

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIV

1969



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR.

DR. ALFREDO BUZAI

VICE-DIRETOR.

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO.

DR. MIGUEL REALE
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR
DR. SILVIO RODRIGUES
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

PROFESSORES HONORÁRIOS.

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA

PROFESSORES EMÉRITOS.

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULIPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1957)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO (1883-1965)
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
DR. ALEXANDRE CORREIA
DR. LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. VICENTE RAO
DR. JORGE AMERICANO (1891-1969)
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
DR. NICOLAU NAZO
DR. ERNESTO LEME
DR. MÁRIO MASAGÃO

PROFESSORES CATEDRÁTICOS.

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 Ciência das Finanças.
DR. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional.
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado.
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR 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. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil.
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil.
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal.
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil.
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano.
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro.
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial.

DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil.
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público.
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Civil.
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal.
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional.
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial.
DR. JOSÉ CRETELLA JUNIOR, de Direito Administrativo.

LIVRES-DOCENTES.

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal.
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO de Direito Judiciário Penal.
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal.
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal.
DR. HILÁRIO 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. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política.
DR. LUÍS ARAÚJO CORREIA DE BRITO de Direito Internacional Privado.
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal.
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil.
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política.
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política.
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito.
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política.
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal.
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. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal.
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil.
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil.
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.
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil.
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado.
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil.
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal.
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil.
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito.
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro.
DR. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA de Direito Financeiro.
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro.
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil.
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial.
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil.
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro.
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política.
DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado.
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR de Direito Penal.
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil.
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à
Ciência do Direito.
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial.
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA de Direito Constitucional.
Secretária-Substituta:
Bel. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIV

1969



Comissão de Redação.

Prof. Dr. Antonio Ferreira Cesarino Junior
Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira
Prof. Dr. Miguel Reale

Secretária de Redação.

B.^{el} Maria Angélica Rebello

HOMENAGENS.

Ernesto Leme, Professor Emérito*.

Ataliba Nogueira

Catedrático de Teoria Geral do Estado.

O título concedido pela congregação dos professôres da Faculdade de Direito a ERNESTO LEME e hoje a êle entregue solenemente, muito embora previsto nos estatutos universitários, não é de praxe nem de rotina. Bem ao contrário, é distinção excepcional.

No decurso dos trinta e três anos de convivência sob êste teto, foi a pouco e pouco conquistando os seus colegas, pois é normalmente sisudo, passando a expandir-se sômente quando conhece bem as pessoas.

Para muitos de nós o trato é sempre cerimonioso. O juízo do seu valor, porém, é geral: cultura jurídica, dedicação à escola e aos seus discípulos, argumentador arguto, servidor impávido do direito, patriota animoso nas pugnas cívicas e mesmo ao rememorar o passado tem as vistas arrojadas do futuro.

Com os colegas colabora sempre no aperfeiçoamento da ciência jurídica; com os moços o seu trato caracteriza-se pela vontade de lhes aplaudir os gestos largos e generosos e de incentivá-los para a conquista de futuro grandioso.

Bem se vê que nêle não morreu o espírito forte e tenaz, firme e vigoroso dos seus antepassados Antão Leme e seu filho Pedro Leme, chegados a São Vicente na armada de Martim Afonso de Sousa, em 1532. Fazem parte dos trinta e dois companheiros de Martim Afonso.

* Discurso proferido em nome da Congregação.

Subiram ambos ao planalto e se misturaram aos índios como novos povoadores do campo de Piratininga, até então cultivados pelos aborígenes, que haviam recolhido ao aconchego de suas famílias o patriarca João Ramalho, casado com Bartira, filha do cacique Tibiriçá.

Os Lemes eram experimentados em lutas e guerras, leais servidores da pátria portuguesa, valentes nas peijas da África até que passaram ao amanho da terra, na ilha da Madeira. Um dos seus ramos vicejantes vem para a nova aventura em terras de Santa Cruz. E passam a lançar a semente da nova nacionalidade.

Contudo, ser de gente assim notável não significa necessariamente ser rico de bens materiais, senhores de teres e haveres.

Foi o que aconteceu, mais de três séculos depois, a Candido de Moraes Leme, casado com sua prima Maria Florisa, a mesma que assinava Maria da Conceição.

Modestos lavradores no município de Bragança, dêste estado, viram logo ser melhor abandonar a roça para obterem um pouco mais de recursos na cidade.

Os poucos meios do modesto comerciante mal davam para alimentar os oito filhos, dos treze que o casal teve. Passa a tentar a vida em São Paulo, retorna a Bragança, é atraído para Campinas, volta mais tarde à sua terra natal.

Antes de sair de Bragança pela primeira vez, nasceu-lhe o décimo filho, Ernesto, o nosso homenageado. Desde cedo o menino aprendeu, com as primeiras letras, o enfadonho trabalho de caixeiro, atrás do balcão da casa comercial em que lhe conseguiram emprêgo. Apesar de tudo, havia sempre tempo para alguma leitura.

Chegado o momento de buscar o futuro, encaminha-se para Piraçununga, a fim de cursar a Escola Normal Primária, recentemente criada, passando a viver em casa de seu irmão Ezequiel, nomeado para uma das cadeiras daquele estabelecimento. Formaram-se todos os irmãos de Ernesto, mas desta mesma maneira, lutando e trabalhando.

A quarta série normal foi cursá-la em Campinas, para onde se mudaram os seus pais, em 1914. Mocidade em flôr, 18 anos de idade! Interessa-se pela vida culta da cidade insigne. Havia de aprender muito ali e de desabrochar para as letras a sua vocação, consoante seus pendores naturais. Abriu-lhe Campinas os cenários de um mundo nôvo. E não é só a cidade que lhe apresenta o esmêro de vida intellectual notável, o próprio jovem Ernesto Leme também se lhe revela poeta.

Na residência de Castro Mendes, o velho, mecenas da arte e impressor na “Casa do Livro Azul”, o rapaz saúda, em singelo discurso, a jovem Guiomar Novais, no concerto de piano com que ela mais uma vez delicia os campineiros. Uma colega recita versos de Ernesto Leme em homenagem à artista.

Noticia-se a próxima vinda de Rui Barbosa para descansar, como de costume, na fazenda do Rio das Pedras, pertencente a seus primos Barbosas de Oliveira. Ernesto escreve no *Eclético*, jornal dos estudantes normalistas, um artigo referente ao grande brasileiro.

Assíduo freqüentador do Centro de Ciências Letras e Artes, onde assistia às palestras literárias dos escritores campineiros, dos professôres do Colégio Culto à Ciência e Escola Normal e às homenagens a vultos nacionais e estrangeiros, Ernesto Leme não perdeu a anunciada sessão solene para receber Rui Barbosa.

Saudou-o seu irmão e mestre Lino de Moraes Leme, orador oficial do Centro e Rui proferiu o encantador discurso sôbre as *Andorinhas de Campinas*.

Como tudo que era de Rui, a linda peça literária correu o Brasil todo. Ernesto Leme e quantos outros a recitam de cór até hoje, de comêço ao fim, sem qualquer falha!

Dias depois da sessão do Centro de Ciências, propõem-se os alunos da Escola Normal homenagear o ilustre senador, que os recebe na casa do dr. Euclides Vieira, casado com Isabelita Barbosa de Oliveira. A aluna Brasília Valente oferece flôres a dona Maria Augusta, mulher de Riu. Os

valdo Pinto do Amaral dá a palavra a Ernesto Leme. Em resposta à saudação, o homenageado diz ter lido o artigo de *O Eclético*.

Formado no fim de 1914, já no comêço do ano seguinte é nomeado substituto do grupo escolar de Bebedouro, concomitantemente com a matrícula no primeiro ano da nossa Faculdade de Direito. Para manter-se nos estudos carecia do emprêgo público e por isto não freqüentou as aulas, limitando-se nos três primeiros anos acadêmicos a só fazer os exames. Também não pôde freqüentar o quarto ano, pois é sorteado e faz o serviço militar obrigatório, no 43.º batalhão de caçadores nesta cidade. Isto lhe acarretou o licenciamento no emprêgo, ficando reduzido ao sôldo mensal de doze mil réis (um centavo!), correspondente à sua categoria de soldado raso.

Igualmente não lhe foi possível freqüentar as aulas do quinto ano. Bem outro o motivo. Como não conseguisse emprêgo, de ao menos cento e cinqüenta mil réis, que era o indispensável para habitação e comida, um seu amigo de Bragança dá-lhe carta de recomendação ao senador Rivadávia Correia, antigo ministro do Interior e Justiça e casado com uma Carvalho Pinto, ilustre senhora bragantina.

Ao cabo de apenas dois dias, Ernesto Leme estava empregado como redator da “Gazeta de Notícias”, no Rio de Janeiro. No fim do ano, corajosamente pede demissão, vem a São Paulo fazer os exames finais e bacharelar-se. Já no ano seguinte, em 1920, está em Catanduva, onde também corajosamente abre banca de advocacia, logo transferida para a comarca vizinha, a próspera São José do Rio Preto.

No mês de junho de 1922, passa a residir na capital do estado. Sua atividade é só no meio juridico: advoga, entra para o Instituto da Ordem dos Advogados (era êste o seu nome), do qual em breve seria membro do conselho e, logo mais, secretário.

Em 1925 deu-se fato notável e de grande influência em seu futuro. É que passa a compartilhar das suas lutas, dos

seus pesares, das suas alegrias e triunfos, aquela que o seu profundo amor escolhera para espôsa, dona Dulce Ribeiro.

No ano seguinte, outro acontecimento por êle entrevisto como de importância para o seu futuro acarreta-lhe amarga decepção. Apresentando duas dissertações inscrevera-se para a cátedra de direito público e constitucional, vaga com a ida para o Supremo Tribunal do saudoso professor Herculano de Freitas. Seus concorrentes, Sampaio Dória, Hermes Lima e Ari Franco, três inteligências respeitáveis.

Decide a congregação recusar a inscrição de Ernesto Leme e de Ari Franco, sob o fundamento de que só poderiam concorrer os livre-docentes ou quem houvesse publicado anteriormente monografia referente à matéria, além das teses. É excusado dizer que a decisão foi injusta, pois a exigência não era legal.

Prepara-se cuidadosamente e com vagar para a livre-docência da mesma matéria, embora já preenchida a cátedra e, mais tarde, em 1930, requer a inscrição. O fato revela os seus pendores políticos, pois a cátedra de direito público e constitucional não pode desvincular-se da prática política, por tal forma empolgam os seus temas.

Mas, sobrevém a revolução no fim de 1930. São suspensos os concursos e o nosso amigo e colega engolfa-se na atividade política, sem abandonar a vida judiciária. É dos primeiros diretores da recentemente criada Ordem dos Advogados do Brasil, secção de São Paulo. Aceita a sua nomeação para promotor de resíduos.

Ao ser posta em concurso, em 1933, a cátedra de direito mercantil de Otávio Mendes, notável comercialista falecido dois anos antes, Ernesto Leme em vinte dias escreve a sua dissertação e, realizado o concurso, obtem a cátedra. Custa a sair a sua nomeação. Foi o último professor federal, pois a Faculdade passou a integrar a nova Universidade de São Paulo.

Restaurado o regime constitucional em 1934, é eleita a assembléia constituinte paulista. Dela e da legislatura que

se lhe seguiu faz parte Ernesto Leme, como deputado e líder da maioria. Desenvolve grande atividade. É também presidente da comissão de finanças e participa ainda de outras comissões.

Ei-lo agora nas altas esferas políticas, como um dos seus principais dirigentes. A sua propensão natural para condutor de homens já se revelara bem cedo, seja na chefia incontestável de seus colegas da escola normal, seja mormente no gôsto pelo direito público e constitucional, cujo estudo levou a sério. Ocupará ainda outros cargos de investidura política e ainda outros haverá de disputar sem êxito pela vida a fora. Norteia-se sempre pelo princípio sem o qual não há democracia: a representação política só se justifica pela impossibilidade prática do povo todo exercer o poder. Se a *democracia é o regime em que o povo pelo seu entender livre toma decisões concretas em matéria política* e se o fim do estado é o bem público, ninguém melhor que o povo para dêle cuidar. Por isto se não coaduna com o regime democrático a idéia refalsada de pretensos salvadores do povo, daqueles que mesmo sem embuste entendem que a êles se impõe a tarefa de fazer feliz o povo, incapaz de se reger por si, para que não sejam vítimas de demagogos. É muita pretensão a de tais políticos. E a história ensina que, deixando ao povo apenas o direito de representar, de expôr as suas necessidades, o que fazem realmente é insuflar-lhe a insurreição para que se conquiste por si o poder que é seu e que lhe foi arrebatado.

Se há coerência na vida dos políticos, Ernesto Leme pode jactar-se de jamais haver pactuado com qualquer ditadura.

O autocrata, ainda que bem intencionado, jamais obteve o seu assentimento. Admite as falhas, os erros, os males das instituições democráticas. Longe de suprimi-las, de desfigurá-las, de aparentar o que não são, prega a sua reforma, a restauração de sua pureza.

Talvez por isto mesmo não fôsse o melhor companheiro nas lutas políticas.

Na disputa do sufrágio, obtém por mais de uma vez a acolhida popular, mas nem sempre a adesão irrestrita, que se fazia necessária, dos da sua parcialidade...

Assim, por duas vêzes disputa a senatoria federal, granjeando numa delas 327.063 sufrágios, resultado bem elevado para a época, mas vê assentar-se na cadeira senatória dois políticos adversos, de notável prestígio, Getúlio Vargas e Marcondes Filho, com discrepância pouco sensível de votos em relação aos seus.

Em diferentes oportunidades, falta-lhe o apoio dos seus, quando os adversários o aceitam para candidato a vice-governador numa das vêzes e para governador do estado em outra.

Tais e tantas foram as desilusões, que se desliga da vida política, continuando embora a servir à pátria.

É assim redobrado o entusiasmo e devotamento com que se dedica à nossa querida Faculdade de direito, quer na cátedra do bacharelado, quer na de direito civil comparado e história do direito nacional do então curso de doutorado; quer no conselho técnico e administrativo, quer no universitário e na direção da Faculdade de ciências econômicas e administrativas.

Representa a Universidade no bi-centenário da Universidade de Princeton, nos Estados Unidos (1947); no IV centenário da Universidade Nacional Mayor de San Marcos, em Lima (1951); no VII centenário da Universidade de Salamanca (1953); presidente da terceira comissão do Congresso das Universidades Hispânicas, em Madrid (1953).

Em 1951, o governador Lucas Nogueira Garcez, recentemente eleito, nomeia reitor da Universidade o professor Ernesto Leme. Não lhe apresenta nenhuma condição, não obstante tratar-se de adversário político. Para aceitar o honroso convite, Ernesto Leme consulta o seu partido, que se não opõe por julgar o convite pessoal. Engrandeceu-se o jovem governador do estado e deu mostra da excelência do regime de livre nomeação de um dos membros do go-

vêrno, que por isto mesmo referenda atos oficiais do chefe do executivo. Só mais tarde surge o entrave da lista triplíce organizada pelo conselho universitário. Gozando assim da plena confiança do governador, pode o reitor obter as verbas e demais medidas com que marca o brilhantismo da sua gestão. Os dois relatórios dados à publicidade assinalam os seus principais feitos à frente da mais importante das universidades brasileiras.

Entre os seus títulos universitários, sobressaem dois dêles: o de professor honorário da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, no Peru, concedido em 1951 e o de doutor “honoris causa” pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, outorgado em 1952. Recebeu também a medalha de prata da Universidade de Bolonha, (Itália), em 1953.

Revestem-se as solenidades em Coimbra daquele esplendor e severidade que sempre imprime ao conferir-se o grau acadêmico raramente concedido. Tôda a universidade se agita, comparecem professôres e alunos de tôdas as faculdades. Não só. É a cidade inteira que acorre a festejar o agraciado, demonstrando o zê-lo e carinho com que se vê honrada há tantos séculos pela Universidade tão celebrada por renome augusto e antigo. Da própria Lisboa, membros do govêrno e o embaixador do Brasil vêm participar de festividade tão incomum e tradicional. Demais, porfiam todos em distinguir o doutorando.

Não é quebrado o ceremonial rigoroso e prolongado, cumprido à risca desde antes de penetrarem procissionalmente na sala dos atos maiores.

Segundo o estilo, fala em primeiro lugar Ernesto Leme. O brevíssimo discurso revela a sua emoção por estar em Portugal, a terra dos nossos antepassados, por ver de perto e poisar os pés naqueles sítios em que aprenderam a honradez, a dignidade, a bravura, a intrepidez, o amor ao trabalho antes de virem para as terras virgens do Brasil, onde se fundiriam com os aborígenes, para formar a nova nação de valentes, dignos herdeiros dos bons portugueses.

E ali está em Coimbra, cuja universidade lhe era lembrada dia por dia, desde os seus primeiros anos de estudos jurídicos. Os seus grandes doutores do passado e do presente, os que lhe ergueram os maiores monumentos e os que hoje continuam a obra ingente e sem fim de ajustar o momento aos rígidos cânones do direito. Sabia da escolha do seu nome; acentua, porém, que a homenagem êle a recebe mais do que no seu, no nome da Universidade de São Paulo, cuja Faculdade de Direito, a mais antiga do Brasil e filha de Coimbra, lhe imprimira o amor pelo saber e as letras jurídicas.

Não são textuais as suas palavras, mas é esta a summa das suas afirmações, envoltas em frases de sinceridade e simpatia.

Consoante a praxe, dois ilustres professôres, Eduardo Correia e Antunes Varela, engranzam uma a uma as razões da outorga do título a Ernesto Leme. Não pode deixar de convencer aquêlê arrazoado dos mestres, admirados no Brasil pelas suas obras, respectivamente de direito penal e de direito civil.

Segue-se o petitório formular do próprio doutorando, pronunciado em bom latim, língua em que lê todos os domingos o seu “*Missale romanum*”.

O reitor Maximino Correia e o diretor da Faculdade de Direito ultimam as formas sacramentais e o novato volta a usar o latim para agradecer.

Toma lugar no doutoral, onde ninguém jamais se senta, a não serem os doutores. Já está revestido de longo hábito negro; capêlo vistoso da côr do rubi do oriente cobre-lhe o peito e as costas, com capuz pendente para trás; traz a borla escarlate, ornada de franjas e requifes e outros labores de sirgheiro; na mão direita o anel rubro e rutilante; na esquerda, *Os Lusíadas*, o poema máximo da nossa cultura comum, dádiva da Universidade.

Ao deixá-la, Ernesto Leme mais uma vez poisa os olhares naquele ambiente impressionante pelo acervo histórico e pelas belezas naturais. Desde êste momento passa a dividir o seu coração entre Portugal e Brasil.

E compreende melhor a razão do orgulho que todos temos de a nação portugúesa constituir o cerne da nação brasileira.

Regressando a São Paulo, reassume a Reitoria, mas não chega ao término do mandato do governador Lucas Nogueira Garcez, em virtude do convite feito pelo ministro do Exterior, professor Vicente Ráo, para delegado permanente do Brasil nas Nações Unidas.

É o mais importante cargo da diplomacia brasileira no exterior. Requer qualidades excepcionais do chefe da missão: identificação com a política exterior do govêrno, prudência, argúcia, larga cultura e agilidade nos debates. Difere das demais a mencionada representação. Nas outras, as instruções do Itamarati facilitam a tarefa do diplomata; a qualquer surprêsa resta sempre tempo para consulta à secretaria de estado. Na assembléia geral das Nações Unidas, nas suas comissões ou no conselho de segurança, o delegado tem que discutir na hora o assunto proposto e sem perda de tempo proferir o voto do seu estado. A própria abstenção é uma forma de votar e influi quase sempre no resultado final.

As Nações Unidas não constituem um parlamento mundial, mas estão igualmente bem distantes do processo dos tratados bi ou multi-laterais.

De tal maneira são uma originalidade ou profunda inovação, que o denominado direito internacional, nome ainda em vigor oficialmente, não é mais direito público mas direito privado.

“Voltam-se as suas normas para pôr em ordem os interesses particulares contrastantes de cada sujeito, os estados; para prevenir ou dirimir os conflitos a que possam dar origem, mas considerando sempre aqueles interesses como interesses próprios e particulares de cada qual dêles. Cada estado é que cuida e dispõe de tais interesses e sempre pode renunciar a um seu direito ou não fazê-lo prevalecer num caso particular ou pactuar com outros para regularem

dada matéria de modo diverso de quanto estatui o direito internacional geral.

“Ainda nos casos em que agiram os estados (mesmo com o próprio sacrificio) no sentido de tutelar interesses gerais ou em nome de princípios mais gerais, sempre o fizeram com as mesmas formas e os mesmos limites e os mesmos meios empregados para os seus interesses privados.

“Sòmente nos últimos decênios a ordem internacional logrou afastar-se daquela sua forma típica tradicional. Sòmente agora lançou as primeiras bases de organização que corretamente se pode denominar pública por analogia com o que acontece no direito interno. A “organização internacional”, é expressão introduzida pela nova praxe para designar as formas mais recentes de agrupamento entre estados” (BALLADORE PALLIERI, *D. int.*, 8.º, p. 505).

Assim, havemos de distinguir bem o nôvo do velho.

“Quando se cuida, singular ou conjuntamente, de interesses particulares ou comuns de um ou mais estados, os interesses são privados. Quando se cuida de interesses não relativos a estados determinados e não tomados em consideração só enquanto referentes a êles, tais interesses são públicos. São interesses relativos a uma comunidade maior de estados, interesses próprios dela, considerada unitariamente, desvinculados dos estados. Por isto se dizem internacionais em sentido próprio ou supernacionais, porque expressam algo acima dos estados” (BALLADORE, *op. cit.*, p. 507).

Tais conceitos com dificuldade vão entrando na ordem internacional. É que contradizem a soberania do estado, nota característica do estado que vai desaparecendo aos poucos e terminará com o seu perecimento. O soberano não pode admitir agrupamentos superiores, “com interesses próprios, exigências próprias e diante do qual deva ceder. É tremenda a resistência em nome dos velhos princípios, que tornam árdua e fragmentária a senda a percorrer pela comunidade internacional” (p. 509).

“Certas funções sociais bem importantes vão sendo subtraídas aos estados e aos seus delegados e entregues a órgãos que operam no mero interesse geral da comunidade. É claro que tanto mais se acentua o caráter social e público destas organizações quanto mais amplos os poderes deferidos a tais órgãos em confronto com os relativos aos estados” (p. 513).

“Assistimos à formação, no seio das organizações internacionais, de vontade unitária, que não apresenta mais qualquer laço, nem ao menos indireto e de fato, com a vontade dos estados componentes. Pelo contrário, em muitas hipóteses, têm até o dever de prescindir da vontade de tais estados” (p. 514).

A tanto ainda não chegaram as Nações Unidas, mas caminham neste sentido. Organizações dela dependentes já se encontram nessa fase de progresso.

O Brasil, um dos cinquenta e um membros originários das Nações Unidas, vai contribuindo galhardamente para as instituições do futuro, concorrendo assim para que se corrijam os erros já patentes.

Os próprios prédios das Nações Unidas recordam a moderna arquitetura brasileira.

Ao tempo de Ernesto Leme abrigava 60 estados; em 1957, quando representei o Brasil na XII Assembléia geral, já eram 82; hoje, são 124 estados, preocupados seriamente com a sua segurança e independência, com a sua existência e tranqüilidade.

Voltada para os problemas nacionais, tantos e tão difíceis, a opinião pública brasileira não avalia bem o quanto nos interessa aquela sociedade internacional.

De lá, da sua sede é que se sente e se mede melhor o valor das Nações Unidas. Nenhuma organização puramente humana tem facilitado mais a manutenção da paz e relativa normalidade do que as Nações Unidas.

Em suas amplas salas de conferência internacional e fora delas, mas lá em sua sede, negociaram-se soluções ou se tomaram medidas de influência, umas vêzes decisivas, outras consideráveis para a limitação de numerosos conflitos surgidos nos nossos tempos e para a conservação da paz geral.

Todavia, não são panacéia universal, mas obra de homens que buscam acertar. Nenhum dos estados que as fundaram contava que tivessem tais funções e intentassem a utopia.

Ainda que se esqueça o seu papel em favor da paz, mesmo assim são grandes os seus serviços. Recorde-se a sua obra a favor do desenvolvimento dos povos coloniais no caminho da independência.

De outro lado, são de importância fundamental para um estado como o Brasil os esforços das Nações Unidas no campo econômico, de modo especial no estudo e definição dos problemas do subdesenvolvimento econômico, que tanto impulso vem tomando no quadro desta organização e das suas comissões regionais, como é o caso da comissão econômica para a América Latina.

Finalmente no âmbito das normas jurídicas de convivência pacífica entre os estados, tem sido e será cada vez mais importante o papel das Nações Unidas. Havendo criado a comissão de direito internacional, vem realizando o trabalho ingente da codificação deste ramo do direito. Tarefa lenta por sua própria natureza; os resultados, porém, hão de contribuir e muito para estabelecer e ordenar melhor as relações entre os estados, em vários domínios e em bases justas, previsíveis e estáveis.

Tomei parte assídua na sexta comissão, a comissão jurídica. Os delegados dos oitenta e dois estados, àquele tempo, viram que ela funciona como verdadeira conferência geral de codificação, perfeitamente comparável às de outrora, antes das Nações Unidas, e que se reuniam raramente, de geração em geração, com grande alarde e convo-

cadadas como alta novidade. Tal foi a conferência de Haia, em 1907.

Ocupa-se com assuntos de considerável complexidade técnica e de delicada repercussão política.

O professor Ernesto Leme foi brilhante delegado permanente do Brasil. Tão a contento foi a sua atuação que, contrariando a praxe, o presidente da república o nomeou chefe da delegação brasileira à IX sessão da Assembléia Geral, em 1954, acumulando com a delegação permanente.

Foi presidente da comissão de desarmamento e, fato notável, presidente do conselho de segurança. Foi louvada, então, a sua elegância e imparcialidade nos debates em torno do trânsito pelo canal de Suez e nos da delicada questão entre árabes e judeus. O delegado egípcio faleceu em plena sessão do conselho de segurança.

Uma das resoluções do conselho fôra mal recebida pelo delegado egípcio, que declara: “O Egito não acatará a resolução, pois atenta contra a sua soberania”. Do seu lugar o delegado do Brasil responde oportunamente: “Pois foi com base na sua soberania que o Egito assinou a carta das Nações Unidas”.

Não é possível esquecer o trabalho inteiramente pessoal do delegado do Brasil com referência a certo assunto importantíssimo, que não constava da agenda, mas fôra pôsto em discussão depois de organizada a pauta dos trabalhos.

Os Estados Unidos apresentaram, como tema suplementar a ser debatido, a *Aplicação da energia atômica para fins pacíficos*. Iniciam os debates na comissão política e de segurança. Ao pronunciar-se o Brasil, o chefe da delegação, por não ter dados remetidos pelo Itamarati, reconstituiu de memória os que conhecia, aliás muito bem, como reitor da Universidade de São Paulo.

Recorda o início dos estudos de energia nuclear no Brasil, precisamente na nossa Universidade, onde lecionava como professor contratado, desde 1934, o sábio Gleb Wa-

taghin, da Universidade de Turim, que conseguiu formar uma turma de discípulos notáveis.

Ernesto Leme refere-se ainda ao Betraton e ao van den Graff da cidade universitária de São Paulo e ao Laboratório de Radioisótopos da Faculdade de Medicina. ora transformado no Centro de Medicina Nuclear. Em 1953, assistiram, na nossa universidade, ao curso do professor Warmall, da Universidade de Londres, cientistas de doze universidades da América Latina, o qual versou sobre *Metodologia dos radioisótopos*. Por último, o chefe da delegação brasileira ocupa-se com a prospecção de materiais atômicos, principalmente o urânio, no Brasil.

Tal discurso grangeia para o Brasil um dos sete postos no “comité”, para orientar o secretariado das Nações Unidas na organização da conferência de energia atômica, de Genebra. Indicado naturalmente para representar o Brasil no “comité”, Ernesto Leme declina da honraria, declarando que o lugar não era de jurista, mas de especialista em energia nuclear. À vista disso, o govêrno brasileiro nomeia para tal função o notável cientista professor Costa Ribeiro.

Com a morte do presidente da república, entende que o seu pôsto no estrangeiro é de confiança e pede demissão.

De regresso à pátria, escreve o seu discurso de posse na Academia Paulista de Letras, o que se deu em memorável noite, a 25 de janeiro de 1956, sendo recebido pelo acadêmico Soares de Melo, cujo discurso erudito e carinhoso lhe traça com donaire o perfil, na elegância e garbo e atavios próprios da eloqüência do consumado orador.

Prossegue a sua vida, dividindo o tempo entre as aulas do bacharelado, as do curso de especialização e a advocacia.

Com freqüência, porém, atende a convites para discursos e conferências, nos mais diversos lugares. Meticuloso, procura sempre escrever os seus trabalhos, a que em breve havemos de nos referir.

Hiato maior nestas ocupações ordinárias é o ter que assumir as elevadas funções de Secretário da Justiça e Negócios do Interior, embora nomeado contra a sua vontade pelo governador do Estado de São Paulo, dr. Adhemar de Barros. Presta ao seu govêrno os mais inestimáveis serviços.

Em sua bagagem literária, o professor Ernesto Leme apresenta um livro de poesias, quatro obras de direito, vinte e quatro discursos e conferências sôbre assuntos históricos, biográficos, jurídicos e políticos. Mais de quarenta opúsculos de memoriais forenses. A nossa biblioteca possui a maioria dos seus trabalhos. Fêz a revisão dos três últimos volumes do *Tratado de Direito Comercial* do grande e saudoso mestre Waldemar Ferreira e agora está atualizando para nova edição os quinze volumes daquele *Tratado*. Colabora em revistas de direito.

Seu primeiro trabalho impresso foi sôbre direito: *Ação confessória*. — *Domínio e servidão*, razões finais apresentadas na sua primeira comarca, Catanduva, no início da advocacia, em 1921.

Entre os anos de 1914 e o da sua formatura em 1919 compôs versos inspirados, parnasianos, que se lêem com grande agrado. Mostrando as suas primícias ao mais tarde acadêmico da Academia Paulista de Letras, o grande professor e escritor Otoniel Mota, êle desencorajou-o. No Rio de Janeiro, Coelho Neto aconselhou-o a não ser literato de profissão. Se êle estava prestes a ser advogado, seguisse a carreira que também é intelectual e que não deixa morrer à míngua de recursos.

O jovem poeta seguiu o conselho dos mais velhos, mas não deixou de dar à estampa a produção daqueles anos, reunindo as suas poesias sob o título de *Poemas do Deserto*, impressos em São Paulo, em 1923. Publica-os sob o pseudônimo de Euclides Lara. Faziam parte da sua vida; estavam jungidos a pessoas às quais dedicara estima incomensurável e, finalmente, tinha consciência de que eram realmente poesias. Ao que parece não escreveu mais nenhuma,

o que não significa que perdesse o gôsto pelas composições de outros. Haja vista o modo como trata os poetas em seu discurso de posse na Academia Paulista de Letras e ainda os *três poetas*, em discurso proferido nesta escola, em 1941, ao serem recolocadas as placas, no frontispício da Faculdade, em homenagem a Álvares de Azevedo, Castro Alves e Fagundes Varela.

Sabe traçar com arte a biografia de vultos históricos e de professores desta casa. E o fêz com relação a Pacheco Prates, Lafayette Rodrigues Pereira, Azevedo Marques, Vicente Ráo, Alceu Amoroso Lima, Brasílio Machado, Pinto Pereira, Macedo Couto, Cacique Tibiriçá, Luc Hommel, Cristóvão Prates da Fonseca, Ernesto de Souza Campos, Francisco Morato, Sampaio Dória.

Rui Barbosa é tratado com carinho em três trabalhos: *Rui e São Paulo*, *Rui e a Faculdade de Direito de São Paulo* e *Rui e a questão social*.

Constituem opúsculos de direito internacional os que se institulam: *De Woodrow Wilson a Harry Truman* (Da Sociedade das Nações às Nações Unidas); *Conceito atual do panamericanismo*; *A participação da política britânica na doutrina de Monroe*.

Sôbre a Faculdade de Direito: *No centenário da Instituição dos Cursos Jurídicos*; *As velhas tradições da Academia*; *Vinte e cinco anos depois*.

Há ainda outros trabalhos, como *O exército, a universidade e a nação*; *A conferência na Escola Superior de Guerra e Saudação ao general Amaury Kruel* esta após a revolução de 1964.

Além de algumas das suas lições de direito civil comparado, estampadas nas páginas da *Revista da Faculdade*, recordamos aqui *A cláusula CIF*. publicada em 1927 e que foi a primeira monografia divulgada sôbre o assunto, no Brasil. O autor colocou-se na vanguarda entre os estudiosos do argumento, que era capítulo nôvo no direito comercial brasileiro. A dissertação com que conquistou a cátedra: *Das ações preferenciais nas sociedades anônimas*.

Restam os seus dois livros de direito constitucional: *A intervenção federal nos estados*, de 1926, com 2.^a edição refundida em 1930 e *O artigo 63 da constituição*, também em 1926.

Aliás, como salienta o autor naquela segunda edição, ocupando-se o artigo 63 da constituição de 1891, reformada em 1926, com definir os princípios constitucionais da União, o lógico era incorporar os seus dois trabalhos num só sob o título de *A intervenção federal nos Estados*.

Vem de longe a minha estima pelo referido estudo erudito e de grande equilíbrio doutrinário do professor Ernesto Leme.

Confrontei as suas conclusões com os comentários dos nossos maiores tratadistas e com as lições dos mestres americanos e suíços, quando me preparava para o concurso de provimento da cátedra de direito público e constitucional. Reconheci-lhe a superioridade dos argumentos ao defender a reforma constitucional que havia definido os princípios constitucionais da União, ao invés de ficarem ao sabor de construções mais políticas do que jurídicas ou entregues à perplexidade em que se encontrava o poder judiciário.

Foi por isto que, em 1946, ao ser designado, na grande comissão constitucional, relator do capítulo sobre a *Organização federal*, pedi imediatamente sugestões a Ernesto Leme, várias das quais foram por mim incorporadas ao texto do projeto e passaram para a Constituição de 18 de setembro de 1946.

A sua monografia é estritamente jurídica e nós, políticos, o que queríamos era realizar a melhor obra política de estrutura federal do estado brasileiro. Mas, o instrumento da nossa obra só podia ser jurídico. Daí valer-me da experiência e altos conhecimentos de quem havia estudado tão bem o assunto. Quanta vez o legislador, muito embora sabendo bem o que quer realizar, não redige com precisão o indispensável instrumento de ação que é a lei, no caso a Constituição.

Já naquele tempo era grande o dissídio em tôrno da forma federativa do estado brasileiro. Havia os que queriam enfraquecer a federação, reduzindo a competência dos estados federados e concomitantemente fortalecendo os poderes da União. E havia os que defendiam com denodo a federação como indispensável ao progresso do Brasil. Dos representantes de São Paulo, de qualquer partido, nenhum traiu a causa da federação.

Não se buscava manter o texto de 1891, mesmo reformado. O desenvolvimento histórico da vida nacional aconselhava alterações ou redação mais explícita. O estudo exegetic do professor Ernesto Leme contribuiu para isto.

Infelizmente, os inimigos da federação — não digo adversários, mas inimigos — daquele tempo para cá preferem a insidia à luta aberta. Estão de acôrdo em que se fale em federação, estado federal, estados federados, mas instilam o veneno antifederativo nos outros capítulos da Constituição, com tal arte que reduzem a nada a competência dos estados.

Não me refiro à prática política, ao jôgo político com que arrazam a federação. Êste é outro aspecto da questão. Aludo à própria redação do texto constitucional que torna enganosa a pretensa organização federal. Cifra-se a federação a simples enunciado de título. O contexto é antifederativo.

Quão numerosos e quão altos ensinamentos deixa o grande mestre ao ser atingido pela compulsória. Dando-lhe Deus plena saúde e êle próprio entendendo que não necessita repousar (aos professôres em sua situação os italianos dizem que estão *a riposo*) temos a certeza de que continuará no nosso meio, assistindo-nos com os primores da sua cultura, valendo-nos com a sua larga experiência, dando-nos cotidianas lições de humildade, de tolerância, de amor à mocidade acadêmica e à Faculdade de Direito.

Faculta-lhe o nosso regulamento a presença à congregação. Ora, ali é que se tomam as grandes resoluções que conduzem a escola neste ou naquele sentido.

Que o mestre, após a aposentadoria, não continui o seu labor jurídico somente fora das Arcadas.

É aqui que deve estar, na sua casa, entre amigos, em contacto com esta mocidade radiante, buliçosa e inquieta pelo futuro como a de tôdas as gerações precedentes. Os projetos ousados, o anseio de realizar não é privilégio dêles. É a seqüência dos que, quase século e meio, enchem de vida o saguão de entrada, o pátio, os corredores e as salas de aula. Havemos de compreendê-los e esperamos que êles compreenderão os mestres.

Senhor professor emérito, os seus colegas felicitam-no e se sentem felizes por mais êste triunfo. Deus o proteja.

Discurso de agradecimento do professor Ernesto Leme.

Minha vinculação a esta Casa data de mais de meio século. Em março de 1915, aqui prestava exame de admissão; em dezembro de 1919, colava grau de bacharel em direito; em março de 1934, assumia o cargo de professor catedrático.

Se levarmos, porém, mais longe a perquirição encontraremos o menino de doze anos seduzido pelos versos de Alvares de Azevedo, Fagundes Varela e Castro Alves, nêles haurindo a primeira inspiração para acolher-se um dia à sombra das Arcadas.

Os dias de nossa vida correm céleres — *quoniam supervenit mansuetudo* — e chega bem cedo a hora da despedida. Os salmos indicam que a soma de nossos anos é setenta — *dies annorum nostrorum in ipsis, septuaginta anni* (90,10); e se alguns, pela sua robustez, atingem oitenta, apenas deparam trabalho e sofrimento — *labor et dolor*.

Já ultrapassei o limite fixado pelas Escrituras. Sòmente Deus pode determinar se chegarei aos oitenta. De qualquer forma, posso dizer-vos que a minha existência tem sido sempre de trabalho incansável; mas, tem merecido as maiores bênçãos da munificência divina.

Apenas a sua complacência poderia fazer o milagre de converter o humilde caixeirinho de Bragança em vosso colega, senhores professôres; e ainda lhe proporcionar o ensêjo de presidir, em assembléia internacional de suma importância, a um concílio de embaixadores das nações mais poderosas do mundo.

Chega-me agora, ao término de minha carreira, o mais alto galardão que se confere a um mestre de direito: o título de Professor Emérito. Não vos satisfizestes, em vossa longanimidade, em convocar-me, após minha aposentadoria compulsória, para reger, no Curso de Especialização, a cadeira de *História do Direito Nacional*. A láurea que hoje me outorgais sòmente se confere a professôres catedráticos, resignatários ou jubilados, “cujos serviços no magistério hajam sido reputados de excepcional relevância”.

Eu a recebo como prêmio aos meus trinta e dois anos de atividade no professorado, à inteira consagração de meus esforços para bem cumprir minha missão. Artista da palavra, soube Ataliba Nogueira aclarar, com a luminosidade de seu talento, as sombras de meu caminho. Flôres murchas e ressequidas que ficaram abandonadas ao longo da estrada, êle as transformou em perfumado roseiral, cuja fragrância vem apenas do verbo encantado que as reviveu, dando-lhes nôvo colorido.

Fui unicamente um professor cômico de minhas responsabilidades em relação à Faculdade e a meus discípulos. Iniciei-me no magistério aos dezoito anos, tomando a meu cargo uma classe, no Grupo Escolar de Bebedouro. Dezenove anos decorridos, tinha a glória de dar a primeira aula aos estudantes do 4.º ano desta Academia, entre os quais vos encontráreis, senhor professor Alfredo Buzaid. Nos olhos atentos e curiosos dêsse moço de vinte anos já se percebiam as cintilações do grande mestre, acatado no país e fora dêle e que um dia viria a ser um dos maiores processualistas brasileiros.

Fui nesta Casa o derradeiro catedrático nomeado pelo presidente da República. Encerrou-se comigo a fase federal

da Faculdade de Direito de São Paulo, vinte e três dias após à minha posse transferida ao Estado, a fim de integrar a Universidade criada por Armando de Salles Oliveira. Inaugurou-se com Honório Monteiro a fase estadual na vida da Academia.

Vim ainda encontrar aqui, ao assumir a minha cadeira, os velhos mestres da primeira centúria da Faculdade, desde Alcântara Machado, membro da Congregação desde 1895, até Waldemar Ferreira, que ascendeu à cátedra em 1927.

A mão impiedosa da morte foi abrindo, pouco a pouco, novos claros em nossas fileiras; a imposição da idade foi afastando do ensino outros mestres eminentes. Sou, de certa forma, na história desta Casa, um traço de união entre duas épocas. No velho casarão de taipa, construído em 1640, fui aluno e fui professor. Vi tombarem as paredes sagradas, que abrigaram tantas gerações de estudantes, erguendo-se em seu lugar, com a suntuosidade que hoje ostenta, o novo edifício, onde a mocidade, estuante de vida, se prepara para cumprir seus deveres para com a Pátria.

Basta atentar para os nomes que compõem a atual Congregação, para que se compreenda o justificado prestígio desta Casa, no Brasil e no estrangeiro. Vejo com orgulho assentarem-se no doutoral, como catedráticos, quatro antigos discípulos; e dez, como livres docentes. São meus filhos espirituais, muitos deles havendo ultrapassado o antigo mestre e nêles todos me revejo enternecidamente.

Mestres e discípulos, numa inteira compreensão da vida e de seus destinos, não pensam, como o poeta, *que le monde finit où finit sa maison*. Na era do cérebro eletrônico e das conquistas siderais, cresce de ponto a responsabilidade dos juristas. Novas disciplinas surgem, das quais não se cogitava nos tempos de outrora. Ontem, o *Direito Aeronáutico*; hoje, o *Direito Astronáutico* e o *Direito Interplanetário*...

Os velhos professôres cedem as cátedras aos mais jovens. Na sucessão eterna dos dias, chega para os primeiros a hora do crepúsculo; os últimos se encontram numa

radiosa manhã. O título que ora me conferis, senhores professôres, é a manifestação inequívoca de que não quereis separar o passado do presente, como não será possível, sem o presente, aguardar serenos os dias do futuro.

Se imaginais que nada me falta nesta cerimônia, eu vos direi que me falta a presença daquêles santos velhinhos, que repousam para sempre no cemitério de minha terra natal. Assim Luís XIV, ao contemplar embevecido o Palácio de Versalhes, a obra soberba de Levau e de Mansard e que êle fizera concluir, exclamou, tristemente: “Aqui me falta a presença de minha mãe”...

Era uma vez um casal de jovens lavradores, que havia ligado seus destinos na comunhão do mais sincero afeto. No pequenino trato de terra que marido e mulher haviam recebido em herança, edificaram êles o castelo de sua felicidade. Aos primeiros albores do sol, iniciavam a tarefa diária. Órfã de pai aos sete meses, órfã de mãe aos onze anos, Maria Florisa concentrava tôda a razão de sua existência no lar modesto que formara. Na ternura do espôso e no amor de seus filhos decorriam tranqüilos os dias de sua juventude.

A prole numerosa constituía, contudo, uma preocupação para o chefe da família. Havia prosperado, sem dúvida. Do solo arroteado com devoção brotavam compensadoras messes. A casa de morada, construída com carinho, era a mais confortável e bonita de tôda a redondeza. Mas, a terra era pouca. Os filhos eram muitos. Fôra mister, assim, levá-los para a cidade, onde poderiam obter, com os benefícios da instrução, uma vida mais promissora.

Homem profundamente religioso, Cândido ajoelhou-se aos pés da Virgem, na capela de São José de Toledo e rogou à Santa que lhe desse inspiração e ajuda. Resoluto, voltou para casa e propôs à mulher a mudança para a cidade. Cordata, como sempre, Maria Florisa aquiesceu de pronto ao desejo do marido. E em certa manhã, aprestadas as montarias, tendo nos braços o filho mais nôvo, que contava apenas vinte e dois dias, a espôsa devotada fêz a

derradeira visita às suas amadas roseiras, enxugou uma lágrima e tomou seu lugar na caravana que se formara.

Na cidade, o pobre agricultor dedicou-se ao comércio. Homem inexperiente e de boa fé, fracassou completamente. Os dois filhos mais velhos, cursando excelentes colégios, tiveram de interromper os estudos; e os mais que foram vindo, como os primeiros, viram-se obrigados a procurar modestas ocupações. Foi assim que eu próprio e meus irmãos iniciamos nossa vida de trabalho e de luta.

