurídico tradicional, filiando-o às suas fontes autênticas”.

Não é necessário dizer mais nada em prol de livro de tão benemérito objetivo.

UNESCO, *La urbanización en América Latina*, Place de Fontenoy, Paris 7^e., 340 pág., 1962.

En esta obra se estudian los aspectos demográficos de la urbanización en América Latina; la creación de oportunidades de empleo en función de la mano de obra disponible; las relaciones entre el desenvolvimiento económico, la industrialización; algunas características de la urbanización en Río de Janeiro; los efectos sociales de la urbanización en una zona obrera del Gran Buenos Aires; la adaptación de los migrantes rurales a las condiciones urbano-industriales de São Paulo; algunos problemas de salud mental en relación con el fenómeno de urbanización; las cuestiones que el planificador y el administrador han de resolver basándose en la experiencia de la Ciudad de Esmeraldas, Ecuador; la urbanización y el planeamiento físico en el Perú y algunas consecuencias políticas de la urbanización.

El análisis del complejo proceso que es la urbanización en América Latina, y del que trata este libro, tiene ante todo una finalidad inmediata, la de señalar no sólo las cuestiones que es más urgente estudiar y las conclusiones que es preciso difundir, sino las diversas medidas administrativas que puedan resultar adecuadas para resolver los problemas más apremiantes y para anticiparse a las que puedan surgir.

Se trata pues de una obra de importancia especial para todas las personas que se interesan en el desarrollo económico y social de América Latina.

INDICE

DOCTRINA

Autonomia, ensino obrigatório e literatura geral do Direito Internacional Privado — Haroldo Teixeira Valladão	7 + X
A reavaliação dos investimentos das empresas de energia elétrica — Waldemar Martins Ferreira	42 + X
A filosofia do Direito e as formas do conhecimento jurídico — Miguel Reale	90 + X
Do ônus da prova — Alfredo Buzaid	113 + X
Da interpretação das Leis — Washington de Barros Monteiro ...	141 + X
Obrigações «propter rem» — Paulo Carneiro Maia	152 + X
Ingresso de indivíduos de capacidade limitada no serviço público — subsídios para a solução do problema — Nair Lemos Gonçalves	169 + X

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

A década do desenvolvimento — U Thant	179 + X
Oração de paraninfo aos bacharéis de 1960 — Luís Eulalio de Bueno Vidigal	195 + X
O crédito no Direito — Oscar Barreto Filho	204 + X
As condições de sanidade nas relações entre o funcionário e o Estado — Nair Lemos Gonçalves	218 + X

PARECERES

A encampação e a desapropriação de serviços públicos concedidos — Rui Cirne Lima	231 + X
Adaptação do sistema parlamentar de governo aos Estados — José Carlos de Ataliba Nogueira	243 + X
Natureza jurídica da «Fundação de amparo à pesquisa do Estado de São Paulo» — Miguel Reale	255 + X

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA

Secretário Geral da Organização das Nações Unidas na Academia	267 + X
A Faculdade de Direito e a situação nacional	272 + X

X	As reformas sociais e a Faculdade de Direito	283 +
X	Sugestões oferecidas pelo Prof. Dr. Miguel Reale à reforma do Estatuto da Universidade de São Paulo	286 +

NOTICIÁRIO CULTURAL

X	Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli	293
X	Instituto de Direito Público	310
X	Instituto de Filosofia e Teoria Geral do Direito	313
X	Ecos do jubileu do Professor Miguel Reale	315

CONTRIBUIÇÃO AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

X	A outorga do prêmio «Teixeira de Freitas» ao Professor Waldemar Ferreira	319 +
X	BIBLIOGRAFIA	331