Meu pai e minha mãe viveram o suficiente para ver compensado o seu sacrifício. Quando faleceram, de seus oito filhos quatro se haviam diplomado em direito por esta Faculdade, um deles foi médico, outro cirurgião-dentista; minha única irmã era professora primária. O médico, ensinou Medicina do Trabalho na Faculdade de Medicina de Sorocaba; dos quatro advogados, um foi catedrático do Instituto de Educação “Caetano de Campos”, outro, Procurador Geral da Justiça e os dois restantes, professores desta Faculdade, tiveram a excelsa honra de ser elevados a Professores Eméritos, quando aposentados compulsoriamente... Meu pai, olhando para o passado, costumava repetir sempre: “Eu roguei a Nossa Senhora que me ajudasse; Ela, porém, me concedeu muito mais do que eu pedi”...

Eis porque deponho sôbre aquêlo túmulo sagrado a láurea que a douta Congregação benèvolamente me concede. Nas mãos desta e da vibrante mocidade estudantil, para que a transmita a seus pósteros, encontra-se o facho da tradição acadêmica, assegurando a esta Casa a perenidade de sua glória. Como na invocação de *Ciro Costa*,

Ó velha e sempre nova Academia,

Ó bela mocidade a florescer.

.....

..... Não a deixeis morrer...

Jubilação sem júbilo*.

Alfredo Buzaid

Catedrático de Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito da USP.

1. Nas efemérides de vossa carreira universitária tivestes, Professor Mário Masagão, dois dias memoráveis. Um foi aquêle em que, após as brilhantes provas de concurso, recebestes nesta Casa a láurea de catedrático. Dia feliz, radiosa madrugada de glórias imperecíveis, entusiasmo frenético dos vossos familiares. Veio, porém, outro dia, fatal e inexorável, em que a Constituição vos impôs afastamento compulsório do exercício do magistério. Dia melancólico, que vos alcança em pleno vigor intelectual; dia em que deixastes esta Faculdade sem murmurar sequer uma palavra de despedida; dia de angústia, que vós desamastes, porque mais se assemelhava a um ocaso, baldo de ternura e indiferente à vossa sorte, que o justo prêmio ao repouso.

A aposentadoria do professor costuma chamar-se *jubilação*. Só por caprichosa ironia de uma antifrasede é que esta palavra pode significar, a um tempo, alegria e tristeza, recompensa e castigo, esperança e decepção. Em uma síntese: *jubilação sem júbilo*.

Desde que, por força de imperativo legal, saistes desta Casa, nela entrou a saudade. A vossa repentina ausência

*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada a 2 de outubro de 1969, ao ser outorgado o título de "professor emérito" ao Prof. MÁRIO MASAGÃO.

interrompeu as deliciosas conversações, pela manhã e à noite, na sala das becas; do vosso lugar na Congregação já se não ouve a lição do alto saber nem o conselho da larga experiência, com que vós por dilatados anos iluminastes os debates.

Feliz reencontro.

2. Não suportando por mais tempo a vossa falta em nosso convívio, aprouve à Congregação descerrar de nôvo as portas desta Casa, que sempre foi vossa, para receber-vos com o mesmo carinho e a velha amizade. A Faculdade se engalana e se doura de luz para festejar condignamente a outorga do título de professor emérito. De todos os corações transborda o contentamento.

O dia de hoje marcará indelévelmente a vossa presença entre nós. Hoje é o dia do reencontro. Feliz reencontro. Mas não foi para matar saudades que a Congregação houve por bem conferir-vos a nova láurea, nem porque tivésseis necessidade de mais uma mercê para ajuntar aos inúmeros títulos que engrinaldam vossa fecunda existência. Foi movida pelo mais alto espírito de justiça que ela vos brindou com esta alta distinção, convencida de que coroava a obra do mestre e do homem, do cientista e do político, do cultor das letras e do magistrado ímpoluto.

Quatro planos de vossa vida.

3. A vossa luminosa existência se projeta em quatro planos, que revelam as tendências do homem público, cuja vocação madrugou no verdor da mocidade. Fostes advogado, professor, magistrado e político. Em cada uma destas atividades a nota marcante é a observância rigorosa

dos princípios éticos, a coerência inflexível das atividades, o culto da ciência.

De vós se pode dizer que sois um *homem autêntico*.

Nunca vos alheastes ao cumprimento dos deveres para com a Pátria. Destes, na devida proporção, o tributo à política, entendendo que não era possível dissociá-la da atividade do professor. O ensinar não é apenas falar da cátedra de uma sala de aula; é também ministrar lições ao povo. A política exerceu em vosso espírito certo fascínio, não porque vos acorcoasse o rumor da popularidade, mas por ser a ciência do govêrno, inspirada na realização do bem comum. O magistrado completa a obra do advogado.

Quanto vos deve êste país por tudo que lhe fizestes! As vossas obras e os vossos exemplos testemunham que fostes incorruptível no cumprimento do dever, abnegado no exercício da função pública, heróico na solução das crises difíceis, digno na adversidade, lógico na convicção democrática e intransigente na defesa das liberdades humanas.

O advogado de gabinete.

4. Aos vinte anos recebestes, nesta Faculdade, o diploma de bacharel em ciências jurídicas e sociais. Era em 1919. Terminado o conflito mundial, que por quatro anos convulsionou a Europa, abriu-se uma nova perspectiva para a história contemporânea. Aquêlê período maravilhoso de 1870 a 1914, no qual a humanidade viveu setenta anos de tranqüilidade e de equilíbrio nas relações internas e internacionais, desaparece para sempre na hora trágica em que o troar dos canhões dizimaria dez milhões de pessoas.

Vós contemplastes os tremendos sucessos, presentindo que de tôdas as disciplinas, que integram o mundo jurídico, uma delas haveria de sobressair por sua importância: o

Direito Administrativo. E passastes a cultivá-la com entranhado amor.

De par com êstes estudos iniciais puramente especulativos, exercestes a advocacia. O desempenho desta profissão pode ser de dois modos: advocacia de gabinete ou advocacia de fôro. Ambas são igualmente penosas, porque requerem inteligência aguda e descortino dos problemas. O advogado passa a existência no trato das leis, sofrendo a tragédia das interpretações divergentes, lutando contra clientes ambiciosos ou indóceis e suportando, não raro, a incompreensão de juizes, muitos dos quais, ao início da carreira, ainda não reúnem cabedal de saber e virtude da paciência.

Vós preferistes a advocacia de gabinete, mais consentânea com a ordem de estudos que vínheis desenvolvendo.

O professor de direito administrativo.

5. A vossa paixão, ainda oculta a êsse tempo, era o estudo do Direito Administrativo. Esta ciência florescia na Europa no primeiro quartel do século XX. Intuistes, porém, que para conhecer em profundidade tal ramo da ciência jurídica, era indispensável dominar a filosofia em geral e, em particular a filosofia do direito. O vosso espírito inquieto e insaciável de cultura se voltou para as ciências filosóficas, lendo no original as obras fundamentais. Tudo isso só foi possível, porque vos preparastes primeiro no conhecimento do latim, do grego, do alemão e de outras línguas.

Em 1926 publicastes um ensaio sôbre *O Conceito de Direito Administrativo*. A leitura dêste trabalho, escrito aos 26 anos, já dá uma clara idéia da extensão da vossa cultura filosófico-jurídica e da segurança do vosso conhecimento da matéria. No ano seguinte, inscrevendo-se para

a livre docência, oferecestes uma obra, que se tornou clássica: *Em face da Constituição Federal, não existe no Brasil o contencioso administrativo?* A nota que obtivestes nas duras provas do concurso foram a consagração do mestre: “distinção plena.”

6. Em 1933 ascendestes à cátedra em concurso para o qual apresentastes a tese intitulada *Natureza da Concessão de Serviço Público*. Ai recebestes, de nôvo, a consagração dos examinadores, que vos atribuíram nota dez em tôdas as provas.

Durante 42 anos cumpristes admiravelmente a função de mestre de Direito Administrativo. As vossas aulas, proferidas sem ostentação, transmitiam aos alunos conceitos, idéias e doutrinas em fórmulas impecáveis. As vossas apostilas eram disputadas por magistrados e advogados, que delas se serviam para ilustrar sentenças ou arazoados. Todos aguardavam ansiosamente a publicação do *Curso de Direito Administrativo*. Não tivestes pressa em publicá-lo.

O que caracteriza um curso de Instituições é a síntese do pensamento sôbre determinada ciência. A consecução dêsse ideal requer larga meditação, estudo profundo e distribuição proporcional da matéria. A vossa obra veio finalmente a lume em primeira edição, no ano de 1959. No decurso de nove anos o livro, tão procurado pelos estudiosos, já alcança a quarta edição. Obra clássica, ela condensa a súmula do Direito Administrativo Brasileiro.

O desembargador.

7 Já reconhecido como mestre de direito e acatado como advogado de reputação ilibada, fostes nomeado a 12 de dezembro de 1930 desembargador do Tribunal de Justiça. Na função de magistrado sublimastes as qualidades do advogado. Os vossos acórdãos sempre revelaram

admirável poder de síntese. Nunca tivestes a preocupação de os ilustrar com citações de autores, nem de demonstrar erudição. Tomastes invariavelmente por modelo os juriconsultos romanos, que diziam com simplicidade e rigorosa correção as verdades jurídicas. Os vossos acórdãos se tornaram conhecidos por se assemelharem a fórmulas de rigor geométrico.

Com o advento da Constituição de 1937, que extinguiu a acumulação remunerada, tivestes de optar. O vosso espírito se debateu entre duas paixões: a do professor e a do magistrado. Aquela veio primeiro. Vós deixastes então o Tribunal de Justiça para se dedicar ao magistério.

Em 1947, cessada a proibição da acumulação, voltastes de nôvo ao Tribunal de Justiça, passando a exercer, daí por diante, até a aposentadoria, a missão de juiz e de professor.

O político.

8. A vossa passagem pela política foi curta e luminosa. Logo ao início do Governo do estadista Armando Salles de Oliveira ocupastes a Secretaria de Justiça. Era um momento decisivo da história do Brasil. São Paulo acabava de sair de uma arrancada revolucionária, em que eletrizou o povo no ideal de reconstitucionalizar o país. O Governo Federal escolhera uma figura impar para dirigir o Estado. Quem deveria ser o Secretário de Justiça? Recai a eleição no jovem desembargador, que trazia a um tempo a beca do mestre e a toga do magistrado impoluto. Organizados os serviços, estruturado o partido político e preparada a luta para a Constituinte de 1934, estava finda a vossa missão. Regressastes então ao Tribunal.

Mas de vossa participação deixastes um exemplo altamente significativo. É o de que um partido político está fadado ao extermínio se não se refaz periòdicamente,

atualizando idéias e recrutando elementos novos. Os velhos, a força de repetições sucessivas, tendem a empedernir-se; os jovens, guiados mais pelo entusiasmo que pela reflexão, desgovernam-se facilmente. No equilíbrio das forças há um ponto necessário de interseção. É aquêlê que reúne velhos e moços sob a inspiração de uma idéia comum, capaz de aproveitar-se da experiência dos primeiros e do entusiasmo dos segundos.

9. Em 1946 repete-se a história. Após a experiência do chamado “Estado Nôvo”, o país volta a reconstitucionalizar-se. São Paulo timbra de rigor em enviar ao Congresso Constituinte uma representação de prol, da qual participastes como um dos expoentes mais brilhantes. Iniciados os trabalhos de elaboração legislativa, integrastes a Comissão que fêz o Anteprojeto, tocando-vos a parte dos direitos e garantias individuais. A vossa atuação é notoriamente conhecida, não só pelo que fizestes pessoalmente, mas também pelo que evitastes. A Constituição de 1946 é uma obra do mais alto valor jurídico e tem palpitante atualidade.

Tanto que foi promulgada pela Mesa do Congresso renunciastes ao mandato. O vosso compromisso estava findo. O que vos preocupava era participar dos trabalhos de elaboração constitucional. Não vos aprazia a discussão de têmeas políticos geralmente estéreis, que consomem uma parte considerável da Casa dos Representantes.

O valor do título.

O título de professor emérito, esta Faculdade vô-lo conferiu como um reconhecimento pelos méritos de vossa existência dedicada à ciência, à justiça e à Pátria. Assim procedeu, porque vossa vida foi ascensão sem queda, coragem sem desfalecimento, fidelidade aos princípios sem intolerância e pureza de idéias sem vulgaridades.

Nesta hora, em que um vendaval demolidor procura abater os valores da tradição, a Faculdade de Direito os cultua sem reserva, certa de que a sua defesa representa ao que há de grande na história do Brasil. O respeito à tradição não é o culto do que há de anacrônico, de superficial, ou de inútil no passado. É, ao contrário, a conservação do que é imperecível substancialmente nas instituições e na natureza humana. A tradição é, pois, continuidade no tempo banhada pelo espírito renovador.

Cai bem a propósito, no momento em que recebeis a láurea de professor emérito, lembrar um episódio da história inglesa. Conta-se que, sendo ministro Lord North, um membro da Câmara dos Comuns, aludia a êle falando naquela “coisa, a que apelidam ministro.” Lord North, comparecendo à Câmara, respondeu: “Quando o nobre deputado me chama esta coisa, não me ofendo, porque alguma coisa sou; mas quando alude a esta coisa a que apelidam ministro, refere-se àquela dentre tôdas as coisas que mais ambiciona e, portanto, eu recebo estas palavras como um cumprimento” (cf. RUY BARBOSA, *Obras Completas*, vol. XI, tomo I, pág. 19).

Professor Emérito sois, a justo título; a Faculdade de Direito, conferindo-vos mais esta insígnia, quis patentear-vos o reconhecimento pelos relevantes serviços que prestastes ao ensino, à magistratura e à Pátria.

Muitos podem aspirar a êsse título. Poucos, no entanto, o recebem. Vós continuais entre os nossos, honrado com mais essa tão significativa consagração.

O novo professôr Emérito Agradece a saudação recebida.

Ao agradecer a saudação recebida, S. Ex.^a rememorou um a um os professôres que o receberam na Congregação de 1928, prestando-lhes comovida homenagem no discurso a seguir.

“O título que acaba de me ser conferido é a mais alta distinção permitida pela lei do ensino jurídico. Com humildade de coração recebo e agradeço a honra dessa insígnia, em cuja outorga a generosidade dos colegas superou a valia do agraciado. Em razão dela participo ainda da Congregação, embora sem direito de voto, e isso corresponde à continuação de um convívio que já durou quarenta e dois anos.

Agradeço ainda as palavras que me dirigiu nosso Magnífico Reitor, o eminente Professor Alfredo Buzaid. O elogio, que elas encerram, desvanecer-me-ia, se eu o soubesse tão merecido quanto o sei sincero. Sincero, mas repassado da antiga amizade que me liga ao preclaro orador, que comecei a admirar em fevereiro de 1931, quando o examinei no vestibular. Pelo brilho das respostas, diagnostiquei então sua procedência: o ginásio de Jaboticabal, dirigido pelo saudoso professor Aurélio Arrobas Martins, que na época nos enviava os candidatos de melhor preparo. Acompanhei depois sua fulgurante trajetória, como estudante, como advogado, como professor, como cientista, até que, para honra desta Casa, alcançou a posição exponencial que ocupa no campo do Direito Judiciário. Referia-se êle há pouco às minhas notas de concurso. Folgo em acrescentar que a façanha já foi repetida nesta Casa, em 1957, em concurso de catedrático feito precisamente pelo meu ex-aluno Alfredo Buzaid.

Julgo que êste instante significa o coroamento de minha carreira de professor. Pende por isso o meu pensamento de dupla polarização. Volta-se, por um lado, para a memória de meus pais, para minha esposa, para meus filhos e seus consortes, fontes da paz doméstica que me envolveu a existência, ensejando-me serena concentração no trabalho. Volta-se, por outro lado, para o ano de 1928, em que ingressei no magistério desta Casa.

Eram então vinte os catedráticos, e os livre-docentes apenas três. Dos primeiros, dezessete davam aulas, e três se achavam na disponibilidade especial do art. 133 da Lei Rivadavia, de 1911, que os dispensava de prelecionar, mantendo-os entretanto na Congregação, como se em exercício estivessem. Examinavam e votavam em concursos, presidiavam bancas examinadoras de alunos, integravam comissões como a da Revista, e cumpriam tôdas as demais funções do cargo. Sob a Constituição de 1891, não havia aposentadoria compulsória, e dessa forma os professôres antigos continuavam a colaborar na tarefa escolar. Pinto Ferraz, em disponibilidade, era em 1928 o Diretor da Faculdade. Reinaldo Porchat, na mesma situação, foi o primeiro Magnífico Reitor de nossa Universidade.

Dos vinte e três colegas que me deram as boas vindas, Vicente Rao, ora jubilado, continua, mercê de Deus, a derramar as luzes da sua sabedoria e do seu talento. Todos os demais vivem na nossa saudade.

Mas as suas figuras perpassam continuamente em minha lembrança, como se ainda percorrêssemos os corredores e escadas do casarão antigo, em fila indiana, conforme o velho costume que então ainda se observava, a descer da sala das becas para a de número dois, onde habitualmente se realizavam as cerimônias.

Ia à frente o campineiro Antonio Januário Pinto Ferraz, que tinha sido um dos maiores advogados de nosso fôro, e que, aos oitenta anos, dirigia esta Casa com eficiência e brilho, sempre invencível na elegância e no apuro com que se apresentava.

Seguia-o Manoel Pedro Villaboim, baiano da Cachoeira, filho de um Conselheiro do Império, advogado hábil, que articulava e arrazoava com extremo laconismo, fiel ao seu lema de chamar a atenção dos juízes sòmente para o ponto principal da causa. Como professor, iniciara na América a divulgação da Escola de Orlando. Foi também parlamentar e juiz do Tribunal Internacional de Háia.

Vinha após José de Alcantara Machado de Oliveira, piracicabano, que em 1895, mediante concurso, fôra nomeado lente substituto de uma das secções, tomando posse do cargo dias antes de completar vinte anos de idade. Foi assim o lente que mais novo entrou para a Congregação, em todos os tempos. Só trinta anos mais tarde é que passou a catedrático de Medicina Pública. Diretor desde 1930, presidiu à construção do nosso atual edifício. Distinguiu-se como primoroso escritor.

O imediato era José Ulpiano Pinto de Sousa, já em disponibilidade, civilista consumado, grande professor que tinha o dom de formular exemplos fascinantes, através dos quais as regras de direito ficavam gravadas na memória dos alunos. Apesar de nascido e criado nesta Capital, sua prosódia, própria do interior paulista, lhe dava colorido à elocução.

Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta, natural de Porto Feliz, expuzera pela primeira vez entre nós, e com muito equilíbrio, as idéas da chamada nova escola penal, de Ferri, Lombroso e Garofalo. Orador elegante, conquistava a todos com sua simpatia. Ligava-me a êle parentesco de afinidade, pois sua excelentíssima esposa era irmã de meu avô materno, Joaquim Vaz do Amaral Carvalho.

Assim como, na geração anterior, dois professôres haviam sobrelevado em oratória, o Barão de Brasílio Machado e João Monteiro, também na Congregação de 1928, em que quase todos os membros dispunham de palavra atraente, brilhavam pela eloquência Reinaldo Porchat, santista, professor de Direito Romano, e Luiz Barbosa da Gama Cerqueira, fluminense, lente de Direito Penal. Porchat era a tuba canora, a voz argentina e poderosa que sacudia e dominava o auditório. Gama Cerqueira encantava pela modulação calma, a um tempo suave e volumosa, com que sua voz grave balançava a cadência dos períodos bem formados.

João Braz de Oliveira Arruda, paulista do Bananal, advogado militante, era poço de erudição em todos os ramos do saber jurídico. Consultado, e às vêzes provocado pelos colegas com questões rebuscadas, respondia instantaneamente, com informação bibliográfica e preciosos avisos de estratégia forense. Uma das maiores honras que o destino me reservou foi, por ocasião de sua aposentadoria, ser escolhido por êle para o substituir em sua cadeira de Filosofia do Direito, encargo em que, mercê das circunstâncias, permaneci alguns anos.

Rafael Corrêa de Sampaio, natural de Piraçununga, senador, orador agradável, ensinava Processo Penal e era muito dedicado a esta Casa.

Manuel Pacheco Prates, nascido em Livramento, no Rio Grande do Sul, formara-se em S. Paulo, e a esta Faculdade voltara, em 1912, como professor de Direito Civil, depois de haver ensinado Direito Romano em Porto Alegre e na Universidade de Montevideo, da qual possuía gráu doutoral. Varão sábio, bom e simples. Sua profunda simplicidade era talvez a matriz da extraordinária clareza com que ensinava, nas aulas e nos livros. Depois de ler a sua *Teoria Elementar da Posse*, um seu coestadano, o saudoso professor Herculano de Freitas, dirigiu-lhe uma frase que passou para os nossos anais: “Prates, a tua clareza arruina o nosso prestígio”. O venerando Pacheco Prates deu aulas até os setenta e oito anos, quando foi atingido pela compulsória recém-criada pela Constituição de 1934.

Teófilo Benedito de Sousa Carvalho, paulista da Capital, bom amigo e homem de grande coragem pessoal, classificara-se em concursos para várias matérias, e foi, em 1914, nomeado lente extraordinário da primeira secção, passando em 1918 a catedrático de Direito Internacional Privado.

José Augusto Cesar, nascido em Lorena, jurista penetrante, era senhor de vasta cultura humanística, e principalmente de História, disciplina de que fôra catedrático.

Muito modesto, fugia a pompas, exhibições e controvérsias, a ponto de fingir a aceitação de opiniões alheias para evitar discutí-las. Mas, apesar de escondido em seu profundo recato, suscitava a admiração dos que com êles conviviam, como Estevam de Almeida e Francisco Morato, que tiveram ocasião de o enaltecer. Deixou trabalhos notáveis de Direito Civil.

José Joaquim Cardoso de Melo Neto, paulistano, além de reger sua cadeira de Economia Política, substituiu, durante onze anos, na de Direito Administrativo, o professor Villaboim, que exercia mandato de deputado federal. Fui seu aluno dessa matéria, e de suas mãos recebi a primeira turma a que me coube ensinar. Lembro o seu nome com afeto e saudade.

Spencer Vampré, nascido em Limeira e criado em Rio Claro, jurista sapiente, escritor fecundo, historiador desta Casa, poliglota, homem de extraordinária cultura literária, era meu amigo desde quando, aos doze anos, fui seu aluno de latim no externato do Ginásio Macedo Soares, que funcionava na Rua do Arouche. Chamou-me certa vez à lição, que eu não sabia. Pousou-me o mestre a mão na cabeça, e disse com o sorriso que sempre lhe bailava nos lábios: “Gosto muito de menino que não estuda.” A suavidade da admoestação produziu efeito drástico, pois passei a estudar furiosamente a matéria.

Francisco Antonio de Almeida Morato, piracicabano, figura hierática de professor e de chefe político, jurisconsulto experimentado, orador amante da linguagem clássica e das tradições acadêmicas, deixou nesta Faculdade, que também dirigiu, a amizade e a admiração de colegas e de estudantes.

Otávio Mendes, de Campinas, advogado militante, vencendo valorosamente a adversidade, que o immobilizou em uma cadeira, prestou concurso e ensinou Direito Comercial nesta Faculdade, e deixou trabalhos de merecimento, entre os quais soblevam os de sua labuta forense.

Braz de Sousa Arruda, também campineiro, grangeou a livre-docência com a idade de vinte e dois anos, em 1917, tornando-se lente substituto de secção em 1920 e catedrático de Direito Internacional Público em 1925. Homem erudito, foi colaborador assíduo de nossa Revista, onde publicou mais de cem trabalhos, entre os quais um curso completo da sua disciplina. Amou acendradamente a Faculdade, da qual foi profícuo diretor, e onde introduziu inovações, como a da nossa biblioteca circulante.

A António de Sampaio Dória, figura notável pela lucidez intelectual e pelo caráter adamantino, nascido em Alagôas e bandeirante por vocação, estive estreitamente ligado desde que fui seu aluno de português no Ginásio Macedo Soares. Imprimiu brilho a tôdas as funções que exerceu, e foram muitas, como as de professor ginasial, normal e universitário, diretor de banco, diretor do ensino público, Ministro da Justiça, e outras. Aqui ensinou Direito Público e Constitucional, e posteriormente Direito Internacional Privado, legando-nos preciosa bagagem científica e literária.

Waldemar Martins Ferreira, paulista de Bragança, uma das maiores culturas jurídicas que passaram por esta Faculdade, professor dedicado, escritor infatigável, homem público cuja vida constituiu linha de modelar retidão, contribuiu para a ciência do Direito com livros de excepcional valor, e deixou no coração dos discípulos, na lembrança dos colegas e na sensibilidade dos seus companheiros de lutas cívicas, a luminosidade edificante de sua grande alma.

Os livre-docentes que faziam parte da Congregação de 1928 eram Laurentino Antonio Moreira de Azevedo, Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho e Manuel Francisco Pinto Pereira.

Laurentino, pernambucano, advogado de banca movimentada, só acidentalmente exerceu o professorado, fazendo-o com tôda proficiência.

Gabriel de Rezende Filho, paulistano, quarto representante de uma linhagem de professores, passou logo a catedrático e foi diretor desta Casa, na qual se tornou chefe de uma corrente de Direito Judiciário.

Pinto Pereira, mineiro, bom latinista, orador de escol, prestou aqui com dedicação todos os serviços que lhe foram incumbidos, e foi colhido pela morte quando se preparava para disputar a cátedra.

A êsses colegas que, de braços abertos, me receberam em 1928, presto neste momento homenagem de gratidão e de afeto.

Vejo agora a Congregação renovada, mas igualmente brilhante, a ostentar nomes da maior projeção didática e científica. Nessa renovação influíram, até certa época, queridos companheiros meus da turma de 1919, que Rafael Sampaio certa vez denominou “turma invasora”, e que deu à nossa Escola nove professores. Alguns dêles já nos foram arrebatados pela morte, e os demais estão jubilados. Dois estão neste momento no doutoral, Noé de Azevedo e Vicente de Paula Vicente de Azevedo. Enche-me, por outro lado, de ufanía, o fato de que a Congregação é formada, em grande maioria, por ex-alunos meus.

Perdoem-me os colegas ter preferido falar-lhes aos impulsos do coração, e não com discurso escrito. Penso que, neste tom, ganham as minhas palavras em espontaneidade o que lhes falta em cinzeladura, e exprimem com mais calor o agradecimento, que ora renovo.

Tenho dito.”

Posição de Octavio Mendes no Direito Comercial Brasileiro.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito na
Universidade de São Paulo.

Não fui aluno de OCTÁVIO MENDES, mas, êle foi mestre de energia moral e de dedicação aos valores culturais de quantos, como eu, víamos o velho professor ascender, serenamente, de uma cadeira de rodas à cátedra, a fim de proferir as suas preleções de Direito Comercial.

Fazia-o com desvêlo e, advogado exímio que era, sabia combinar as exigências teóricas com as de ordem prática, tornando os estudantes partícipes de suas dúvidas e convicções, através do exame dos feitos confiados à sua responsabilidade profissional.

Essa preocupação pelas questões práticas, em correlação imediata com os elementos teóricos essenciais, não constituía apenas uma diretriz assumida no âmbito pedagógico, mas representava uma das características de sua obra de jurista.

Quem examina a sua produção científica nota, desde logo, que não o seduziam os amplos debates doutrinários, sendo preferidas as teses necessárias à elucidação dos assuntos que formam o repertório da vida comercial e das questões forenses. Aplica-se-lhe, como uma luva, a apreciação crítica que SAN TIAGO DANTAS, talvez com excessiva generalização, fêz dos juriconsultos brasileiros do início da República: “um real conhecimento do direito positivo uma argumentação concisa, livre de prolixidade acadêmica; uma intuição do caso, ainda não falseada pelo gôsto das teorias;

e uma robusta visão do direito como arte, prevalecendo sôbre a do direito como ciência”.¹

Essas notas distintivas, na obra de OCTÁVIO MENDES, revelam-se sobretudo no volume intitulado *Ensaio de Direito Comercial*, onde se acham reunidas as suas três dissertações de concurso, de 1919, sôbre temas de Direito Mercantil,² e também no seu livro *Dos Títulos de Crédito*, 1931.

As suas teses de concurso obedecem, em linhas gerais, aos padrões vigentes na época e que, ainda hoje, prevalecem nas provas de seleção de nossos mestres de Direito, mas sem se ater a uma orientação puramente expositiva do pensamento alheio. Não tinha OCTÁVIO MENDES temor de apresentar o resultado de suas pesquisas, fazendo-o até mesmo com veemência.

Analisando-se as suas monografias, o que desde logo se evidencia é a aderência às realidades práticas, revelando a experiência de quem conhece o Direito por dentro, através de contínuo tirocínio profissional.

Entra êle de chôfre no assunto, enquadrando a matéria no estrito campo dogmático-jurídico, sem tergiversações e delongas, com apôio na tradição da literatura jurídica pátria, posta em permanente confronto com os mais ilustres comercialistas alienígenas, não só da França e da Itália, mas também da Inglaterra e da Alemanha, demonstrando não ter ficado jungido às fontes latinas. Essas qualidades revelam-se sobretudo no seu estudo sôbre a posição jurídica do debenturista em face da falência, onde não se perde em generalidades, limitando-se a debater as teses relacionadas com o tema proposto. Trata-se, aliás, de sua melhor contribuição à Jurisprudência nacional, denotando a sua

1. SAN TIAGO DANTAS — Prefácio ao “Parecer Jurídico” de RUI BARBOSA sôbre o Projeto de Código Civil (*Obras Completas*, de RUI, Vol. XXXIII, 1905, t. III, pág. XII).

2. Foram êstes os temas versados no concurso: a) *Da posição jurídica do debenturista em face da falência* (173 págs.); b) *Os sócios de responsabilidade illimitada de uma sociedade mercantil são comerciantes?* (53 págs.); c) *Da hipoteca naval no Brasil* (52 págs.).

predileção pelos problemas pertinentes aos títulos de crédito, a cujo estudo iria dedicar a sua derradeira obra.

As análises que, nesse campo, foram realizadas por OCTAVIO MENDES conservam ainda atualidade doutrinária e prática, o que não passou despercebido ao insigne comercialista TULLIO ASCARELLI, que, mais de uma vez, se reporta à opinião do mestre campineiro, em sua primorosa *Teoria Geral sôbre Títulos de Crédito*.³

Formado sob a influência da chamada “Escola científica do Direito”, isto é, daquela corrente que, sobretudo por obra de positivistas italianos, conciliava os ensinamentos de H. SPENCER e de A. COMTE numa compreensão objetiva da experiência jurídica, OCTAVIO MENDES, mais uma vez, afirma a necessidade de atender às exigências econômicas, que antecedem e determinam os institutos jurídicos, os quais, consoante palavras de VIVANTE, por êle invocadas, não podem ser elaboradas como “construções geométricas”.

Numa atitude pragmática, pondera que, em matéria como esta dos *títulos ao portador*, é impossível legislar com proveito, mantendo sempre inteiro acôrdo entre as necessidades práticas e os princípios de doutrina.⁴

3. Cf. ASCARELLI — *op. cit.*, trad. de Nicolau Nazo, São Paulo, 1943. O ilustre comercialista peninsular refere-se a OCTAVIO MENDES, entre outras, às págs. 214, 259, 262, 267, 289, 309, 338, 390, etc. À pág. 338, n. 1, pondera ASCARELLI, referindo-se ao problema do fundamento do “Direito cartular”: “No direito brasileiro é interessante observar a posição de OCTAVIO MENDES (*Títulos de Crédito*, São Paulo, 1931), que adere às teorias contratualistas (coerentemente, aliás, com a sua adesão à tese da causalidade da declaração cambiária) mas ao mesmo tempo afirma, coerente com o art. 1.506 do Código Civil, que a emissão pode ser involuntária (Cf. também págs. 5, 11 e 286 do *Direito Comercial Terrestre* do mesmo Autor).”

Essa posição de OCTAVIO MENDES, apontada por ASCARELLI, traduz bem a sua linha de pensamento, de fidelidade às teorias tradicionais, ajustando-as aos imperativos das normas vigentes.

4. Cf. OCTAVIO MENDES — “A posição jurídica do debenturista”, em *Ensaios do Direito Comercial*, São Paulo, 1920, pág. 40. Também em sua monografia *Dos Títulos de Crédito*, cit., pág. 128, reitera que

Preocupa-o a multiplicidade das teorias que, consoante frase incisiva de THALLER, que êle cita e acolhe, “tem dado mais fadiga ao cérebro humano, do que resultados satisfatórios”, mas isto não o impede de expôr e debater as lições de THALLER, de KUNTZE, de BRUNNER, de SIEGEL, de BRUSCHETTINI ou de SALEILLES, assim como de trazer, a todo instante, à colação as teses dos comercialistas nacionais, como INGLEZ DE SOUSA, CARVALHO DE MENDONÇA, MARGARINO TORRES e PONTES DE MIRANDA.

Essa desconfiança teórica levava-o, às vêzes, a apagar-se em demasia às chamadas doutrinas tradicionais, como, por exemplo, o fêz ao se opôr, intransigentemente, à já triunfante teoria sôbre a unilateralidade do ato em que se assenta a constituição do direito cartular.⁵ O empirismo de OCTAVIO MENDES impedia-o de reconhecer que, pelas exigências mesmas da vida econômica que condicionam as normas comerciais, a teoria unilateral não era “uma audácia” passageira, mas antes uma linha necessária no desenvolvimento da Ciência jurídica.⁶

Outras vêzes, porém, essa tendência conservadora prevenia-o contra a introdução no Direito pátrio de doutrinas correspondentes a outras circunstâncias sócio-econômicas, criticando o legislador brasileiro, por copiar ou adaptar leis estrangeiras sem levar em conta a especificidade de nossa estrutura econômica, incipiente, onde o crédito obedece, então como agora, a taxas de juros desusadas na Europa e nos Estados Unidos da América.

“os verdadeiros interesses sociais nem sempre se harmonizam com os princípios jurídicos”, o que revela bem a sua compreensão estática e abstrata dos valores da Jurisprudência.

5. *Op. cit.*, pág. 43 e segs. OCTAVIO MENDES sempre se manteve fiel à teoria contratual, insistindo sempre na sua tese de que “unilateralidade e relação jurídica são termos que se repelem” (Cf. *Dos Títulos de Crédito*, págs. 92 e segs.).

6. *Op. cit.*, pág. 172.

Podemos, aliás, divergir de suas teses, mas não há como reconhecer a coerência de seu pensamento, o amor às suas convicções, que o levam, às vêzes, a assumir um tom polêmico.

Exemplo dessa sua atitude polêmica têmola nas críticas movidas a PONTES DE MIRANDA, jurisconsulto pertencente à geração posterior, bem mais sensível aos valores das teorias gerais, e pessoalmente propenso à aceitação de idéias novas nos domínios da Jurisprudência.

Insurge-se OCTAVIO MENDES especialmente contra a tese expendida por PONTES DE MIRANDA em sua obra *Dos Títulos ao Portador*, pág. 274, de que “é a posse e não a propriedade que produz o direito cartular”. O professor paulista, ao contrário, sustenta diretriz diferente, exigindo o título de propriedade, sem o qual, obtempera êle, não há que falar em exercício de direito cartular. Referindo-se a essa divergência, no Direito brasileiro, ASCARELLI prefere a “teoria da propriedade”, seguida por OCTAVIO MENDES.⁷

Fazendo ironia sôbre as conhecidas tendências germanófilas de PONTES DE MIRANDA nos domínios do Direito, repele a sua pretensão de criar, com base no art. 521 do Código Civil, “uma ação de reivindicação de posse, expediente alemão, que a ciência moderna muito terá de aplaudir, e a sociedade de agradecer à inventiva costumeira e filosófica dos alemães”, OCTAVIO MENDES procura pôr em evidência os méritos da teoria da propriedade, em confronto com a da posse, para legitimidade da titularidade do direito cartular e conclui, desconsoladamente:

“Em artigo que publicamos na *Revista de Direito*, vol. 60, pág. 206-233, impugnamos integralmente essa opinião de PONTES DE MIRANDA.

Êsse artigo foi publicado em Março de 1921.

Estamos em 1930. Há nove anos que impugnamos a opinião de PONTES DE MIRANDA, e durante todo

7. ASCARELLI — *Teoria Geral, cit.*, pág. 267.

êsse lapso de tempo mantivemos sempre a nossa impugnativa, contra a qual não vimos ainda resposta satisfatória.”⁸

No Tomo XXXIII de seu *Tratado de Direito Privado*, PONTES DE MIRANDA repete o que dissera em seu livro de 1921, e sem se referir às críticas feitas por OCTAVIO MENDES à sua posição, procura dar o rigoroso sentido de sua interpretação ao art. 521 do Código Civil, o qual, a seu ver, “separa-nos de outros povos”, por conter “*uma vindictória de posse*”, que não se confunde nem com a reivindicação, nem com a reintegração de posse.⁹

Os toques polêmicos não constituem, todavia, a nota dominante nas páginas do catedrático das Arcadas, cujo estilo é em geral claro, sóbrio e comedido, revelando grandes qualidades de exposição, como se pode apreciar, por exemplo, ao condensar as lições de BRUNNER, de SIEGEL, ou de BRUSCHETTINI. Uma nota de alta probidade intelectual distingue os seus estudos, timbrando em assinalar a fonte em que baseia as explanações feitas, como se vê no fim dos capítulos XVIII, XXII e XXIII, usando, modestamente, de expressões como estas: “tal é a lição que se vê em BRUNNER, sábio professor de Berlim, no seu precioso livro *Werthpapieri*, do qual extraimos o que deixamos dito”.¹⁰

Pois bem, é êsse alto sentido de responsabilidade que se observa no seu *Direito Comercial Terrestre*, que é o compêndio de suas lições na Faculdade do Largo de São Francisco. É uma obra que ainda hoje se lê com proveito, refletindo a repercussão no Brasil da Dogmática Jurídica

8. OCTAVIO MENDES — *Dos Títulos de Crédito*, cit., pág. 121, Cfr. também as críticas feitas por êle à teoria de PONTES DE MIRANDA, de que no título ao portador *não há um direito de crédito*, mas uma “*pré-forma*” dêsse direito. (Capítulo XIV).

9. Cf. PONTES DE MIRANDA — *Tratado*, cit., vol. XXXIII, págs. 138 e segs.

10. *Dos Títulos de Crédito*, cit., pág. 170.

conceitual européia, sob a inspiração da Escola de Exegese e dos Pandectistas, ainda numa fase de transição para uma visão mais compreensiva das relações privadas, que, no caso especial do Direito italiano, veio adquirir expressão própria com o desenvolvimento da grande Escola de Scialoja e de Vivante, e, na Alemanha, ofereceu os seus melhores frutos com a Jurisprudência dos Interesses.

O seu compêndio confirma os seus dotes de seriedade e clareza, só surgindo, vez por outra, uma pitada de ironia, como na referência à inutilidade da matrícula dos comerciantes, cuja única vantagem era conferir as honras de capitão da guarda nacional, impedindo fôsem recolhidos à enxovia, quando processados criminalmente. Era essa, sublinhava o professor, a razão pela qual muitos negociantes, em véspera de falência, se faziam matricular...

Bem característica é, pelo exposto, a posição de OCTAVIO MENDES na história das idéias jurídico-mercantis no Brasil. Situa-se êle na corrente da Jurisprudência conceitual, assinalando um momento significativo na formação de nosso Direito cartular, figurando os seus escritos condignamente ao lado de trabalhos de ilustres monografistas dedicados ao problema dos títulos de crédito, como SARAIVA, PAULO MARIA DE LACERDA, MARGARINO TORRES, WHITAKER e PONTES DE MIRANDA, que vieram progressivamente alargando a participação do pensamento brasileiro na renovação do Direito Comercial.¹¹

11. Essa renovação foi, às vêzes, entendida, e a meu ver erroneamente, no sentido da crescente comercialização do Direito Civil. OCTAVIO MENDES, que de início compartilhava da tese de THALLER sôbre a evolução do Direito Privado, “pela subordinação do Direito Comercial ao Direito Civil, em todos os assuntos regulados por êste”, por ser o Direito Geral, (*Ensaíos de Direito Comercial, cit.*, pág. 156) acabou se enfileirando entre os partidários da tese da “absorção do Direito Civil pelo Direito Comercial” (*Direito Comercial Terrestre, cit.*, pág. 108). Trata-se, a bem ver, de duas teses contrapostas e abstratas, ambas sem correspondência com a experiência jurídica de nosso tempo, pois, por mais que se tenha dado e se dê a convergência dos dois Direitos no plano dos princípios e normas gerais, nem por isto desaparecem as peculiaridades resultantes de exigências inerentes às atividades mercantis e industriais.

Condenação do Abuso no Direito.

Prof. Haroldo Valladão

Catedrático das Universidades Federal e
Católica do Rio de Janeiro.

No anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, que apresentamos com novo título, Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas¹ estabelecemos, sob a rubrica, *Condenação do Abuso do Direito*, o seguinte texto: “Art. 11. Não será protegido o direito que fôr ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social”.

Aconselhamos, assim, uma doutrina que veio superar o princípio romano individualista, do “*Nullus videtur dolo facere, qui suo utitur*”. Consagrou-o na linha individualista, a Introdução do antigo Código Geral da Prússia, art. 94: “Quem exerce um direito segundo a lei não responde do dano que resulta desse exercício”. O Código da Argentina, art. 1.071 consolidou, declaradamente, em nota citando os textos romano e prussiano, e ainda o ampliou: “O exercício dum direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir qualquer ilícito”, sem a restrição que o Código prussiano estabelecera a propósito das obrigações não convencionais, 1.º, Tit. IV, arts. 36 e 37, dando indenização contra quem no exercício do direito escolhe intencionalmente via que podia ser prejudicial a outro.

1. Publicado com os respectivos “Método e Orientação Geral” e a “Justificação” de cada texto no Diário Oficial de 15-5-1964, Suplemento n.º 92 e em folheto avulso.

Os gravíssimos abusos a que abriam margem aquêles princípios, permitindo as manifestações mais desumanas do egoísmo, determinaram restrições que aparecem, no Século XIX na América Latina, no antigo Código Civil do Peru, de 1852, estabelecendo, no art. 2.211 a do Código prussiano, que “não há obrigação de indenizar os danos causados no exercício de um direito salvo se entre os modos de o exercer se tenha escolhido voluntariamente o que era prejudicial”, limitação subjetiva, e no Projeto de Código Civil do Uruguai, de EDUARDO AZEVEDO, art. 1.600, 2.^a alínea, dispondo (fundado nas Partidas, II, Tít. 32, leis 18 e 19), no art. 1.600, que: “El que usa de su derecho, no dana a otro, con tal que no haya exceso de su parte”, ficando no Código Civil de 1868, no art. 1.295 (hoje 1.321) com aquelas mesmas palavras, limitação mais de caráter objetivo.

Depois, o Código Civil da Alemanha, de 1896, proíbe, no art. 226, o exercício dum direito com o único fim de causar dano a outrem, na tradição do Código da Prússia, fórmula ainda subjetiva, tímida.

A seguir, no século atual, o Código Civil da Suíça, 1907, adota fórmula genérica declarando, no art. 2.^o do seu Título Preliminar: “o abuso manifesto do direito não é protegido pela lei”, restrição objetiva que o projeto BUSTAMANTE, de Código de Cuba, 1940, repete no art. 10.

A fórmula do Código Soviético, de 1923, art. 1.^o, de que “os direitos civis são protegidos pela lei salvo os casos em que são exercidos em contrário ao seu destino econômico e social”, excluindo o elemento moral não corresponde, propriamente, ao princípio do abuso do direito segundo demonstrou RENÉ DAVID, afirmando, ainda, que teria caído em desuso (*Le Droit Sovietique*, I, 1954, ps. 133-5 e 251).

O texto correspondente das Bases da Legislação Soviética, citadas, de 1960, art. 5.^o, diz apenas: “Os direitos civis são protegidos pela lei”, enumerando as vias asseguradoras dos mesmos: tribunais, arbitragem do estado ou dos juizes arbitrais, tribunais de honra, processo administrativo. Ali o art. 1.^o dá à legislação civil a finalidade de incrementar

o sistema socialista, de dar base material-técnica ao comunismo e satisfação crescente às necessidades econômicas e espirituais dos cidadãos.

Mas, ainda na América Latina, o novo Código Civil do Peru, de 1936, dá um passo adiante, ao prescrever no art. III de seu Título preliminar que “A lei não ampara o abuso do direito” suprimindo o restritivo “manifesto” ao termo “abuso” (veja-se o importante trabalho justificativo, do Sr. JUAN JOSÉ CALLA, nas Actas... da Com. Reformad. del Codigo... 6.^a Fasc., ps. 190/205).

O Código Civil do Egito, de 1948, após proclamar no art. 4.^o “não ser quem exerce seus direitos responsável por prejuízos conseqüentes”, condena no art. 5.^o tal exercício “se feito com o intuito único de lesar outrem, se o benefício desejado é desproporcional ao prejuízo causado a outra pessoa, se tal benefício é ilegal”, unindo o lado subjetivo ao objetivo, timidamente.

Nenhum progresso, porém, representou o texto aprovado pela Comissão de Reforma do Código Civil (Travaux, Année 1950-1951, ps. 14-15, 19-20 e 22-25) para ser incluído no Título Preliminar, art. 31 (Trav. cit., p. 26) negando proteção legal a “todo ato ou fato que excede manifestamente pelo fim visado pelo seu autor, por seu objeto ou pelas circunstâncias em que interveio, o exercício normal de um direito, excluídos os direitos que por sua natureza ou por lei são discricionários”. Foi até um regresso, pois justamente os direitos ressalvados é que permitem os maiores abusos no seu exercício. Predominou na discussão e no texto um espírito conservador, individualista mesmo (Travaux, p. 15, rapport de NIBOYET et HOUIN), de reação às novas idéias, ali já expostas e pregadas no início do Século por SALLEILLES (Obligations dans le Projet du Code Civil allemand, 1901, nota I, ps. 370/ e texto proposto na Sociedade de estudos Legislativos, 1905, Bulletin, IV), CHAUMONT, Revue Trim. Droit Civil, 1905) e JOSSE RAND (Abus des Droits, 1905).

Convém comparar com o texto de SALLEILLES, mais enérgico e sem ressalvas (*in* ALFREDO VALLADÃO, O Abuso do Direito, Jornal do Commercio de 7-2-1912 e Rev. Trib. S. Paulo, v. 334, p. 26).

No Brasil, nem nos Projetos anteriores nem no Projeto BEVILAQUA aparece a proibição do abuso do direito, mesmo na forma acanhada do Código Alemão.

Na sua Consolidação, CARLOS DE CARVALHO, 1889, mandava no art. 1.029 indenizar, se houve excesso no exercício do direito, fundando-se na Ordem. L. 4, Tit. n.º 2 que deixava o Juiz decidir, consideradas as circunstâncias, se o desfôrço fôra ou não incontinenti ou logo.

Era um passo incipiente, mas quem levantou o problema, no Brasil, foi o Ministro ALFREDO VALLADÃO, quando na discussão, no Senado, do Projeto de Código Civil, em artigo no Jornal do Commercio de 4 de fevereiro de 1912, com o título: “O abuso do Direito”, e que assim se iniciava: “Há uma disposição que precisa entrar para o Código Civil: é a que entende com o abuso do direito. Sem ela, o Código estará inferior à sua época. E, por isto, esperamos que o Senado volte para o assunto a sua preciosa atenção”. Continuava: “O exercício do direito também constitui uma injúria sempre que êle se pratique com abuso manifesto”, e, ainda, após referir os Códigos Alemão e Suíço, citar CHAUMONT, SALLEILLE, JOSSERAND, ÁVILA LIMA e GUILHERME ALVES MOREIRA, e responder às críticas formais e de fundo à teoria do abuso do direito feitas por PLANIOL e ESMEIN e dos tradicionalistas, justificou-a partindo do princípio da inexistência de direitos absolutos e de que a própria liberdade não é ilimitada para proclamar: “Em suma: emanação de liberdade, os direitos não podem ser exercidos com o abuso que não se permite à própria liberdade”. E pôde concluir: “A nosso ver, o abuso do direito caracteriza-se pela *anormalidade* de seu exercício, *anti-social*. E esta há de ser apreciada objetivamente, embora, em muitos casos, a apreciação objetiva envolva a necessidade de se conhecer o elemento psicológico” (Rev. Trib. S. P. 330-38).

Todavia não foi ouvido o apêlo de ALFREDO VALLADÃO em 1912, e o Código Civil brasileiro de 1916 não condenou o abuso do direito.

Promulgado o Código, CLOVIS BEVILAQUA (Cód. Civil. Observ. do texto) procurou ali um lugar para a doutrina do abuso do direito, em interpretação, *data venia*, forçada, das últimas palavras do art. 160, I ao dispor que: “Não constituem atos ilícitos: I — Os praticados em legítima defesa ou no *exercício regular* de um direito reconhecido”.

Note-se, desde logo, que a expressão “no exercício regular de um direito reconhecido” não constava de nenhum Projeto, tendo o Projeto BEVILAQUA ali previsto, art. 172, apenas a justificativa da legítima defesa: “Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa”... Aquela expressão aparece na redação final do Projeto na Comissão Revisora, sem constar de qualquer das Atas sua apresentação e justificação.

Na 11.^a reunião o professor LACERDA DE ALMEIDA propôs que os artigos 172 e 173 do Projeto BEVILAQUA passassem para o capítulo dos Atos ilícitos (Trabalhos de Elaboração Cód. Civ. Br. I, p. 372); na 41.^a reunião alterou-se o art. 172 do Projeto BEVILAQUA só para melhor caracterizar a legítima defesa (Trab. cit., I, p. 565) e na 3.^a reunião da 2.^a Série, com a presença de CLOVIS BEVILAQUA, não se tocou no artigo (Trab. cit., I, p. 629). No entanto, no Projeto Revisto, redação final, aparece o art. 181, substitutivo do art. 172 de BEVILAQUA com o acréscimo, sem qualquer emenda ou notificação, “ou no exercício regular de um direito reconhecido” (Trab. cit., I, p. 684) que afinal prevaleceu, sem qualquer debate, na Comissão Especial, da Câmara e do Senado.

Para incluir no art. 160, I, a condenação do abuso do direito teve CLOVIS BEVILAQUA de, acompanhando MELLO FRANCO, argumentar a *contrario sensu*, asseverando que o ato praticado no exercício não regular de um direito é ilícito...

Mas o problema do abuso do direito não podia, já em 1916, segundo se viu, ser colocado, assim clandestinamente, no Código, e o exercício não regular do direito visa a algum defeito legal do mesmo exercício e não o seu exercício ou a falta do seu exercício, de modo egoísta, excessivo ou anti-social, na humanista doutrina do abuso do direito que foi caracterizado no art. 11 do anteprojeto.

Note-se que ali foi acentuado, também o abuso pela omissão do titular de direito, apesar de solicitado, p. ex., do proprietário do imóvel urbano que o deixa fechado ou do imóvel rural que não o explora e se recusa a arrendá-lo ou a loteá-lo, apesar de haver candidatos ao arrendamento ou à compra.

E, por isto, até hoje não se encontram decisões de nossos tribunais consagrando a doutrina do abuso do direito, com fundamento no art. 160 I, *fine*, dando indenização pelo simples exercício irregular do direito; buscam, sempre, amparo no dolo ou na culpa, na intenção maléfica do autor do ato (CARV. SANTOS, op. cit., III, ps. 350 e segs.; OSCAR DA CUNHA, O Dolo e o Dir. Judiciário, p. 241, *fine* etc.).

E, por isto, na órbita processual onde são tão freqüentes os abusos de direito, foi mister que o Código de Processo Civil, de 1939, o previsse de forma expressa, art. 3.º.

Depois o Anteprojeto do Código de Obrigações, de 1945, art. 156 previu-o como: excesso no exercício do direito aos limites do interesse por este protegido ou dos decorrentes da boa-fé, seguindo o art. 155 do Código Polonês das Obrigações, de 1935.

No sentido do texto e, mesmo além, escrevemos, em 1962, “necessitamos sentir todos que vivem o Brasil e o Mundo a época do social, que está acima do econômico, que tem base jurídico-moral e religiosa, que significa compreender a vida em função do bem de nossos semelhantes, que se orienta pelo altruísmo. O lema atual não é usar o meu direito sem ofender o alheio, mas usá-lo visando, ainda, o bem dos outros. Não é usar da liberdade sem

prejudicar a de outrem mas utilizá-la para ajudar a dos nossos semelhantes” (Desenvolvimento Econômico Social em Forma Jurídica, p. 16, 1962).

Está, pois, o texto sincronizado com a disposição anterior do anteprojeto, sobre “Interpretação”: “Art. 9.º A aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e de equidade”.

Em verdade, a “Justiça Social”, imperativo supremo de nossos tempos, é a justiça distributiva baseada na equidade e na caridade, valores cristãos, não somente morais, mas preceitos positivos, indeclináveis, verdadeiros imperativos da justiça superior no dizer de SANTO TOMÁS.

Destarte, tivemos de adotar no século XX outra filosofia, profundamente cristã, a filosofia do “ama a teu próximo *como a ti mesmo*”, (não do “*como êle te ama*”, da Justiça comutativa, da guerra fria). É a filosofia do “help for life” ou melhor da “community for life” (superado “o struggle for life”, materialista), da ajuda para a vida com a cooperação fraternal de todos para a sobrevivência e a felicidade de todos.

Esse princípio supremo de justiça social, que é a condenação do abuso do direito, evidentemente não pode ficar apenas num dos vários Códigos ou das várias Leis, existentes no País.

É fundamental, básico, deveria estar na própria Constituição.²

No plano da legislação ordinária o seu lugar é no princípio de tôdas as leis, na lei Preliminar, na Lei Introdutória, na Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.

2. A Constituição de 1967, no seu art. 151, inspirado do art. 19, da Lei Fundamental de Bonn (Constit. da Alemanha Ocidental) previu e condenou o *abuso de certos direitos* individuais (liberdades de expressão, de pensamento, de exercício profissional, de reunião e de associação), e dos *direitos políticos*.

Contribuição de melhoria. Apanhado geral do decreto-lei n. 195, de 24-2-1967*.

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da U.S.P.

Retrospecto histórico. Definição, natureza, fundamento jurídico.

São diferentes as datas que os autores pretendem fixar para precedentes bem caracterizados da atual contribuição de melhoria. ALBERTO DEODATO foi ver, com CANAM, o instituto delineado em 1.250, nas leis relativas às obras de reparação do dique de Romey.

ADOLFO GIAQUINTO aponta um ato legislativo inglês de 1662 e dois decretos do Conselho de Luís XIV, de 1672 e de 1678, que impuseram a vários proprietários contribuir, em proporção às vantagens que delas retiravam, às despesas de alargamento das vias às quais faziam frente seus prédios.

JOSÉ GERALDO ATALIBA NOGUEIRA invoca uma lei inglesa de 1605, que se propunha facilitar a navegação pelo Rio Tâmisa, de Londres a Oxford, considerando ser “razoável, justo e equânime que aqueles que participam do benefício decorrente de obra pública, contribuam em proporção conveniente, ao custo de dita obra.”

*. Este trabalho reproduz a palestra proferida em data de 8 de novembro de 1967, nos auditórios da Procuradoria Judicial do Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de São Paulo.

Muito citada passagem em que PISANELLI encarece que o instituto não constitui violação do direito do proprietário onerado, mas ao invés evita que se verifique a grave injustiça de fazer com que outros proprietários concorram para a utilidade daquele, facilitando a realização das obras públicas.

No Brasil, a primeira manifestação positiva pode ser localizada no decreto 1.029, de 6-7-1905, do Distrito Federal, determinando, em matéria de calçamento, que metade do custo da pavimentação corre por conta dos proprietários confinantes.

Em S. Paulo a Câmara Municipal de Taquaritinga chegou a promulgar a lei n. 89 de 30-9-1921, também relativa a calçamento, que todavia foi revogada, antes que fôsse declarada sua inconstitucionalidade.

Sòmente a Constituição de 1934, que autorizou, no art. 124, a cobrança da contribuição de melhoria uma vez provada a valorização do imóvel por motivos de obras públicas, proporcionou melhor oportunidade para o surto de novas leis, como a paulista n. 2.509, de 2-2-1936, que também tiveram vida efêmera por não ter a Carta Constitucional de 1937 enumerado expressamente a contribuição de melhoria entre os tributos.

A Constituição de 1946 prevendo-a no art. 30 e seu parágrafo único deu ensejo ao evento da Lei n. 854, de 10-10-1949, que vigorou durante vários anos.

O art. 19 da Emenda Constitucional n. 18, de 1-12-1965 atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar contribuição de melhoria para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária.

A Constituição de 15-3-1967 deu à matéria todo o realce, mencionando no art. 17 que o sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, voltando a mencionar esta última novamente no art. 18, n. III e no seu § 3.º.

Finalmente, o decreto-lei n. 195, de 24-2-1967, veio a regulamentar a matéria em seus 20 artigos.

Definição. É geralmente aceita a de BILAC PINTO: “pagamento obrigatório, decretado exclusivamente ou concorrentemente pelo Município, pelo Estado e pela União, em razão da valorização produzida em imóvel do contribuinte, por obra pública, realizada após sua audiência, e cujo montante não pode ultrapassar nem o custo da obra nem o valor do benefício.”

Natureza jurídica. Eis aí matéria das mais controversas.

Encarece o prof. ADOLFO GIAQUINTO que alguns escritores tentaram procurar o fundamento e a justificação do instituto no direito privado, fazendo-o entrar no conceito da gestão de negócios ou na proibição do enriquecimento indevido.

Refuta, com razão, essas concepções: as entidades que provêm à execução das obras produtoras de contribuição não tencionam cumprir um *negotium alienum*, nem a vantagem que delas retira o particular se pode dizer adquirida de modo não conforme ao direito.

Demonstra por sua vez ALBERTO DEODATO que correm diferenças entre a contribuição de melhoria e as outras duas grandes categorias tributárias: não é uma taxa, nem um impôsto. É um tributo especial, tendo afinidades maiores com a primeira.

JOSÉ GERALDO ATALIBA NOGUEIRA passa em resenha as opiniões mais credenciadas: para EINAUDI, não é mais do que forma de remuneração parcial do custo de obra desenvolvida no interesse comum.

Para o prof. DALTON, é expediente destinado a assegurar ao erário público parte da valorização alcançada pela propriedade, independentemente do ato do proprietário.

GIANNINI a considera tributo especial; SELIGMAN define-a como “contribuição obrigatória, percebida na proporção de benefícios especiais recebidos, para cobrir custo de

melhoria específica da propriedade, trazida por obra empreendida no interesse público.”

Passando para a doutrina pátria, encarece que em flagrante discordância com BILAC PINTO, que eleva a contribuição de melhoria a *tertium genus*, estão as autoridades de CARVALHO PINTO, O. A. BANDEIRA DE MELO, TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS, J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAMPOS, TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, que não vêm razões substanciais para distinguir contribuições especiais de taxas. A contribuição de melhoria seria uma espécie de sub-taxa.

Esposam a tese da tricotomia, além de BILAC PINTO, GOMES DE SOUSA, ALIOMAR BALEEIRO, RUI BARBOSA NOGUEIRA e outros.

Podemos, com GERLDO ATALIBA, concluir que “o importante é salientar o relêvo dado pela doutrina a essa entidade tributária e assinalar o explícito ou implícito reconhecimento de suas virtudes e especiais características, que lhe justificam o sucesso e a adesão que vai grangeando à medida em que é divulgada e conhecida, em que pese o complexo de dificuldades que cercam sua aplicação.”

Fundamento. Deduz ADOLFO GIAQUINTO da exposição de motivos de PISANELLI que o instituto encaixa-se no conceito da desapropriação e, surgindo sôbre o terreno do interesse público, tem finalidades nitidamente publicísticas, embora se reflita sôbre os patrimônios particulares.

A mesma exigência de justiça distributiva, que constitui o fundamento do instituto da desapropriação por utilidade pública (isto é, que quem se beneficia de obra pública deve também sustentar as despesas e portanto oferecer adequada indenização aos bens particulares que sejam sacrificados pela realização daquelas finalidades), é colocada na base da imposição da contribuição.

Neste último setor, porém, o princípio atua de forma quasi antitética, uma vez que, enquanto na desapropriação por utilidade pública a coletividade retira vantagem da obra pública e conseqüentemente corresponde ao titular do

bem sacrificado a indenização adequada, no setor da contribuição o bem singular retira vantagem da obra pública e por isso concorre à despesa desta.

Por outras palavras, com a contribuição objetiva-se que o enriquecimento, que se verificou no patrimônio particular em conseqüência da obra pública, volta, ao menos em parte, à coletividade que a expensas próprias realizou a obra e produziu o enriquecimento: atua-se, assim, uma forma de concurso obrigatório dos particulares na despesa, concurso que em via principal e decisiva é medido não pela entidade desta despesa, mas pela vantagem alcançada pelo bem particular.

Parte II

Aspectos principais do decreto-lei 195, de 24-2-1967

Fato gerador e finalidade da contribuição de melhoria. Inscrevendo-se rigorosamente dentro dos postulados que acabamos de enunciar, dispõe o art. 1.º: “A contribuição de melhoria, prevista na Constituição Federal, tem como fato gerador o acréscimo do valor do imóvel localizado nas áreas beneficiadas direta ou indiretamente por obras públicas.”

Como, porém, conceituar êsse acréscimo?

Considera ADOLFO GIAQUINTO incremento de valor qualquer espécie de vantagem suscetível de avaliação pecuniária, levando-se em conta o valor de mercado do imóvel, ao preço que poderia ser obtido numa livre compra e venda.

“O aumento de luz e de apresentação de um prédio, a mais ampla e cômoda circulação, as comunicações mais fáceis e rápidas, a cessação de ônus e de servidões, o melhoramento das condições higiênicas, a possibilidade de destinação de um imóvel a usos mais rendosos são elementos dêste maior valor...”

Do texto da lei resulta que o acréscimo deve resultar, de modo direto ou indireto, mas exclusivo, da realização de obras públicas.

Tem pois razão o mesmo autor quando observa não terem relêvo, para êsse fim, os aumentos de valor que decorrem de causas diversas, como os fenômenos monetários, as transformações e as melhores utilizações do imóvel feitas pelo proprietário nem os outros determinados por causas gerais e complexas, como por exemplo, a maior importância e desenvolvimento assumido por uma cidade por ter sido elevada a capital de estado, pela instalação de um instituto superior de estudos. Mesmo quando estas causas de caráter geral se relacionem com o cumprimento de obras públicas, não se pode dizer que o incremento decorra de modo imediato e específico da obra pública, porque êle provém, ao invés, do conjunto das transformações de vida e de ambiente de que aquela obra constitui somente o meio ou o complemento.

Quanto à *finalidade* da contribuição de melhoria é indicada no art. 3.º: destina-se a fazer face ao custo das obras públicas.

Obras que dão margem à valorização de imóveis de propriedade privada. O decreto-lei n. 195, de 24-2-1967, art. 2.º, com critério análogo ao já seguido pela anterior Lei n. 854, de 10-10-1949, é minucioso na especificação, que compreende nada menos de oito itens.

Merecem ser lançados, entre inúmeros outros casos: abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais, parques, campos de desportos, pontes, túneis, viadutos, sistemas de trânsito rápido, abastecimento de água potável, esgôto, instalações de redes elétricas, telefônicas, suprimento de gás, funiculares, ascensores, proteção contra sêcas, inundações, drenagens, desobstrução de barras, portos e canais, construção, pavimentação e melhoramentos de estradas de rodagem, etc.

Se considerarmos, aduz ALIOMAR BALEIRO, que a administração pública só autoriza a abertura de novas vias

públicas se a empresa loteadora dos terrenos, introduz pavimentação, terraplenagem, coletores, etc., incorporando o preço dessas acessões, compreenderemos quanto se locupletam às expensas de todos os contribuintes, os proprietários de prédios, em zonas cuja urbanização vem a ser feita pela própria autoridade pública.

“Daí a consequência: se o proprietário não concorreu para as obras públicas dos logradouros onde está situado o imóvel e, afinal, o ônus das mesmas veio a recair sobre a administração, esta poderá indenizar-se, restabelecendo a igualdade entre todos os titulares de terrenos. Outra solução conduziria à iniquidade insuportável de serem uns sobrecarregados do custo de obras, que lhes interessam e também ao público, ao passo que outros, sem o mais mínimo esforço ou investimento, receberiam o presente de obras idênticas realizadas pelos cofres públicos.”

Será taxativa a enumeração?

Sem dúvida. Mas, como consigna o mesmo autor, o rol, conquanto limitativo, abrange qualquer obra direta ou indiretamente vinculada aos fins ou aos resultados mencionados. Pouco importa, por exemplo, que uma obra seja concebida e realizada para um fim não indicado nesse dispositivo, desde que dela resulte um efeito nêle incluído. O importante, para aplicação da lei, é que a obra classificável num dos incisos haja aumentado o valor do prédio.

Tenha-se todavia presente a advertência de JOSÉ GERALDO ATALIBA NOGUEIRA: objeto da tributação é a *mais valia* e não o *bem estar* trazido pela obra, ou o conforto de que desfruta o cidadão, ou o gozo dos benefícios dela decorrentes, ou qualquer outra coisa que não a *repercussão econômica benéfica*.

“Com efeito, pode acontecer — e muitas vezes acontece — que a obra pública traga maior conforto a um imóvel ou lhe abra vista para um panorama esplêndido, tornando-o mais agradável; mesmo assim não caberá a contribuição de melhoria se não houver *valorização*. Pelo contrário, se a obra vem tornar desagradável o local ou lhe

retíra a vista, o sossêgo ou o bem estar e, não obstante lhe traz valorização, será exigível a contribuição de melhoria de pleno direito.”

Quem pode exigir e como pode ser exigida a contribuição de melhoria. Sòmente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, segundo se deduz do art. 3.º da lei, podem cobrar a contribuição de melhoria.

E o art. 13 acrescenta que a cobrança resultante de obras executadas pela União, situadas em áreas urbanas de um único Município, poderá ser efetuada pelo órgão arrecadador municipal, em convênio com o órgão federal que houver realizado as referidas obras.

Os §§ 6.º e 7.º do art. 12 do Decreto-lei 195 regulamentam o lançamento e a arrecadação da contribuição mediante convênio, prevendo delegue a União aos Estados, Distrito Federal e Municípios essas incumbências.

Admite-se, sem dificuldade, a exigência, pela União, da contribuição devida pelas demais entidades de direito público interno.

Poderá, no entanto, ocorrer a hipótese inversa?

Em JOSÉ GERALDO ATALIBA NOGUEIRA colhe-se a observação de que, imputando a Constituição as mais valias a quem empreendeu a obra, outorga-lhe *faculdade*, que pode ser exercida ou não, discricionariamente, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

“Logo, quando o município, p. ex., vai tributar a valorização imobiliária que beneficiou próprio federal, não o estará submetendo a constrangimento ou exercendo poder de soberano sòbre súdito. Está simplesmente exercendo faculdade incondicionada que lhe foi assegurada pela Carta Magna...

“Negar a possibilidade de exigirem-se, recíprocamente, contribuição de melhoria União, estados e municípios e admitir, concomitantemente, possam beneficiar-se da dedução na indenização por expropriação, das valorizações, é absurdo! O mesmo com relação à desapropriação por zona. Enfim, a conclusão só pode ser uma: ou se reconhece que

as mais valias imobiliárias foram, pela Constituição, *imputadas* aos entes empreendedores das obras, e se admite o recurso a qualquer instrumento que assegure a efetivação dessa imputação, na medida da lei, ou se criam restrições ilógicas e injustificadas a isso.”

Mas a verdade é que o decreto-lei n. 195 só admite a cobrança dos proprietários de imóveis do domínio privado (art. 3.º, parágrafo 3.º).

Quanto ao cálculo da taxa de melhoria, de duas formas poderá orientar-se o legislador: levando em conta o acréscimo de valor do imóvel atingido pela contribuição, ou considerando o montante dispendido para a realização do serviço.

Adotando “como critério o benefício resultante da obra, calculado através de índices cadastrais das respectivas zonas de influência”, o art. 3.º do Decreto-lei n. 195 optou pelo primeiro sistema.

E os parágrafos seguintes indicam que a apuração da contribuição de melhoria, a ser cobrada exclusivamente dos proprietários de imóveis do domínio privado, far-se-á atendendo a fatores relativos ao valor do imóvel, rateando proporcionalmente o custo parcial ou total, entre todos os imóveis incluídos nas respectivas zonas de influência.

Como se apura o custo das obras. O problema é de importância fundamental, não somente porque a contribuição de melhoria destina-se exatamente a “fazer face ao custo das obras públicas” (art. 3.º); não apenas porque a sua determinação deve ser feita rateando-se, proporcionalmente, o custo entre todos os imóveis incluídos nas respectivas zonas de influência (art. 3.º, § 2.º), como ainda porque, nos termos do art. 4.º, o custo das obras marca o limite da cobrança da contribuição de melhoria.

Semelhante apuração, ensina ALIOMAR BALEEIRO deve ser feita, já para que se garanta ao contribuinte a certeza de que não é tributado acima do custo, como proíbe a Constituição, mas também porque entre no cálculo de valorização.

Esse cálculo implica em um arbitramento à luz de tôdas as provas de direito, inclusive a presunção e os indícios. Mas essa presunção, como prova, cede à prova em contrário, que deverá ser feita pelo contribuinte ao impugnar a cota que, em rateio, lhe coube por qualquer critério de repartição.

Pagamento. Com relação ao pagamento, finalmente, contém o Decreto-lei 195, em seu art. 12, diversas normas importantes.

Antes de mais nada, a parcela anual de contribuição não deve exceder a 3% do maior valor fiscal do imóvel, atualizado à época da cobrança.

O § 1.º autoriza descontos para pagamento à vista ou em prazos menores que o lançado. Acrescentam os §§ 2.º e 3.º que as prestações serão corrigidas monetariamente, e que o atraso no seu pagamento sujeitará o contribuinte à multa de mora de 12% ao ano.

O § 4.º prevê a eventualidade do contribuinte liquidar a contribuição de melhoria com títulos da dívida pública, emitidos especialmente para financiamento da obra pela qual foi lançado.

Essas, num rápido apanhado, as considerações que me pareceram mais oportunas a respeito da nova lei sôbre a contribuição de melhoria.

Trata-se, sem dúvida, de critério mais equânime até hoje lembrado para permitir à União, aos Estados e aos Municípios enfrentar os complexos problemas do financiamento de obras de interêsse coletivo, mediante uma distribuição dos encargos aos que delas mais venham a se beneficiar.

Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*.

Cretella Júnior

Catedrático de Direito Administrativo na
Faculdade de Direito da Universidade de
S. Paulo.

SUMÁRIO: 1. Atos do Judiciário. 2. Responsabilidade judiciária. 3. O ato jurisdicional danoso. 4. O ato não jurisdicional danoso. 5. Direito positivo. 6. Doutrina. 7. Argumento da "soberania". 8. Argumento da "coisa julgada". 9. Primeiras decisões brasileiras. 10. Sentido da jurisprudência atual. 11. Síntese geral. 12. Conclusões.

1. Ao Poder Judiciário está afeta, por excelência, a edição dos atos denominados *jurisdicionais*. Trata-se dos *atos formais* ou *orgânicos*, manifestações típicas e inconfundíveis daquele poder, atos que, a final, se concretizam na *sentença judiciária*, momento culminante da atividade jurisdicional do Estado.

*. ARDANT, *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, 1956; WALINE, *Droit administratif*, 9^ª ed., 1963, pág. 909; LAUBADÈRE, *Droit administratif* (Traité), 3^ª ed., 1963, vol. II, pág. 630; RIVERO, *Droit administratif*, 3^ª ed., 1965, pág. 267; VEDEL, *Droit administratif*, 3^ª ed., 1964, pág. 312; BONNARD, *Précis*, 1935, pág. 49 e *Le contrôle*, 1934, pg. 19; ZANOBINI, *Corso*, 6^ª ed., 1950, vol. I, pág. 277; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado*, 1953, vol. I, pág. 671; GELSI BIDART, *Responsabilidade dos juizes no direito uruguaio*, trad., em *Revista de Processo Civil*, S. Paulo, 4.º, 1964, pág. 28.

O ato jurisdicional não esgota, entretanto, tôda a atividade do poder judiciário, embora seja, repetimos, a manifestação inerente àquele poder. É que, ao lado da *função jurisdicional*, tendente à aplicação da lei ao caso concreto, sempre que ocorre *contestação*, existe outra função, de natureza administrativa, *voluntária*, *graciosa* ou *não contenciosa*, desenvolvida de maneira intensa no âmbito do poder judiciário.

Dêsse modo, os atos do poder judiciário ou são *atos jurisdicionais*, decorrentes da correspectiva função jurisdicional, ou são *atos administrativos*, oriundos de função judicial, *lato sensu*, que é gênero do qual as duas outras funções, a contenciosa e a voluntária são espécies.

O ato jurisdicional supõe a contestação de uma pretensão. A contestação produz perturbação na vida social. Esse desequilíbrio precisa ser corrigido.

“Numa sociedade que funcionasse de modo ideal, com regime jurídico perfeito e membros compenetrados do mais alto sentimento cívico e do sentimento da boa fé, as contestações não se concretizariam. Como, porém, tais condições estão longe de serem atingidas, é preciso levar em conta o fenômeno da contestação, sempre que tal ocorre, e procurar os meios de resolvê-lo tão corretamente e tão rapidamente quanto possível. Eis a finalidade da função jurisdicional, função que se realiza por meio do ato jurisdicional” (DUEZ E DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 196).

Se os fenômenos jurídicos se resumissem em dois apenas — os fenômenos de formação e os de realização do direito —, as funções específicas e distintas do Estado seriam a legislativa e a administrativa, visto que tais funções esgotariam todos os fenômenos de formação e de realização do direito. Nesse caso, a função jurisdicional de modo algum seria autônoma e com características próprias.

Entretanto, além dos fenômenos citados, de formação e de realização do direito, ocorre ainda um outro fenômeno,

que é o fenômeno contencioso, em razão do qual a função jurisdicional é função autônoma e distinta, materialmente, das outras funções do Estado.

Com efeito, a situação contenciosa é fato anormal, que não deve manter-se, que precisa desaparecer. Assim o exige a paz social. O objetivo precípua da função jurisdicional é a intervenção tendente a eliminar tôda espécie de incidentes, consubstanciados numa contestação, que se interpõem no processo normal e contínuo da formação e da realização do direito (ROGER BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1934, págs. 49-50).

2. Segundo alguns autores, o problema da responsabilidade do Estado em consequência dos serviços judiciais seria questão estranha ao direito administrativo, visto tratar-se de serviços não administrativos (WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 909; RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1965, págs. 267-268), mas estudam o tema, tão só, porque tradicionalmente assim se procedeu, há muito.

Particularmente complexo e difícil (LAUBADÈRE, *Traité*, 3.^a ed., 1963, vol. II, pág. 630 e VEDEL, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, pág. 313) é o problema da responsabilidade do Estado em decorrência do exercício da função jurisdicional, mas não obstante tal complexidade precisa ser enfrentado, mesmo porque se trata de assunto pertinente ao direito administrativo, quer o dano aos administrados advinha do próprio ato jurisdicional, quer emane — e aqui, então, não há a menor dúvida — das atividades não jurisdicionais (atos da jurisdição voluntária e atos administrativos do Judiciário) exercidos no âmbito do Poder Judiciário.

Há o dano, há o prejudicado. Indagar-se-á do responsável pelo dano. Se o Estado, direta ou indiretamente, é causa eficiente do dano, estamos diante de responsabilidade pública, regida por princípios publicísticos. E não

interessa, para efeitos de responsabilização pública, se o poder público é o Executivo, o Judiciário ou o Legislativo.

Dêsse modo, reivindicando para o campo do direito administrativo o estudo da responsabilidade civil do Estado, em decorrência dos prejuízos causados pelo serviço judiciário, em qualquer de suas modalidades, ressaltamos, com CHIOVENDA, repetido por FRANCISCO CAMPOS, que “o juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se apresenta e personifica” (*Código de Processo Civil*, exposição de motivos).

Realmente, o serviço judiciário é, antes de serviço público. Ora, o serviço público danoso, em qualquer de suas modalidades, é serviço danoso do Estado. Por que motivo excluir, por exceção, o *serviço público judiciário*, do *gênero serviço público geral*?

3. Ao passo que para o *serviço público*, em geral, vigora o princípio da responsabilidade pública, para o *serviço público judiciário* prevalece o princípio da irresponsabilidade (LAUBADÈRE, *Traité*, 3.^a ed., 1963, vol. II, pág. 630; WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 909), salvo exceções.

A atividade ou função jurisdicional manifesta-se, em essência, pelo *juízo* ou *ato jurisdicional*. O *ato jurisdicional*, climax do funcionamento dos serviços judiciários, pode produzir danos os mais variados, entre os quais, o mais grave é o *erro judiciário*. O erro judiciário implica a própria negação da justiça, a não ser que possibite, no devido tempo, a respectiva reparação.

Podem as vítimas do erro judiciário, no campo criminal, sofrer penas privativas da liberdade e passar no cárcere durante muitos anos. Podem, em alguns sistemas

jurídicos, sofrer, inclusive, a pena capital, ou prisão perpétua, casos em que os familiares da vítima têm o direito de pleitear indenização, em juízo. Além desses casos extremos, que não são hipotéticos, há outras hipóteses de detenções preventivas, que se prolongam abusivamente; de processos que terminam pelo arquivamento, mas que deixam mácula irreparável no crédito ou na reputação de uma pessoa. Quem será responsabilizado pelo prejuízo pecuniário e moral (êste sendo, inúmeras vezes, causa daquele), ocasionado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários? (WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, págs. 909-910).

No caso do prejuízo causado por ato jurisdicional, consubstanciado na sentença, a responsabilidade do Estado esbarra contra vários obstáculos, notadamente o da *presunção da verdade legal* (VEDEL, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1964, pág. 313; RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1965, pág. 268; WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 909; LAUBADÈRE, *Traité*, 3.^a ed., 1963, vol. II, págs. 630-631), que se liga ao da *res judicata*. Ora, a *res judicata pro veritate habetur*, trazendo em si a presunção da verdade jurídica, para a qual convergem todos os atos do julgamento.

O princípio da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional sofre uma exceção, no caso do *erro judiciário*, apontado mediante revisão que, levada a efeito e proclamando a inocência do acusado, possibilitará a responsabilidade civil do Estado, por perdas e danos.

Se o julgamento não chegou ao fim, o prejudicado não tem ainda o direito de pleitear indenização, porque vários recursos estão à sua disposição e não se concretizou o dano.

Afora o *erro judiciário*, que acarreta a responsabilidade patrimonial do Estado, as outras duas hipóteses conduzem a um verdadeiro dilema, invocado pelos adeptos da irresponsabilidade do Estado, em virtude do ato jurisdicional: ou o julgamento continua e a parte, diante da ausência de

condenação definitiva, mesmo sofrendo danos não tem direito a indenização alguma, ou o julgamento chegou ao fim, culminando com a condenação e a parte, mesmo inocente, não pode pleitear indenização, visto que esbarrará com a imutabilidade da coisa julgada.

Encerrar a vítima do êrro judiciário, ou, de modo mais geral, de prejuízo causado pelo mau funcionamento do serviço da justiça, num tal dilema, é solução por demais simplista. É um sofisma. Com efeito, a possibilidade de interpor uma série de recursos contra a indenização injusta, proferida em primeira instância, não impede que efeitos danosos já se tenham feito sentir: reputação, honra, crédito, privação da liberdade (WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 910).

Por outro lado, não se deve pretender reduzir todos os casos em que o mau funcionamento da justiça pode causar prejuízo ao caso mais *espetacular* do êrro judiciário. Simples incriminação pode ser suficiente para destruir o crédito de um negociante, a reputação do incriminado. Enfim, é inexato sustentar que a autoridade da coisa julgada seja inatacada, de modo absoluto. A revisão é sempre possível, quer em matéria civil, quer em matéria penal (WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 910).

A *reparação do êrro judiciário* pode ser tentada pelo condenado, configurando uma das hipóteses da *responsabilidade civil do Estado*, como decorrência de ato jurisdicional falho, concretizado em êrro.

Os exemplos são raros, mas existem. Na França, o caso do oficial Alfred Dreyfus, acusado e condenado por espionagem injustamente (1894), mais tarde recebendo a concessão da *graça* (1899) e, finalmente, a *reabilitação* (1906), depois de violenta campanha de revisão (1897-1899), desvirtuada por paixões político-religiosas, ficou famoso como exemplo de *êrro judiciário*.

Em nossos dias, depois da segunda guerra mundial, uma senhora francesa, acusada de colaboracionista durante

a ocupação alemã, foi condenada, em 1945, a trabalhos forçados, degradação nacional e confisco dos bens, mas, em 29 de fevereiro de 1956, o tribunal permanente das forças armadas de Bordéus, em pedido de revisão, considerou-a inocente, condenando o Estado a pagar-lhe a indenização de cinco milhões de francos (WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, pág. 910).

Além do *érro judiciário*, há casos de ações movidas contra magistrados, em virtude de dolo, concussão, morosidade nos trabalhos (LAUBADÈRE, *Traité*, 3.^a ed., 1963, vol. II, págs. 631 e 650; RIVERO, *Droit administratif*, 3.^a ed., 1965, pág. 268; WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, págs. 910-011), configurando a responsabilidade, motivada por falhas nos serviços judiciários, em razão de casos particulares dos magistrados e funcionários. É a denominada *prise à partie* pela doutrina francesa (LAUBADÈRE, *Traité*, 3.^a ed., 1963, vol. II, pág. 650. Cf. Lei francesa de 7 de fevereiro de 1933).

4. O *ato não-jurisdicional* ou *ato administrativo material* (bem como o ato de jurisdição voluntária), ao lado do *ato jurisdicional* ou *ato orgânico* (ou formal), constitui a denominada função administrativa ou não contenciosa do poder judiciário.

Ligam-se ao serviço judiciário atividades que não têm o caráter jurisdicional e cujas conseqüências danosas deveriam ser reguladas pela aplicação dos princípios da responsabilidade pública, como, por exemplo, operações materiais de polícia judiciária, ou atos do estado civil.

Tratando-se de *atos administrativos materiais*, praticados pelos magistrados (não nas vestes judicantes), por funcionários do poder judiciário, por agentes da polícia judiciária, estarão submetidos a regime jurídico diverso daquele que regula os *atos jurisdicionais*, inerentes, êstes últimos, à função específica do poder judiciário — à função jurisdicional.

5. O direito administrativo brasileiro não se afasta da orientação universal, no tocante à responsabilidade do Estado por atos judiciais.

Em nosso direito, que é o sistema da jurisdição una, orientado pelo princípio *una lex, una jurisdictio*, a função judicial, concretizada nos atos judiciais, é gênero, de que a atividade jurisdicional e atividade administrativa (e a da jurisdição voluntária) são espécies.

Judiciais (= judiciárias) são tôdas as atividades do Poder Judiciário, específicas ou anespecíficas, sem indagação de sua natureza, contenciosa ou graciosa. Promanando do Judiciário é *judicial*, orgânica ou formalmente considerada. A expressão *atividade judicial* esgota, assim, tôdas as possibilidades funcionais do Poder Judiciário. As *jurisdicionais* não: são apenas parte — embora importante — das atividades judiciárias.

Mediante a edição do ato jurisdicional, o Poder Judiciário concretiza sua atividade específica, que culmina com a prolação da sentença.

Tal é a função jurisdicional, eminentemente dinâmica, expressa por atos que obedecem a determinadas *formas*, peculiares aos órgãos de que promanam. Daí o dizer-se que o *ato formal* ou *orgânico* do Poder Judiciário tem sua forma típica no *ato jurisdicional*, cujo momento máximo é a *sentença*. Dêsse modo, tudo que é do âmbito do Judiciário tem o caráter de função judiciária, mas *função jurisdicional* é uma só, tem contornos nítidos — consiste na aplicação das normas do direito objetivo a casos concretos, em virtude de uma *pretensão*.

O que pretendem as partes — a *pretensão* — é o critério discriminativo que separa a função jurisdicional das outras funções do Judiciário.

Na jurisdição contenciosa, o autor pretende que o interesse alheio se subordine ao seu; na jurisdição não contenciosa a lei é aplicada pelo juiz, em virtude de ato jurídico dependente da aquiescência judicial.

O Código de Processo Civil brasileiro, no artigo 121, prescreve que o juiz será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, incorrer em *dolo* ou *fraude* e quando, sem motivo justo, recusar, omitir ou retardar providências que deva ordenar *ex officio* ou a requerimento da parte, sendo que as espécies configuradas na segunda hipótese só se considerarão verificadas decorridos dez dias da notificação ao juiz, feita pela parte por intermédio do escrivão da causa.

Dolo, fraude e providência (recusada, omitida ou retardada) são as três hipóteses que esgotam, segundo o Código de Processo Civil, de 1939, tôdas as possibilidades da responsabilização patrimonial do magistrado, no exercício de suas funções.

Já a Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto n.º 22.213 de 14 de dezembro de 1932, reconhecia o instituto da reabilitação e o direito do reabilitado a uma justa indenização (artigo 86).

Em casos de *revisão*, o Código de Processo Penal, de 1941, prevê o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos (artigo 630).

É insustentável o disposto no artigo 121 do Código de Processo Civil, principalmente depois da Constituição Federal de 1946. Pessoalmente o juiz não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Juiz é órgão do Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, no caso.

Sobrepôs-se o artigo 194 da Constituição de 1946 ao artigo 121 do Código de Processo Civil, revogando-o. Mesmo, porém, que não o houvesse feito, o próprio artigo 121 não subsistiria, bastando considerar-se que a relação processual não se verifica entre as partes e a pessoa física do juiz, mas entre as partes e o Estado, do qual o juiz é o representante.

Assim também, os artigos 294, 420 e 421 do Código Civil, que falam da responsabilidade *pessoal* do juiz, não têm cabimento dentro da própria sistemática do Código Civil, porque se chocam com o disposto no artigo 15, que fala em *representantes*. Ora, o juiz representa o Estado, no processo. É seu representante. Como, então, ser responsabilizado pessoalmente?

6. *A teoria da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais* prevaleceu durante muito tempo, em nosso direito.

Escrevendo no início do século, AMARO CAVALCANTI sustentava que o Estado é irresponsável por ato judicial: “Igual irresponsabilidade, coberta pela égide da soberania, se reconhece ao Estado pelos atos dos juizes e tribunais (*despachos e sentenças*), cuja legalidade é sempre presumida. Mesmo em casos, nos quais se dá talvez um ato ilícito da autoridade judicial, em regra, se tem decidido na mesma conformidade. No entanto, em virtude de lei recente (9 de junho de 1895), a irresponsabilidade judiciária sofrera modificação importante, admitindo-se, agora, a ação de indenização contra o Estado, em favor dos indivíduos que forem declarados inocentes pela *revisão* das sentenças criminais, que os tenham condenado” (*Da responsabilidade civil do Estado*, 1905, pág. 351).

CARLOS MAXIMILIANO defende também a tese de que “os juizes podem ser processados e punidos, livre, entretanto, o erário, de ressarcir o dano resultante das sentenças” (*Comentários à Constituição de 1891*, ed. de 1918, pág. 784), ou, “O Estado responde pelos prejuizos causados por funcionários seus, excetuada a magistratura, cujos erros não oferecem ensejo para uma ação contra o Tesouro” (Idem, 2.^a ed., 1923, pág. 602).

CARVALHO SANTOS sustenta que “os juizes não são prepostos, nem o Estado é comitente. Aquêles, desde o momento que são nomeados, exercitam a sua função, não como prepostos aos quais o comitente dê as suas ordens,

mas como órgão da soberania nacional” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 1934, vol. I, pág. 375).

PONTES DE MIRANDA, ao comentar a Constituição Federal de 1934, defende também a irresponsabilidade da Fazenda Federal e da Fazenda Estadual pelos prejuízos decorrentes das decisões judiciais” (*Comentários*, vol. II, pág. 487).

CIRNE LIMA vem sustentando, há muito, que, “em princípio, os atos do Poder Judiciário, ainda que de natureza graciosa ou administrativa, não determinam a responsabilidade do Estado pelos danos, acaso deles decorrentes” (*Princípios*, 4.^a ed., 1964, pág. 202 e ed. de 1939, págs. 194-195).

Em 1914, RUI BARBOSA pendia para a tese de irresponsabilidade do Estado por atos dos magistrados, salientando, porém, que o direito romano conhecera tal responsabilidade em caso de dolo do juiz.

Comentando o citado artigo 121, do *Código de Processo Civil*, BATISTA MARTINS ponderou que “tornar o juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pôde tolerar. Nem o juiz, nem o Estado que o houver investido na função, responde pelos danos causados em consequência de erro judiciário. Se assim não fôsse, o exercício da judicatura não seria possível, porque os juizes são contingentes e estão sujeitos, na apreciação dos fatos, a errar como qualquer outro mortal” (*Comentários*, 1940, vol. I, pág. 361).

“A irresponsabilidade do poder público, neste caso”, ensinava PEDRO LESSA, “é um corolário fatal da autoridade da *res judicata*. Ao particular lesado por uma sentença judicial só poderia ser facultada a propositura de uma ação de indenização, depois de ter esgotado todos os recursos processuais; mas, depois de esgotados todos êsses recursos, a sentença é irretratável. Reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável fôra iniciar um nôvo litígio sôbre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado. Conseqüentemente, só nos

casos de revisão e de rescisão da sentença é que podem os particulares obter o ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal” (*Do poder judiciário*, 1915, págs. 164-165).