TABLE OF CONTENTS

DOCTRINE

Autonomy, obligatory teaching and general literature about International Private Law — Haroldo Teixeira Valladão	7
Re-evaluation of investment of light and power corporations — Waldemar Martins Ferreira	42
The philosophy of Law and the forms of juridical knowledge — Miguel Reale	90
The charge of proof — Alfredo Buzaid	113
On interpretation of Law — Washington de Barros Monteiro ...	141
Obligations «propter rem» — Paulo Carneiro Maia	152
The entering of individuals of limited civil capacity into public service — Some ideas to help solving the problem — Nair Lemos Gonçalves	169

LECTURES AND SPEECHES

The decade of development — U Thant	179
Speech of patronage to the 1960 bachelors — Luís Eulalio de Bueno Vidigal	195
The credit in the Law — Oscar Barreto Filho	204
The sanitary conditions in the relationship between the civil servant and the State — Nair Lemos Gonçalves	218

OPINIONS

The taking back by the State of authorized public services — Rui Cirne Lima	231
The adapting of parliament system of government to the Federal States — José Carlos de Ataliba Nogueira	243
The juridical nature of the «Fundação de amparo à pesquisa do Estado de São Paulo» (State of S. Paulo Foundation for sponsoring researches) — Miguel Reale	255

UNIVERSITY CHRONICLE

The secretary of the United Nations organization at the Academy —	267
The Law School and the national situation	272
The social reformations and the Law School	283
Professor Miguel Reale makes suggestions concerning the reformation of the University of São Paulo statutes	286

CULTURAL NEWS

The Brazilian Institute of Compared Commercial Law and the Library Tullio Ascarelli	293
The Institute of Public Law	310
The Institute of Philosophy of Law and of General Theory of Law	313
News about Professor's Miguel Reale Jubilee	315

CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

Professor Waldemar Ferreira is granted Teixeira de Freitas reward	319
BIBLIOGRAPHY	331

INDEX

DOCTRINE

Autonomie, enseignement obligatoire et littérature générale du Droit International Privé — Haroldo Teixeira Valladão	7
La réévaluation des placements des entréprises d'énergie électrique — Waldemar Martins Ferreira	42
La philosophie du Droit et les formes de la connaissance juridique — Miguel Reale	90
Sur charge de la preuve — Alfredo Buzaid	113
Sur l'interprétation des Lois — Washington de Barros Monteiro ..	141
Des obligations «propter rem» — Paulo Carneiro Maia	152
Entrée des individus à capacité civile limitée dans le service public; aide pour la solution du problème — Nair Lemos Gonçalves	169

CONFÉRENCES ET DISCOURS

La décade du developpement — U Thant	179
Discours de patronage pour les bacheliers de l'année 1960 — Luís Eulalio de Bueno Vidigal	195
Le crédit dans le Droit — Oscar Barreto Filho	204
Les conditions sanitaires dans les relations entre l'employé et l'État — Nair Lemos Gonçalves	218

OPINIONS

La reprise par l'État des services publiques autorisées — Rui Cirne Lima	231
Adaptation du système parlementaire de gouvernement aux États Brésiliens — José Carlos de Ataliba Nogueira	243
Nature juridique de la «Fundação de amparo à pesquisa do Estado de São Paulo» (Fondation d'appui aux recherches de l'État de São Paulo) — Miguel Reale	255

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE

Mr. le Secrétaire Général de O.N.U. visite la Faculté de Droit de São Paulo	267
La Faculté de Droit et la situation nationale	272
Les réformes sociales et la Faculté de Droit	283
Suggestions donnés par Mr. le Professeur docteur Miguel Reale pour la réforme du statut de l'Université de São Paulo	286

INFORMATIONS CULTURELLES

L'Institut Brésilien de Droit Commercial Comparé et la Bibliothèque Tullio Ascarelli	293
L'Institut de Droit Public	310
L'Institut de Philosophie du Droit et de Théorie Générale du Droit	313
Echos du jubilé de Mr. le professeur Miguel Reale	315

CONTRIBUTION AUX MÉMOIRES UNIVERSITAIRES

Le prix Teixeira de Freitas est décerné à Mr. le Professeur Waldemar Ferreira	319
BIBLIOGRAPHIE	331





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).