No mesmo sentido, o pensamento de LINO LEME, em obra clássica, referente à responsabilidade extracontratual (*Da responsabilidade civil fora do contrato*, 1917, págs. 102-103).

7. *Soberania* do Poder Judiciário e “Res judicata” in-contrastável — eis os dois argumentos principais em que procuram apoiar-se os adeptos da *teoria da irresponsabilidade do Estado em virtude dos atos judiciais danosos*.

O argumento da *soberania* assim se resume: o Estado é irresponsável pelos danos originados dos atos do Judiciário, porque êste exerce função que envolve a *soberania*, situação que o coloca acima da lei. É a soberania do Poder Judiciário que o exime da obrigação de indenizar. E exime também o Estado.

Autores estrangeiros e nacionais encarregaram-se de refutar esta colocação, mostrando a inconsistência de pretender isentar o Estado mediante a posição intocável, incontrastável, da soberania, atributo privativo de um dos poderes estatais.

“Invoca-se, primeiramente, para a jurisdição, como para a legislação, a idéia de que se acha em presença de uma *manifestação da soberania*, gerando a irresponsabilidade. Sabemos o que é preciso pensar a respeito desse verbalismo” (PAUL DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique, en dehors du contrat*, 1927, pág. 147).

“Se a soberania é uma realidade, ela não se manifesta de modo mais intenso no ato administrativo e se ela não se opõe à responsabilidade do Estado administrador, não há motivo para que se oponha à responsabilidade do Estado juiz” (LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2.^a ed., vol. III, pág. 499).

“Diz-se muitas vêzes”, escreve LOUIS ROLLAND, “no apoio desta solução, que o exercício do poder judiciário é uma manifestação da soberania. O argumento não tem valor algum. Quem diz soberania não diz necessariamente infalibilidade e impecabilidade” (*Précis*, 9.^a ed., 1947, pág. 371).

Citando WILLOUGHBY, o nosso ARAÚJO CASTRO diz que “a soberania reside no Estado, como um atributo inerente à sua personalidade, e não em qualquer dos órgãos do govêrno, nem mesmo no conjunto dêsses órgãos, aos quais compete unicamente o exercício da soberania, dentro dos limites traçados na Constituição” (*A Constituição de 1937*, Rio, 1938, pág. 37), porque a “idéia de soberania tem, como notas características, a unidade e a totalidade” (TITO PRATES DA FONSECA, *Direito administrativo*, 1939, pág. 217). No mesmo sentido, QUEIRÓS LIMA, quando acentua que a soberania é *una*, indivisível e inalienável (cit. por ARAÚJO CASTRO, pág. 37, n.º 7).

Como se depreende das opiniões citadas, a teoria do Judiciário soberano (e, portanto, irresponsável civilmente), é insustentável, não obstante tenha sido defendida por conceituados mestres, entre outros, para referir apenas mais dois, MEUCCI (*Istituzioni*, 3.^a ed., 1892, pág. 297) e TEISSIER (*La responsabilité de la puissance publique*, 1906, pág. 27).

8. O argumento da coisa julgada fundamenta-se no brocardo clássico de ULPIANO — *res judicata pro veritate habetur* (D.12.2.3.1) —, confirmado pelo Código Civil francês, art. 1.351 (“A coisa julgada é tida como verdadeira”), visto que a decisão do juiz, em última instância, transforma o branco em negro e o quadrado em redondo, por trazer em si a *presunção da verdade*.

A *irretratabilidade* ou *incontrastabilidade da coisa julgada*, como razão suficiente para eximir o juiz — e, pois, o Estado — da responsabilidade patrimonial pelos danos

causados em virtude da sentença judicial, tem sido apresentada por eminentes autoridades, estrangeiras e nacionais.

TEISSIER sustenta que “permitir a um individuo reclamar indenização a pretexto de que houve violação da lei é pôr em crise a coisa julgada, o que é socialmente impossível”; “admitir a responsabilidade, por motivo de erros judiciários, é afrontar o princípio fundamental, de utilidade social incontestável, gerador de segurança: a autoridade da coisa julgada” (cit. por DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1927, pág. 147).

BIELSA, partidário desta tese, mostra que as resoluções judiciais alcançam, quando muito, a pessoa do juiz, mas não responsabilizam o Estado, porque a sentença, erigida em coisa julgada, traz em si a presunção da verdade. Em razão dêsse princípio, o ato judicial não pode ser impugnado. Em suma, o Estado não é responsável pelo ato judicial” (*Derecho administrativo*, 5.^a ed., 1957. vol. V, pág. 24).

PEDRO LESSA é categórico: “Já o mesmo princípio não vigora em relação aos atos do Poder Judiciário. A irresponsabilidade do poder público, neste caso, é um corolário fatal da autoridade da *res judicata*” (Do poder judiciário, 1915, pág. 164); “reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável fôra iniciar um nôvo litígio sôbre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado” (PEDRO LESSA, *Do poder judiciário*, 1915, pág. 165).

Ninguém nega a fôrça da *coisa julgada*. “A irretratibilidade da coisa julgada, porque é também um princípio fundamental, peculiar a determinados atos do poder público, tornando-os insuscetíveis de revisão, impede necessariamente que os efeitos dêsses atos sejam contrariados ou infirmados pelos de outros que sobrevenham. Êste princípio, em verdade, não comporta contestação. Negá-lo será subverter a ordem jurídica com a inutilização do aparelha-

mento da justiça” (*Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, 1941, pág. 77).

Entretanto, elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto.

“À primeira vista”, escreve PAUL DUEZ, “o argumento da *res judicata* impressiona, mas não resiste à análise mais profunda. Supondo-o plenamente fundado em suas bases, não chega a justificar tôdas as soluções atuais referentes à irresponsabilidade. Não é suscetível de aplicar-se a não ser aos *atos jurisdicionais pròpriamente ditos*, os únicos que empenham a autoridade da coisa julgada” (*La responsabilité de la puissance publique*, 1927, págs. 147-148).

“A indenização em virtude de erro judiciário nem sempre é incompatível com o princípio da autoridade da coisa julgada. Bem ao contrário, há casos em que a outorga da indenização é precisamente uma homenagem a êsse princípio. Num julgamento absolutório, o indivíduo perseguido em juízo, que se beneficia com tal julgamento, reclama a indenização. Em que se verifica a violação da coisa julgada? Funda-se o reclamante, ao contrário, no julgamento liberatório para apoiar sua pretensão. A autoridade da coisa julgada só se ergue contra uma decisão judiciária que conceda indenização, deixando de lado um julgamento condenatório anterior. É preciso, primeiro, proceder à revisão da sentença condenatória, recorrendo às vias legais, mas uma vez desaparecido tal obstáculo processual, o princípio da indenização não encontra mais oposição fundada na autoridade da coisa julgada” (PAUL DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1927, pág. 148).

“Mas, se a coisa julgada é que fixa um limite à regra geral da responsabilidade”, escreve ALCINO DE PAULA SALAZAR, “a conseqüência imediata e irrecusável do argumento

é que essa regra geral ficará prevalecendo com relação a todos os atos que não tenham êsse caráter. Estarão, assim, fora da proteção dêsse princípio especial derogatório daquela regra todos os atos que não constituam uma *res judicata*, a dizer: as decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosas, preventivos e preparatórios, as interlocutórias, os atos de execução. Aí teremos, pois, uma larga parte da esfera de atribuições dos magistrados e dos auxiliares da justiça, envolvendo funções da maior importância, colocada fora da influência das normas reguladoras da coisa julgada” (ALCINO DE PAULA SALAZAR, *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, 1941, pág. 77).

De quanto acaba de ser exposto é lícito, sem dúvida, concluir que o princípio da coisa julgada não pode ser invocado como impeditivo da aplicação, aos atos judiciais, da regra geral da responsabilidade do Estado pelas conseqüências danosas da atividade de seus representantes, restringindo-se o alcance daquele princípio tão somente aos atos que tenham os característicos da *res judicata* (ALCINO DE PAULA SALAZAR, *op. cit.*, pág. 81).

O princípio de *res judicata*, lembrado para irresponsabilizar o Estado por atos judiciários, é na realidade um preconceito, visto que não há nenhuma impossibilidade social em restringir ou mesmo afastar em certas hipóteses a imutabilidade da coisa julgada. O conceito de coisa julgada é relativo, não acompanhando de modo absoluto a função jurisdicional (JUARI SILVA, *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*, em RT 351/29).

Em síntese, a coisa julgada não é um valor absoluto e, no contraste entre ela e a idéia de justiça, esta é que deverá prevalecer. Daí, não é preciso mais que um passo, no sentido de fazer subsistir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional, ainda que isso implique certa restrição da amplitude do conceito de coisa

julgada (JUARI SILVA, *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*, em RT 351/29).

Postos abaixo os dois argumentos dos partidários da teoria da irresponsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário — o argumento da *soberania* e o da *coisa julgada* —, impõe-se uma só colocação: a da responsabilidade civil do Estado, em decorrência de atos danosos dos magistrados.

A responsabilidade do poder público por atos judiciais é posição que se vai firmando, no direito universal e no direito pátrio, conforme ensinam autoridades incontestáveis.

Assinalando, com apoio em HAURIU e ORLANDO, “que devem ser expressamente consignados em lei os casos em que o Estado não é responsável, além dos que decorrem das providências meramente *legislativas* e *regulamentares*, enquanto não produzem efeitos executórios, ou de *atos judiciários definitivos* proferidos pela autoridade competente”, CARLOS PÔRTO CARREIRO admitiu, de maneira clara, a tese da responsabilidade quanto aos demais atos judiciais (*Lições*, 1918, págs. 245-246).

Aceitando a lição de Dreyer, o nosso Oliveira Santos esclarece “que, entre os atos que podem ocasionar a mesma responsabilidade, se devem incluir os dos juizes, os quais participam da natureza dos demais funcionários” (*Direito administrativo*, 1919, pág. 129).

Externando o mesmo pensamento, Olinda de Andrade põe em relêvo a tendência para uma extensão maior da responsabilidade do Estado “desde a esfera rigorosamente administrativa até a órbita doutrinária”, acentuando que “a responsabilidade em matéria judiciária está consagrada nas legislações mais adiantadas” (JOSÉ BONIFÁCIO OLINDA DE ANDRADE, *A responsabilidade do Estado em caso de guerra*, 1932, págs. 19 a 21).

Em trabalho consagrado ao tema e aqui repetidas vêzes citado, ALCINO DE PAULA SALAZAR sustentou a tese, em nossos dias predominante, da responsabilidade do Estado por atos

judiciais, chegando às seguintes conclusões: “O princípio dominante, como regra geral, em doutrina, quanto aos danos que ao patrimônio particular causa o exercício da atividade do Estado é o da plena responsabilidade dêste pelas conseqüências do funcionamento dos serviços públicos, objetivamente consideradas, compreendendo os atos de qualquer natureza que os seus agentes pratiquem, por ocasião ou por motivo da execução dos referidos serviços, sendo fundamento dessa responsabilidade a idéia solidarista da equitativa distribuição dos ônus e encargos públicos entre todos os membros da comunhão política; êste princípio geral, que está naturalmente sujeito a limitações, tem aplicação aos atos do poder judiciário, com exceção dos que constituam coisa julgada; se a decisão judicial de que não caibam recursos ordinários é ilegal e causou prejuízos, êstes não podem ser reclamados, a menos que se rescinda tal decisão por meio processual competente. Se a hipótese fôr, entretanto, de coisa *soberanamente* julgada, isto é, insuscetível já de recursos e de procedimento rescisório, então a exceção é irremediável. Assim, decorrido o prazo prescricional da ação rescisória da sentença, desaparece, só então, a possibilidade de se obter reparação de danos resultantes do julgado. Fora dessa hipótese estrita da coisa julgada, os atos judiciais podem acarretar a responsabilidade do Estado, sejam de natureza administrativa ou contenciosa, quando dêles resulte, segundo o critério mais preconizado, um prejuízo especial ou anormal (ALCINO DE PAULA SALAZAR, *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, 1941, págs. 95; 96; 98-99.

Em sentido oposto, LOPES MEIRELES, partidário da tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, escreve: “não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese do artigo 630 do Código do Processo Penal, uma vez obtida a revisão criminal. Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de *Soberania* interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por

eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros. Essa doutrina é tradicional no direito patrio (AMARO CAVALCANTI, PEDRO LESSA, CIRNE LIMA, JOSÉ DE AGUIAR DIAS) e está remansada na jurisprudência de nossos tribunais (STF em RDA 59/335; RF 194/159; TJSP em RDA 50/239; 53/183; RT 259/127), em atenção à *coisa julgada* e à liberdade decisória dos magistrados, que não poderiam ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos. Ficará, entretanto, o juiz, individual e civilmente responsável por dolo, fraude ou retardamento injustificado de providência de seu ofício, nos expressos termos do artigo 121 do Código de Processo Civil, mas essa responsabilidade não se transmite nem solidariza a Fazenda Pública” (*Direito administrativo brasileiro*, 2.^a ed., 1966, págs. 538-539).

AGUIAR DIAS, reconhecendo embora que parte de nossa doutrina pende para a tese de irresponsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário, reafirma sua posição, “não obstante a persistência das idéias regalistas”, mostrando que “a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas. Vai pouco a pouco perdendo terreno a tese da irresponsabilidade, para surgir em seu lugar o princípio de que o particular tem direito a ser indenizado, tôda vez que sofra um prejuízo em consequência do funcionamento do serviço público, pouco importando indagar se regular ou irregular, porque não se cogita de sabê-lo, mas de aplicar logicamente o princípio de igualdade dos encargos sociais” (*Da responsabilidade civil*, 2.^a ed., 1950, vol. II, pág. 249).

Com essa manifestação, deixa AGUIAR DIAS bem claro o seu pensamento, sustentado, mesmo em face de nosso direito positivo, mas reconhece estar em minoria diante da corrente dominante, que aceita e defende a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais (*Da responsabilidade civil*, 2.^a ed., 1950, vol. II, pág. 249).

9. Escrevendo em 1941, ALCINO DE PAULA SALAZAR resumiu a orientação jurisprudencial da época, mostrando que “a imunidade dos atos judiciais tem sido sustentada com o mesmo caráter de amplitude” (*Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, pág. 66), tendo nossos tribunais acolhido inquestionavelmente a regra da não responsabilidade por atos judiciais, embora sejam escassas as decisões relativas à questão, as quais só se referem a casos de indenização pleiteada, com prejuízo da coisa julgada, pela parte vencida na demanda, ou por acusado impronunciado em consequência de falta de prova da denúncia (*Responsabilidade do poder público por atos judiciais*, pág. 68).

No máximo, a jurisprudência admite a responsabilidade pessoal do juiz. O Estado é irresponsável por atos judiciais danosos.

Em acórdão de 19 de agosto de 1916, o Supremo Tribunal Federal admitia a responsabilidade do juiz, livre o erário, entretanto, do ressarcimento dos danos resultantes da sentença (CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição*, pág. 784).

“Não tem direito a indenização do dano causado pelo processo e sim somente à restituição do valor dos objetos apreendidos indivíduo não pronunciado em processo-crime de contrabando por não ter ficado provado o dolo característico” (Revista *O Direito*, 98/506).

Por sentença de 13 de julho de 1909, em ação sumária especial, instaurada para o fim de anular transferência de apólices feita pela Caixa de Amortização em cumprimento de decisão judicial, o juiz federal Pires e Albuquerque, depois Ministro do Supremo Tribunal Federal, apesar de haver decretado nulidade do processo, considerou *ex abundantia*, que “a Fazenda não é responsável pelos danos que possam resultar de atos e decisões judiciais” (Revista *O Direito*, 13/542).

O mesmo magistrado decidiu, em outro caso, que “a responsabilidade em que fica a Fazenda Pública pelos

danos e prejuízos causados aos particulares pelos agentes da Administração no exercício de seus cargos não compreende os que por ventura possam resultar de atos e decisões do Poder Judiciário, que no conflito entre o Estado e particulares não representa aquêle, não promove nem defende seus interesses como pessoa jurídica do direito civil” (Revista *O Direito*, 10/582.OBS. Os 3 passos da Revista *O Direito* foram citados apud ALCINO DE PAULA SALAZAR, *op. cit.*, págs. 68-69).

Julgando a conhecida demanda promovida contra a União pelo Conde de Leopoldina para haver reparação de danos decorrentes de bens seus, realizado a requerimento do antigo Banco da República e que degenerou em falência, por decisão confirmada em última instância, o juiz corroborou a tese com a consideração de que, “em princípio, os atos do poder judiciário não obrigam a responsabilidade do Estado. Só nos casos expressamente nomeados em lei podem os atos judiciais dar lugar à responsabilidade (Revista de direito 22/527).

Em acórdão unânime de 29 de outubro de 1926, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “a União não é civilmente responsável pelas decisões, contenciosas ou administrativas, proferidas pelo Poder Judiciário, porque êste não é representante ou preposto dela, mas um dos órgãos da soberania nacional” (*Revista de direito*, 86/ 536).

Decisão de primeira instância do antigo Distrito Federal irresponsabilizou o Estado civilmente por danos causados ao particular, afirmando que “não se configura, na hipótese, um caso de responsabilidade civil do Estado, que em regra apenas responde por culpa ou negligência de seus funcionários ou prepostos e, como tais, a melhor doutrina, sufragada entre nós pela jurisprudência, não conceitue aos julgadores membros do Poder Judiciário” *O Direito* 97/870).

“Em sentido oposto a esta ordem de idéias”, acentua PAULA SALAZAR, “houve, entretanto, uma decisão do próprio govêrno, com apoio do Congresso Nacional, concedendo

indenização aos herdeiros de um súdito italiano pelo valor correspondente a seguro cuja importância fôra criminosamente levantada pelo juiz do inventário” (*O Direito* 97/660, apud PAULA SALAZAR, *op. cit.*, pág. 72; CIRNE LIMA, *Princípios*, 4.^a ed., 1964, pág. 203; LUIS M. CORREIA, *O Estado e a obrigação de indenizar*, 1930, págs. 69-70).

Neste último caso, de apropriação indébita, praticada por juiz substituto federal, a União arcou com o ônus da respectiva indenização. Súdito italiano, falecido no Amazonas, fizera um seguro de vinte contos. Abrindo-se a sucessão no juízo federal daquele Estado, o magistrado levantou a importância e desapareceu a seguir. Relatando o fato, J. J. SEABRA, então Ministro da Justiça, na exposição de motivos que acompanhou a mensagem do Presidente Rodrigues Alves, solicitando ao Congresso a abertura do respectivo crédito, concluiu: “Contra êsse funcionário deu o Procurador Geral da República denúncia perante o Supremo Tribunal Federal e, correndo o processo seus trâmites legais, foi o referido substituto condenado nos termos do artigo 214 do Código Penal, mas essa condenação não desobriga o Govêrno de indenizar os herdeiros, embora tendo, contra o funcionário delinqüente, a ação regressiva para haver a importância de que aquêle magistrado criminosamente se apoderou” (CIRNE LIMA, *Princípios*, 4.^a ed., 1964, pág. 203).

10. “Tende já, porém, a jurisprudência a estabelecer a responsabilidade do Estado pelos atos de natureza graciosa ou administrativa do Poder Judiciário, como os concernentes às contas de tutelas e curatelas, arrecadação de espólios” (CIRNE LIMA, *Princípios*, 4.^a ed., 1964, págs. 202-203).

Seguindo as grandes linhas do direito universal, o direito brasileiro caminha no sentido de repelir de maneira gradativa a antiga teoria da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais.

O primeiro passo foi relativo ao denominado *erro judiciário*; o segundo, com referência à *demora* na decisão dos feitos, se causada por *dolo* ou *culpa* (imprudência, imperícia ou negligência). Negligência = desídia, incúria. A seguir, por atos não jurisdicionais dos magistrados (atos da jurisdição voluntária e atos materiais do judiciário = atos administrativos do juiz).

Julgando um caso em que vieram à baila a *demora* e o *erro judicial*, pronunciou-se o Tribunal de Justiça de S. Paulo, no sentido de que “pela demora da decisão responde o juiz correcionalmente, se causada por dolo, culpa ou desídia, não respondendo o Estado civilmente pelo erro judicial”, como diz a ementa do acórdão (JTSP em RDA 53/183, acórdão de 26.8.1957).

Tratava-se de processo de inventário em que o viúvo inventariante requerera e obtivera alvará judicial para venda de imóvel hipotecado, sem intervenção, citação ou representação de menor herdeira. Mais tarde, a herdeira, agora maior, ingressa em juízo com ação, propugnando anular a venda do imóvel. Levantou-se, no feito, o problema da *demora* havida no julgamento da causa pelo juiz de primeira instância, mas o Tribunal salientou que, na espécie, tal se dera não por incúria do magistrado e sim pelas falhas e deficiências do aparelhamento judiciário, impondo ao juiz um trabalho excessivo, já e em boa hora dividido por três varas.

Quanto ao pretenso *erro*, os autores é que tinham agido negligentemente, aceitando como boa documentação o alvará que lhes fôra exibido, sem ao menos se darem ao trabalho de compulsar os autos do processo em que foi êle expedido, quando a êles, como compradores, é que cumpria examinar os títulos de alienante.

Se a demora, entretanto, tem causa justificada, cabe responsabilidade civil do Estado, por falta de serviço, em caso de decisão judicial (RDA 90/140).

Em acórdão de 9 de dezembro de 1958, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal pela tese da *irresponsabilidade do Estado por atos judiciais*, exceção feita no caso do *erro judiciário*, na hipótese do artigo 630 do Código de Processo Penal, já que a figura do artigo 121 do Código de Processo Civil se refere à responsabilidade pessoal do juiz.

“Domina, pois, nesse âmbito”, salienta a nota dominante do acórdão, que aceitou a tese do Ministro Relator Vilas-Boas, “o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da *coisa julgada*, como também à *liberdade e independência* dos magistrados, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou de resolver as graves questões administrativas que lhes são afetas, pelo temor de engendrar responsabilidade para si e para o Estado que representam. A tese dos recorrentes é avançada” (Acórdão do STF de 9.12.1958, em RDA 59/335).

“Responderá o Estado por ato do juiz, se éste cometer ato ilícito, prejudicar a parte de caso pensado. No caso de erro judiciário, no crime, só haverá indenização se a sentença houver passado em julgado e ficar demonstrado o esforço da parte para esclarecer o caso” (STF em RDA 59/336).

Com efeito, “o processo passou a ser matéria de ordem pública e a justiça função do Estado. O Estado é representado pelo Juiz, figura imparcial, ativa, dinâmica, que orienta a prova, fiscaliza, impede a alicantina, vela pela economia de tempo, coibe os abusos, norteia as causas com o fito de descobrir a verdade para a realização da justiça íntegra” (Acórdão do Tribunal do Estado do Rio, em Revista Trimestral de Jurisprudência 10/64).

Em acórdão de 21 de junho de 1966, o Supremo Tribunal Federal teve ocasião de examinar por todos os ângulos o problema da *responsabilidade do Estado em decorrência de ato judicial moroso*.

Culpa do juiz? Falha do serviço? Culpa da parte? Concluiu o Supremo Tribunal Federal, contra os votos dos Ministros Aliomar Baleeiro e Adalicio Nogueira, que “a atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar responsabilidade civil, quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos reguladores da espécie” (Acórdão de 21.6.1966 do STF em RF 220/105).

Tratava-se de pessoa que acionara o Estado porque a alegada desídia do juiz fizera com que prescrevesse sua queixa-crime oferecida contra jornalista que a injuriara na imprensa local; a despeito da diligência tenaz de seu advogado, juiz e serventuários teriam sido morosos em marcar audiências e praticar os atos processuais. Logo, o Estado não cumprira sua finalidade e dever de prestar os serviços de justiça, pelo que deveria indenizá-lo dos honorários, custas e despesas inútilmente feitas.

Procurou eximir-se o Estado, argumentando não ser responsável por atos dos membros do Poder Judiciário, tendo o juiz de primeira instância acolhido a ilegitimidade passiva dessa pessoa de direito público. Pronunciou-se a segunda instância que julgou improcedente a ação por não estarem caracterizados dolo e culpa do juiz criminal, assoberbado de trabalho, pois atendia a duas comarcas, razão pela qual ocorrera *justo motivo* de retardamento, o que, no caso, até se equipararia à *fôrça maior*.

Apelou o recorrente, argüindo que responsabilizara não o juiz, mas o Estado, porque não providenciara nem equipara eficientemente o serviço da justiça, evitando seu congestionamento ou provendo substituições e outras medidas curiais.

Confirmou o acórdão a sentença recorrida, porque ficou provado a inocorrência de culpa do juiz, esmagado pelo trabalho de duas comarcas por impedimento do titular destas. Se o Código de Processo Civil escusa o juiz (artigo

121, II), escusa também o Estado. Ora, excesso de trabalho é “justo motivo” para a demora no julgamento do feito, conforme aquêle inciso do Código de Processo Civil.

Recorreu o autor extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal, que conheceu do recurso, mas lhe negou provimento, vencidos os Ministros Aliomar Baleeiro e Adalicio Nogueira.

Argumentou Aliomar Baleeiro que não se tratava, na espécie, de apreciar o *justo motivo* da morosidade do juiz, mas de apurar a responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça, ocasionando, por sua omissão dos recursos materiais e pessoais adequados, os estorvos ao pontual cumprimento dos deveres de seus juízes. Nem poderia ignorar essas dificuldades, porque, como consta das duas decisões contrárias ao recorrente, estando uma das comarcas acéfala, o que obrigou o juiz a atendê-la, sem prejuízo da sua própria — ambas congestionadas de serviço — a Comissão de Disciplina declarou-se em regime de exceção, ampliando os prazos. Se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos movimentos multitudinários, ou pelo “fato das coisas” do serviço público, independentemente de culpa de seus agentes, com maior razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço da Justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e taxas judiciárias específicas, para serem atendidos (RF 220/105).

No caso, há certeza da lesão e da imputabilidade da causa dela à omissão do Estado, como gerador único do prejuízo. Ou o juiz teve culpa, por desidioso, ou fez tudo quanto humanamente poderia fazer e não venceu a passividade do Estado em primeiros obstáculos. O problema transborda do direito civil para o direito administrativo, dentro do qual os doutores proclamam a responsabilidade do Estado em tais circunstâncias, independentemente da culpa de seus agentes. Êle se eximiria se provasse que o

prejuízo ocorreu, ou ocorreria, ainda que tivesse empregado todos os meios adequados para citá-lo. Aí, sim, se poderia falar em *fôrça maior*. Responde, pois, pela omissão, causa eficiente do prejuízo, como responderia pela ação, se ela fôsse a origem da lesão. Se não foi desidioso o juiz, foram desidiosas as autoridades superiores, inclusive os órgãos dos três poderes do Estado, pela situação calamitosa de desordem em que submergiu o direito do autor, usuário legítimo do serviço público judiciário, para o que pagou a taxa judiciária e os selos dos autos, além de impostos. Já se tem condenado o Estado até pelos atos de terceiros que exerceram autoridade *de fato* em seu nome e mais expressivas são as condenações resultantes anônimamente daquilo que os franceses chamam *du fait des choses*” (RF 220/105-106).

Idêntica a posição de Adalício Nogueira, também vencido, que, perfilhando a *teoria de culpa administrativa*, condenou o Estado à reparação dos danos causados pela demora: “O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado. Houve falta do serviço público. Não precisa atingir as alturas do *risco*, que é o cimo culminante da doutrina objetiva, para decretar-lhe a responsabilidade. Basta-me invocar o princípio da culpa administrativa, ocorrente na espécie e que não se confunde com a culpa civil, porque procede, precisamente, do mau funcionamento de um serviço” (RF 220/107-108).

Interessante caso concernente à *responsabilidade civil do Estado* por omissão de magistrado foi suscitado perante a Quinta Câmara Civil do TJSP, ao dar provimento ao agravo n.º 158.907 contra decisão de magistrado de primeira instância que teria retardado cumprimento de ordem de *habeas corpus* emanado das Câmaras Criminais Conjuntas do Egrégio Tribunal de Justiça. Deu-se provimento ao agravo, ordenando-se fôsse prosseguido o feito a fim

de apurar-se o porque da inércia do órgão 'judicante, cuja consequência foi a de ter ficado prêso o réu por tempo superior a um mês (RF 225/154).

11. A responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público, porque o ato judicial é, antes de tudo, um ato público, ato de pessoa que exerce o serviço público judiciário.

Equipara-se o *magistrado ao funcionário público* para efeitos de responsabilidade e o *serviço de justiça ao serviço público*, numa relação de *gênero a espécie* (público e judicial).

Por sua vez, no âmbito do Poder Judiciário, editam-se atos judiciais jurisdicionais, contenciosos e voluntários, e atos judiciais não jurisdicionais, ou atos administrativos materiais, editados pelo Judiciário, agora nas vestes de administrador.

Os atos materiais, praticados pelo Poder Judiciário, tais como, nomeações, demissões, concessão de licenças, férias, atos de correição, se causam dano aos administrados, empenham a responsabilidade civil do Estado, de acôrdo com o regime jurídico comum da responsabilidade pública, equacionada em têrmos publicísticos, de responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários.

Os atos da chamada jurisdição voluntária, tais como os referentes às contas de tutelas, curatelas, arrecadações de espólios, se causam prejuizo aos administrados, acarretam a responsabilidade do Estado, conforme a orientação da jurisprudência (RT 135/680).

Os atos típicos do Poder Judiciário, atos formais, orgânicos — os atos jurisdicionais —, que culminam com a prolação da sentença judiciária, devem ser encarados em dois momentos de seu processamento, ou seja, durante o dinamismo processual e no instante em que se profere a sentença.

Se o período que antecede a prolação da sentença judiciária se caracteriza pela morosidade, trazendo prejuízo à parte, tem-se de considerar as razões do retardamento do feito; se a sentença traz em si um êrro judiciário, é preciso considerar a natureza da sentença, se penal ou cível, para avaliar o tipo de dano, patrimonial, moral, ou moral-patrimonial.

A chave da questão é dano e o nexo causal entre a pessoa jurídica de direito público a quem se atribui o prejuízo e o prejuízo causado. Houve dano, haverá indenização, exceto nos casos das excludentes típicas da responsabilidade, como a fôrça maior, a culpa da vítima, o estado de necessidade, o ato de terceiro.

Não militam a favor da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, nem o argumento da *soberania*, nem o da incontrastabilidade da *coisa julgada*, em primeiro lugar, porque soberano só o Estado, jamais êste ou aquêle poder, tomado de per si, em segundo lugar, porque a coisa julgada pode ser atacada pela rescisória ou pela revisão.

Pelos prejuízos que os atos judiciais causem aos administrados responderá o Estado, quer se prove a culpa ou dolo do magistrado, quer os danos sejam ocasionados pelo serviço de administração da justiça, que é, antes de tudo, um serviço público do Estado.

12. Sustentamos, neste artigo, a tese da *responsabilidade do Estado por atos judiciais*, em sentido amplo, fundamentando-nos em princípios publicísticos, que informam o moderno direito administrativo, dando como válidas para o sistema jurídico brasileiro as seguintes proposições:

a) A responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público.

b) As funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes.

c) O magistrado é órgão do Estado. Ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante.

d) O serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível). Ou na qualidade de réus (crime).

e) O julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão.

f) Por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los.

g) Voluntário ou involuntário, o erro de consequências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados. Se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa.

h) Provado o *dano* e o *nexo causal* entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do poder público, ora na *culpa administrativa*, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no *acidente administrativo*, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário, ora no *risco integral*, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.

A Aquisição da Propriedade em Garantia.

(Sua defesa judiciária)

Félix Ruiz Alonso

SUMÁRIO

I — PARTE

DIREITO SUBSTANTIVO

1. Alienação fiduciária em garantia. — 2. As inovações da alienação fiduciária. — 3. Aquisição do domínio sem a tradição. — 4. A propriedade sem a posse. — 5. Uma criação da lei.

II — PARTE

DIREITO PROCESSUAL

6. O devedor depositário. — 7. Responsabilidades do devedor. — 8. O inadimplemento. — 9. A ação de depósito. — 10. As ações possessórias. — 11. A ação da reserva de domínio.

III — PARTE

CONCLUSÕES

Introdução.

O título dêste ensaio, “A Aquisição da Propriedade em Garantia”, parecerá estranho. Não obstante, à medida que mais nos familiarizarmos com o nôvo instituto de “Alienação Fiduciária em Garantia”, cada vez mais nos parecerá

que estamos perante uma nova modalidade de propriedade, expressamente criada para servir de garantia ao credor, e que muito bem poderia ser chamada “Propriedade de garantia”. O credor fiduciário adquire essa propriedade; por isso intitulamos êste ensaio “A Aquisição da Propriedade em Garantia (Sua Defesa Judiciária)”, que corresponde com a “Alienação Fiduciária em Garantia” que efetua o devedor a favor do credor, segundo o art. 66 da Lei de Mercado de Capitais (n.º 4.728, de 14.7.65).

O ensaio é sucinto, direto, sem nos demorarmos nos lugares por onde obrigatoriamente se passa na sua elaboração linear. Não havendo bibliografia especializada, até o presente, as citações são escassas. É um ensaio feito a partir do artigo 66, combinado com outras normas dos Códigos Civil e de Processo Civil. A finalidade precípua é analisar a parte material do instituto e apontar apenas uma contribuição processual civil, que processualistas poderão desenvolver. Os aspectos processuais penais, propositadamente, não os trataremos.

As normas existentes de direito constituído disciplinando esta matéria são suficientes, independentemente de regulamentação. Seria desnecessária qualquer nova ordenação da matéria, — a não ser a título declarativo ou adjetivo — por ser claro o ordenamento que existe.

Também tivemos presentes os trabalhos conhecidos sobre o assunto: o de PONTES DE MIRANDA (“Tratado de Direito Privado”, vol. 52, págs. 339-371, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro 1966), ALFREDO BUZARD (“Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia” 13.1.69, Acrefi, São Paulo) e o de RUBENS GOMES DE SOUSA (“O ICM e a Alienação Fiduciária em Garantia”, Parecer de 15.5.69, Acrefi, São Paulo); além de nosso trabalho “A Alienação Fiduciária em Garantia” apresentado no 1.º ano do Curso de Doutorado em Direito (ano de 1966), publicado na Revista da Faculdade de Direito da U.S.P., vol. 62, de 1967. Todos êles foram levados em consideração.

1. Convém iniciar lembrando o que seja “alienação fiduciária em garantia” e lembrá-lo segundo o texto legal, já que estamos perante um instituto não só nôvo, mas também algo desconcertante à primeira vista; por isso a autoridade do legislador fará que aceitemos aquilo que, sem ela, nos seria difícil de aceitar.

O art. 66 da Lei de Mercado de Capitais de 1965, diz que “na alienação fiduciária de bem móvel o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.”

O mesmo artigo, no parágrafo 2.º, continua dizendo que “o instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário”.

Ainda, no parágrafo 5.º temos outros elementos indispensáveis para a boa compreensão da nova garantia. Reza assim: “No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.”

Estamos, assim, perante um contrato de garantia, contrato êste acessório que acompanha sempre outra obrigação principal. Suponhamos que Gáio devesse a Ulpiano, como consequência de um empréstimo, a importância de mil moedas, e que êsse empréstimo estivesse garantido pela alienação fiduciária de um veículo, por exemplo, que Gáio tivesse realizado em favor de Ulpiano. A obrigação principal é o empréstimo das mil moedas e o contrato secundário, colateral, é o da “Alienação Fiduciária em Garantia.”

Note-se, que o credor não é apenas credor, mas foi elevado à categoria suprema de proprietário. É o “dominus”, o proprietário fiduciário, o adquirente — como é designado em diferentes lugares do mencionado art. 66.

Paralelamente o devedor é depositário, é alienante, possui em nome do adquirente, segundo dispõe o mesmo art. 66.

Aparece, assim, configurando a alienação fiduciária, mais um instituto, o do depósito, de forma que o legislador, na nova garantia, combina a propriedade e o depósito, dando ao credor o título de proprietário e ao devedor o de depositário.

Como é lógico, se a lei recorre a essa configuração fá-lo por alguma razão. O legislador não legisla arbitrariamente.

Dissemos em trabalho anterior¹, que a alienação fiduciária, pelo fato de entrecruzar duas relações, uma principal — o mútuo — e outra secundária, translaticia de propriedade, pertencia originariamente ao gênero dos negócios fiduciários. Não obstante isso, dizíamos, o legislador codificou essa combinação fiduciária, destacando-a do gênero dos negócios fiduciários a que pertence, criando uma espécie típica, com forma legal própria. “Genus per speciem differtur” O gênero (negócio fiduciário) se diferencia em suas espécies: alienação fiduciária em garantia².

2. Era de esperar que a nova garantia custasse ser compreendida. Certamente, a nova garantia é uma construção complexa do legislador e introduz algumas novidades, que exigem um estudo apurado.

Antes de mais nada, o nôvo instituto além de outras novidades, tem as seguintes:

1.^a) *O credor, não é apenas credor, mas é proprietário do objeto que o devedor lhe transfere em garantia.*

1. “A Alienação Fiduciária em Garantia”, Rev. da Faculdade de Direito da U.S.P., vol 62, 1967, págs. 422 e seguintes.

2. Faz-se esta observação porque estudiosos do assunto não se aperceberam de que a alienação fiduciária não pode mais ser tratada como simples negócio fiduciário. O legislador tipificou-a, dando-lhe uma forma legal clara e precisa, que deve-se respeitar.

Obviamente, o legislador procurou uma garantia mais forte, superior às tradicionais.

Se se cria um instituto novo, logicamente, é para introduzir alguma novidade, alguma melhoria e, em se tratando de garantias, para dar uma proteção melhor ao garantido, ao credor — já que esta é a finalidade de toda garantia.

No caso, o legislador eleva o credor à categoria de proprietário, mas isto o faz para que possa usufruir das vantagens decorrentes desta posição. Não se compreenderia que o credor fosse proprietário e que, à hora de defender seus direitos, estivesse menos protegido do que em qualquer outra das demais garantias até aqui existentes: penhor, hipoteca ou anticrese.

A jurisprudência dará a última palavra com uma proteção à altura. Se o legislador criou uma garantia nova, forçando até os institutos tradicionais de que se servira na sua construção, não o fez afinal, para obter mais uma garantia, inferior ou igual às outras. A jurisprudência seguirá o rumo do legislador, levará ao seu termo o labor por ele iniciado, interpretará fielmente a “mens legislatoris.”

2.^a) *O credor adquire o domínio duma coisa móvel, sem a tradição.* É uma regra geral do nosso direito a necessidade da tradição. O art. 620 do nosso Código Civil, estabelece o critério geral da aquisição de coisas móveis: “O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório.”

Ainda o art. 675 insiste em que: “Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.”

No caso da alienação fiduciária, temos uma exceção à regra geral. O art. 66, § 2.º diz taxativamente, que o credor adquire o domínio da coisa alienada, “independentemente da sua tradição”, continuando o devedor na posse do objeto.

Se a intenção do legislador foi transferir o domínio sem a tradição, então também não há porque subentender a tradição, nem porque falar em constituto possessório. Não há constituto possessório, porque êle está sempre subordinado à tradição. Onde não deve haver tradição não se pode subentendê-la; só se pode subentendê-la onde deve haver tradição.

Estamos perante uma nova modalidade de aquisição de propriedade móvel: se transfere pelo contrato, sem tradição. “O instrumento da alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada”.

Do exposto, se conclui que aquela regra geral, exigindo a tradição, no caso foi derogada.

3.^a) *Transfere-se o domínio, transferindo só o título do domínio.* A maior inovação talvez esteja precisamente nesta conquista do direito brasileiro, diretamente relacionada à transferência sem a tradição. Isto implicou em separar, por um lado, a “titularidade” da propriedade dos direitos inerentes a ela, para em seguida, e por outro lado, transferir êsse título vazio de conteúdo próprio.

É natural que custe compreender o alcance da inovação e queiramos transferir ao adquirente (credor) aquilo que habitualmente adquiria; como podem ser alguns dos direitos decorrentes do título ou pelo menos, a posse chamada indireta.

4.^a) *O proprietário não tem posse, nem sequer a indireta.* Observe-se que ordinariamente, a posse indireta aparece como remanescente³ no alienante, após o ato de alie-

3. “Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício (o legislador fala do penhor com entrega da coisa ao credor), do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, *de quem êles a houveram*, a posse indireta”. Art. 486 do Cód. Civil. Repare-se que a posse indireta deve corresponder ao alienante que é o devedor, êle tem na alienação fiduciária a posse direta. O credor não obteve, em momento algum, a posse do devedor.

nação. No caso da alienação fiduciária não se produziria dessa forma, já que ninguém pretenderia que o alienante tivesse “posse indireta” — o alienante continua na posse direta — mas sim o adquirente. Mas, como é possível posse indireta no adquirente? É imprópria dêle. Na verdade o credor adquirente não tem posse indireta, não tem posse alguma.

A posse do devedor é anterior ao credor e continua tôda ela sem solução de continuidade em poder daquêle, após o surgimento do credor-adquirente. O devedor transfere apenas a propriedade, sem posse.

5.^a) *O direito potencial do credor-proprietário a dispor da coisa para vendê-la.*

No caso de inadimplemento da obrigação principal, por parte do devedor, o proprietário fiduciário poderá vender a coisa, para ressarcir-se.

Nesta hipótese apenas, o “dominus” poderá dispor da coisa. O direito à *venda da coisa* é o único direito, dentre todos os direitos inerentes ao domínio, que se atualiza, que emerge do título. E ainda, se fôr necessário para a venda, renascerá no título concomitantemente o direito a posse — dêste aspecto trataremos depois.

6.^a) *O devedor é depositário, por equiparação da lei.* Aliás a figura de depositário está perfeitamente desenhada. Diz a lei falando do devedor: que tem as responsabilidades do depositário, que tem posse de coisa alheia, que tem a coisa em nome do adquirente. Maneiras tôdas elas de — dentro da laconicidade própria dos textos legais — descrever o estado de depositário, em que o legislador colocou o devedor.

O depósito é uma figura jurídica que pode permitir ao depositário, que tem a posse do objeto, servir-se dêle. Esta característica do depósito fez possível que o legislador o utilizasse, para configurar a alienação fiduciária — fazendo ao devedor um depositário-usuário.

7.^a) *O devedor é depositário, com a posse plena.*

O devedor não tem a posse da coisa pelo constituto possessório — como seria fácil concluir em decorrência de situações paralelas —, mas continua na posse da coisa, depois de aliená-la.

“Constituto possessório é a operação jurídica, em virtude da qual, aquêle que possuía em seu próprio nome, passa, em seguida, a possuir em nome de outrem.”⁴

À primeira vista pode parecer que o depositário adquiriu a posse pelo constituto. Antes era possuidor “*nomine proprio*” e, após a alienação, passou a possuir “*alieno nomine*”. Mas esta mudança não se deve a cláusula “*constituti*”.

Foi o legislador quem criou as diferentes situações das partes, tanto do credor proprietário, quanto do devedor depositário, através de equiparações legais — mas não houve constituto possessório⁵, que é sempre uma convenção “*inter partes*”, e que por conseguinte deve constar por escrito.⁶

Além do mais não há necessidade de recorrermos a explicações complexas, quando a lei é clara, ela diz singelamente: “*continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente*”. Não pelo constituto possessório, mas “*ex permanentia*” De qualquer maneira, tanto se reconhecida pelo preceito legal, como se adquirida pelo constituto possessório — ninguém discutiu a posse do devedor.

4. CLÓVIS BEVILACQUA, “Direito das Coisas”, 1.^o volume, Rev. Forense, Rio, 1956, pág. 48.

5. No constituto possessório há uma mudança de relação entre o possuidor e o objeto, que passa da posse “*nomine proprio*” Y posse “*alieno nomine*”; antes, por exemplo, um possuidor era proprietário de imóvel, que vende, continuando a morar nêle como inquilino; para salvar o novo estado de inquilino e, especificamente, a posse dêle como tal, obtem-na através do constituto possessório.

Na alienação fiduciária, também, o alienante passa de proprietário a depositário, mas esta mudança — repetimos — tem lugar porque o legislador assim o quiz — não depende da vontade das partes.

6. “A cláusula *constituti* não se presume”. Rev. Trib. 184/744, Rev. Forense 80/157.

3. Diz o texto legal que “o instrumento da alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente”.

Temos aqui uma nova maneira de aquisição da propriedade móvel — da aquisição da “propriedade fiduciária em garantia” — em que se adquire o domínio sem haver a tradição da coisa.

Para transferir a propriedade, bastaria em princípio, alienar a sua titularidade, o justo título — sem que fôsse essencialmente necessária a tradição da coisa. Esta, a “*traditio*”, é uma exigência legal-tradicional, não fundamentalmente necessária, e por conseguinte prescindível.

Existem várias teorias sôbre os requisitos necessários para transmitir a propriedade móvel. A mais geral é a teoria do “título e modo” ou “título e *traditio*”. Além do título de alienação, — a expressão do “*animus*”, da “*intentio*” — que é o elemento essencial em todos os direitos, por mais simples e informal que seja, se fala de um segundo elemento, mais ou menos superado historicamente, que é a “*traditio*”, a entrega de fato da coisa cuja propriedade se transfere.

Brevemente, podemos recordar o formalismo romano e a exigência, no período clássico, da “*traditio*”. Este elemento se conserva ainda bastante, no direito germânico, e também em outros direitos de base romanística, como é o caso do direito brasileiro. O direito francês prescindiu totalmente dessa exigência, em virtude da teoria chamada da transmissão consensual.

A questão na atualidade não tem maior relevância. A teoria do “título e modo”, que exigia uma fundamentação da transmissão e um modo, que seria a “*traditio*”, foi ultrapassada. Hoje se espalha a teoria contratualista, segundo a qual só a “*vis contractualis*” justifica a transferência da propriedade. A “*traditio*” passou a ser um requisito em vigor apenas em determinados países.

Poder-se-ia transferir o domínio das coisas móveis sem a tradição delas; bastaria que o legislador o autorizasse. No instituto nôvo da alienação fiduciária, que nos ocupa, o legislador acolheu expressamente a transferência sem a tradição.

Como se transfere o domínio no caso? Qual o título ou formalidade da alienação? A estas perguntas respondem claramente as próprias palavras da lei: “o *instrumento* da alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição”. A doutrina contratualista foi claramente acolhida, no caso.

4. Quando se diz que o proprietário fiduciário tem posse (indireta) pensa-se que a propriedade arrasta a posse necessariamente consigo. Na verdade, posse e propriedade podem seguir caminhos diferentes, sem interferirem. No caso do fiduciário, só poderíamos reconhecer nêle posse indireta, se o legislador, por ato especial ficticiamente lha atribuísse — o qual seria muito conveniente: reforçaria o proprietário e obteria as ações possessórias.

O legislador, legislando a alienação fiduciária diz, por um lado, que o credor adquire a propriedade fiduciária duma coisa móvel do devedor. Não menciona a posse. Esta é mencionada sòmente no parágrafo 2.º, do artigo que nos ocupa, quando diz que o devedor continua na posse do objeto alienado, que já tinha quando proprietário.

Já ficou provado acima (item 2, n.º 4) que no proprietário não há posse indireta. Ainda que admitissemos a hipótese da existência da “*traditio*” por parte do devedor ao credor, nem assim poderíamos falar em posse indireta do credor, que é o adquirente não o alienante. A posse indireta é própria do alienante, remanesce no alienante, no proprietário originário; não é do adquirente.

A noção de posse indireta se inverteria se aplicada ao credor da alienação fiduciária em garantia.

O posse indireta é um estado passageiro de enfraquecimento da posse, naquêle que era pleno possuidor, em

decorrência de alienação real. Decorrido êsse período, volta à plena posse. Mas o credor-proprietário não era pleno possuidor, antes da alienação fiduciária, e nem sequer o será.

Diz CLÓVIS BEVILACQUA, falando da posse indireta que ela pressupõe: “um possuidor (proprietário ou não) anterior ou originário ... e outro posterior ou derivado”⁷. No possuidor anterior, após a bipartição da posse, remanesce a posse indireta. O possuidor posterior, adquirente, obtém a posse direta. “Cessando a posse direta ou imediata, o possuidor indireto, ou mediato, reassume a posse plena, se está em condição de exercê-la”⁸.

5. Ao longo destas linhas se insiste repetidas vezes no caráter eminentemente jurídico-positivo dêste instituto. Não está o Direito dependendo da intenção de mero credor e de mero devedor que as partes tenham, em decorrência do contrato de mútuo entre elas celebrado. O legislador criou um nôvo instituto de garantia, no qual o credor é proprietário da coisa que a favor dêle aliena em garantia o devedor, e êste é depositário dela. Tudo isto é assim porque o legislador quis. Estamos perante um instituto legal, fruto exclusivo da lei.

É necessário diferenciar as duas esferas, por um lado a do mundo real, natural, e por outro, a esfera jurídica⁹.

7 e 8. CLÓVIS BEVILACQUA, “Direito das Coisas”, 1.º volume, Rev. Forense, Rio, 1956, pág. 34.

9. CIFUENTES, RAFAEL LIANO: “Naturaleza Jurídica de la Fictio Juris” Estudio General de Navarra, Ed. Rialp S.A., Madrid, 1963, pág. 79. “O Direito positivo surge duma “potestas” que, ressalvadas as exigências de justiça, do Direito Natural, completa — valendo-se dessa soberania — à ordem jurídico-natural” .. “O legislador, por conseguinte, tem poder para outorgar uns efeitos jurídicos a determinados pressupostos de fato que estritamente não fôram contemplados pela norma natural. Estes efeitos jurídicos de Direito positivo não surgem — ex natura rei — por exigências da natureza mesma das coisas, nem sequer nalguns casos nascem como exigências estritas de Direito Natural, senão que são produzidos mais por uma valoração dêsses pressupostos equitativamente feita pelo legislador”

A nós interessa especialmente esta segunda, com maior razão quando se tratar de valorizar normas ou institutos devidos ao legislador, independentemente de outras realidades.

Quando a norma de determinado país reza que a maioria se alcança aos vinte e um anos, nada interessa o grau de desenvolvimento intelectual, social ou profissional do jovem. É maior de idade “*ex vi legis*”. No ordenamento jurídico de outros países pode-se decretar a maioria aos vinte ou vinte e dois anos — o legislador terá as suas razões para isso — mas ao igual os jovens atingirão a maioria jurídica nessas idades respectivamente. Essa será a verdade jurídica da qual decorrerão toda uma série de efeitos. Muitos exemplos poder-se-iam pôr de ficções, equiparações e de presunções legais, que lembrariam a força criativa do dispositivo legal, à margem da realidade natural¹⁰.

“A alienação fiduciária em garantia é uma figura jurídica típica, criada pela Lei”¹¹

O legislador além de outras equiparações, equiparou o devedor ao depositário, e desta equiparação decorrem efeitos e responsabilidades graves para êle. Em continuação, veremos em primeiro lugar a equiparação, em segundo lugar os seus efeitos, para concluirmos com uma tentativa processual apropriada — depois desta visão sumária do direito material da alienação fiduciária em garantia.

10. SFORZA, C.: O legislador encontra-se limitado principalmente pela existência duma ordem natural anterior e superior a êle. Porisso o Direito não é uma forma absolutamente desvinculada da realidade. “*Guida allo studio della Filosofia del Diritto*”, 3.^a ed., Roma, 1955, pág. 18.

O fato de estarmos salientando o valor dos institutos legais, não significa acolher a Teoria Kelseniana do Direito Puro. Sem chegar a extremos e admitindo os limites naturais e morais da ação legisladora, não resta dúvida a grande margem de criatividade que cabe ao legislador, dentro do seu fim, ordenador, organizador.

11. RUBENS GOMES DE SOUSA, op. cit., pág. 45.

6. A alienação fiduciária em garantia — e isto está sendo comumente aceito — pertence ao gênero dos negócios fiduciários, embora destacada dêles, uma vez que o legislador institucionalizou uma determinada figura de negócio fiduciário, aquela precisamente, em que:

1.º) Realiza-se um contrato de mútuo entre credor e devedor.

2.º) O devedor transfere a propriedade de um bem móvel ao credor, que continua em poder do devedor.

Temos aí os dois pactos cruzados característicos de qualquer negócio fiduciário, sendo um dêles translaticio da propriedade. A finalidade que se pretende é a garantia do credor. No negócio fiduciário a transferência da propriedade, que é o meio comumente adotado para garantir o credor, excede o fim do negócio em si. O legislador, elevando êste negócio à categoria legal característica — alienação fiduciária em garantia — terá ocasião de polir-lhe as arestas, dando-lhe forma adequada, precisa.

A lei criou, em verdade, uma nova forma de propriedade, limitada, especialmente enfraquecida, a serviço do credor, eliminando assim um dos excessos daquêle negócio fiduciário. O devedor aliena essa propriedade especial e o credor a adquire.¹²

Por outro lado o negócio tem o seu acabamento próprio com o depósito, que o credor-depositante faz ao devedor-depositário — embora isto não se realize no plano real-natural, mas no plano jurídico-legal.

12. Provavelmente, êste instituto poderá vir a ser incluído entre os modos de aquisição da propriedade: a aquisição da propriedade fiduciária em garantia. Igualmente, a propriedade em questão poder-se-ia chamar de “propriedade fiduciária em garantia”, como subdivisão da propriedade limitada.

Inclui-se entre as garantias apenas em função do fim: a garantia. Mas observe-se que não estamos mais perante um direito real sôbre coisa alheia — “iura in re aliena” A coisa é do credor, que a adquiriu porque o devedor alienou-a em favor dêle.

“A relação jurídica de depósito não resulta de um *contrato*, mas de expressa disposição *legal*. As partes não a escolheram por manifestação contratual de vontade; aceitaram-na a partir do momento em que desejaram concluir o negócio jurídico da alienação fiduciária em garantia. Conseqüentemente, devem sujeitar-se à norma imperativa que lhes regula os direitos e as obrigações”.¹³

Não há outra maneira de explicar aquilo que se encerra sob o artigo 66, a não ser essa. Pelo menos é a explicação que se deprende sem violentá-lo.

Aquêlê artigo, no seu § 2.º diz a respeito da coisa alienada que continua “o devedor a possui-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário”.

O devedor não possui mais “*nomine proprio*”, mas em nome de outro: do proprietário. Possuir a coisa em nome de outro é uma característica essencial do contrato de depósito, no qual “recebe o depositário um objeto móvel, para guarda, até que o depositante o reclame”.¹⁴

De resto o contrato de depósito, segundo as nossas leis, desfruta de bastante elasticidade: é contrato unilateral, embora possa ser bilateral; é contrato real, estando sempre a coisa com o depositário; pode-se fixar um prazo de restituição; podendo ainda o depositário, se previsto no contrato, servir-se da coisa depositada¹⁵. Isto último permitiu ao legislador dizer que o devedor-depositário possuiria a coisa “segundo as condições do contrato”. Com efeito, o motivo pelo qual se criou esta nova forma de garantia, foi para o atendimento às necessidades da produção e do comércio, no sentido de deixar a coisa a serviço do devedor, para que a desfrute ou produza com ela.

O art. 66, finalmente, é taxativo quando diz que o devedor tem “as responsabilidades de depositário”. “O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa

13. BUZÁID, ALFREDO, obra cit., pág. 47.

14. Art. 1.265 do Código Civil.

15. Art. 1.275 do Código Civil.

depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la”...¹⁶.

“Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos.”¹⁷.

7. Dessas responsabilidades não se pode fugir, sob pena de enfraquecermos o instituto. O legislador sabia muito bem, quando se servia do depósito, para configurar a garantia fiduciária, e atribuía ao devedor a condição de depositário, que havia um dispositivo constitucional impedindo a prisão por dívidas... salvo no caso do depositário.

“Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel”...¹⁸.

A única maneira de conceber uma garantia forte, superior às anteriores, em que se deixasse a coisa com o devedor, era colocando êste na posição de depositário.

E o estado de depositário do devedor é absolutamente exato. É mais depositário ainda — se se nos permitir — do que o depositário dum contrato voluntário de depósito; porque o devedor da alienação fiduciária é depositário, não por vontade dêle, mas por vontade da lei: “ex vi legis”. Além disso, o depositário é o devedor, na subjacente relação de mútuo, enquanto que no depósito comum não tem esta obrigação a mais.

Lembre-se que as obras do legislador são mais verdadeiras, na ordem jurídica em que se inserem, do que as realidades da vida privada cotidiana. Quando êle equipara o devedor ao depositário, não cabem interpretações lassas.

8. “No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das

16. Art. 1.266 do Código Civil.

17. Art. 1.287 do Código Civil.

18. Art. 150, § 17 da “Constituição do Brasil”

despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver”¹⁹

Eis aí a circunstância — o inadimplemento — que atualiza a faculdade de vender do proprietário. É uma faculdade que lhe assiste e que conseqüentemente realiza sem outras considerações. Não necessita de nenhuma autorização especial. Quando se fala de “excussão” da alienação fiduciária, usa-se dêsse têrmo em sentido lato, tomando-o da garantia do penhor. Em sentido estrito não se trata de “excussão” de coisa alheia, mas de venda duma coisa própria — o que é um direito de todo proprietário a respeito do objeto de seu domínio; direito êsse que, perante o inadimplemento, se atualizou no proprietário-fiduciário.

Todavia, poderão surgir dificuldades de tôda classe na ocasião da venda: não encontrar comprador, perante as dificuldades que possam surgir a respeito do acesso pacífico à coisa; ou ainda, a inexistência do objeto alienado em garantia; o estado em poder de terceiro adquirente; a oposição do devedor à entrega; etc.

Pode ser que o proprietário fiduciário consiga transferir a coisa a um terceiro, e que o nôvo adquirente tenha dificuldades para havê-la do devedor. De qualquer maneira, também nesta hipótese, o problema se repete, porque *o devedor-depositário se nega a entregar a coisa ou o terceiro comprador não consegue havê-la.*

O problema dá a medida da solução processual: Perante os problemas mais prementes ou lesões mais iníquas do direito alheio o processo responde com as ações executórias. Inclusive, freqüentemente, a fase cognoscitiva do processo é dispensada, nesses casos, entrando repentinamente, na fase executória.

Parece natural que o credor fiduciário tenha, conseqüentemente com isso, uma proteção executória. O proprietário fiduciário agora necessita da materialidade da coisa, para poder vendê-la e ressarcir-se.

19. Art. 66, § 5.º, da Lei 4.728, de 14.7.65.

O credor proprietário tem ação a fim de reivindicá-la do devedor ou de terceiro que a tiver. “Res pro domino suo clamat”.

O termo reivindicação é um termo genérico, também usado no art. 66 da Lei de Mercado de Capitais, quando se refere com absoluta precisão técnica aos proprietários²⁰. “O proprietário-fiduciário, ou aquêle que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso de “inadimplemento²¹.”

Muito têm-se movimentado os advogados das Companhias de Financiamento e as Associações delas, no sentido de obter, e até os propuzeram, projetos processuais para os problemas que têm surgido, com a alienação fiduciária. Embora sempre possa haver legislação especial, os caminhos processuais para os casos que aparecem já estão traçados nas leis existentes.

O instituto, como tal, é nôvo, mas o legislador, como é lógico, inseriu-o no direito vigente, de maneira que nêle se encontram já as soluções processuais para os problemas que possam surgir. Independentemente, como é natural, de que possa vir a criar-se o direito adjetivo concomitante.

Segundo a nossa análise, dentre as ações vigentes, o credor-proprietário por aquisição fiduciária em garantia, poderá usar as seguintes:

20. O direito romano defendia a propriedade com a “revindicatio” O proprietário, não o possuidor, reivindica. Este tem os interditos a seu favor. À reivindicação do proprietário nada tem a ver com as reivindicações do possuidor. Em nosso direito a ação reivindicatória, concedida ao proprietário para reaver a coisa do injusto possuidor (art. 524 do Cód. Civil) decorre do “jus in re”.

Não se esqueça que o credor fiduciário é proprietário. A posse do devedor, não saldando a dívida, torna-se injusta. Temos assim, caracterizada a posição das partes: o legítimo proprietário versus o possuidor precário.

No art. 647, “in fine”, diz-se: “o proprietário. pode *reivindicar* a coisa do poder de quem a detenha”.

21. Art. 66, § 8.º da Lei 4.728, de 14.7.65.

- 1.º) a ação ordinária reivindicatória;
- 2.º) a ação de depósito — parecendo a mais eficaz;
- 3.º) a ação de imissão na posse;
- 4.º) a ação do reservante do domínio — “ex analogia”;
- 5.º) cabe também a busca e apreensão, como medida preventiva em qualquer momento do processo.

9. “A ação de depósito tem por fim a restituição de objeto depositado e poderá ser exercida contra o depositário ou pessoa que lhe seja por lei equiparada”²². Já vimos acima que o devedor é depositário por equiparação legal.

“O autor na petição inicial, instruída com o documento de depósito” — no caso instruída com o contrato de alienação fiduciária, em que constam os sinais e detalhes que identificam o objeto depositado — “requererá a citação do réu para entregar, no prazo de quarenta e oito (48) horas, sob pena de prisão o objeto depositado ou seu equivalente em dinheiro, declarado no título ou estimado pelo autor”²³.

O autor equitativamente deverá declarar o saldo que lhe deve o depositário.

“Se o réu, nas quarenta e oito (48) horas seguintes à citação, não entregar ou não consignar o objeto depositado ou seu equivalente em dinheiro, o juiz expedirá mandado de prisão contra o depositário infiel, se o autor o requerer”²⁴.

Esta ação especial, pelo seu caráter sumário é a que condiz a uma garantia como a alienação fiduciária, em que tôda a segurança descansa precisamente sôbre a proteção judiciária. O credor-depositante não tem outras armas, de maneira que abrandando a defesa do mesmo. a garantia tornar-se-á praticamente inservível.

22. Art. 366, do Código de Processo Civil.

23. Art. 367, do Código de Processo Civil.

24. Art. 369, do Código de Processo Civil.

Não se esqueça que o credor emprestou determinada importância ao devedor; eventualmente, comprou a expensas d'êlo o objeto depositado — como acontece em grande escala dos financiamentos ao consumidor final. Hoje, o país tem quatro bilhões e meio, aproximadamente, de cruzeiros novos emprestados sob a garantia da alienação fiduciária. Parece natural que o devedor tenha que devolver a coisa, pagar o que deve, ou pelo menos, depositá-la em juízo, como exige a ação de depósito.

10. Não se pode perder de vista a noção de posse adotada em nossa doutrina jurídica, noção essa de base germânica, fundamentada na chamada “teoria objetiva”, que considera posse a tenência fática da coisa.

Chamamos a atenção para êste fato, porque embora a noção de posse seja um dos temas mais movediços da doutrina jurídica, — pense-se nas teorias histórico-jurídicas de SAVIGNY e de IHERING — e, portanto, suscetível de considerações e reconsiderações, não há dúvida de que a orientação brasileira tende à teoria objetiva. “Considera-se possuidor todo aquêlo que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade” (art. 485 do C.C.).

Poderes inerentes à propriedade são o gôzo ou desfrute da coisa, a tenência material dela e a livre disposição. Quem tiver algum desses poderes, embora não de uma maneira plena, será possuidor, à efeitos jurídicos.

O nosso devedor-fiduciante, sem dúvida alguma, é um possuidor, mas não acontece o mesmo com o credor fiduciário. Já foi amplamente visto acima, que o fiduciário adquire a titularidade da propriedade e que, não obtem posse de espécie alguma, nem sequer indireta. Desta colocação doutrinária decorre a impossibilidade de defendermos o proprietário com as ações possessórias da manutenção e de recuperação ou reintegração.

Com efeito, os interditos “recuperandae” e “retinendae” visam proteger o possuidor. O proprietário fiduciário nunca foi possuidor.

O interdito de reintegração da posse visa devolver a posse da coisa a quem foi turbado na sua tenência fática dela. O interdito de manutenção protege a continuidade na posse. Em nenhuma destas duas situações se encontra o credor-fiduciário que — repetimos — nem teve, nem tem a posse. Sòmente a terá passageiramente para poder vender, e saldar a dívida.

O art. 371, do C.P.C., aliás é claro a respeito, exigindo desde logo, que o autor dessas ações prove, em primeiro lugar, a sua posse. O proprietário fiduciário nunca foi possuidor, e jamais portanto poderá provar a condição de possuidor. Apenas tem a titularidade do domínio, sem posse.

Existe, no entanto, outra possessória, a imissão na posse, que não exige a posse anterior do autor. É a ação especial da imissão na posse, que compete: “Aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham” (art. 381, item I do C.P.C.).

Não resta dúvida de que o credor que adquiriu a propriedade, mediante aquisição fiduciária em garantia, pode defender o seu direito de proprietário mediante esta ação.

Em primeiro lugar convem reparar que a ação de imissão — que provém do latim “inmittere”, “mittere in”, que significa enviar a, introduzir-se em, ocupar, alcançar,

— é própria de aquêles que precisam obter ou atingir a posse; do proprietário que tem de ser introduzido no bem adquirido. Estamos então perante adquirentes de coisas que devem completar a aquisição efetuada, adquirindo a posse dos bens.

Faz sentido falar, portanto, de imissão na posse, a respeito de quem tenha direito à posse — como é o caso do proprietário da alienação fiduciária, perante a inadimplência do alienante, quando precisa da coisa para vendê-la e o devedor-alienante se nega a entregá-la.

O resultado desta ação, caso o autor ou adquirente seja favorecido, é a ordem, “missio in possessionem”, por parte do juiz de imissão na posse.

11. As diferenças entre o instituto da alienação fiduciária e a reserva de domínio são claras. A primeira se estabelece entre duas partes (que são ordinariamente comprador e financiador), alienando uma delas em favor da outra a propriedade. A segunda figura jurídica se coloca sempre na compra-venda a prazo, a serviço do vendedor que não aliena a propriedade ao comprador, antes ao contrário a reserva com êle, até o recebimento da última prestação.

Deixando de lado outras diferenças, principalmente de função duma e outra forma de garantia no comércio, interessa destacar as semelhanças, para com base nelas, tirar alguma conclusão processual. As semelhanças são as seguintes:

1.º) Em ambos institutos a obrigação do devedor está representada por títulos (notas promissórias ou duplicatas).

2.º) Em ambos institutos o credor é proprietário da coisa.

3.º) Em ambos institutos existe um devedor em poder do qual está a coisa, que é do credor.

4.º) Em ambos institutos a coisa, perante o inadimplemento, garante o credor-proprietário.

Estas semelhanças permitiriam “ex analogia” atribuir ao proprietário fiduciário a ação especial que cabe ao vendedor que se reservou o domínio. Referindo-nos a ação do Título VIII, do Código de Processo Civil.

Esse processo é um misto de ação de cobrança do crédito quirografário (os títulos representativos do crédito) e de recuperação do objeto.

“Nas vendas a crédito de coisa móvel, com a cláusula de reserva de domínio, o vendedor poderá, por meio da ação que competir ao título de crédito, exigir o pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 1.º — Se a ação competente se iniciar pela penhora da coisa vendida, qualquer das partes poderá requerer, no curso do processo, a venda imediata em leilão”²⁵.

25. Art. 343, do Código de Processo Civil.

Como se pode notar a penhora do objeto é facultativa nesta ação. Trata-se duma ação que pode emprestar “servatis servandis” valioso subsídio à nova ação especial da alienação fiduciária em garantia.

No artigo dispõe-se: “Em caso de mora de pagamento imputável ao comprador e, desde logo, provada com o título e respectivo instrumento de protesto, o vendedor poderá requerer previamente a apreensão e depósito judicial da coisa vendida, independentemente de audiência do comprador.

.

§ 2.º — Feito o depósito, o comprador será citado para, em cinco (5) dias, oferecer a defesa.

§ 3.º — Nesse prazo, o comprador, que houver pago mais de quarenta por cento (40%) do preço, poderá requerer ao juiz que lhe conceda trinta (30) dias para reaver a coisa, mediante pagamento das prestações vencidas, juros e custas.

§ 4.º — Se o réu não contestar, ou não pedir a concessão do prazo referido no parágrafo anterior, ou se o prazo decorrer sem que seja feito o pagamento, o autor poderá requerer, mediante apresentação dos títulos vencidos e vincendos, a reintegração²⁶ imediata na posse da coisa imediata.

§ 5.º — Se contestada, seguirá a ação o curso ordinário, sem prejuízo da reintegração preliminar.”²⁷

Em resumo, trata-se dum meio processual que, a falta de outro melhor, pode também ser utilizado, sempre e quando o nosso judiciário transigisse em estender ao credor-adquirente da alienação fiduciária esta ação, especialmente criada para o credor reservante de domínio.

26. No caso do vendedor com reserva de domínio procede a reintegração, porque o vendedor já possuiu a coisa. No caso do proprietário que adquiriu a propriedade meramente titular, sem posse, procederia a imissão na posse — porque nunca antes foi possuidor da coisa.

27 Art. 344, do Código de Processo Civil.

Conclusões

Como em outras ocasiões, encontramos-nos perante um direito, — agora dum credor-proprietário — que pode ser defendido com várias ações, não apenas com uma. Estamos perante um verdadeiro concurso informal de ações; sendo possível ainda que o direito daquêle credor venha a ser protegido por uma ação especial: a ação do credor proprietário fiduciário.

Contudo, essa ação especial — que possa vir a ser criada, não anulará o direito do credor-proprietário a defender o seu direito em juízo com as demais ações — de maneira semelhante ao proprietário de reserva de domínio, por exemplo, que quando contou com ação especial (art. 343 e 344, do Código de Processo Civil), nem por isso perdeu o direito a outras ações: ordinária, reivindicatória, reintegração da posse, etc. etc.

Isto, não obstante, não resta dúvida de que a ação especial que venha a criar-se, em favor do credor-proprietário, será de tal maneira a êle conveniente e adaptada, que provavelmente cairão praticamente em desuso as demais ações reipersecutórias de seu direito. A ação especial deverá respeitar o direito substantivo e servi-lo em tôda a sua complexidade. O credor-proprietário é *credor* quirografário, como resultado do empréstimo, e é *proprietário* pela aquisição fiduciária do bem móvel do devedor. O credor-proprietário, finalmente tem direito a venda, em caso de inadimplência do devedor e êste, o devedor, é depositário.

Disto resulta que a ação que, por ventura, venha a ser criada, deverá ser mista — porque complexa é a alienação fiduciária — para poder incluir em seu bojo, êsse conjunto de situações: a cobrança dos títulos, a apreensão da coisa, a venda da coisa para pagamento e a sanção do depositário, quando infiel.

O ponto nevrálgico, característico da nova ação, deverá girar a volta do objeto-garantia: o reconhecimento expli-

cito do autor, como proprietário; a apreensão da coisa; a venda livre dela e a liquidação da dívida pendente. Não caracterizar isto, equivaleria a não caracterizar a ação especial da alienação fiduciária.

Apreendida a coisa proceder-se-á à venda sumária, sem cercear o direito do credor-proprietário à livre disposição, nesse momento. Os leilões judiciais poderão ser o instrumento para a venda, mas não entrave. Ainda o devedor, quando demandado, se não saldar a dívida nem entregar a coisa, deverá ser sancionado com prisão — já que o legislador quis criar uma garantia forte, baseada no depósito.

Não se poderia reduzir judiciariamente o instituto a uma simples dívida quirografária, à cobrança; nem se poderia reduzir à reserva de domínio — na qual o comprador não tem as responsabilidades do depositário. Tampouco pode-se reduzir a interesses possessórios. Dissemos que não se pode reduzir, embora a alienação fiduciária participe, mais ou menos diretamente, dessas situações tôdas. O instituto tem uma caracterização própria, um direito material singular.

PARECER.

Concorrência Desleal. Fundo de Comércio. Indenização pela sua Perda. o “Preço da Liberdade do Locador”. Usurpação de Clientela.

Antônio Chaves

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

Primeira Parte. 1. Um despejo inviável: o do senhorio que pretende a retomada para instalar fundo de comércio idêntico ao explorado pelo inquilino. 2. Razões de inviabilidade: a) desnecessidade do prédio por estar o senhorio instalado em outro de sua propriedade. 3. b) Concorrência desleal objetivando a apropriação indébita do fundo de comércio.

Segunda Parte. 4. Fundo de comércio. Conceito. 5. Natureza. 6. Elementos. 7. A clientela. Importância.

Terceira Parte. 8. Extinção, alienação e perda do fundo de comércio. 9. Na perda do fundo de comércio cumpre distinguir os casos de inexistência de má fé, em que haverá ressarcimento, e os caracterizados pela malícia, em que a indenização terá que ser completa. O “preço da liberdade” do locador.

Quarta Parte. 10. São duas as hipóteses de ressarcimento: a) desapropriação; b) Retomada pelo proprietário.

Quinta Parte. 11. São duas as hipóteses em que, por ocorrer malícia por parte do locador, a indenização deve ser completa: a) insinceridade do pedido; b) concorrência desleal. 12. Concorrência desleal em matéria de fundo de comércio. 13. A usurpação da clientela. 14. A jurisprudência.

Sexta Parte. 15. Fixação do montante da indenização. Diferença entre ressarcimento e indenização. 16. Orientação do legislador. 17. Falta de uniformidade da jurisprudência. 18. Cálculo do valor do fundo de comércio. 19. Conclusão.

Consulta.

L. G. é proprietário de dois armazéns situados numa das ruas mais movimentadas de S. Paulo, sob números, respectivamente, 493 e 569, a poucos metros de distância, pois, um do outro, e exerce, no primeiro, o mesmo ramo de atividade comercial de seu inquilino: confecções e roupas feitas.

Mas enquanto o locatário, mercê de ingentes esforços e dedicação conseguiu angariar enorme clientela, a mesma prosperidade não logrou o senhorio, homem ganancioso e astuto.

Aproveitando-se do fato de ter deixado o rival escoar-se o prazo sem promover a competente renovatória, notificou-o para desocupar o prédio em 90 dias, “visto que se pretende estabelecer também”.

Indaga-se: 1. Estando já estabelecido em prédio seu, não é condição “sine qua non”, para que alcance êxito no despejo em seguida promovido, que demonstre o que não existe: a necessidade para uso próprio?

2. Não é injurídica sua pretensão de estabelecer-se no local com o mesmo ramo de negócio?

3. Correspondendo semelhante atitude a um ato de concorrência desleal, não comporta pedido de indenização por perdas e danos?

4. Em que termos?

Parecer.

PRIMEIRA PARTE

1. Um despejo inviável: o do senhorio que pretende a retomada para instalar fundo de comércio idêntico ao explorado pelo inquilino.

Considero a presente consulta do mais alto interesse, pois aborda tema de importância fundamental, abundantemente versado pela jurisprudência e pela doutrina alienígenas, mas raramente examinado entre nós de maneira orgânica e aprofundada: o dos reflexos da concorrência desleal no fundo de comércio.

Na espécie, o locador pretende aproveitar-se de uma interpretação literal dos dispositivos legais para não só desembaraçar-se do locatário, com o que já estaria obtendo uma grande vantagem, mas ainda apossar-se como que por um passe de mágica do fundo de comércio e de toda a clientela que o mesmo angariou no decurso de muitos e muitos anos, o que passa a ser verdadeira apropriação indébita.

2. Razões da inviabilidade: a) desnecessidade do prédio por estar o senhorio instalado em outro de sua propriedade.

A contestação da ação de despejo, com precisão e elegância, deixou patente que o dos autos não é um caso comum de pedido para uso próprio: apresenta a particularidade de estar já o locador estabelecido em prédio próprio localizado a 71 metros de distância do despejando.

Suavizando a fria letra da lei, de há muito vem a jurisprudência firmando que, num caso dessa natureza, deverá o locador demonstrar a necessidade da pretensão, tão claramente se abre na hipótese um afastamento da presunção de sinceridade.

Diz a ementa do ven. acórdão de 9-4-1965, da C. Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n. 57.366 SP, “Rev. Trimestral de Jurisprudência”, v. 32, p. 702, em caso idêntico de locador que ocupava prédio próprio em atividade comercial e pretendia outro para a mesma atividade:

“Locação. Retomada. Locador ocupante de prédio próprio. Prova de necessidade exigida, por ser da mesma natureza o uso do prédio ocupado e o pretendido para o outro.”

O Relator, Exmo. Ministro Victor Nunes Leal conheceu do recurso, admitindo haver ainda divergências sobre certos aspectos do problema da prova de necessidade na retomada, mas negou-lhe provimento, tendo em vista a *Súmula* n. 410:

“Esse enunciado dispensa a prova da necessidade, que se presume, quando o locador, utilizando prédio próprio para residência ou atividade comercial, pede o imóvel para uso próprio, *diverso do que tem o por ele ocupado*. Não é o caso dos autos, onde o locador ocupa prédio próprio (com sociedade de que faz parte) em atividade comercial e pretende o outro para a mesma atividade.”

O caso em estudo apresenta ainda a singularidade do locador já estar estabelecido na mesma rua, com o mesmo ramo de negócios, em grande proximidade.

Numerosos julgados reportados por RUY BARBOSA, “As Cessões de Clientela”, Ministério da Educação e Saúde, “Obras Completas”, XL, t. I, Rio de Janeiro, 1948, ressaltam o relêvo da vizinhança entre estabelecimentos concorrentes.

O do Tribunal de Apelação de Lyon menciona o fato de Moisset ter estabelecido outro café *imediatamente vizinho* ao que ceder a Rollim (p. 98); o da *Cour d'Oppel* de Bordéus à não possibilidade de assentar na *vizinhança* um

estabelecimento semelhante, bem que nenhuma cláusula do contrato lhe proiba (p. 100); o de Agen cuida de caso em que comerciantes do ramo de tapeçarias cederam o seu negócio com a freguesia, e pouco depois abriram *defronte* (em face) da loja, uma outra semelhante à que haviam vendido (p. 101), estabelecendo, assim, “um concerto fraudulento, a fim de prosperarem a nova loja em detrimento da cedida...”

Aplicam-se bem à hipótese da consulta os conceitos que não pôde reter o genial jurista:

“Como se vê, declaradamente, o que aqui temos, é outro caso da concorrência mais desleal. Um negociante, numa pequena cidade provinciana, vende a outro um negócio de varejo, limitado, pelo seu carácter, a exígua zona de ação mercantil, e, meses depois, vai estabelecer-lhe *defronte* uma loja rival.

“A deslealdade na concorrência não podia estar mais caracterizada.”

Não podia? Podia sim, em caso como o “sub *judice*”, em que não é ao lado, não é em frente, mas é no próprio estabelecimento que pretende ataboletar-se o senhorio, exercendo, como resulta da notificação e da inicial, o mesmo ramo de comércio...

E prosseguem os arestos mencionando casas rivais estabelecendo-se *nimiamente perto do estabelecimento vendido* (p. 103); *dans le voisinage* (p. 104); na mesma rua, a menos de vinte e cinco metros do outro (p. 105); no mesmo lugar (p. 108); “*dans un rayon rapproché*” (p. 110); num raio apenas de cem metros (p. 110); em quase contigüidade (p. 113); imediatamente vizinho (p. 114); nas imediações, a alguns passos apenas (p. 116); etc., etc., etc.

3. b) *Concorrência desleal objetivando a apropriação indébita do fundo de comércio.*

Desde logo sob a capa, melhor diríamos, sob o manto diáfano do fundamento legal da retomada para uso próprio,

transparece com clareza solar a nudez torpe da verdade, o propósito imoral, mais do que isso, ilícito de não só eliminar um concorrente, como ainda de abocanhar a sua clientela.

Que necessidade pode ter quem já está alojado em prédio próprio, com acomodações iguais, se não melhores, de mudar-se para outro, 71 metros adiante? Necessidade nenhuma, sequer comodidade ou vantagem poderia de boa fé ser invocada.

O que existe é um ardil, um ato de verdadeira concorrência desleal, qualificada como crime pelo Código Penal, que no art. 196, § 1.º, comina detenção de três meses a um ano, ou multa de um a dez cruzeiros novos, entre outras hipóteses, a quem

“III — emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio o alheio, clientela de outrem.”

Iremos, mais adiante, voltar ao exame, em pormenor, dêsse tema da concorrência desleal, para verificar a indenização a que dá causa.

Focalizando-o, por ora, apenas sob o aspecto impeditivo do despejo, queremos ressaltar que, em eventualidade muito menos grave, é unânime o entendimento de que o comerciante que vende seu estabelecimento não pode voltar a situar-se nas proximidades, com outra firma comercial, explorando o mesmo gênero de atividade.

Por que?

Exatamente porque seria um caso de concorrência desleal.

RUY BARBOSA demonstra, a págs. 86 e seguintes do seu trabalho mencionado, com a transcrição da opinião de dezenas de autores, que incluindo a cessão do negócio a sua clientela, *esta era uma das coisas vendidas*, e, destarte, na sua fruição não era lícito ao vendedor turbar o comprador.

Transcreve LYON GARN e RENAULT, “*Traité*”, 2.^a ed., t. III, n. 247, p. 173:

“Como a venda de um *fonds de commerce incluí, de ordinário, a freguesia (comprend ordinairement l'achalandage)* essa venda importa na interdição, ao vendedor, de todo o ato, que possa diminuir ao comprador a clientela.

“De modo que, se o vendedor se estabelece de novo, isto é, vai exercer comércio semelhante, perturba o comprador no gozo da *coisa vendida*, e assim falta à sua obrigação de garantia.”

Seguem-se as lições de HUC, de FUZIER HERMAN e BARRAS, e, extratando arestos, as de POUILLET, LÈBRE, VALLOTTON, do repertório de SINEY, do “Journal du Palais”, as dos italianos GIANNINI e VIVANTE, tôdas no sentido de que a venda do comércio, com o seu “aviamento”, traz consigo o compromisso de não fazer o vendedor concorrência ao comprador, e a transcrição e análise minuciosa de dezoito acórdãos.

Se o vendedor que se estabelece nas proximidades da antiga casa comercial, perturba o comprador no gozo da coisa vendida, que dizer do mercador que, sem dispender um ceutil, não precisa ter o incômodo de abrir novo alojamento para agasalhar-se no feito, carangueijo ladrão que pretende instalar-se no caramujo do qual expulsou o molusco inquilino?

Não há qualquer exagêro na comparação.

ANTONIO VISCO, em seu recentíssimo “Disciplina Giuridica degli Esercizi Commerciali”, Jovene, Napoli, 1968, encarece a extraordinária vantagem para um estabelecimento de gozar de crédito, de clientela, porque garante não somente a venda da mercadoria, como a confiança necessária para a aquisição a crédito, formando-se assim o “aviamento”, que é portanto um “valore economico apprezzabile”.

Destaca tratar-se de valor que adere ao estabelecimento comercial, não somente porque o titular é uma determinada firma cuja capacidade e honestidade tornam-se conhe-

cidas, mas também porque os locais em que se desenvolvem as operações comerciais em contato com o público *estão situados num determinado lugar*, encarece a importância no setor comercial da estabilidade e da “centralidade”, e indaga o que acontece quando deixa de existir o fundo de comércio.

O resposta é óbvia: perde-se o fundo de comércio por dispersão da clientela.

“Mas se o fundo comercial é cedido a um outro proprietário, êste conserva, embora em parte, a clientela que já se havia formado e que continua freqüentando o local. Por isso a Cassação, com sentença de 17-4-1942, n. 1.032, entendeu que se se dissolve uma sociedade e o fundo de comércio é atribuído a um sócio, êste deve computar na sua quota o valor do fundo de comércio.

“Esta mais-valia é devida à capacidade e atividade da pessoa do titular e portanto a um fator *subjetivo*, mas é devida também a um fator de ordem *objetiva* que diz respeito à localização do local da venda (Cass. 13-5-1943 n. 1.160, *Riv. Dir. Comm.*, 1945, II, 19).

Advertem ELIE BOUTAUD e PAUL CHABRO, “*Traité Général des Fonds de Commerce*”, Paris, Rousseau, 1905, pgs. 21-22, que, de maneira geral, a concorrência é lícita, desde que seja digna. Por outro lado, contra todo ato praticado de má fé para o efeito seja de estabelecer uma confusão entre duas casas de comércio ou entre os produtos de dois fabricantes, seja de depreciar os produtos de uma casa, é dada uma ação de concorrência desleal.

CHARLES CHEVENARD, “*Traité de la Concurrence Déloyale en Matière Industrielle et Commerciale*”, Genève, Kondig, 1.914, t. 11, p. 50 é lapidar:

“Aquêle que dirigiu durante vinte anos um estabelecimento comercial criou a sua clientela; ela lhe pertence, ninguém pode disputar-lha. Tornar-se-ia

ao contrário culpado de concorrência desleal o comerciante que, vindo a instalar-se no mesmo local, procurasse fazer nascer uma confusão; tornar-se-ia cúmplice dessa manobra o proprietário do imóvel que se esforçasse por desligar de seu antigo locatário a clientela que êste soube adquirir por sua honestidade e pela boa qualidade de seus produtos.”

O Poder Judiciário, guardião inabalável da lei, não irá por certo, prestar mão forte a subterfúgios escusos dos que, contornando a lei, evitam atacá-la frontalmente, servindo-se de pretextos para obter uma justiça apenas formal.

Prova bem expressiva disto podemos encontrar no ven. acórdão do Pretório Excelso, nos embargos do recurso extraordinário n. 12.789, do Distrito Federal, de que foi relator o Ministro Afrânio A. da Costa, decidindo, aos 12-1-1939, por unanimidade de votos:

“Pedido de retomada (art. 18, n. II, do Decreto-lei 9.669, de 46); a intenção do legislador e os fins sociais e econômicos da preceituação legal de emergência; a fraude aos princípios da Lei, que constituem o resguardo dos direitos essenciais deve ser punida com eficácia e vigilância, tanto pelas autoridades administrativas, como pelo Poder Judiciário” (Diário da Justiça da União de 21-3-1960, p. 725).

A solução mais lógica, mais consentânea com o interesse de todos, quando não se queira recorrer às medidas de natureza criminal, será o reconhecimento da improcedência da ação de despejo, com a condenação do senhorio ganancioso nas cominações legais.

Apenas supletivamente é que haverá recurso a uma ação de indenização por perdas e danos, com todos os inconvenientes que lhe são próprios.

O primeiro alvitre tem sido sempre preferido, como exemplifica expressiva decisão do mesmo E. Supremo Tri-

bunal Federal, nos embargos no rec. extr. n. 14.332-DF, “Diário da Justiça” de 11-3-1952, p. 1.056, “Rev. dos Tribs.”, v. 205/588, confirmando ven. acórdão da C. 1.^a Turma de 17-1-1949, “Diário da Justiça” de 22-8-1950, p. 2.747, “Rev.” citada, v. 189/1.029:

“Não pode o proprietário exercer o direito de retomada do imóvel para nêe instalar a sua clínica médica se o inquilino explora no mesmo casa de saúde.”

Fundamentou o relator, Ministro Ribeiro da Costa, com base no art. 8.^o, letra *e* § único da Lei 24.150, que veda ao locatário pedir o prédio para uso próprio, a fim de nêe desenvolver o mesmo ramo de comércio ou indústria do inquilinino do contrato em trânsito:

“Ora, manifesta é a transgressão a êsse preceito, eis que o recorrido pretende também estabelecer-se no imóvel com o negócio de clínica cirúrgica, clínica e negócio que êle, há mais de 20 anos, cedera ao recorrente, alugando-lhe o imóvel no qual se achavam instaladas as necessárias aparelhagens. Há que merecer resguardo o fundo de comércio protegido por lei de ordem pública, em benefício da coletividade, funcionando no imóvel clínica cirúrgica de vasta repercussão e utilidade e apresentando-se a retomada sob o aspecto claro e iniludível de fraude aos princípios expressos da lei, que no seu art. 8.^o letra *e* § único obsta ao locador valer-se daquele valor corpóreo, já integrado no imóvel, para no mesmo se estabelecer com o ramo de comércio ou indústria do recorrido, ou seja do inquilino do contrato em trânsito.”

A C. Segunda Turma teve idêntico entendimento, manifestado por votação unânime no rec. extr. n. 17.323, de 17-11-1950: “Retomada de imóvel locado a estabelecimento comercial pelo locador para uso próprio. Não lhe é lícito continuar a explorar na loja retomada o mesmo ramo de

comércio da firma locatária, cujo contrato não foi renovado.”

Acentuou o relator, Ministro Rocha Lagoa, sujeitar-se ao pagamento da indenização fixada pela Lei de Luvas o locador que transgredir a proibição (“Diário da Justiça” da União de 13-10-1952, p. 4.709, ementa na Revista dos Tribunais, v. 209/480).

No Estado de São Paulo, reconheceu a C. Segunda Câmara do E. Tribunal de Alçada, relator então Ministro Flávio Torres:

“Admitir a retomada de imóvel para fim comercial, para aí instalar o autor fundo de comércio idêntico ao explorado pelo réu, que o adquiriu do locador, seria dar aso à prática da concorrência desleal, que o direito visa a reprimir” (Rev. dos Tribs., v. 330/566).

Confirmou assim sentença do hoje Ministro Álvaro Martiniano de Azevedo, calcada nas lições de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA e ALFREDO BUZARD, considerando ser incontestável que o comerciante obrigado a mudar-se sofre um prejuízo e corre o risco de arruinar-se.

A mesma C. Câmara, também por unanimidade, havia anteriormente reconhecido que

“Importa em concorrência desleal, não permitida, a retomada com a finalidade de se estabelecer o proprietário com o mesmo ramo de negócio do locatário, ao qual vendeu o seu fundo de comércio” (Rev. cit., v. 285/718).

Demonstrou o relator Ulysses Doria ser incontestável que o comerciante, obrigado a mudar, sofre um prejuízo e corre o risco de se arruinar. Independentemente das despesas de mudança, pròpriamente ditas, fica primeiro exposto a perder o benefício do trabalho, das instalações e das adaptações que realizou: certas instalações fazendo

corpo com o imóvel, não podem ser deslocadas, outras efetuadas sob medida, são bens suscetíveis de mudança, mas não podem ser praticamente utilizadas em outro lugar. À perda assim sofrida vai juntar-se o custo das novas instalações. “De outra parte — e isto é mais grave — o comerciante que desloca seu fundo de comércio, corre o risco de ver desaparecer uma parte de sua clientela, se êle não pode estabelecer-se de nôvo na vizinhança próxima.”

Essa clientela não é um simples elemento de fato, mas um bem jurídico, que a lei toma em consideração, quando dela é privado o comerciante despejado do imóvel em consequência de retomada exercida pelo proprietário (ALFREDO BUZARD, “Da Ação Renovatória”, ns. 87 e 88).

Por isso mesmo foram as conclusões no primeiro caso pela improcedência e no segundo pela carência da ação

“pela impossibilidade legal de atendimento do pedido.”

reconhecendo-se que a concorrência desleal importa numa forma de abuso de direito, sendo portanto vedada na órbita do direito mercantil como o é na esfera do direito penal, o que não pode deixar de ser tomado em consideração em matéria cível.

Outro desfêcho não poderá merecer o presente caso, em que mais claramente transparece a falta de escrúpulo do senhorio.

Poderíamos encerrar por aqui estas considerações, se a importância da matéria não nos propendesse a aprofundar o estudo objetivando convencer, já não mais os dignos magistrados de Primeira ou de Superior Instância, mas o próprio “ex adverso”, que a carência ou improcedência da ação constituiria, na verdade, a melhor coisa que lhe poderia acontecer, uma verdadeira bençã, tais as consequências que lhe advirão se por um absurdo obtivesse êxito na sua insolente pretensão. É o que procuraremos demonstrar, analisando a importância do fundo de comércio e as decorrências das diferentes hipóteses de sua perda pelo titular.

SEGUNDA PARTE

4. *Fundo de comércio. Conceito.*

A expressão comporta duas acepções. A primeira, lata, extensa, engloba o estabelecimento comercial no seu aspecto material. É a concepção dos tratadistas menos recentes, identificando a idéia com a de conjunto de meios através dos quais o comerciante explora a sua atividade, como sinônimo de estabelecimento, empresa, casa comercial.

Dentro deste entendimento preocupava-se o vetusto Código Comercial em qualificar o estabelecimento comercial, que considerava apenas como o lugar ou casa onde o comerciante exerce a sua atividade profissional.

A segunda, em sentido estrito, ou próprio, a da Lei de Luvás, decreto n. 24.150, de 20-4-1934, dissocia da idéia dos estabelecimentos destinados à mercancia e à indústria, — o “fundo de comércio” — que, por sua vez, desdobra com o de empresa.

Esta, de abrangência maior, compõe-se de elementos materiais (móveis, imóveis, mercadorias, dinheiro) e elementos incorpóreos (nome comercial, siglas, insígnias, créditos, patentes de invenção, marcas de fábrica), chegando a incluir o próprio fundo de comércio, bem como a clientela, a fama, o “ponto”, os segredos do negócio, a propaganda, o sistema de organização.

O Código de Processo Civil, consagrando definitivamente a idéia, prevê, no art. 358, a transferência do fundo de comércio, regulamentando o art. 359 a indenização a ser fixada pela valorização do imóvel, atendendo-se ao valor da contribuição do locatário e à clientela do negócio.

5. *Natureza.*

Qual a natureza jurídica do fundo de comércio?

Sem entrar na análise das doutrinas que recorrem à similitude pretendida com outros institutos, invocando os princípios da enfiteuse, da gestão de negócios, da acessão,

das benfeitorias no regime específico do contrato de locação, do enriquecimento indevido, do abuso de direito e da concorrência desleal, podemos dividir as várias teorias que procuram explicá-la em duas grandes correntes: as que destacam o sentido econômico, e as que a analisam principalmente sob o prisma jurídico.

Para os partidários da primeira, “fundo de comércio” é um valor atribuído ao esforço para a afirmação do negócio, ou, mais simplesmente, o valor acrescido a uma entidade comercial em virtude da boa reputação e da clientela angariada.

Sob o ponto de vista jurídico, é uma universalidade de direito, ou, pelo menos, uma universalidade de fato, de natureza mobiliária, composta principalmente de elementos incorpóreos, com acessórios corpóreos e servindo ao exercício de uma profissão comercial, sem caráter público.

Não falta quem a considere uma entidade, embora “*sui generis*”, e, quando não, um conjunto de direitos e de coisas, compondo um estabelecimento industrial ou comercial.

Assim, segundo CALOGERO GANGI, é um patrimônio destinado a um fim, ressaltando, todavia, que se existe um patrimônio não falta seu sujeito físico ou jurídico.

Para não alongarmos, podemos concluir com o conceito de CANANT, transcrito por JOSÉ MÁUFEL, “*Nôvo Dicionário Jurídico Brasileiro*”, Konfino, Rio, 3.^a ed., 1963, v. III, p. 39: é um conjunto de direitos e de bens mobiliários (clientela, freguesia, direito de arrendamento, nome comercial, insígnia, patentes de invenção, marcas de fábrica, material, mercadorias, etc.) pertencentes ao comerciante que lhe permite a realização de suas operações comerciais, e adquire sentido específico quando o comerciante, a pouco e pouco logra formar seu renome e o de seu estabelecimento por seu trabalho incessante, por sua probidade, formando propriedade móvel e valor econômico suscetíveis de transmissão mediante pagamento.

6. *Elementos.*

Divide JEAN ESCARRA, “Cours de Droit Commercial”, Sirey, Paris, 1952, págs. 160 e segs., os elementos do fundo de comércio em duas categorias: corpóreos e incorpóreos, aquêles apresentando com relação a êstes um caráter acessório.

Entre os elementos imateriais, “du point de vue juridique beaucoup plus importants”, enumera o direito ao arrendamento, a clientela, o “achalandage” (aproveitamento da freguesia ligada ao fundo de comércio), os direitos de propriedade industrial, direitos de propriedade literária e artística, negócios, contratos diversos, licenças fiscais, livros e correspondência.

Mais minucioso e sistemático o exame a que procede ALFREDO BUZÁID, destacando os dois elementos fundamentais que se reúnem na caracterização do fundo de comércio: um, formal, cuja tarefa é organizar e coordenar os diversos elementos do fundo; outro, material, que consiste no conjunto de bens e valores, corpóreos e incorpóreos, indispensáveis à exploração.

Sintetiza então, de acôrdo com a generalidade dos autores, a classificação dos elementos que compõe o fundo de comércio em duas categorias fundamentais:

a) *direitos ou coisas incorpóreas*: I — o direito à renovação judicial do contrato de arrendamento; II — o nome comercial, compreendendo a firma e a denominação; o título e a insígnia do estabelecimento; a expressão ou sinal de propaganda; as marcas de indústria e de comércio; as recompensas industriais; as invenções e os privilégios; os modelos de utilidade, os desenhos e os modelos industriais; III — os direitos autorais e os de resguardo do nome ou pseudônimo contra os seus usurpadores; IV — o aviamento; a freguesia e sua defesa contra a concorrência desleal;

b) *coisas corpóreas*: I — os imóveis, a saber, terrenos, construções, edifícios, fábricas, armazéns, depósitos, com tudo nêles intencionalmente empregado em sua exploração

industrial, aformoseamento ou comodidade, irretiráveis sem fratura ou dano; II — os móveis, isto é, as instalações, o mobiliário, os utensílios, veículos, máquinas, maquinismos, acessórios e pertences, a matéria-prima, os produtos manufaturados ou semifaturados, as mercadorias, ou fazendas em geral, os títulos ou efeitos do comércio.

Merece ser completado o rol das coisas incorpóreas com um elemento que dia a dia torna-se mais importante: o crédito de que goza a firma, principalmente junto a estabelecimentos bancários.

Afanam-se os autores cada qual em dar uma relação mais completa possível dos dados que compõem o “fundo de comércio”.

Mas, compreendendo-se embora a intenção, percebe-se que algo escapa a tôdas as buscas, a demonstrar que a verdadeira natureza do fundo de comércio não é constituída simplesmente pela soma de todos êsses elementos...

Com efeito, à porta de dois estabelecimentos congêneres, igualmente sortidos, análogamente ricos e bem apresentados, com o mesmo gênero de atividade, é comum perceber-se que a preferência do público afluê para um dêles, enquanto o outro fica às moscas, exatamente como ocorre na hipótese focalizada pela consulta.

Qual será a razão? Em que falham, então, essas descrições tão pormenorizadas?

Em que dissecam o *corpo* do “fundo de comércio”, deixando evolvar-se a *alma*.

Compreendeu-o maravilhosamente o professor austríaco ZOLL, destacando fatores subjetivos e imponderáveis, para encarecer, no apanhado de CLÓVIS COSTA RODRIGUES, em seu excelente “Concorrência Desleal”, Peixoto S. A., Rio, 1945, p. 43, ser êle nada menos que a *fôrça atrativa*, que a fama dos estabelecimentos, o prestígio das marcas, o valor das invenções, a fidelidade dos consumidores, a irradiação da simpatia e afabilidade que os empregados exercem sôbre a clientela.

“Essa *fôrça atrativa* é bem a pedra basilar onde repousa o edifício jurídico da propriedade comercial: ela como que apresenta, na concepção objetiva do direito, um bem imaterial, transformado pelo fenômeno latente das competições concorrenciais em centro convergente da cobiça insaciável dos contrafactores, porque — está hoje provado — essa *fôrça atrativa* é o expoente indicativo do prestígio dos estabelecimentos da primazia dos produtos. Não são, por conseguinte, como aparentemente se supõe, nem a marca, nem o nome dos estabelecimentos, nem a invenção, em si mesmos, o que os usurpadores procuram violar.”

Demonstra o monografista patricio que o que seduz os contrafactores é, precisamente a *fôrça atrativa* que a reputação e a notoriedade dos produtos exercem no espírito dos consumidores. “Uma clientela boa, escolhida e constante é, muita vez, produto de longos anos de trabalho e sacrifícios inauditos. Não se adquire de uma hora para outra; cultiva-se e obtém-se mercê, principalmente, da confiança pública captada não raro através de escrupuloso e reto procedimento.”

Conclue, por entre uma série de considerações, com a opinião dominante: “o fundo de comércio” é “uma universidade jurídica, caracterizada pelos múltiplos elementos que o compõem, elementos que, por si sós, não têm expressão própria, mas no conjunto, formam uma unidade autônoma de direito de relevância excepcional como instituto jurídico que é destinado a tutelar o patrimônio material, intelectual e moral dos comerciantes e industriais, dos empregados e dos empregadores, e de todos, enfim, que exercem uma atividade lícita.”

O E. Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, pela sua C. Terceira Câmara Civil, tem uma manifestação que se harmoniza perfeitamente com êsse ponto de vista, apelação n. 86.352 SP, de 14-2-1967, rel. Ministro Young da Costa Manso, “Rev. dos Tribs.”, v. 390, página 266:

“O conteúdo do fundo de comércio se compõe de vários elementos que, em conjunto, determinam sua unidades econômica ou seu conceito unitário. Tudo que se relacione estritamente com a atividade comercial ou industrial e figure como fator do seu desenvolvimento, ainda que isoladamente não possa especificadamente caracterizar aquela atividade, não deve ser dissociado do todo para afastar a proteção da lei de Luvas.”

7. A *clientela*. *Importância*.

O exposto já dá bem uma idéia de que de todos os elementos do “fundo de comércio”, o mais importante é, sem dúvida, a *clientela*, componente imponderável, mas fundamental da atividade do comerciante, não se concebendo mesmo que possa existir fundo de comércio onde não existe *clientela*.

A expressão inglesa, “goodwill” dá, melhor do que qualquer outra, o valor do seu conteúdo, uma vez que, como acentua TORQUATO CARLO GIANNINI, “*Clientela*”, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato de Scialoja*, Vallardi, Milano, s/d, v. II, p. 82, “La *clientela* non è altro che la buona disposizione del pubblico o di un certo numero persone a dare all’opera o all’azienda di un industriale, commerciante o professionista la preferenza sugli altri.”

Adita não ser nunca uma *coisa*, por mais amplo que se queira ser ao defini-la, mas um *fato*, sujeito a algumas leis mais ou menos constantes, como a do costume humano, do mínimo meio pelo qual as relações de proximidade entre o cliente e o estabelecimento, a localização dêste, etc., têm uma certa eficácia, mas em substância, nada mais do que uma esperança fundada sobre uma probabilidade.

Sempre oportuno o magistério de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, “*Tratado de Direito Commercial Brasileiro*”, 2.^a ed., Freitas Bastos, 1934, Rio, v. VI, p. 158, encarecendo que a *clientela* se constitui pelas relações do estabelecimento comercial com o público, ou com determinadas pessoas, e

que tem um valor real, próprio, consistente na esperança de que lhe proporcionará negócios.

“Ela incorpora-se ao estabelecimento, visto não representar meras relações pessoais de indivíduo a indivíduo, mas, explica HERMANCE, relações de negócios reais, graças à confiança que a habilidade desenvolvida soube conquistar e ao êxito favorável, é, assim, “a energia despendida e cristalizada em um forte núcleo de relações de negócios; cede-se a energia transformada em matéria”.

LUIZ AUTUORI reproduz, tanto no verbete “Fundo de Comércio”, que escreveu para o Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Borsoi, Rio, s/d, como no livro sob o mesmo título, 2.^a edição, 1957, Forense, Rio, a lição de FAIN-FAURE-PINOTEAU, enaltecendo através de uma simples comparação, o valor fundamental da clientela.

Enquanto é sempre possível obter na praça uma usina, máquinas ou mercadorias, é difícil, quando não impossível, utilizar uma usina, maquinismos ou mercadorias sem a prévia constituição ou aquisição de uma clientela.

É por demais extensa a bibliografia relativa ao assunto para que possa ser aqui resumida mesmo sumariamente.

Limitemo-nos a reproduzir os cinco argumentos de natureza social e econômica sobre os quais alicerça CESARE VIVANTE, “La Proprietà Commerciale della Clientela”, in “Rivista del Diritto Commerciale”, v. XXVI, p. 1.^a, Vallardi, Milano, 1928, p. 493-506 o movimento a favor dos titulares do fundo de comércio:

a) porque do contrário seriam espoliados sem compensação da clientela que constitui o fruto do seu trabalho e da sua poupança;

b) porque o proprietário, depois de ter gozado uma primeira vez do progressivo encarecimento dos aluguéis graças ao trabalho do locatário, lucraria por cima uma segunda vez para exigir um aluguel mais elevado do locatário sucessivo;

c) porque através dêstes despejos forçados, tornados mais freqüentes pela possibilidade de uma espoliação sem indenização, aumentar-se-ia continuamente o encarecimento da vida, considerando-se que o comerciante ameaçado periódicamente de ser pôsto no ôlho da rua, deveria necessàriamente fazer recair o pêso dos melhoramentos não compensados sôbre os próprios clientes;

d) quando o locatário tivesse certeza de gozar do fundo de comércio, introduziria imediatas melhorias nos estabelecimentos e nos hotéis, que, por temor do despejo, são mantidos em condições incômodas e anti-higiênicas, com gravíssimo prejuízo para a indústria e o comércio;

e) ao invés de uma classe social conservadora, guarda da ordem social, criar-se-ia uma classe de cidadãos tornados inquietos pela incerteza do seu futuro e pela atormentadora ameaça do despejo.

O valor do elemento clientela está, entre nós, consagrado por dispositivo legal e reconhecido pela jurisprudência do mais alto Tribunal do País.

Assim, o art. 359 do Código de Processo Civil determina atenda expressamente a essa circunstância o juiz, ao fixar a indenização.

E o E. Supremo Tribunal Federal, pela unanimidade de votos da sua C. Primeira Turma, decidiu aos 28 de abril de 1947, rec. extr. n. 10.304, “Rev. dos Tribs.”, v. 181/929:

“Prédio destinado pelo locatário ao uso comercial ou industrial é aquêle em que êle explora comércio, onde exerce a sua atividade, que acreditou como ponto para atrair a clientela, que tornou conhecido daqueles que com êle transijam, que valorizou, em suma, com o seu trabalho, para os fins a que o destinou.

“O fundo de comércio não é sòmente o estoque de mercadorias; é sobretudo a clientela e o ponto.”

TERCEIRA PARTE

8. *Extinção, alienação e perda do fundo de comércio.*

Por circunstâncias pessoais: doenças, desorganização, viagens prolongadas; ou impessoais: catástrofes, determinações legais, fechamento ou abertura de ruas, obstruções, etc., dispersa-se algumas vêzes a clientela, extingue-se o fundo de comércio, é obrigado o mercador a encerrar suas portas.

Outras vêzes ainda é o próprio comerciante que cuida de alienar o seu patrimônio, obtendo retribuições por vêzes valiosíssimas.

Outras, finalmente, contra a sua vontade, êle é despojado do fundo de comércio.

Isto ocorre em duas circunstâncias principais: 1.^a) quando o poder público vem a expropriar o prédio em que êle está instalado; 2.^a) quando o proprietário do imóvel consegue a retomada com fundamento em algum dispositivo legal.

Examinemos cada uma destas três eventualidades: venda, expropriação, retomada.

Venda. Pode ser alienado o fundo de comércio?

Claro que pode. Representando um valor patrimonial, tendo como elemento impalpável, mas ponderoso, a clientela, não seria plausível que o comerciante, no fim da sua carreira, não recebesse, em moeda corrente, como prêmio pela sua consagração, a possibilidade de retirar-se condignamente, gozando também a aposentadoria, a tranqüillidade de espirito a que faz jus pelos seus ingentes sacrificios durante tôda a sua vida, quando dá por finda a sua carreira.

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, “Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro”, Monteiro Lobato, S. Paulo, s/d, n. 41, p. 138, estabelece perfeita distinção entre a hipótese em que o comerciante venda só a instalação, sem as

mercadorias, “ou aquela, sem a taboleta, as marcas, certos direitos, etc.”, e a alienação somente do ativo, sem o passivo, ou, finalmente, o ativo e o passivo.

Encarece que, desde que não abranja a *chave* ou *clientela*, não haverá uma venda de estabelecimento, mas uma simples *retirada* do comerciante, após a liquidação dos outros valores do seu patrimônio comercial.

Indaga, em seguida, se pode ser vendida somente a clientela, para chegar a resposta afirmativa:

“A clientela é, sem dúvida, um valor comercial, suscetível de avaliação e, como tal, de venda. Mas, nos seus efeitos práticos, mais do que uma transmissão de propriedade, há nesta transmissão uma obrigação de fazer, isto é, de recomendar e acreditar o comprador junto dos clientes ou fregueses, e uma obrigação de não fazer, isto é, de abster-se da concorrência, exercendo idêntico comércio ou atividade, dentro de dados limites de tempo e de espaço.”

Não obstante se trate de um ato normal, já vimos que pode muitas vezes vir a revelar uma finalidade dolosa, quando o comerciante, depois de alienar seu fundo de comércio, pretenda estabelecer-se novamente nas proximidades, com o mesmo ramo de atividade.

Manifesta-se aí, às escâncaras, a manobra fraudulenta: resposar-se da clientela que havia cedido ao comprador, espoliando-o do benefício que este havia procurado.

Adquirindo um estabelecimento comercial, perquire J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, que visa o comprador senão a situação próspera desta organização, que somente a freguesia mantém e valoriza?

E ele mesmo responde: a clientela é o elemento principal do estabelecimento mercantil (LÈBRE), elemento essencial (VIVANTE), preponderante e único (THALLER), característico (GOMBREAUX), a sua alma (BOUTAUD DE CHABROL).

Vender o estabelecimento comercial e reter a clientela seria um absurdo, comenta GIANNINI, seria o mesmo que

ceder os instrumentos e dêles se valer, isto é, cedê-los e retê-los ao mesmo tempo. Compreende-se que o comerciante compre os bens que compunham um estabelecimento comercial para dêles se aproveitar em outro já constituído. Admite-se que o vendedor limite o que cede. No primeiro caso, êle não quer continuar a explorar o estabelecimento: a freguesia dispersa-se. No segundo, a vontade das partes acha-se manifesta.

“Mas, se se realiza a venda sem qualquer explicação a êste respeito, não vemos violação mais grave de um contrato e dos princípios de direito do que o vendedor do estabelecimento comercial procurar retomar-lhe a clientela.”

O entendimento foi incorporado, bem como a lição de abundante doutrina, por ven. acórdão do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Segunda Câmara, de 10-7-1937, do qual foi relator ITABAIANA DE OLIVEIRA (“Boletim Judiciário”, v. 14, p. 227-229).

Com expressões perfeitamente adaptáveis ao caso em discussão, ressalta o ven. decisório que garantir a freguesia é assegurar o caráter unitário do estabelecimento comercial pelo que o vendedor (e pela mesma *ratio legis*, o locador), ex-vi do art. 24 do Código Comercial, é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, não podendo, por isso, estabelecer-se de nôvo, na mesma praça, sem expresso consentimento do comprador.

Desapropriação. Sendo o fundo de comércio um valor tão nitidamente configurado, dúvida alguma pode sobrepair que tôda vez que o seu titular, *por qualquer* circunstância, venha a ser privado, *não pela sua vontade*, como na venda, mas *contra a sua vontade*, do seu ponto, da sua clientela, do lugar onde durante decênios exerceu a sua atividade, sofrerá prejuízos muitas vêzes irreparáveis.

Nada mais justo, então, que, na medida em que a perda possa ser ao menos minorada, encontre, no direito, o lenitivo compatível.

É o caso típico da desapropriação.

O Poder Público que, por motivos relevantes, está, a qualquer momento, em condições de retirar dos indivíduos, mediante pagamento equitativo, a sua propriedade, já não tem mais como furtar-se à retribuição do valor correspondente ao “fundo de comércio”, quando o imóvel em que esteja localizado venha a ser utilizado para fins da comunidade.

Demonstra OSCAR BARRETO FILHO, “O Fundo de Comércio nas Desapropriações”, Federação e Centro das Indústrias, S. Paulo, 1959, nada justificar o desamparo a que foi relegado pela lei de desapropriações o locatário, desarmado da possibilidade de obter a reparação dos prejuízos:

“Mormente o locatário de prédio urbano para fins comerciais pode sofrer, com a expropriação e conseqüente extinção da locação, prejuízos relevantes que devem ser compensados com indenização adequada, sob pena de grave injustiça na repartição dos encargos sociais. O ponto de negócio representa um valor econômico ponderável, no conjunto dos elementos integrantes do fundo de comércio, e não se concebe que sua perda não seja ressarcida pelo expropriante.”

Quando da tramitação pela Câmara Federal do projeto de lei n. 466, de 1955, — adita — de iniciativa do deputado BILAC PINTO, alterando a lei de desapropriações, afinal convertida na lei n. 2.786, de 21-5-1956, o deputado Campos Vergal ofereceu emenda com o objetivo de criar uma indenização também para o “fundo de comércio”.

Tão importante pareceu a proposta que a Comissão de Constituição e Justiça aprovou parecer no sentido de que a emenda apresentada constituísse projeto à parte, que recebeu n. 970, de 1956, incluindo o “Fundo de Comércio”, que as entidades industriais e comerciais “hajam constituído e acumulado durante a locação do imóvel indispensável à instalação e ao giro de suas atividades e que venha

a ser desapropriado por utilidade ou necessidade públicas”, na totalidade dos bens a que se refere o art. 2.º do Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941.

Retomada pelo proprietário. De tôdas as eventualidades a mais interessante é, sem dúvida, aquela em que, amparado em texto legal, consegue o proprietário retomar o imóvel, pondo fim e sagrando-se vitorioso numa luta quase sempre latente entre dois conceitos de propriedade na generalidade dos casos conflitantes: o do fundo de comércio, do inquilino, e o do imóvel, do senhorio.

Não temos aí uma verdadeira desapropriação, não, é claro, pelo poder público, mas pelo titular da propriedade do imóvel em que se encontra o fundo de comércio? Não são idênticas as razões pelas quais, também nesta eventualidade, deve o comerciante ser ressarcido pelo bem que vai perder?

JOSIAS CORREIA BARBOSA, um dos mais lúcidos e aprofundados analistas da matéria, em sua festejada tese de concurso “da Continuidade da Locação para Fins Comerciais”, Bezerra & Cia., Fortaleza, 1955, focalizando, às págs. 252 e segs. essa colisão entre a propriedade imobiliária e a comercial, resultante direta do fenômeno da aderência, consigna justamente poder-se quebrar, em dado momento, a continuidade locativa pelo exercício do direito de retomada, que, excepcionalmente, se faculta ao proprietário do imóvel.

Conserva êle, assim, “o poder de destruir ou incorporar a propriedade comercial, não menos relevante do que a outra, mas ainda em situação de inferioridade no que concerne à proteção legal”.

A matéria é pouco versada, e, por isso mesmo, objeto de interpretações contraditórias, sempre desfavoráveis ao comerciante, o que é profundamente injusto.

Por isso mesmo é chegado o momento do reexame, de verificar que os tempos estão amadurecidos para uma tomada de posição, nada justificando que quem se veja privado de uma parcela relevantíssima de seu patrimônio, em

proveito de outrem, não possa obter uma reparação congrua do prejuízo sofrido.

O uso do direito de retomada, desequilibrando a situação mais ou menos harmônica criada pela continuidade da locação, — diz muito bem o tratadista mencionado — propõe um novo problema que equaciona a questão atinente à composição patrimonial, uma vez que, mesmo no direito comum, a destruição de um bem acarreta necessariamente a respectiva indenização.

“Privar o locatário comerciante da indenização devida pela destruição de sua propriedade, e do ressarcimento de um “prejuízo considerável”, seria uma solução contrária ao direito, ferindo um de seus mais belos e justos princípios, e, de outra parte, sancionando o uso repreensível e egoísta de um direito avaro de humanitarismo e insaciável no apetite desmedido, só compreensível em face do absolutismo da propriedade, hodiernamente condenado.”

9. Na perda do fundo de comércio cumpre distinguir os casos de inexistência de má fé, em que haverá simples ressarcimento, e os caracterizados pela malícia, em que a indenização terá que ser completa. O “preço da liberdade” do locador.

Pensamos ter deixado claro que, no caso que acaba de ser examinado, o fato da perda do fundo de comércio por parte do locatário, independentemente da sua vontade, deve dar margem à recomposição dos prejuízos por eles sofridos.

Mas também aqui sente-se a necessidade de separar duas hipóteses bem diferentes, conforme haja licitude por parte do expropriante — público ou particular — ou má fé, malícia, que só se concebe por parte deste último.

Na primeira eventualidade a recomposição do patrimônio não pode deixar de atender à circunstância de que, muito embora esteja sendo atingido o patrimônio do mercador, trata-se de um exercício de direito por parte do senhorio.

Bem se compreende que haja escrúpulos por parte dos tribunais em não liberalizar indenizações não justificadas, para não inverter as posições, fazendo do proprietário vítima da ganância do inquilino.

Teremos, então, um simples ressarcimento.

Acentua, com propriedade ANTONIO VISCO, em sua obra citada, p. 164, que existe sempre vantagem do locador, pelo simples fato de conseguir a disponibilidade do imóvel, seja no caso que o venha a demolir para vender o terreno ou para aí construir outro prédio, seja para dar-lhe destinação diferente, porque, nas condições atuais de mercado, isso se resolve normalmente numa utilidade acrescida.

O enriquecimento do fundo de comércio é evidente — acrescenta — nos dois casos típicos daquele em que o locador sirva-se do local para aí exercitar uma atividade no mesmo ramo de comércio, e do outro em que dê em aluguel o próprio local a outras pessoas para o exercício do mesmo gênero de comércio...

“Com a nova lei quiz-se ir além de tal binômio, admitindo um direito ao ressarcimento pela simples perda que o locatário sofre deixando o local. Não tem importância que haja a demonstração de que esta perda se resolva num incremento de valor para o proprietário do imóvel; êste incremento pode ser também potencial e futuro.

“Basta uma destruição de riqueza por fato de outrem, mesmo se êste “fato” não fôr ilegítimo, mas represente o exercício de um direito.”

Lembra que também no sistema da lei francesa o sistema é o de admitir o ressarcimento de um prejuízo sofrido pelo locatário em consequência da saída, independentemente de um locupletamento do locador, e que no próprio projeto de lei italiana a justificação consigna que “é indubitabile che il locatore con l’atto di sfratto, pur esercitando un suo diritto, cerca di realizzare per sé più utili condizioni”, e conclue demonstrando com FERRI, Riv. Dir. Comm.,

1963, p. 129, que a compensação constitui o *preço da liberdade* que o locador deve pagar ao inquilino.

Na segunda hipótese, porém, quando o locador, invocando a lei para simples acobertamento de seus desígnios inescrupulosos, falseia a verdade, bate às portas da Justiça invocando argumentos que sabe de antemão que não o favorecem, promove um despejo não com o intuito declarado, mas com outro, enganoso, é claro que deve responder por muito mais do que isso, nas duas esferas, a criminal e a civil, purgando, sem contemplação nem piedade, todos os danos diretos e indiretos que venha a ocasionar.

QUARTA PARTE

10. São duas as hipóteses de ressarcimento: a) desapropriação.

A inexistência de má fé por parte do desapropriante não o livra da reparação dos prejuízos causados.

Preleciona M. SEABRA FAGUNDES, “Da Desapropriação no Direito Brasileiro”, 2.^a edição, 1949, n. 543:

“Ao Estado, pela sua posição excepcional de titular e realizador do interesse público, não se pode reconhecer o privilégio injusto e injurídico de destruir um valor patrimonial sem a correspondente retribuição, ao mesmo tempo que indeniza os titulares doutros direitos igualmente atingidos pelo ato expropriatório. Negar a indenização num tal caso implicaria em quebra do princípio universalmente aceito da igualdade dos ônus públicos. Seria exigir do inquilino, pelos mesmos motivos e com idêntica finalidade, o sacrifício total de um valor do seu patrimônio, enquanto ao locador tomar-se-ia o prédio mediante compensação adequada.”

Da mesma opinião PONTES DE MIRANDA, “Questões Forenses”, t. III, 1958, parecer n. 151, p. 482, e OLIVEIRA CRUZ,

“Da Desapropriação”, 1946, pgs. 91-94, proclamando o princípio, fundamental para o nosso estudo, de que a desapropriação de imóveis onde existem fundos de comércio atinge dois patrimônios: o do proprietário e o do comerciante, que é obrigado a estancar, de maneira definitiva ou não, a fonte de renda que lhe garante a subsistência e a prosperidade. Por isso é imprescindível, no interesse da própria coletividade, encontrar-se uma solução razoável e jurídica para esse problema, dada a absoluta falta de garantia que a lei oferece para a estabilidade do fundo de comércio.

A matéria, de resto, já foi objeto de precursor acórdão de 25-10-1951 do E. Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n. 9.557, de Minas Gerais, coligido pela “Revista de Direito Imobiliário”, v. XV, pgs. 20-22, e pelo “Arquivo Judiciário”, v. 102, p. 26:

“Desapropriação e fundo de comércio. Direito do locatário ao ressarcimento do dano sofrido, em razão da desapropriação, com perda do lugar do seu comércio e desvalorização do seu “fundo de comércio”.”

Nem outro foi o entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação n. 53.391, de 23-10-1951, rel. Des. Samuel Mourão, “Rev. dos Tribs.”, v. 197, p. 173:

“Em se tratando de locação para fim comercial, onde existe um fundo de comércio protegido por lei tem-se reconhecido ao inquilino o direito de ser indenizado pelos prejuízos que sofrer em consequência da brusca terminação do contrato locativo, acarretada pela desapropriação do imóvel.” .. “A desapropriação feita sem indenização prévia equipara-se ao esbulho e dá lugar a reparações excedentes do âmbito da indenização propriamente dita.”

b) *Retomada pelo proprietário.* Não foi despropositada essa ligeira digressão a respeito da desapropriação.

É bem de ver que, em se tratando da União, do Estado, do Município, ninguém poderá vislumbrar a mais longínqua possibilidade de que tais novos proprietários venham a obter qualquer utilidade específica do fundo de comércio de que venham a desapossar o titular, tão diferente virá a ser da anterior a nova destinação do imóvel. Nem por isso a razão será suficiente para negar-se a indenização correspondente.

A similitude entre a desapropriação por utilidade pública e o desapossamento do fundo de comércio pelo titular do domínio é tão manifesta, tão dominante, tão — diríamos quase — opressiva, que ao seu fascínio não pôde furtar-se o próprio legislador, que nos “consideranda” que precedem o decreto 24.150, menciona justamente ao lado da desapropriação, outras restrições da maneira de usar o direito de propriedade em benefício de interêsse e conveniências gerais.

A parecença não escapou ao Pretor de Veneza, numa decisão de 20-12-1963, a que faz referência ANTONIO VISCO, op. cit., p. 171, na qual chega à conclusão de que ao locatário cabe uma compensação pela perda do fundo do comércio, mesmo no caso em que o proprietário, pedindo o imóvel para uso próprio, queira exercer gênero diferente de comércio.

“É perfeitamente claro” — volve JOSIAS CORREIA BARBOSA, a pág. 253 — “que a retomada implica na confiscação do “ponto” comercial, e que o proprietário, realugando-o, estabelecendo-se nêle, ou mesmo reconstruindo-o para obter rendimento mais elevado, passa a gozar de vantagens incomparavelmente maiores, uma vez que o local já é objeto da preferência de uma clientela. Em tal hipótese, é justo que indenize o locatário pelos benefícios que êste perde, compensando um patrimônio. Êsse dever moral, a regra jurídica deve tornar obrigatório e estritamente observado. ...

“Via de regra, apossando-se novamente do prédio, o proprietário se apodera de algo mais que não lhe pertence, e, ainda que assim não fôsse, surpreende o locatário comerciante na sua crença na continuidade locativa, estando, assim, obrigado a uma contra-prestação que, com certa dose de boa vontade, podemos situar no campo mesmo do contrato.”

Fora do país outro não é o entendimento.

ANTONIO VISCO, em seu recentíssimo trabalho já mencionado é explícito ao encarecer que na hipótese em que o locatário recuse exercer o direito de preferência, manifestando explicitamente a vontade de renovar o contrato nas condições oferecidas pelo terceiro, nem por isso perde o direito à recompensa pela perda do “avviamento”,

“perchè il rifiuto delle nuove condizioni non configura nè la risoluzione per inadempienza nè un effettivo esercizio della prelazione. In tal modo il conduttore è libero di scegliere fra le due soluzioni quella che gli pare più conveniente: o la rinnovazione del contratto locatizio alle nuove condizioni o il compenso di avviamento.”

Desapaixonada, e, por isso mesmo, equilibrada e criteriosa, a argumentação de UGO MURANO, em sua bela monografia “La Così Detta “Proprietà Commerciale” e la sua Tutela”, Jovene, Napoli, 1950, ao encarecer a pág. 233 que, quando o proprietário, *diretamente* (iniciando o exercício de análoga atividade econômica no mesmo imóvel) ou *indiretamente* (percebendo uma retribuição de terceiro locatário mais elevada pelo aumentado valor locativo adquirido pelo imóvel, decorrente do exercício da anterior atividade econômica), retira, por meio do exercício do seu poder dominial, uma vantagem particular, que não se revela especificamente protegida pelo direito de propriedade em si,

— consegue uma vantagem, se não injusta, todavia *não justa*, porque decorrente da apropriação do resultado do trabalho econômico do inquilino despejado.

“Non può, in siffatta ipotesi, non riconoscersi a quest’ ultimo il diritto ad un *indennizzo* per il mancato conseguimento del risultato del suo lavoro, correlativo al vantaggio del proprietario, fondato sul principio generale dell’ indebito arricchimento.”

Mas quais serão êsses casos em que o proprietário pode legalmente recobrar o imóvel?

De acôrdo com a lei, são três: melhor proposta de terceiro, competentemente individuado; obrigação, pelas autoridades públicas, de realizar no prédio obras que importarão em sua radical transformação; uso pelo próprio locador, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes (art. 8.º, letras *c*), *d*), *e*) do decreto 24.150, de 20-4-1934), aos quais a jurisprudência acrescentou mais um: a retomada para construção mais útil.

QUINTA PARTE

11. São duas as hipóteses em que, por ocorrer malícia por parte do locador, a indenização deve ser completa: a) insinceridade do pedido; b) concorrência desleal.

Ao lado dos casos examinados, objetivos, em que há reconhecimento de circunstâncias excepcionais razoáveis para privar o comerciante do seu fundo de comércio, outras existem, de ordem subjetiva, em que se insinua a malícia do locador.

O legislador, que nos “consideranda” do decreto 24.150 já havia mostrado sua preocupação pela preservação do fundo do comércio, em não atribuir exclusivamente ao proprietário do imóvel a quota de enriquecimento à custa do empobrecimento do inquilino, o que admite seria um

verdadeiro locupletamento, e que em várias passagens do art. 8.º havia manifestado seu zêlo no sentido de que fiquem devidamente documentadas as alegações de proposta de terceiro, de exigências de autoridades públicas e de uso do prédio para os fins invocados, cuidou de, num capítulo específico, subordinado à epígrafe “Da Indenização”, deixar bem clara a responsabilidade do senhorio solidariamente com o terceiro que obteve o contrato de locação, pelo pagamento dos prejuízos ocasionados com sua conduta.

Indica três casos que absolutamente não podem ser colocados em pé de igualdade com os anteriores, pela sua razão de ser, pelas suas repercussões e pela sua amplitude:

a) se o locador, dentro de 30 dias do passamento em julgado da sentença que o autorizou, deixar de fazer por instrumento público ou particular, contrato com o terceiro que pela sua oferta impediu a prorrogação do contrato de arrendamento, ou fizer o contrato com estipulações inferiores às da proposta ajuizada (art. 21, § 1.º);

b) se o locador deixar de dar início às obras que alegou precisar fazer para impedir a prorrogação da locação, dentro de três meses a contar da data da entrega do prédio pelo inquilino (§ 3.º);

c) se o locador vier a explorar, ou permitir que no prédio seja explorado o mesmo ramo de comércio ou indústria explorada pelo inquilino cujo contrato não foi renovado, por oposição do proprietário (§ 4.º).

As três eventualidades podem ser reconduzidas a dois tipos: insinceridade do pedido (*a* e *b*) e concorrência desleal (*c*).

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, “Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento”, Imprensa Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1940, não hesita em qualificar como correspondente à idéia central da teoria do enriquecimento ilícito o de exploração do mesmo ramo de comércio explorado pelo antigo inquilino, e de abuso de direito os demais.

Reconhece a dificuldade de apurar-se previamente o dolo do proprietário, desmascarar ainda previamente o abuso de direito, “despindo-o de seus falsos panejamentos”.

No caso em debate, como se viu, não existe essa dificuldade, pois logo na notificação, reiterando na inicial, não se peja o proprietário de arrancar a máscara.

Mas vale a advertência do catedrático mineiro, a pág. 157:

“As intenções se subtraem a qualquer contrôle e querer, em tais casos, prevenir o abuso, seria, imprudentemente, procurar penetrar o plano das intenções do proprietário.

“Apercebido esta verdade, o legislador reservou ao juiz a faculdade de, apurada a fraude, impor ao proprietário, no tempo próprio, quando já não seria possível, ou, pelo menos, não haveria conveniência em repor o comerciante no prédio de que se afastara, a obrigação de reparar os seus prejuízos, recompondo-lhe o patrimônio, injustamente ferido.”

12. Concorrência desleal em matéria de fundo de comércio.

De todos os casos previstos na lei, o mais grave, aquêlê para o qual com mais cuidado se volta o legislador é, sem dúvida, o da concorrência desleal, decreto 24.150, art. 20, § 4.º: “Se o locador vier a explorar, ou permitir que no prédio seja explorado o mesmo ramo de comércio ou indústria explorado pelo inquilino cujo contrato não foi renovado, por oposição do proprietário.”

Não é fácil apresentar um conceito de concorrência desleal que dê uma idéia da infinita variedade de suas formas.

Nem interessa, a esta altura, aprofundar o exame Contentemo-nos em respigar, dentre as muitas lições transcritas por CLÓVIS COSTA RODRIGUES, as mais expressivas.

POUILLET:

“La concurrence déloyale, le mot lui-même l’indique, est celle qui emploie des moyens détournés, frauduleux, des menées que la droiture et l’honnêteté réprouvent; ses armes sont innombrables, souvent ingénieuses, toujours perfides; sa forme est parfois presque insaisissable et c’est même là, pour certains commerçants, qu’est l’habileté... Si les moyens sont variés à l’infini, le but reste toujours le même: c’est le détournement de la clientèle d’autrui.”

Para GODINOT é concorrência desleal “todo ato contrário aos bons costumes, cometido de má fé, numa finalidade de concorrência destinada a atrair para si a clientela alheia.”

Segundo PIFIA: “Forma especial de prejuízo próprio do direito industrial e comercial, que compreende qualquer atentado ou lesão do direito que cabe ao industrial de desenvolver livremente e pacificamente a própria indústria, sem ser prejudicado por fatos ilícitos e culposos de concorrentes que, com meios contrários à verdade, à honestidade ou à moral e assim com abuso do direito próprio, tentam diminuir o aviamento e desviar a clientela.”

CESANE BALDI: “Um conflito entre dois comerciantes no exercício da sua indústria com fatos que, embora sem violar precisas disposições de lei, possam ser, ou já o são de prejuízo ao legítimo interesse material ou moral de um dos ditos comerciantes”

Finalmente, BROWN: “o emprêgo de todos os meios de perfídia e desonesta rivalidade no campo comercial.”

Em todos os países a doutrina tem pôsto em relêvo a desconformidade entre a concorrência inerente ao conceito de liberdade econômica, estimulante para os comerciantes e industriais, benéfica para o consumidor, e a concorrência desleal, já definida como “uma nebulosa di consistenza dubbia, dai contorni vagni e oscillanti”.

Em falta de uma classificação legislativa, resume ENZO GUELI no verbete “Concorrenza Illicita”, que escreveu para o “Nuovo Digesto Italiano”, UTER, Torino, 1938, v. III, p. 675-676, os principais atos dessa espécie, encarecendo que toda proibição de concorrência proveniente de fonte contratual costuma-se designar com a expressão de cláusula de concorrência, destacando aquela que pode ser expressamente pactuada, “mas que todos estão de acôrdo em considerar de qualquer modo contida implicitamente em todo contrato de alienação do negócio, a menos que haja uma exclusão explícita”: a de que o vendedor do fundo de comércio não pode continuar a exercer outro do mesmo gênero do cedido, mantendo relações com uma clientela que deveria, ao invés, seguir o trespasse do estabelecimento.

Perfeitamente aplicáveis à hipótese as advertências de TORQUATO CARLO GIANNINI, “Concorrenza Sleale ed Illecita”, in “Dizionario Pratico del Diritto Privato”, Vallardi, Milano, s/d, v. II, p. 269-274, quando encarece que falta no nosso direito, pelo menos para a maior parte dos casos, uma disposição que proteja o comerciante contra a concorrência desleal.

Como, porém, por um princípio universalmente acolhido nenhum magistrado pode recusar justiça aduzindo que a lei não prevê o caso, os fatos de concorrência desleal em nome da boa fé ou, mais freqüentemente, dos princípios da responsabilidade por quasi delito, foram reconhecidos como suficientes para justificar uma ação em juízo, e para provocar a sanção do magistrado.

13. *A usurpação da clientela.*

A dificuldade de conceituar o que seja concorrência desleal, e, ao mesmo passo, a impossibilidade de ditar normas relativas à alienação ou conservação da clientela, tornam imperioso um estudo que abranja, numa visão de conjunto, êsses dois elementos.

Transparece, então, em todo o seu valor, o fator *clientela*.

EMÍLIO GUIMARÃES compendia no “Dicionário Enciclopédico de Doutrina Aplicada”, Konfino, Rio, 1946, v. V, n. 5.293, p. 465, a doutrina comum: certamente, os fregueses não são objeto de uma venda, pròpriamente dita, mas de uma obrigação de fazer, e também, uma obrigação de não fazer, no sentido que deve o vendedor abster-se de exercer idêntico comércio ou atividade.

“... Reprimir a concorrência desleal, em todo o sentido de suas infinitas formas,” — disse muito bem CLÓVIS COSTA RODRIGUES — “é proclamar a independência do comércio honesto, é estimular as energias produtivas, é ampliar os setores de atividades múltiplas...”

Cita HENRI CAPITANT: “Delito civil, às vêzes desdobrado num delito penal, e que consiste, por parte de uma pessoa cuja profissão supõe clientela, retirar de uma pessoa da mesma profissão tôda ou parte da clientela, por atos atentatórios dos princípios de honestidade que constituem a lei da profissão”, para concluir, incisivamente, não ser necessário qualquer resfôrço.

“para deduzir que, quando a concorrência se processa mediante a aplicação de métodos condenáveis, por indivíduos inescrupulosos, usando da má fé, da fraude e da hipocrisia, na única intenção de atrair a clientela alheia para o seu estabelecimento desonesto ou para a sua mercadoria falsificada, ter-se-á presente, na sua forma genuinamente característica — a concorrência desleal.

“Pratica-a, portanto, todo aquêle que procura, fraudulentamente, induzir em êrro a freguesia de outrem; que tenta usurpar os direitos legitimamente adquiridos por terceiros; que, por atos ou fatos, usufrui lucros valendo-se da situação de prestígio do seu rival, ou da sua habilidade ou de sua inteligência; que cria intencional confusão... É a manifestação do *eventus damni* e do *consilium fraudis* — os dois elementos clássicos do dolo.

“Em uma palavra: a repressão da concorrência desleal é um conjunto de regras jurídicas que torna possível a coexistência dos indivíduos, dentro do mesmo ciclo de atividades industriais e comerciais. E se quisermos elevar êste conceito a um horizonte mais vasto, poderemos dizer que a concorrência desleal é a tutela preventiva da ordem jurídica nos domínios da propriedade industrial.”

Em seu excelente trabalho focaliza CLÓVIS COSTA RODRIGUES, em primeiro lugar, dentre todos os objetos da tutela das leis relativas à concorrência desleal, justamente o fundo de comércio e a clientela, proclamando mesmo que o fundo de comércio ocupa um capítulo de destaque no direito concorrencial (pág. 41).

Chega a ser irônico quando, ao analisar os fatores subjetivos que determinam a concorrência desleal, conclue que quase nada tem de *desleal*: “suplanta-lhe, numa porcentagem dominadora, o instinto não raro premeditado da desonestidade.”

Apliquem-se ao locador, no caso sub *judice*, os conceitos que expende relativos ao contrafator, e havemos de convir em que “só vez por outra é desleal: ordinariamente é um desonesto no sentido amplo da palavra”, uma vez que identicamente, não age por infidelidade ao locatário, “com o qual nem sempre mantém relações ou compromissos de ordem comercial ou contratual; inspira-o — isso sim — o desejo de roubar-lhe a fama, de desviar-lhe a clientela, viver à sombra do seu esforço e prosperar mercê do seu trabalho... Essa — a característica fundamental do usurpador. Ao passo que a deslealdade — como nô-lo indica o próprio vocábulo — condiciona a preexistência de um vínculo moral que subordina o contrafator à sua vítima” (pág. 64).

Insiste, páginas adiante, em que a jurisprudência tem a mais ampla liberdade para resolver tôdas as questões que a vida prática apresenta:

“A concorrência ilícita assume, por vêzes, formas inéditas e imprevistas. Daí, essa elasticidade de apreciação dos tribunais, sem a qual a ação repressiva da lei mais não seria que pura mistificação.”

Merece ser ponderada a observação de UGO MURANO, segundo a qual a finalidade útil, o ponto de atração do interesse do comerciante, não é o conjunto dos bens na sua organização estática, mas a utilização produtiva, eficiente, na atuação da finalidade econômica, que não é das coisas ou de uma sua particular qualidade, mas da energia laborativa nelas refletida, e que, como tal, é protegida pelo ordenamento jurídico.

“As normas relativas à repressão da concorrência desleal... não realizam a proteção do comerciante no gôzo estático do seu estabelecimento (o que seria inconcebível); mas o funcionamento do mesmo assim como êle o orientou e ativou, garantindo-lhe a consecução do resultado correspondente, mediante o dever imposto aos outros concorrentes de usar dos próprios instrumentos de trabalho, e não aproveitar abusivamente os dos outros, e, portanto, de não alterar direta ou indiretamente a posição ou a tenção do empreendedor na direção daquela utilidade, protegida, para êle decorrente do desenvolvimento da sua atividade econômica.”

14. *A jurisprudência.*

As manifestações dos tribunais, embora ainda não bem determinadas, como veremos adiante, no que diz respeito à fixação das verbas que devem compor a indenização pela perda do fundo do comércio, são firmes no reconhecimento dos direitos ao titular ameaçado ou espoliado.

O fundo de comércio — decidiu acórdão da Cassação italiana de 26-6-1963, n. 1.728, citado por ANTONIO VISCO, pág. 121 — é uma qualidade do estabelecimento; embora relacionando-se principalmente à atividade do comerciante,

torna-se um seu elemento que consiste em particular aptidão em produzir bens e serviços. Constitue, portanto, um valor economicamente apreciável do estabelecimento, que cabe ao seu titular e se revela especialmente quando êle venha a ser transferido por sucessão ou por ato entre vivos.

Encontramo-nos portanto diante não à *destruição de um bem*, mas à *transferência de um bem* e sob êste aspecto o direito à reintegração é plenamente justificável. Nem nos venham dizer — conclue o aresto — que o comportamento do locador, frente à lei, é plenamente legítimo, porque aqui se trata de uma indenização, a título de compensação, e não de ressarcimento do prejuizo. O segundo postula um ato ilícito, ao passo que o primeiro é admitido mesmo quando o ato é legítimo.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já registra duas manifestações de alto interêsse.

A C. Terceira Câmara Civil, por votação unânime de 2-10-1961, rel. Des. Heráclides Batalha de Camargo, apelação n. 110.957, de Mirandópolis, Rev. dos Tribs. v. 325 pág. 226, teve oportunidade de observar que

“O problema da concorrência desleal, quando não possa ser examinado à luz de disposições contratuais expressas, deve ser enfrentado no duplo aspecto da liberdade de comércio e da má-fé em seu exercício.

“No caso de alienação de fundo de comércio, o contrato pode ser omisso quanto à vedação do alienante de regressar ao mesmo ramo, sob determinadas condições.

“Se ocorre a omissão, é ociosa a pesquisa doutrinária à conceituação do ilícito, sem o exame do fato concreto, em tôdas as suas circunstâncias, porque não é da liberdade de comerciar que nasce a concorrência desleal, mas da má-fé alimentada pelo alienante.”

Reconhecendo a razão do autor, foi julgada procedente a ação para indenização dos prejuizos sofridos, apurando-se

em execução o quantum indenizatório, a ser calculado na diminuição do rendimento mensal do autor.

A C. Primeira Câmara, também por unanimidade de votos, na apelação n. 45.204, da Comarca de S. Paulo, Rev. dos Tribs., v. 185, p. 236 reconheceu, aos 20-12-1949, nas expressivas palavras do relator, saudoso des. Amorim Lima, ser indubitável que o contrato de locação envolve o direito ao “ponto comercial”, elemento de grande valia nos negócios mercantis. Quem o diz, é o próprio legislador do Código de Processo, no art. 259, ao fixar os fatores que devem ser levados em conta no cálculo da indenização a que eventualmente tem direito o negociante nos contratos não renovados.

“Trata-se portanto de valor licitamente negociável juntamente com o fundo do negócio. A lei, que permite a renovação compulsória dos contratos de locação mercantil ou industrial, não teve outro intuito senão impedir que o senhorio espoliasse o negociante desse valor, por êle realizado com a sua atividade mercantil.”

Foi confirmada, assim, extensa e brilhante sentença assinada por José Frederico Marques, que, após ampla invocação doutrinária, traz a lume um argumento de ordem sistemática, tirado do dispositivo da Lei de Falências autorizando que se inclua na alienação dos bens da massa falida a transferência do contrato de locação protegido pelo decreto-lei n. 24.150, e adita: “claro está, como acentua MIRANDA VALVERDE, que êsse contrato integra, “como elemento de valor”, a “venda do fundo de comércio.”

Lembra, finalmente, o acórdão da apelação cível n. 9.515, de que foi relator, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o des. Toscano de Brito: “Incontestavelmente o fundo de comércio constitui valor, e de alta monta, em face da legislação atual. A lei manda indenizá-lo quando o comerciante se vê forçado a transferi-lo para outro local.”

SEXTA PARTE

15. *Fixação do montante da indenização. Diferença entre ressarcimento e indenização.*

Pensamos ter demonstrado que por dois motivos fundamentais não há como admitir possa o locador ser bem sucedido na pretensão de reaver o imóvel. Em primeiro lugar, porque já está estabelecido em prédio próprio, não inferior, se não melhor em acomodações, do cedido em aluguel. Em segundo lugar, porque atendê-lo seria premiar a malícia, galardoar a má fé, honrar a desonra.

Mas — insista-se — se por um cataclisma jurídico devesse ter êxito na sua aventura, então uma coisa é indubitável: terá que pagar não apenas o ressarcimento a que alude o Código de Processo Civil, nem ainda sòmente a indenização pela insinceridade do pedido a que faz referência a lei de luvas, mas uma reparação completa, total, de cada um dos prejuízos sofridos, devidamente calculados.

Tem-se insistido demasiado número de vêzes em que, por não exercer o direito à renovatória, perderia o locatário tôda e qualquer possibilidade de se abrigar sob a proteção da lei de luvas.

Não é, não pode ser assim.

Preciso e claro, como sempre, ALFREDO BUZUID:

“A existência de *fundo de comércio* é um dos pressupostos da ação renovatória. Mas a lei menciona ainda o fundo de comércio (arts. 20 e 21), para assegurar ao inquilino, que não pôde obter a renovação do contrato, o direito a uma indenização, não só em consequência de sua desvalorização, como também para ressarcir os encargos da mudança e perda do lugar. O Decreto n. 24.150 considera, pois, o fundo de comércio para dois fins: a) como uma das condições para o exercício do

direito à renovação; b) para protegê-lo, quando *desvalorizado*, no caso de não renovação” (pág. 245).

O inquilino que não propôs tempestivamente a renovação irá pelo resto da existência purgar um pecado que muitas vezes não é dele, desfalcado da possibilidade de continuar na fruição da sua atividade, intimamente relacionada àquele patrimônio que a lei, e, antes dela, a justiça, e, anteriormente, o bom senso, não poderiam deixar de lhe reconhecer, em virtude do exercício capitalizado pela longa e profícua atividade desempenhada.

Mas o castigo não pode ir além disso, sob pena de se admitir que o proprietário tripudie sobre a desgraça do inquilino. Um erro não justifica a espoliação completa, tanto mais quanto já lucrou enormemente o senhorio ao desembaraçar-se como que por milagre de locatário tão antigo.

A particularidade não passou despercebida à C. Quinta Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, em ven. acórdão de 20-4-1954, ap. civ. n. 25.526, “Jurisprudência”, v. II, p. 371, deixou perfeitamente distintas, em poucas palavras, as posições recíprocas do locador e do locatário, quando este não queira usar da preferência que a lei lhe assegura.

Não se impõe, é certo, ao proprietário, o sacrifício do valor real da sua propriedade, com a renovação do contrato por preço inferior ao conseguido pelo oferecimento de terceiro.

“Mas, neste caso, presume a lei que a não renovação com o locatário se faça em enriquecimento do proprietário, razão pela qual manda o art. 20 do Dec. n. 24.150, de 1934, assistir àquele direito a uma indenização, na conformidade do direito comum, e nomeadamente, para ressarcimento dos prejuízos com que tiver de arcar em consequência

dos encargos da mudança, perda do lugar do comércio, ou indústria, e desvalorização do fundo de comércio.”

Justo, pois, que haja uma repartição de ônus.

Nas quatro primeiras hipóteses examinadas: desapropriação, melhores condições oferecidas por terceiro, realização de obras, uso pelo locador ou por pessoa de sua família, não há dúvida que temos casos de ressarcimento dos prejuízos.

No caso, porém, de insinceridade de pedido, e, pior ainda, de concorrência desleal, caracterizada pela má fé, não há como fugir a uma indenização completa de todos os danos ocasionados e dos lucros cessantes, pelo aproveitamento da clientela alheia.

Divisa aí DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE uma aplicação nítida da teoria do enriquecimento ilícito.

“Sucedem o *empobrecimento* do comerciante pela perda da clientela, valor de seu patrimônio, e o *enriquecimento* do nôvo ocupante do prédio, que o recebe, valorizando a sua propriedade comercial.

“Entre o empobrecimento e o enriquecimento, há clara *relação de causalidade*, de causa e efeito, pois que o valor desintegrado do patrimônio do antigo ocupante do prédio vai se integrar no do nôvo ocupante, passa do primeiro para o segundo.

“Por último, há *falta de causa* para essa transfusão, por isso que o nôvo ocupante terá recebido essa *mais valia* sem realizar uma contra-prestação.”

JOSIAS CORREIA BARBOSA, por sua vez, transcreve a lição de MINOZZI: as indenizações derivam de atos autorizados pelo contrato ou pela lei; os ressarcimentos do inadimplemento das obrigações ou atos ilícitos.

Os ressarcimentos têm o caráter de obrigação secundária, isto é, surgem no lugar de outra que se deixou de cumprir (fôsse a obrigação contratual, fôsse a de “nemine loedere”); as indenizações têm caráter de obrigação pri-

mária, isto é, surgem imediatamente como consectário do exercício de um direito.

Também a êste propósito não falta o pronunciamento das nossas Côrtes de Justiça.

Ven. acórdão do Supremo Tribunal Federal, no rec. extr. n. 14.206 SP, de 12-1-1950, “Arquivo Judiciário”, v. 95, pág. 98, deu oportunidade ao relator, Ministro Anibal Freire, de referir-se a um voto de SERPA LOPES, estabelecendo separação entre *indenização* e *ressarcimento*, sob invocação de verbete “indennità”, do Dizionario Pratico del Diritto Privato de Scialoja, v. III, p. 1.^a, p. 592, e de SANTIAGO DANTAS, “Conflito de Vizinhaça”, p. 286-287: “No *ressarcimento*, trata-se de compor o dano decorrente de ato praticado com violação de direito; na *indenização*, cogita-se de reparar uma diminuição patrimonial não decorrente de um ato contrário ao direito.

LUIZ AUTUORI, que o cita a pág. 56, insiste no mesmo conceito à pág. 88 de sua monografia, transcrevendo a lição do Ministro Orozimbo Nonato, no rec. extr. n. 11.875 SP, da Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, “Rev. For.”, v. 144, pág. 103:

“Se os elementos corpóreos do “fundo de comércio” não se perdem com a deslocação do seu titular (material, mercadoria), podem sofrer alterações gravemente prejudiciais os seus elementos incorpóreos, que são os mais importantes, como a *clientela*, a *achalandage* e outros. É justo que, além dos prejuízos pela mudança dos primeiros, seja satisfeita a indenização pelos prejuízos dos segundos.

“Não se trata de indenização de ato ilícito, punitiva, mas de composição de interesses de atenuação dos prejuízos do titular do “fundo de comércio”, sacrificado à atividade do titular da propriedade do prédio, de indenização compensativa.”

Aliás, o próprio dec. 24.150, em seus “consideranda”, não titubeia em reconhecer que “o valor incorpóreo do *fundo de comércio* “se integra em parte no valor do imóvel, trazendo destarte pelo trabalho alheio benefícios ao pro-

prietário, ao qual não seria justo atribuir exclusivamente “tal quota de enriquecimento em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino que criou o valor” o que “valeria por um locupletamento condenado pelo direito moderno”.

Dando seqüência a essa mesma ordem de idéias, e às consubstanciadas nos arts. 20 e 21 do decreto n. 24.150, o art. 359 do Código de Processo Civil, em perfeita harmonia, determina que “ao fixar a indenização o juiz atenderá à valorização do imóvel, para a qual o locatário haja contribuído, ao valor do fundo de comércio e à clientela do negócio”

16. Orientação do legislador.

JOSIAS CORREIA BARBOSA dirige candente crítica ao “sistema da nossa lei”, que ainda se refere à desvalorização do fundo de comércio, idéia abandonada ou não considerada, sem dúvida, pela dificuldade de avaliação.

E acrescenta, a pág. 260, que na prática, a indenização compensatória não tem ido além das despesas de mudança, deixando de fora, sem reparação, a perda da propriedade comercial.

É uma grande, profunda e triste verdade.

Mas não justifica que a revolta do ilustre monografista se dirija ao decreto 24.150, que atribue ao inquilino que, pelos motivos indicados, não puder renovar o contrato, o direito a uma indenização na conformidade do direito comum, isto é, a uma indenização, pela vontade do legislador, a mais ampla, a mais cabal, a mais completa possível, como são — ou deveriam ser — as indenizações do direito comum, pois, do contrário, não haveria necessidade de recorrer a essa perífrase.

Não contente com isso, o art. 20 do aludido diploma legal especifica: “e, nomeadamente para ressarcimento dos prejuízos com que tiver de arcar em consequência dos encargos da mudança, perda do lugar do comércio ou indústria, e desvalorização do fundo de comércio.”

Se, para o simples motivo de condições melhores o critério é tão amplo, é bem de ver que deveria ser essa a balisa, o ponto de partida para novas investidas, perfeitamente justificadas, do locatário ludibriado no sentido de uma reparação muito mais completa.

O que acontece é que, como o próprio ilustre monografista acaba reconhecendo, a nossa jurisprudência, aferida ainda a uma concepção excessivamente tradicionalista da propriedade imóvel, não tem sabido traduzir, com fidelidade, as intenções do legislador, questão essa, à tóda evidência, completamente diferente.

Adita êle, à pág. 261, que o legislador, ao referir-se à perda do local, outra coisa não pretendia significar senão perda do fundo de comércio, uma vez que a perda do local, pura e simples, já estava implícita na mudança. Quem se muda, abandona, necessariamente, o local em que antes permanecia:

“A perda do local deve ser entendida — nem poderia deixar de ser assim — como perda do fundo de comércio, em outros termos, da propriedade comercial. Isso força a raciocinar no sentido de que, prescrevendo ao proprietário a obrigação de indenizar, segundo as regras do direito comum, o inquilino, pelas despesas e encargos de mudança e pela perda de seu fundo de comércio, estabeleceu uma dupla indenização compensatória, ou, se quiserem, uma só indenização calculada, porém, à base de um duplo critério de avaliação. É provável mesmo que, inspirando-se em parte, na lei francesa, o legislador tenha querido prescrever duas espécies de indenização à base de dois critérios diversos.

“Percebe-se, realmente, que, embora sem a técnica que seria desejável, o decreto-lei 24.150, no artigo 20, alude à indenização na conformidade do direito comum e, ao mesmo tempo, ao ressarcimento, que difere, técnica e juridicamente, da indenização.

“No caso dos encargos de mudança, em que se deve incluir as benfeitorias que geralmente ficam a cargo dos

inquilinos, a hipótese é de ressarcimento, à semelhança do que ocorre no direito francês. Na compensação pelos prejuízos sofridos com a perda do fundo de comércio, a hipótese é de indenização, tida como de expropriação ou de evicção pela doutrina, notadamente na França.”

Chega, então, ao ponto, com expressões que bem merecem ser grifadas:

“Os tribunais brasileiros não têm observado, na maioria de seus julgados, a prescrição do artigo 20 em tôda a sua amplitude, e quasi sempre perdem de vista a diferença fundamental que existe entre a indenização e o ressarcimento...”

Acentua, com tôda razão, a pág. 264 que, obtendo um aluguel geralmente elevado, o proprietário não está fruindo uma renda unicamente de sua propriedade. Locupleta-se com os frutos do trabalho e da iniciativa alheios. Evidentemente, o nôvo pretendente não faria oferta mais elevada se não contasse, principalmente, com os resultados que procura obter, explorando o seu negócio no local e apropriando-se da clientela de seu antecessor.

17. Falta de uniformidade da jurisprudência.

JOSIAS CORREIA BARBOSA, levando a crítica ao critério seguido pela grande maioria dos nossos tribunais, consigna que, em lugar de compensar o valor do bem incorpóreo pedido pelo locatário, como se poderia deduzir das expressões da lei (“perda do lugar do comércio ou indústria e desvalorização do fundo de comércio”), tem ela mandado ressarcir, na generalidade dos casos, os prejuízos decorrentes dos encargos de mudança, tal a insignificância das quantias mencionadas nas sentenças condenatórias.

Para verificar como é procedente a observação, e verificar como são díspares os critérios, basta correr os olhos pelos nossos repertórios. Levando-se embora em conta que variam bastante as situações de fato, de caso para caso,

não custa perceber que a falta de uma orientação segura faz com que se dê freqüentemente soluções idênticas aos casos os mais diversificados.

É o que procuraremos patentear, de maneira esquemática.

1. Uso próprio. 1. Indenização genérica e reconhecimento ao direito de preferência.

Supremo Tribunal Federal, embs. n. 14.206 SP, 12-1-1950, rel. Min. Anibal Freire, Arq. Jud., v. 95, p. 98;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Câmaras Cíveis, ap. 25.526, ac. un. 5-5-1955, rel. Des. Coelho Branco, Rev. For., v. 161, p. 235;

2. Reparação pela perda do local, desvalorização do fundo de comércio e despesas de mudança.

Supremo Tribunal Federal, 2.^a Turma, rec. extr. 17.567, 11-5-1951, Rel. Min. Afrânio Costa, Rev. For., v. 147, p. 156, Direito, v. 80, p. 143.

3. Despesas de mudança e das novas instalações, similares às existentes.

Supremo Tribunal Federal, rec. extr. 21.541 DF, 21-8-1952, Rel. Min. Ribeiro da Costa, "Jurispr", v. I, 1955, p. 234;

2.^a Turma, rec. extr. 18.315, 8-6-1951, Rel. Min. Rocha Lagoa, Arq. Jud., v. 100, p. 280;

2.^a Turma, rec. extr. 30.053, 8-11-1955, Rel. Min. Lafayette de Andrada, Rev. For., v. 166, p. 169;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. 4.700, 12-1-1945, rel. Des. Duque Estrada Júnior, Arq. Jud., v. 75, p. 151, 4.^a Câmara;

5.^a Câmara, ap. 6.767, 30-12-1945, Rel. Des. Cândido Lôbo, Arq. Jud., v. 78, p. 44.

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, 1.º Grupo de Câmaras Cíveis, ap. 20.593, 11-7-1963, rel. Des. Francisco P. Bulhões de Carvalho, Revista do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, v. 8, p. 142.

4. *Sòmente despesas de mudança.*

Supremo Tribunal Federal, sessão plenária, rec. extr. 55.851 MG, v. u. 6-9-1967, rel. Min. Eloy Rocha, Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 44, p. 397;

1.ª Turma, Agravo de instr. 38.901 SP, 17-10-1966, rel. Min. Evandro Lins e Silva, Rev. Trim. de Jur., v. 40, p. 200;

1.ª Turma, Rec. Extr. 60.570 RS, v. u. 21-11-1966, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, Rev. Trim. de Jur., v. 40, p. 497;

1.ª Turma, rec. extr. 61.827 PR, v. u. 22-5-1967, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Rev. Trim. de Jur., v. 42, p. 400;

2.ª Turma, rec. extr. 14.376, SP, 25-1-1949, rel. Min. Lafayette de Andrada, Arq. Jud., v. 98, p. 44;

2.ª Turma, rec. extr. 14.550, 28-4-1949, v. u., Rel. Min. Lafayette de Andrade, Arq. Jud., v. 92, p. 157;

2.ª Turma, rec. extr. 18.522, RG, 8-5-1951, v. u., Rel. Min. Lafayette de Andrada, Arq. Jud., v. 99, p. 282;

2.ª Turma, rec. extr. 21.352, v. u. 5-12-1952, rel. Min. Afrânio Costa, Rev. For., v. 152, p. 162;

2.ª Turma, rec. extr. 36.811 DF, v. u. 27-9-1957, rel. Min. A. A. da Costa, Diário da Justiça da União de 26-4-1958, p. 1.558;

3.ª Turma, rec. extr. 60.150 SP, v. u. 20-9-1968, rel. Min. Amaral Santos, Rev. Trim. de Jurispr., v. 47, p. 740.

II. *Melhor proposta de terceiro. Reparação dos encargos da mudança, perda do lugar do comércio e desvalorização do fundo de comércio.*

Tribunal de Justiça da Guanabara, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, embs. infrs. n. 12.569, Rel. Des. Paulo Alonso, Rev. Jurispr. do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, v. 2, p. 61;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.^a Câmara, ap. 13.379, Cap., v. u. 22-9-1941, rel. Des. J. M. Gonzaga, Rev. dos Tribs., v. 134, p. 228;

2.^a Câmara, ap. n. 4.462 Cap., v. u. 31-10-1938, rel. des. Manuel Carneiro, Rev. Tribs., v. 117, p. 168;

3.^a Câmara, ap. 4.477 Cap. v. u. quanto ao mérito, 20-12-1938, rel. des. Armando Fairbanks, Rev. dos Tribs., v. 118, p. 129;

3.^a Câmara, ap. 9.588 Santos, v. u., 23-10-1940, Direito, v. 7, p. 350;

4.^a Câmara, embs. decl. 35.113 Igarapava, v. u. 15-4-1948, rel. des. Fernandes Martins, Rev. Tribs., v. 174, p. 144.

III. Construção mais útil. 1. Indenização completa, nos termos da lei de luvas.

Supremo Tribunal Federal, 1.^a Turma, rec. extr. 14.896, de 6-6-1949, rel. Min. Barros Barreto, Arq. Jud., v. 91, p. 436, v. u.;

2.^a Turma, rec. extr. 14.206, v. u. 3-5-1949, rel. Min. Hahnemann Guimarães, Arq. Jud., v. 92, p. 369;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, C. Câmara Cíveis, Recs. Revista ns. 719 e 720, na ap. n. 4.191, 2-5-1946, rel. des. Cândido Lôbo, Rev. dos Tribs., v. 180, p. 831;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ap. civ. 84.247, Cap., 15-10-1957, rel. des. Dimas de Almeida, Rev. dos Tribs., v. 274, p. 350.

5. Fundo de comércio e despesas de mudança.

Supremo Tribunal Federal, 1.^a Turma, rec. extr. 13.558, DF, v. u. 2-8-1948, rel. Min. Alvaro Ribeiro da Costa, Arq. Jud., v. 88, p. 270;

1.^a Turma, rec. extr. 52.296 SP, v. u. 18-7-1968, rel. Min. Luiz Gallotti, Diário da Justiça da União de 29-8-1963, p. 790;

1.^a Turma, rec. extr. 57.522, v. u. 23-3-1965, rel. Min. Evandro Lins e Silva, Tribuna da Justiça 24-5-1965, p. 2;

2.^a Turma, rec. extr. 17.567, 11-5-1951, rel. Min. Nelson Hungria, Rev. For., v. 147, p. 156, Arq. Jud., v. 112, p. 38, Rev. de Direito Imobiliário, v. 17, p. 184;

2.^a Turma, rec. extr. 18.336, 26-1-1951, rel. Min. Orosimbo Nonato, Arq. Jud., v. 99, p. 60;

2.^a Turma, rec. extr. 18.760 MG, 15-5-1951, Diário da Justiça da União, 2-3-1953, p. 716, Rev. Tribs., v. 220, p. 542, rel. Min. Afrânio Costa;

2.^a Turma, rec. extr. 21.352, v. u. 5-12-1952, rel. Min. Afrânio Costa, Rev. For., v. 152, p. 162;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Sessão conjunta das 5.^a e 6.^a Câmaras, 4-7-1938, rel. des. Edgard Costa, Rev. Tribs., v. 120, p. 620;

1.^a Câmara Civ., ap. 18.258, v. u. 7-7-1952, rel. Des. Hugo Auler, Arq. Jud., v. 109, p. 498;

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.^o Grupo de Câmaras, 14-4-1941, embs. 10.726 SP, rel. des. Paulo Colombo, Rev. Tribs., v. 134, p. 522;

1.^o Grupo de Câmaras, embs. 30.238, 3-6-1947, rel. des. V. Penteadó, Rev. Tribs., v. 170, p. 120;

2.^a Câmara, ap. 10.726, 19-11-1940, rel. des. Mário Guimarães, Rev. Tribs., v. 132, p. 646;

2.^a Câmara, ap. n. 30.238, v. u. quanto ao mérito, 25-3-1947, Rev. Tribs., v. 167, p. 631; rel. des. A. de Oliveira Lima;

5.^a Câmara, embs. n. 63.927, v. u. 28-8-1953, rel. des. Vicente Sabino Júnior, Rev. For., v. 155, p. 257.

3. *Indenização das despesas de mudança e instalações.*

Supremo Tribunal Federal, rec. extr. n. 24.874 DF, 13-4-1956, rel. Min. Ribeiro da Costa, Arq. Jud., v. 120, p. 351;

Embs. em rec. extr. 14.179, 1-6-1950, Rel. Min. Edgar Costa, Arq. Jud., v. 97, p. 30;

Embs. em rec. extr. 15.279, 24-7-1950, rel. Min. Barros Barreto, Rev. Tribs., v. 205, p. 588;

1.^a Turma, rec. extr. 13.558, v. u. 2-8-1948, rel. Min. Laudo de Camargo, Arq. Jud., v. 88, p. 270;

2.^a Turma, rec. extr. 11.163, 29-11-1949, Rel. Min. Orosimbo Nonato, Arq. Jud., v. 94, p. 286;

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4.^a Câmara, ap. n. 7.041, 7-5-1946, Rel. Des. Martins Teixeira, Rev. For., v. 109, p. 132;

6.^a Câmara, ap. n. 8.363, 11-10-1946, rel. Des. Espínola Filho, Rev. For., v. 114, p. 126;

Tribunal de Alçada de São Paulo, 1.^a Câmara, ap. n. 8.523, 13-10-1954, rel. Min. Cantidiano de Almeida, Rev. Tribs., v. 230, p. 471.

4. *Sòmente despesas de mudança.*

Supremo Tribunal Federal, Súmulas 181 e 444;

Embrs. no rec. extr. 15.279 SP, 24-7-1950, Rel. Min. Barros Barreto, Diário da Justiça da União de 14-6-1952, p. 2.647, Rev. Tribs., v. 205, pág. 588;

Embs. no rec. extr. 16.765, 25-1-1951, rel. Min. Macedo Ludolf, Arq. Jud., v. 99, p. 165;

Sessão Plena, emb. rec. extr. 18.336 SP, 18-7-1952, rel. Min. Barros Barreto, Diário da Justiça da União de 30-8-1954, p. 2.797;

Rec. extr. n. 24.250, 29-10-1953, rel. Min. Afrânio da Costa, Diário da Justiça da União de 9-5-1955, p. 1.660;

Sessão Plena, 28-9-1967, v. u., rec. extr. n. 58.842 SP, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Rev. Trim. de Jurispr., v. 44, p. 692;

Sessão Plena, rec. extr. n. 46.749 GB, v. u. 6-9-1967, rel. Min. Eloy da Rocha, Rev. Trim. Jurispr., v. 43, p. 526;

Segunda Turma, rec. extr. n. 63.476 PR, v. u. 24-10-1967, rel. Aducto Cardoso, Rev. Trim. Jurispr., v. 44, p. 283.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1.^a Câmara, ap. 74.382, Cap., 21-8-1956, rel. Des. David Filho, Rev. Tribs., v. 262, p. 179;

2.^a Câmara, ap. 86.441 SP, v. u. 10-6-1958, rel. Dimas de Almeida, Rev. dos Tribs., v. 277, p. 367;

5.^a Câmara, ap. 63.927 SP, v. u. 28-8-1953, rel. Vicente Sabino Jr., Rev. dos Tribs., v. 217, p. 265;

5.^a Câmara, ap. 65.333 SP, v. u. 18-12-1953, rel. des. Joaquim de Sylos Cintra, Rev. dos Tribs., v. 222, p. 268.

Razão ainda assiste a JOSIAS CORREIA BARBOSA quando pondera que o critério jurisprudencial tem permanecido mais ou menos idêntico mesmo na hipótese de condenação em caso de *retomada fraudulenta*:

“Na verdade, os tribunais decidem tendo em vista o motivo determinante: se o locatário perde o local em virtude de melhores condições oferecidas por terceiros, tem lugar a indenização compensatória; se o proprietário não realiza o contrato dentro de 30 dias, ou não inicia as obras no prazo de três meses, ou, finalmente, explora o mesmo ramo de comércio ou indústria explorado pelo inquilino, ou consente que outrem o faça, fica sujeito a pagar a indenização penal.”

Demonstra que, na prática, a despeito da diversidade dos fundamentos, a indenização será compensatória ou penal, segundo as circunstâncias, mas sempre a mesma, sem qualquer variação, não se modificando nem mesmo quando concorrem motivos que justificam a condenação do proprietário em ambas as indenizações.

Aponta, como exemplo, justamente a hipótese da consulta, retomada maliciosa seguida da exploração do mesmo ramo de negócio: o fato de não se modificar, via de regra, o valor da indenização, é, sem dúvida, *um convite à fraude*.

“No entanto”, — conclue, exatamente no sentido que viemos sustentando — “a referência da lei é clara: indenização na conformidade do direito comum, nomeadamente para ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos encargos de mudança e perda do lugar do comércio e indústria (art. 20).

“Tal como no direito francês, estão aí traçados os limites, com bastante nitidez, de dois critérios indenizatórios: a) despesas e encargos de mudança; b) perda do local de comércio ou indústria. Não há mesmo como confundi-los. É errôneo pretender-se que o pensamento do legislador foi estabelecer apenas a indenização para os encargos de mudança, porque, se assim fôra, êle teria evitado dizer, depois de se referir a êsses mesmos encargos: “e perda do lugar do comércio e indústria”.

Os casos que chegam às barras dos tribunais são quase que exclusivamente referentes às obras não iniciadas no prazo de três meses.

Raríssimos os julgados que se cifram a determinar a indenização sòmente das despesas de mudança, como o do E. Tribunal de Apelação do Distrito Federal, no agravo de petição n. 5.072, de 9-4-1940, rel. Des. A. M. Ribeiro da Costa, v. u., Direito, v. 3, p. 360.

Um pouco mais numerosos os que não vão além da indenização do fundo de comércio, como os do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3.º Grupo, embs. 57.753 Cap., v. u. 12-6-1953, rel. Des. Clovis de Moraes Barros, Rev. dos Tribs., v. 214, p. 152; 4.ª Câmara, ap. n. 27.960, Capital, v. u. quanto à tese, 24-1-1946, rel. des. Meireles dos Santos, Rev. dos Tribs., v. 163, p. 247, e, no Tribunal de Alçada de São Paulo, a C. 2.ª Câmara, na apelação cível 15.476 de Santos, v. u. de 1-8-1956, rel. Min. Ulysses Dória, Rev. dos Tribs., v. 257, p. 507.

A tendência é fazer simples referência aos arts. 20 e 21 § 3.º da Lei de Luvas, sem indicação do montante, mandando assim pagar uma indenização total.

Nesse sentido têm decidido, no E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as E.:

2.ª Câmara, agravo n. 4.448 Capital, v. u. 31-10-1938, rel. des. Frederico Roberto, Rev. dos Tribs., v. 117, p. 168;

2.^a Câmara, embs. n. 4.448, Cap., 12-6-1939, rel. Des. Mário Guimarães, Rev. dos Tribs., v. 120, pág. 496;

4.^a Câmara, ap. 11.254 Cap., v. u. 6-2-1941, rel. Theodomiros Dias, Rev. dos Tribs., v. 134, p. 206;

4.^a Câmara, ap. n. 28.865, Cap., v. u. 6-4-1946, rel. Pinto do Amaral, Rev. dos Tribs., v. 163, p. 753;

5.^a Câmara, agravo n. 4.910, Campinas, 30-9-1936, v. u., rel. Paulo Colombo, Rev. Tribs., 104, p. 172.

18. *Cálculo do valor do fundo de comércio.*

O tópico fundamental da indenização é, sem dúvida, o que diz respeito ao cálculo do valor do fundo do comércio.

A tarefa não será fácil, mas não é impossível.

Num interessante artigo publicado no “Diário Comércio & Indústria”, de 28-9-1961, “Generalidades sobre Contabilidade — Fundo de Comércio”, depois de encarecer que, como rubrica e valor contábil, somente aparece no momento da venda, cessão, ou transpasse do negócio, transcreve G. GALDI o critério de BATARDON: “La estimacion del fundo de comércio es variable y siempre convencional, admitiendo-se generalmente, que puede ser representada por una cifra igual a dos o tres veces el beneficio neto, que, por término médio, se haya obtenido en los ultimos anos.”

Tenham-se todavia em conta as advertências de Ugo MURANO, monografia citada, p. 233-234:

“O acertamento, na consistência e no montante de tal indenização, depende de circunstâncias contingentes: de fato, a intensidade do movimento do estabelecimento anterior, causa de um correlativo enriquecimento do proprietário, poderá ser conectada à longa destinação do estabelecimento, à solidez da firma comercial, ao crédito e ao prestígio que ela conseguiu adquirir: numa palavra, à sua importância; e poderá, por outro lado, ser determinada também, de maneira preminente, pela particular localização do imóvel. .

“Quando a mais valia adquirida pelo prédio devido ao aviamento do estabelecimento comercial aí exercido seja devida de maneira *preeminente* à atividade econômica do empreendedor, é justificada a remuneração de tal forma de trabalho, no reconhecimento de uma conveniente indenização a cargo do proprietário.”

Nem poderão deixar de ser consideradas as importantíssimas contribuições daqueles que tão de perto sentiram a premência do problema, que chegaram a consubstanciar suas idéias em projetos de lei.

Assim, conclue CESARE VIVANTE seu citado trabalho, “La Proprietá Commerciale della Clientela”, apresentando um, num só artigo: “Art. único. O proprietário que continua por conta própria o fundo de comércio exercido pelo seu inquilino deve ressarcir-lo pelo valor capitalizado pela clientela.

“A mesma regra aplica-se ao proprietário que, renovando o contrato de locação com outro inquilino, obtém um benefício mediante aumento de aluguel.

“Ao fixar o montante da indenização levar-se-ão em conta as relações jurídicas ou habituais que passam ao nôvo titular do fundo de comércio, deduzindo-se as devidas pela localização do imóvel.”

Não foi o único a demonstrar semelhante zelo. Ugo MURANO, nas páginas finais de sua monografia, transcreve nada menos de cinco projetos, oferecidos em diferentes oportunidades.

Merece ser lembrado o oferecido em sessão de 18-7-1922 do Senado italiano, pelos Ministros da Indústria e Comércio e da Justiça:

“Art. 6. — O locatário que sai tem direito de obter do proprietário uma compensação pelo aviamento que tenha eventualmente proporcionado ao fundo de comércio e do qual possam tirar proveito o proprietário ou o nôvo inquilino, que a êle se

substituíam para continuar exercendo aí o mesmo comércio ou a mesma indústria ou um comércio ou indústria afim.

“Semelhante compensação será igualada àquela parte de aumento do valor locativo ocasionado pelo exercício comercial ou industrial preexistente e será devida unicamente no caso em que o locatário não tenha querido submeter-se ao aumento de aluguel pretendido pelo locador ou pelo proprietário.

“A compensação não poderá ser superior a cinco vezes o aumento anual de aluguel da nova locação em comparação à anterior.”

19. Conclusão.

O descabimento do pedido de despejo há de ser proclamado, tão patente se percebe, desde as primeiras linhas da própria notificação o intuito fraudatório da lei.

Admitindo-se porém, única e exclusivamente *ad argumentandum*, a acolhida da imoral pretensão, reconhecido que o senhorio exerce e pretende exercer a mesma atividade comercial do inquilino, então uma coisa é certa: não poderá ser a êste negada a mais completa das indenizações. Teremos então uma verdadeira venda forçada do fundo de comércio a quem dêle, sem merecer, vai usufruir.

Na fixação do justo preço, poderão os magistrados sentirem-se tolhidos pela falta de texto ainda mais explícito do que os transcritos?

Não se deixariam dominar pela sensação de estarem assumindo a função de legislador?

Ou, na frase elegante de DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, “Verificada a fraude, poderá o juiz, em que pese a omissão da lei sobre a indenização para tal caso, impôr ao proprietário o ônus de reparar os prejuízos do comerciante locatário?”

Demonstra então que o problema só comporta uma solução, que se harmoniza com o sistema e o espírito do

decreto n. 24.150 e também com os princípios gerais de direito: a obrigação de ressarcir os danos causados injustamente à propriedade comercial:

“Nem seria conforme à equidade, lema da lei, que a torpeza não fôsse coibida, que se deixasse tal proprietário em posição melhor que outro a quem, por escrúpulo e bons costumes, repugnasse o uso do artifício.

“Nessa hipótese, o juiz não se tornará legislador, para criar casos de indenização, apenas fará aplicação da lei consoante o seu espírito e sistema e os princípios gerais de direito, como ordena o seu art. 16.”

Aprofundando o exame da questão, PAOLO GRECO, “La Clientela Commerciale come Oggetto di Diritti”, *in Studi di Diritti Commerciale in Onore di CESARE VIVANTE*, Foro Italiano, Roma, 1931, v. I, p. 571 e segs., deduz, da ampla significação da propriedade e da sua proteção, que tôdas as propriedades, sem qualquer exceção, são invioláveis, fórmula oportunamente lembrada por VIVANTE, justamente na questão do fundo de comércio: daí a obrigação da indenização (pgs. 603-604).

Aborda “precisamente il caso del conflitto fra locatore e conduttore di locali adibiti ad uso di commercio quando, cessato il rapporto locatizio, ad essi acceda la clientela dell’azienda”, e demonstra que uma vez adquirida pelo proprietário a mais valia dêsse patrimônio, por ela deve responder *ainda que não retire proveito*, ainda que faça dêle objeto de ato de liberalidade (p. 628).

Com relação à indenização decorrente de desapropriação pelo poder público, em que não há que cogitar de dolo ou de culpa, é óbvio que o expropriante assume o risco de compor os prejuízos.

Que dizer então no caso de danos provenientes da mais explícita má fé, de malícia, de concorrência ilícita?

Além das verbas devidas em consequência da determinação contida no art. 20 do dec. 24.150, isto é:

a) perda do lugar do comércio ou indústria;
b) desvalorização do fundo de comércio;
c) prejuízos decorrentes dos encargos de mudança, muitas outras existem, que, para atendimento dos reclamos da doutrina e da própria lei, não podem deixar de ser consideradas, exemplificativamente:

d) adaptação das instalações, mobiliário, tapeçarias, etc., ao novo local;

e) lucros cessantes, pelo menos durante um semestre, devendo abranger o espaço de tempo indispensável para a mudança e reinstalação, durante o qual se impõe a paralisação da atividade comercial ou industrial, como reivindica OSCAR BARRETO FILHO, para o caso de desapropriação (p. 34);

f) indenizações trabalhistas devidas nos casos em que a retomada implique encerramento definitivo das atividades comerciais do inquilino;

g) indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis introduzidas no imóvel, nos termos do art. 516 do Código Civil, sem esquecer que, nos termos da parte final desse dispositivo, poderá o inquilino exercer o direito de retenção, princípio êsse reiterado pelo art. 1566, n. III, e, com relação à locação, pelo art. 1.199 ;

h) valor do próprio fundo do comércio (em substituição, portanto, dos itens b) e e), rigorosamente computado, uma vez que no caso da consulta irá beneficiar direta e totalmente o locador.

É tempo de concluir.

E o faremos invocando ainda uma vez a lição autorizada desse professor:

“Capitalização que é, a longo prazo, do trabalho, estudo, dedicação e probidade do comerciante, tem o fundo de comércio um valor econômico, que aumenta à medida que se implanta a confiança do público, por força da tradição, do costume, da antigüidade do estabelecimento.”

“Como no caso de desapropriação, também a retomada para satisfação da concorrência desleal acarreta “repercussões desastrosas... para um estabelecimento em plena atividade, o qual, constituindo uma unidade de produção, tem, ainda, muitas vèzes, a seu cargo pesados ônus de natureza social-trabalhista.”

Valerão, então, as expressões que transcreve de BAUDRY :

“É preciso, em todos os casos, que a indenização seja justa, isto é, calculada de tal modo que ela possa permitir ao expropriado reintegrar-se numa situação exatamente igual. Ela deverá, em consequência, compreender não sòmente o valor venal da propriedade, mas ainda os danos atuais e certos que sejam a consequência direta da expropriação.”

É o meu parecer.

São Paulo, julho de 1969.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

O Jurista na Era Tecnocrática*.

A. F. Cesarino Júnior

Catedrático de Legislação Social na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Turma da reforma universitária.

Mais do que a gentileza da escolha do meu nome para vosso paraninfo, tão bem revelada nas amáveis palavras do vosso eloqüente orador, venho agradecer-vos a compreensão que ela representa de todo um ideal de minha existência.

Professor mais por vocação do que por profissão, sempre cuidei, principalmente através dos meus quarenta anos de catedrático oficial, da modernização do ensino a mim confiado e, portanto, da crítica ao atraso em que permaneciam os métodos por mim encontrados. Já em 1935 proferia conferência no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo sobre “Como se ensina História” e em 1949 apresentava ao Congresso Jurídico Nacional, reunido em Fortaleza, uma tese sobre a “Reforma do Ensino Jurídico”, a qual consta de seus “Anais”.

Desde essa data até hoje prossegui ininterruptamente, aliando a teoria à prática, no esforço para conseguir aquelas reformas, como podem atestá-lo o “Seminário de Legislação Social” e o discurso que proferi como paraninfo da Turma de 1954 de nossa Faculdade e que os alunos publicaram em sua revista “Arcadas”.

* . Discurso do paraninfo da Turma de 1968, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Coerentemente, iniciado por vós e por vossos colegas da USP, em 1968, um movimento em prol da “Reforma Universitária”, era impossível que dêle me alheasse, principalmente quando êle atingiu o seu auge, no próprio momento em que eu chegava da Venezuela onde havia proferido uma conferência exatamente sôbre a reforma da Universidade e precìpuamente do ensino jurídico.

Daí ter emprestado minha solidariedade aos vossos justos ideais, agindo como moderador de vossos impulsos às vêzes excessivos, como é natural na juventude.

Muito embora não houvéssemos conseguido inteiramente a reforma de nossos sonhos, não há dúvida de que a nossa campanha, vossa e de vossos colegas da USP, foi plenamente vitoriosa.

Eis porque creio ser justo que ao nome glorioso de “Professor Gofrêdo da Silva Telles Jr.”, que a vossa turma tão justamente ostenta, poderia igualmente e, a justo título, luzir também o de “Turma da Reforma Universitária”

A “reforma universitária” e os juristas de 1968.

Mas — cumpre indagar — por quê justamente vós, bacharelados de 1968, que estáveis a terminar o vosso curso, já com os pés nas portas de saída da Faculdade, vos empenhastes tão a fundo nessa campanha, nela arriscando até mesmo a possibilidade de estar presentes à cerimônia que hoje celebramos?

Creio — e de alguns de vós ouvi isto mesmo — que a razão está de um lado no descontentamento que sentis em vós mesmos ao pressentirdes que estáveis despreparados para enfrentar a vida jurídica fora da Faculdade, tal como ela se apresenta no momento presente. E ao mesmo tempo ao vosso altruismo, ao desejardes que tal não acontecesse aos vossos futuros colegas. Por isso, vos arriscastes nas idealísticas jornadas de 1968.

O reconhecimento, de minha parte, de quanto estáveis certos em assim pensar e em assim proceder, foi o motivo

determinante de minha aceitação ao convite que me formulastes. Tal reconhecimento, porém, neste momento em que nos despedimos, me obriga a meditar convosco, em voz alta, sobre esses problemas. É que vós estais exatamente deixando uma Faculdade ainda profundamente tradicionalista, para ingressar numa sociedade profundamente modificada pelo progresso tecnológico, que revolucionou a vida econômica e nela implantou triunfantemente a tecnocracia.

Evolução do predomínio das profissões.

Não preciso lembrar-vos de que, nas mais priscas eras, os profissionais que dominavam a vida social, acompanhando o homem desde o berço até o túmulo, ou até mesmo antes do nascimento e depois da morte, eram os sacerdotes. Era a época de pleno domínio da *teocracia* e para recordar quanto ela influiu no Direito, bastaria citar o exemplo do Rei Numa Pomílio, que baseava a necessidade de obediência às suas leis no fato (por êle alegado) de terem sido inspiradas pela ninfa Egeria. E vós sabeis que durante muito tempo o “fas” conviveu com o “jus” e até mesmo em nossa época ainda nêle exerce alguma influência.

Veio, depois, aquilo que poderíamos chamar de *nomocracia*, a época áurea para os legisladores, para os juristas. Na Grécia, Licurgo e Sólon, em Roma, todos os jurisconsultos, “os prudentes”, como os chamavam, tiveram a sua era de esplendor. E mesmo em nosso continente, os bachareis em Direito, “os letrados”, dominaram até relativamente há pouco tempo a nossa vida social e política. Em 1838 dizia STENDHAL: “Par malheur, un gentil homme ne peut se faire ni médecin, ni avocat et le siècle est aux avocats”.¹

O desenvolvimento da ciência da natureza, porém, principalmente o da Biologia e da Medicina, trouxe o predo-

1. “Por infelicidade, um gentil homem não pode fazer-se nem médico, nem advogado e o século é dos advogados”.

mínio de uma outra categoria, a dos médicos. Vivemos até a data recente e, em certa medida vivemos ainda, sob a hegemonia dos médicos. Foi a era da *galenocracia*.

Mais tarde, a Primeira Revolução Industrial trazendo o empolgante desenvolvimento do capitalismo, passou a influência aos empresários, aos donos das fortunas, vindo o mundo a viver nôvo período de sua História, o da *plutocracia*.

Atualmente, entretanto, com a Segunda Revolução Industrial, com o advento da automação, da cibernética, dos computadores, da tecnocracia, enfim, os empresários, os capitalistas, estão sendo, senão suplantados, pelo menos guiados pelos técnicos, entre os quais sobressaem os economistas. Vivemos, portanto, plenamente a era da *tecnocracia*.

A era tecnocrática.

Num primoroso estudo sôbre *Ambiguité de la Technocratie*, NORA MITRANI mostrou como a intervenção técnica nas sociedades industrializadas modernas se recusa a ser *tecnicidade*, para transformar-se em *tecnocracia*. Nelas o conhecimento técnico tende cada vez mais a prevalecer sôbre as outras espécies de conhecimento.

Afirma ela que a elevação na hierarquia técnica vai a par com uma especialização decrescente em proveito duma polivalência técnica se exercendo sôbre a totalidade (da ordem do fenômeno social total: reunindo a um tempo os caracteres morfológicos, econômicos e psicológicos da realidade social) e envolvendo uma acentuação da vontade de poder. Isto significa que a detenção da polivalência técnica, ou simplesmente o fato de ocupar uma posição que permita pretendê-la, caracteriza a tecnocracia. Esta é definida por Léo Moulin, como: “Todo sistema de govêrno que pretenda confiar a direção dos meios de produção e, caso necessário, o govêrno do Estado, a técnicos, engenheiros, homens de ciência, economistas etc.” Em reputado diciona-

rista se lê: *Tecnocrata* — Homem de Estado ou funcionário que exerce sua autoridade em função de estudos teóricos aprofundados dos mecanismos econômicos, mas sem ter sempre em suficiente conta os fatores humanos”. E ainda: *Tecnocracia* — Sistema político no qual a influência determinante pertence aos técnicos da administração e da economia”.

Com efeito, continua NORA MITRANI, há uma tendência a confundir, mesmo em homens muito experimentados, eficiência técnica e poder social. A confusão está mesmo na medida da mentalidade técnica que não crê nas diferenças entre o mundo social e o mundo da natureza a fim de poder legitimar a manipulação e a colocação em equação tanto de um como do outro.

A concepção técnica da totalidade trai uma ilusão muito grave. A redução, simplificadora ao excesso das diferenças qualitativas de um conjunto técnico a diferenças de escala ou de quantidade quando se passa a um conjunto mais vasto, se acrescenta aqui à confusão filosófica de duas noções heterogêneas, a de conjunto técnico e a de totalidade social. Aí em lugar de progressão há uma solução de continuidade, passagem de um plano da tecnicidade a um outro plano em que esta desempenha apenas o papel de conselheiro ou mesmo nenhum papel e ainda são exigidas operações mentais e outras condutas diferentes das efetuadas pelo técnico.

Há, assim, uma cegueira do técnico para todos os problemas que excedam a tecnicidade, uma alienação técnica, que faz pesar uma grave ameaça sobre a vida social. Ele aborda as técnicas de manipulação dos espíritos com o mesmo cuidado de tecnicidade, os mesmos esquemas operatórios utilizados na manipulação das realidades físicas. O vocabulário usado é idêntico. Tratar-se-ia num e noutro caso de obter a “regulação” de um sistema, de assegurar um *feed back*, de pôr em circulação uma certa quantidade de informação e de proceder à sua medida — expressões — estas tão conhecidas dos ciberneticistas como dos espe-

cialistas em psicologia social — e que têm um lugar privilegiado no vocabulário tecnocrático. Esta unificação do vocabulário, para a qual tendem a cibernética e seu corolário, a teoria da informação, implicam no abandono de qualquer referência ao qualitativo propriamente dito, às idéias e valores não técnicos, às obras de civilização, excluem qualquer tomada de posição ética ou política, mas colocam todavia o preconceito da desumanização como hipótese de trabalho prévia a qualquer pesquisa. A metodologia tecnocrática se caracteriza, portanto, por esta dupla redução das diferenças de estrutura a diferenças de escala e da noção de totalidade social à duma quantidade maximal.

Tôdas as noções que se puderam formar até aqui das obras da civilização, da realidade social, do homem, da liberdade humana, se encontrariam inteiramente demolidas com o advento de uma sociedade global tecnocrática.

O jurista e a era tecnocrática.

Neste quadro que acabo de descrever-vos, valendo-me do precioso estudo de NORA MITRANI, qual a posição do jurista?

Em primeiro lugar, as Faculdades de Direito, especificamente as nossas, não preparam seus alunos para a era tecnocrática em que devem operar. Conservam ainda, em quase tudo, uma organização excessivamente tradicional, em inteiro descompasso com as mudanças da civilização tecnológica. Basta dizer que enquanto estudam a “História das Doutrinas Econômicas”, deixam de estudar, pelo menos no Curso básico de bacharelado, o “indispensável Direito Econômico”.

Estão assim em pleno desacôrdo com a evolução sofrida pela própria carreira dos juristas, notadamente dos advogados, como tão bem nos recorda C. WRIGHT MILLS para os Estados Unidos.

Em seu magnífico livro sôbre a classe média norte-americana, *White Collar*, estuda êle longamente a evolução da advocacia naquele país. Lembra que tanto TOCQUEVILLE, no princípio do século XIX, como BRYCE, no seu fim, pensavam que o prestígio dos advogados norte-americanos era muito alto, fazendo dêles uma espécie de substitutos da aristocracia. Isto não era bem exato, pois entre êles houve maus elementos, visto como o Código de Ética Profissional sômente foi adotado pela *American Bar Association* em 1908.

Antes da ascensão das grandes sociedades comerciais (*corporations*), entretanto, o advogado era um agente da lei, cuidando dos interêsses gerais da sociedade, tais como nela fixados. O advogado indicava a orientação da lei e aconselhava os clientes contra as armadilhas da ilegalidade. Prestava serviço público e estava acima dos interêsses dos negócios.

Mas, com o tempo, a função da lei foi criar a estrutura legal para a nova economia da grande corporação, com a separação da propriedade e do contrôle e o crescente monopólio do poder econômico. Com a mudança, o público se tornou para o advogado um objeto de lucro antes que de obrigação.

O resultado foi que as pessoas com pouco ou nenhum dinheiro ficaram incapacitadas de contratar advogados. Êstes passaram a servir apenas a uma delgada crosta superior e aos interêsses financeiros. Assim o advogado criou o seu escritório à imagem das corporações que êle servia e defendia. Muitos profissionais exercendo individualmente a profissão ficaram marginalizados, enquanto se tornaram agentes assalariados dos que estavam no alto. Como o sistema dos novos negócios se tornou especializado, com diversas seções e problemas legais específicos, também os advogados se tornaram técnicos nos mesmos, impulsionando os seus interêsses, em lugar de ficar fora do sistema dos negócios e de servirem um direito que coordenasse as partes de uma sociedade.

Assim, o advogado se tornou uma personalidade elegante, cujo sucesso profissional está ligado a um escritório de advocacia, cujo sucesso por sua vez, está ligado às perturbações da grande corporação e ao contato com pessoas de fora do escritório. Êle é um alto estrategista legal para a alta finança e suas reorganizações lucrativas, cuidando dos negócios de um grupo de bancos e companhias do modo mais barato possível, fazendo o máximo com suas possibilidades exteriores como um ajudante da grande administração que lhe assobia por telefone. Êle ensina impessoalmente aos financistas como fazer o que êles querem dentro da lei, advertindo-os dos riscos que estão assumindo e da melhor maneira de resguardar-se. Mais do que um consultor e um conselheiro para os grandes negócios, o advogado é o seu servente, o seu paladino, o seu pronto apolo-gista, embebido de sua sensibilidade.

O advogado se torna, êle mesmo, o proprietário e gerente geral de uma usina de Direito, com dezenas de advogados formados por Harvard, Yale, Columbia e dezenas de escreventes, secretários e investigadores para ajudá-lo. Êstes escritórios se tornam anexos das grandes emprêsas comerciais e dos bancos de investimento.

Os chefes destas firmas são escolhidos, como as estrêlas de cinema, pelo seu “glamour”, pelo seu encanto. . . Atrás dêles ficam os homens com habilidades técnicas, como em Hollywood, procurando a melhor oportunidade, mas trabalhando por um pequeno salário. Abaixo dos sócios pròpriamente ditos, estão associados que são advogados assalariados, cada um trabalhando num departamento especializado. Dá-se assim a “proletarização” da profissão liberal a que tanto se opôs o Professor MÁRIO DEVEALI.

Nesses grandes escritórios, muito do trabalho é impessoal, violando o preceito deontológico de que o advogado e o cliente devem manter relações pessoais. Os contatos pessoais entre os membros da profissão e entre advogados e clientes foram substituídos por apressadas conversas tele-

fônicas. A maior parte do serviço é feito por jovens advogados enquanto a sua produção sai sob o nome dos sócios principais. Eles perdem o conhecimento dos segredos dos negócios e os contatos úteis para o exercício da profissão. Assim lhes é cortada a carreira, aberta antes aos portadores de nomes ilustres, os quais têm ligações poderosas ou fazem casamentos estratégicos.

É claro que especialmente nas cidades menores há escritórios de muito menores proporções, cuidando dos problemas locais. Finalmente, na base da pirâmide há o advogado que exerce individualmente a profissão, cuidando das questões legais de pessoas e pequenos negócios. E, na margem inferior deste grupo, principalmente nas grandes cidades, há aqueles advogados que vivem “perigosamente juntos à classe dos criminosos.”

O jurista na era tecnocrática.

Por outro lado, dada a estrutura vigente em nossa Universidade — esperamos que por pouco tempo ainda — não têm os náveis juristas as bases filosóficas, sociológicas e psicológicas e, sobretudo, deontológicas, éticas, para poderem vantajosamente enfrentar os perigos da sociedade tecnocrática atrás descritos. Acertadamente disse JEAN GURTON: “Nossa época se ressentida da divisão que consentiu entre a técnica e o espírito”.

Dai que — Juiz, advogado, promotor, ou autoridade policial — o jurista se verá sempre em dificuldade para fazer devidamente predominar, no exercício de sua atividade, os valores humanos que aquela sociedade desconhece.

É claro que, como a formação do jurista não depende exclusivamente do seu curso jurídico, muitos deles escapam ao destino aqui traçado. Não há dúvida de que cada um de nós têm várias educações: a que os pais lhe deram, a

que a Escola lhe deu, a que o mundo lhe deu e, para alguns, também a que êles próprios se deram.

Cumpre observar que os fenômenos descritos não se passam igualmente em todos os lugares. Com acêrto disse PIERRE GEORGE: “Nunca o mundo foi tão profundamente diferenciado, enquanto tantas coisas se uniformizam.”

Entretanto, a profissão dos juristas tem aspectos que, bem aproveitados, lhes permitirão enfrentar, com possibilidade de êxito, os escolhos acima apontados.

A versatilidade do jurista.

Já disse alguém com muito espírito, embora com pouca exatidão, que “o jurista é um especialista em generalidades”. Óbvia a inexatidão, comparável à do anúncio que vi na enorme placa de um médico no Braz: “Dr. Fulano — Especialista em todos os ramos da Medicina”.

Na verdade, a expressão correta seria a de que a profissão do jurista comporta uma grande versatilidade. Como êle deve lidar com a própria vida, em todos os seus aspectos, passa a ter uma visão ampla, a interessar-se por múltiplas atividades. Com razão diz LÉO MOULIN: “O segundo exemplo diz respeito ao Direito: a extensão do campo jurídico cresce, como é normal, num Estado que se ocupa agora de tôdas as atividades humanas. Além do mais, por preocupação de eqüidade ou de submissão às pressões sociais, o legislador matiza a legislação ao infinito, e modifica-a sem cessar. A produção neste domínio é portanto imensa”.

Com efeito, em última análise, salvo os raros casos de regras de superdireito, o legislador apenas coloca o timbre da coercibilidade em verdades pertinentes a quase tôdas as outras ciências, transformadas as suas afirmações em regras jurídicas. Daí que, mais do que qualquer outra profissão, a do jurista pressuponha, para o seu bom desempenho, uma vasta cultura geral. É que a realidade como o

demonstrou FRANÇOIS PERROUX é complexa, heterogênea, dialética, instável, múltipla. E o jurista enfrenta diariamente a realidade, nas suas mais variadas facetas.

A respeito vale lembrar este tópico de PETER DRUCKER: “Para ser uma pessoa eficiente numa sociedade educada, qualquer um, não importa qual seja o seu trabalho, precisa de certa formação. Faz-se necessário conhecer o homem, sua grandeza e sua miséria, sua personalidade, sua história e sua sociedade. Ele precisa de uma base no conhecimento de pesquisa sistemática que chamamos de *ciência* — seus métodos, sua história, suas hipóteses fundamentais e suas principais teorias. Precisa de um mínimo de competência no uso da habilidade de imaginar, analisar, formular, interpretar e transmitir aquilo que chamamos de *linguagem* e que inclui, naturalmente, a matemática; da habilidade de imaginar, compreender, formular, interpretar e transmitir a experiência que chamamos de artes; de ser capaz de esforçar-se para distinguir-se num determinado campo. Isso significa especialização, uma vez que ninguém pode alcançar a perfeição senão num campo limitado. Isso significa educação para a contribuição em ação, que é a educação prática. A habilidade especializada torna-se sobretudo efetiva numa ocupação profissional e por meio dela dentro da nova organização. Não obstante, o profissional só é eficiente, isto é, prático, numa organização, se sabe bastante acerca do universo do saber para referir-se a si próprio e ao seu trabalho. Para ser eficiente, ele deve, por conseguinte, ter uma base de cultura geral e ser capaz de manejar os instrumentos do pensamento e da experiência que são universais em vez de especializados”

O humanismo do jurista.

LÉO MOULIN, no estudo citado, depois de afirmar: “Resulta que, por definição, toda especialização tende, de certo modo, a obscurecer e a desequilibrar a visão do homem, a torná-la parcial, e por conseguinte partidária. Que

a especialização seja uma necessidade, que seja doravante uma das condições do sucesso científico, não modifica em nada o fato de que o especialista tenha tôdas as probabilidades de ser “lop sided”, mal aprumado, de pender para um lado ou para outro, de ignorar tudo das outras disciplinas, e de desprezá-las em seu conjunto”, acrescenta: “A experiência prova aliás o perigo que existe em tratar certos problemas de maneira puramente técnica. Foi porque se acreditou, de acôrdo com os economistas, que o subdesenvolvimento econômico não passava de um fenómeno econômico (quando nêle intervêm uma multidão de fatôres religiosos, sócio-culturais, climáticos, etnológicos, sociológicos e até econômicos) que o imenso esforço que consentiu em fazer o mundo atlântico neste setor deu até hoje tão poucos resultados. E esta crítica do economismo se estende ao tecnicismo dos engenheiros ou dos estados maiores, ao jurismo do legislador e, de maneira geral, a tôdas as formas de imperialismo intelectual dos especialistas”.

E THOMAS SUAVET esclarece melhor ainda: “Si le technocrate est dangereux, c’est qu’il juge et décide en fonction du succès de sa — technique propre. Aussi les préoccupations proprement sociales lui sont étrangères. Bien qu’il envisage de grands ensembles, il ne s’élève pas à la considération du *bien commun* que relève à ses yeux d’un idéalisme incompatible avec le réalisme de l’homme d’action créateur qu’il entend être, et souvent la complexité des réalités sociologiques et — politiques lui reste en grande partie étrangère”.²

2. “Se o tecnocrata é perigoso, é porque êle julga e decide em função do successo de sua técnica própria. Também as preocupações pròpriamente sociais lhe são estranhas. Ainda que êle encare grandes conjuntos, não se eleva à consideração do *bem comum* que depedende a seus olhos de um idealismo incompatível com o realismo do homem de ação, criador que êle entende ser e, muitas vêzes, a complexidade das realidades sociológicas e políticas lhe permanecem em grande parte estranhas”

Ora, o jurista não obstante, dadas as condições atuais, deva ser até certo ponto um técnico, como acima dissemos, o é sob ângulo completamente diverso dos demais. Mesmo quando especializado, nem porisso deixa de encarar todos os aspectos da vida. Se é um especialista em Direito Tributário, cuida não somente dos impostos sobre atividades econômicas, mas também sobre heranças e doações. Juslaboristas não vêem apenas relações entre empregados e empregadores, mas, através destas, penetra muitas vezes em vários outros aspectos de sua vida, tanto individual, como familiar. Bastaria lembrar os seguros sociais. O criminalista se defronta com todos os dramas e tragédias da existência humana. E assim por diante.

Significa isto que o jurista muito mais que outros profissionais liberais vê sempre o “homem” e por isso não pode ter a frieza do tecnocrata, que acima descrevemos, não pode, sobretudo, olvidar-se do bem comum. Não é a lei na definição magnífica do Doutor Angélico, a “*Quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam habet communitatis promulgata*”?³ Daí o humanismo do jurista, não no sentido clássico do termo, mas no do “humanismo integral” de MARITAIN.

A independência do jurista.

Muitas são, pois, as qualidades que exornam o jurista. Desejo ressaltar apenas mais uma, sem dúvida fundamental: a sua independência.

Está ela consagrada no Estatuto da Ordem dos Advogados no n.º VII, do art. 87: “São deveres do advogado”

VII — defender, com independência, os direitos e as prerrogativas profissionais e a reputação da classe”. E o melhor comentarista dêsse Estatuto, antigo e valoroso luta-

3. “A lei é a ordenação da razão promulgada por aquêle a quem incumbe o cuidado da comunidade”.

dor em prol da Deontologia Forense, Prof. RUY DE AZEVEDO SODRÉ, diz a respeito: “Há dois princípios em que se alicerça a advocacia: a confiança que lhe deposita o cliente, e sem a qual não pode ser exercida a profissão, e a independência. Aquela implicando em forte envergadura moral, sôbre a qual deve repousar a dignidade profissional. Esta, a independência, como prerrogativa fundamental, redundando em não conhecer o advogado outra subordinação senão a que resulte da consciência profissional. Êle é independente a respeito dos clientes, a respeito dos magistrados, a respeito dos Poderes Públicos. Essa independência exige que êle seja puro, para ter o direito de censurar os outros, e o “advogado é muitas vêzes um censor, seja quando se insurja contra algum abuso, seja quando defende uma liberdade material ou espiritual”. E ainda: “Mas, por outro lado, é preciso que se acentue que a aceitação da causa não pode, de forma alguma, vir a importar na perda da independência do advogado perante o cliente. É êle quem fixa a orientação, o processo pelo qual o defenderá. Mas, se o cliente quiser impor-lhe outro caminho, por entender que não é a melhor orientação fixada pelo seu patrono? Quanta vez, iniciada a causa, o cliente, que ouviu outros conselheiros e amigos, volta a exigir do advogado mudança na condução da causa. — Essa atitude do cliente põe em jôgo a independência do advogado. — Se julgar que está certo, êle terá que manter a independência, até mesmo com o risco de perder o cliente. Não deve perder a dignidade profissional, que lhe impõe aquela independência, pois a êle, exclusivamente, cabe a escolha dos meios para orientar e dirigir a causa. — É essa liberdade de escolha, sujeita unicamente à sua consciência profissional, que caracteriza a independência do advogado”. E mais: “O advogado precisa ter condições — liberdade e independência — para reagir contra o abuso, protestar contra o excesso, contestar a opinião, discutir a imoralidade, a probidade de uma pessoa ainda mesmo que politica ou econômicamente poderosa”.

Surge um problema sério no caso do advogado ser parte, como empregado, num contrato individual de trabalho. *Quid inde?* Não é característica dêste contrato a subordinação do empregado ao empregador?

O problema é assim resolvido pelo Prof. RUY SODRÉ, com cuja solução estamos de inteiro acôrdo: “Como empregado, para os efeitos das leis sociais, o advogado está integrado no seio da emprêsa; nas relações entre o advogado de partido e a emprêsa, há duas situações distintas que podem e devem perfeitamente coexistir: a) a relação de emprêgo; b) a relação de patrocínio; na relação de emprêgo, o advogado está sujeito à Consolidação das Leis do Trabalho; nas relações de patrocínio, está êle subordinado ao Estatuto da Ordem dos Advogados e ao Código de Ética; a relação empregaticia, na qual a subordinação jurídica se torna atenuada mercê do serviço prestado e da qualificação do profissional que o presta, cessa por completo quando postula em nome do cliente, investido de tôdas as prerrogativas inerentes à advocacia”. E o mesmo disse o saudoso NÉLIO REIS: “Dai a nossa insistência para que, na configuração do contrato de trabalho, em relação aos profissionais liberais, o conceito de dependência ou subordinação seja examinado por um ângulo especial, sendo certo, porém, que nelas jamais se pressupõe a *dependência* ou *subordinação-técnica*”.

Na realidade, como temos sempre sustentado, no contrato individual de trabalho, a subordinação do empregado ao empregador é jurídica e não técnica. Esta pode estar contida naquela quando o empregador é, êle próprio, o técnico mais qualificado da emprêsa. Assim, num daqueles grandes escritórios de advocacia a que nos referimos poder-se-ia dar o caso de um advogado ficar subordinado à orientação técnica de um outro advogado. Jamais, porém, isso poderá ocorrer se o chefe da emprêsa em que o advogado é empregado, não fôr, êle próprio, também um advogado.

Com razão diz JOSÉ MARIA MANGANIELLO em seu livro *Vocación de Abogado*, que “El abogado no es mandadero”, o advogado não é um moleque de recados.

O futuro do jurista na era tecnocrática.

JEAN MEYNAUD, hoje reconhecido uma das maiores autoridades em tecnocracia, em seu recentíssimo livro *La Tecnocracia, Mito o realidade?*, no capítulo conclusivo, indaga: “La importância de estas observaciones se halla aumentada hoy por las declaraciones de algunos cibernéticos que no dudan en pronosticar o en dejar suponer que las máquinas electrónicas serán capaces un día de dominar la humanidad, ya que los partidarios de esta opinión afirman que las máquinas de esta clase tienen, y tendrán más todavía, la facultad de pensar. Llegaríamos así a ver, de acuerdo con la más pura dialéctica hegeliana, que el robot se convertía en dueño y ejercía sus funciones con tanto más rigor habida cuenta de que anteriormente había dado pruebas de más sumisión. Se trata de una perspectiva de ciencia-ficción, como parece lógico creer, o este punto de vista no es sino un anuncio verdadero de lo que será el mañana?”⁴

Não cremos possível que se realize essa previsão apocalíptica. E muito menos a admitimos em relação ao exercício das profissões dos juristas. A sua universalidade e humanismo, que acima frisamos, estamos seguros, haverão de mobilizar os espíritos na luta contra o materialismo tecnocrático e terminarão por vencê-lo.

E, assim, haverá uma resposta otimista à indagação de JEAN MEYNAUD. E não será de seu livro que iremos tirá-la,

4. “A importância destas observações se acha aumentada hoje pelas declarações de alguns cibernéticos que não duvidam em prognosticar ou em deixar supor que as máquinas eletrônicas serão capazes, um dia, de dominar a humanidade, já que os partidários desta opinião afirmam que as máquinas desta classe têm e terão mais ainda, a facultade de pensar. Chegaríamos, assim, a ver, de acôrdo com a mais pura dialéctica hegeliana, que o Robot se converteria em dono e exerceria suas funções com tanto mais rigor quanto, anteriormente, teria dado provas de mais submissão. Trata-se de uma perspectiva de ficção científica, como parece lógico acreditar, ou êste ponto de vista não é senão o anúncio verdadeiro do que será o amanhã?”

mas de uma obra que reuniu os filósofos sociais DANIELEVSKY, SPENGLER, TOYNBEE, SCHUMBART, BERDYAEV, NORTHROP, KROEBER e SCHWEITZER, *Modern Historical and Social Philosophies*, organizada por PITIRIM A. SOROKIN. Um de seus últimos capítulos contém êste animador tópico: “Finally, with the possible exception of Spengler, all the writers agree that the great crisis of our age is not necessarily tantamount to the fatal last act in the drama of human history. In spite of its apocalyptic character, its further development can be stopped and eventually replaced by a new constructive era. If humanity mobilizes all its wisdom, knowledge, beauty, and especially the all-giving and all-forgiving love or reverence for life and if a strenuous and sustaining effort of this kind is made by everyone — an effort deriving its strength from love and reverence for life — then the crisis will certainly be ended and a most magnificent new era of human history ushered in. It is up to mankind itself to decide what it will do with its future life-course”.⁵ Esta “reverência pela vida” está no verso magnífico de GOETHE: “Wie es auch sei, das Leben, es ist gut”. “Seja ela como fór, a vida é bela”.

Que mais será preciso dizer para crer num futuro radioso para a Humanidade e, portanto, também para os juristas, mesmo para os que deixam os bancos da Academia em plena era tecnocrática?

5. “Finalmente, com a possível exceção de SPENGLER, todos os escritores concordam em que a grande crise de nossa era não é necessariamente equivalente ao fatal último ato do drama da história humana. A despeito de seu caráter apocalíptico, o seu desenvolvimento posterior pode ser sustado e eventualmente substituído por uma nova era construtiva. Se a humanidade mobilizar tôda a sua sabedoria, conhecimento, beleza e especialmente o amor que tudo dá e tudo perdôa ou a reverência pela vida e se um vigoroso e prolongado esforço dêste tipo fór feito por tôda pessoa — um esforço que derive sua força do amor e da reverência pela vida — então a crise certamente findará e uma nova era mais magnificente da história humana surgirá. Depende da própria humanidade decidir o que será feito do futuro curso da sua vida”.

Bibliografia.

- GEORGE, Pierre, *Panorama do Mundo Atual*, Difusão Européia do Livro, São Paulo, 1966.
- GOETHE, Johann Wolfgang von, *Faust*, Aubier, Paris, 1932, p. 96.
- LAROUSSE, *Grand Larousse Encyclopédique*, Librairie Larousse, Paris, 1964, tome dixième, *verbis*: “Technocrate n. Partisan de la technocratie, Homme d’État ou fonctionnaire qui exerce son autorité en fonction d’études théoriques approfondies des mécanismes économiques, mais sans tenir toujours un compte suffisant des facteurs humains. — Tecnocrate n.f. Système politique dans lequel l’influence déterminante appartient aux techniciens de l’administration et de l’économie”
- LODI, João Bosco, *Introdução à obra de Peter F. Drucker*, in “Revista de Administração de Empresas” Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, GB, dezembro 1968, vol. 8, n. 29.
- MEYNAUD, Jean, *La Tecnocracia — Mito o realidade?* Editorial Tecnos, Madrid, 1968.
- MILLS, C. Wright, *White Collar*, Oxford University Press, New York, 1956.
- MITRANI, Nora, *Ambigüité de la Technocratie*, in “Cahiers Internationaux de Sociologie”, Presses Universitaires de France, Paris, 1961, vol. XXX.
- MOULIN, Léo, *A Tecnocracia: Espantalho, ameaça e tentação do mundo moderno*, in “Revista de Direito Público e Ciência Política”, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, GB, maio/agosto 1964, vol. VII, n.º 2.
- REIS, Nélio, *O advogado no Direito do Trabalho*, Revista Forense, Rio, 1965.
- SOROKIN, Pitirim A., *Modern Historical and Social Philosophies*, Dover Publications, Inc., New York, 1963.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo, *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*, São Paulo, 1967.
- SUAVET, Thomas, *Dictionnaire Économique et Social*, Le Éditions Ouvrières, Paris, 1962.

Lições de um Código Atual – O Código Civil Português*.

José Carlos Moreira Alves

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

Lições de um Código atual — o Código Civil Português.
Eis um tema que, à primeira vista, poderá parecer demasiado técnico, e, portanto, impróprio para uma aula inaugural que se dirige, precipuamente, a estudantes de todas as séries do nosso curso jurídico.

Não vos inquieteis, porém. Não vou fazer-vos exposição minudente de Código estrangeiro, ainda que seja de Portugal, país a que se vinculam nossas tradições, e obviamente também as jurídicas. Nem sequer uso da palavra para criticá-lo ou louvá-lo. Que o façam, até por dever de ofício, os juristas portugueses.

O que pretendo nesta aula, que a tradição denomina *aula de sapiência*, é apresentar-vos algumas lições desse Código muito úteis para o momento histórico que atravessa nossa legislação civil.

Da experiência dos outros carreemos experiência para nós.

Em matéria de reforma de códigos estamos como que em período de calmaria, depois da atividade febricitante dos primeiros anos desta década. É como o relaxar de

*. Aula inaugural proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 3 de março de 1969.

músculos após o arranco inicial que, por si só, não foi bastante para alcançar o objetivo derradeiro. Mas nem por isso se desistiu da emprêsa. Daí a atualidade do fim a que nos propomos nesta aula.

De todo o nosso movimento reformista, a obra que provocou maior controvérsia, e que, indubitavelmente, despertou mais interêsse, foi o Projeto de Código Civil Brasileiro em que se transformou o Anteprojeto de autoria do Prof. ORLANDO GOMES. O que aliás revela — com a devida venia dos publicistas — que ainda nos dias atuais é válida a frase de ANGEL OSSORIO, nos idos de 1940: “Cosa grande es un Código Civil”¹. É que êle, nas palavras de ANTUNES VARELA,

“...toca assiduamente nas camadas mais profundas da nossa existência terrena e constitui um dos mais fortes redutos da pessoa humana contra o colosso cada vez maior que é o Estado moderno”².

Fui dos que, quando intenso era o debate e as opiniões se entrecrocavam fortemente, se manifestaram contra a unificação parcial do direito privado a que se sujeitara aquêle Projeto; contra a desagregação da parte geral do Código Civil; contra, enfim, inovações desnecessárias e inconvenientes, e que resultavam, as mais das vêzes, ou do desejo de originalidade, ou da cópia servil de modelos alienígenas que destoavam de nossas tradições³.

Pareceu-me, desde o primeiro instante da controvérsia, que, com relação ao direito civil, não se fazia mister

1. *La Reforma del Código Civil Argentino*, p. 12, Editor Aniceto Lopez, Buenos Aires, 1941.

2. *A Reforma do Direito Civil, in Projeto de Código Civil*, p. 51, Lisboa, 1966.

3. *O Atual Projeto de Código Civil Brasileiro, in SPES (Síntese Política-Econômica-Social)*, n. 30 (abril-junho de 1966), p. 49 a 79); artigo que foi reproduzido na *Revista Forense*, vol.

substituir — bastava rever. Exemplos como o do Código Civil Italiano de 1942 apenas provavam a necessidade de substituição de Códigos — como o Civil da Itália de 1865 — imprestáveis, até estruturalmente, à revisão satisfatória.

Quanto mais aprofundava o estudo da questão, mais se firmava em mim a opinião inicial. No íntimo, porém, receava que a posição assumida pudesse decorrer de minha formação entranhadamente romanista, formação que levava SCIALOJA⁴ a afirmar que o espírito de originalidade a que se atribui hoje tanto valor, não é sempre o verdadeiro espírito do progresso, pois o aperfeiçoamento do que já se adquiriu é, na maioria das vezes, muito mais útil do que a volta ao início.

Meados de 1966. Publica-se em Portugal o Projeto de Código Civil que deveria substituir o Código, quase centenário, de 1867. Apesar de nele trabalharem expoentes da cultura jurídica portuguesa, vinte e dois anos custara sua elaboração.

Alguns meses após, o Decreto-Lei n.º 47.344 aprovava o Código, a entrar em vigor, no continente e nas ilhas adjacentes, em 1.º de junho de 1967, com exceção do disposto nos artigos 1841 e 1850, que só começariam a vigor em 1.º de janeiro de 1968.

Era um Código nôvo a despertar, quando menos por isso, a atenção dos civilistas.

E do exame a que nêlo procedi, bem como do de sua elaboração, robusteceu-se em mim a certeza de apoiar a tese correta para a época em que vivemos.

Poder-se-ia julgar paradoxal que, de um Código que substituíra outro, concluisse eu pela desnecessidade e inoportunidade da substituição do nosso.

Mas a êsse resultado me conduziram quatro lições do nôvo Código Português:

4. *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, p. 15, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1934.

- 1.^a. a do repúdio à unificação parcial do direito privado;
- 2.^a. a da opção pela sistemática germânica, mantendo-se a parte geral;
- 3.^a. a da feitura de Código de carácter acentuadamente científico, inclusive no tecnicismo de sua linguagem; e
- 4.^a. a da possibilidade de, com poucas alterações, não só se atualizar uma codificação, mas também cambiar-se-lhe a concepção filosófica em que assenta.

Detenhâmo-nos em cada uma.

Não cogitou o legislador português da unificação parcial do direito privado, desprezando, assim, o exemplo da Suíça, que, pelas razões constitucionais bem conhecidas, a efetuou num Código de Obrigações apartado do Código Civil, ou o da Itália que a realizou no bôjo do próprio Código Civil de 1942.

Na ata em que, dando início a seus trabalhos, a Comissão encarregada do projeto do novo Código Civil Português fixou as diretrizes que a norteariam, não consta sequer — como se vê da transcrição de suas partes essenciais publicada pelo Prof. VAZ SERRA⁵ — alusão a êsse problema.

Não se influenciaram os juristas portugueses nem mesmo com as mostras de entusiasmo dos nossos jurisconsultos em favor da unificação, no início da década de 1940, quando da elaboração do Anteprojeto de Código das Obrigações por OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES.

5. *A Revisão Geral do Código Civil (alguns factos e comentários)*, in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, vol. XXII (1966), p. 462 e seg.

E nessa atitude perseveraram ao manifestar-se o Governo Brasileiro, em 1961, favorável à tendência unificadora que deveria ser observada na reforma que se pretendia encetar.

Sem os problemas econômicos de nações como a nossa, e que se refletem acentuadamente na legislação comercial, ocasionando em suas normas modificações vigorosas e sucessivas, não havia que se levantar, no solo português, o problema da oportunidade da unificação nos tempos que correm.

Num país como Portugal, de economia estável, êsse procedimento só se pode levar à conta de tomada de posição na questão teórica da unificação do direito privado, na qual notável papel desempenhou a célebre retratação de VIVANTE.

Apesar de não haver, para os juristas portugueses, empecilho quanto à oportunidade da unificação parcial do direito civil com o direito comercial, não julgaram êles conveniente mudar a orientação tradicionalmente seguida.

Admirável lição para nós, a quem o problema não é apenas de conveniência, mas muito mais grave, porque também de oportunidade.

Que a unificação é inoportuna nesta quadra de nossa história estão a demonstrar fatos concretos que pululam aos olhos de quem os tem para ver.

Os três Anteprojetos de Código das Obrigações e o Projeto dêles resultante se elaboraram no biênio 1964-1965.

Quê verificamos, hoje, quatro a cinco anos depois?

Já estão, em várias partes, ultrapassados.

Se tivéssemos um Código baseado nêles, seria talvez tempo de começarmos a pensar em nova reforma, tantas as modificações em que a orientação foi bem diversa da ali traçada.

Atente-se para a Lei de Mercado de Capitais, de agôsto de 1965; para os dois Decretos, de janeiro de 1966, que aprovaram convenções internacionais para adoção de leis

uniformes de cheque, de letra de câmbio, de nota promissória, e que, segundo a opinião predominante, se incorporaram no nosso direito interno; para a Lei, de agosto de 1968, que reformulou a disciplina das duplicatas, e que, quatro meses após, em janeiro deste ano, já era substancialmente alterada. Ontem, não em sentido figurado, mas realmente no dia de ontem, 2 de março de 1969, noticiaram os jornais a assinatura de Decreto-Lei que simplifica a escritura mercantil, continuando obrigatório apenas o diário, desde que assegurado o registro fiel e cronológico de todos os fatos da vida da empresa. Estes exemplos, que não são exaurientes, e que não abarcam as portarias do Banco Central do Brasil, bastam para demonstrar as modificações profundas que se fizeram em nosso direito comercial, principalmente no terreno dos títulos de crédito e das sociedades anônimas.

Para impedir a desatualização do Projeto de Código das Obrigações em matéria comercial, seria necessário que sua Comissão Revisora tivesse poderes de vidência, porque prudente ela já fôra quando, ao rever o Anteprojeto relativo a títulos de crédito, julgou melhor

“ ..omitir a disciplina específica das letras hipotecárias, letras imobiliárias, cédula rural pignoratícia, nota de crédito rural e promissória rural”⁶.

O que permanece, sem maiores alterações, no Projeto de Código das Obrigações é a parte de natureza civil.

Exalam verdade estas palavras de ORTEGA PRADO, escritas para a codificação em geral, mas que se aplicam, com admirável justeza, ao problema da unificação do direito privado brasileiro:

“ .las razones historicas que impulsam a codificar, solo dan frutos maduros cuando un periodo

6. *Projeto de Código das Obrigações*, p. 32, Serviço de Reforma de Códigos, 1965.

se cierra, o está próximo a cierrarse y le sigue uno de estabilidad”⁷.

Existirá alguém, de boa fé, que possa dizer que isso ocorre com vários dos setores do direito comercial que se incorporaram no Projeto de Código das Obrigações?

Passemos à segunda das lições do novo Código Civil Português: a da opção pela sistemática germânica, mantendo-se a parte geral.

Lição também muito importante, porque, como salienta NIPPERDEY,

“...das System ist für das Recht nicht eine äussere Form, sondern Ausdruck des ihm eigenen Geistes” (“...os sistemas para o direito não é uma forma exterior, mas, ao contrário, a expressão do seu próprio espírito”)⁸.

Essa importância avulta se se considerar que, antes de Portugal, a Argentina já fizera a mesma opção, na década de 1930, ao se ocupar da reforma, que não foi avante, de seu Código.

O sistema do Código Civil Português de 1867 — de certa originalidade, pois, no fundo, se prendia ao das Institutas de GAIO e de JUSTINIANO⁹ — fôra criação do VISCONDE DE SEABRA. Tomando como ponto de partida a figura do titular do direito subjetivo, entendeu SEABRA que a vida jurídica se resume na evolução dos interesses daquele,

7. *La Revisión del Código Civil Português (aportación para la reforma española)*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Fasc. I, vol. XXIV, 1948), p. 115.

8. *Das System des bürgerlichen Rechts*, in *Zur Exneuerung des bürgerlichen Rechts*, p. 98, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s/ data, München und Berlin.

9. Vide, a propósito, CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. I, n. 13, p. 29, Max Limonad, São Paulo, 1951.

transitando, assim — como acentua CABRAL DE MONCADA — “duma fase de repouso (capacidade jurídica) a uma fase de atividade (aquisição de direitos), desta de nôvo a uma outra fase de repouso (gôzo e exercício de direitos) e desta, finalmente, a uma nova fase de atividade (defesa dos direitos)”¹⁰. Donde as quatro partes em que se divide êsse sistema:

- I — da capacidade jurídica;
- II — da aquisição de direitos;
- III — do direito de propriedade; e
- IV — da ofensa dos direitos e da sua reparação.

Não vos irei cansar com as críticas que se fizeram a essa sistemática. Basta salientar que a Comissão encarregada da elaboração do projeto do nôvo Código Civil Português, ao traçar, em 1944, as diretrizes de seu trabalho, houve por bem adotar, em princípio, a sistematização germânica. E o Código atual aí está a atestar que a orientação foi mantida.

O que há digno de nota na atitude do legislador português é a preservação da parte geral do sistema alemão, já que a sub-divisão da parte especial (direito das obrigações, direito das coisas, direito de família, direito das sucessões) se encontra na base dos sistemas seguidos por códigos como o suíço e o italiano de 1942.

E essa preservação foi fruto de exame, pois a Comissão elaboradora do projeto, na ata da sessão inaugural de seus trabalhos, declara taxativamente:

“Resolveu-se que exista uma parte geral porque não pareceram concludentes as críticas que últimamente lhe têm sido feitas”¹¹.

10. *Lições de Direito Civil (Parte geral)*, 1931-1932, n. 25, p. 121/2, “Atlântida” — Livraria Editôra, Coimbra, 1932.

11. VAZ SERRA, ob. cit., p. 463.

De há muito encontram-se ataques à parte geral dos Códigos que seguiram a sistemática do B. G. B.

No Brasil, o problema despertou interêsse quando da feitura, por volta de 1940, do Anteprojeto de Código das Obrigações. E, ainda em nossos dias, os argumentos dos adversários da parte geral continuam os mesmos trazidos à baila, naquela época, por HAHNEMANN GUIMARÃES e OROZIMBO NONATO. São êstes:

- a) até na Alemanha, há juristas que se manifestam contra a manutenção da parte geral no Código Civil;
- b) são vários os Códigos que não apresentam parte geral;
- c) na parte geral, há dispositivos que não dizem respeito às quatro seções (direito das obrigações, direito das coisas, direitos de família e direito das sucessões) em que se divide a parte especial; e
- d) a parte geral distancia noções que, na vida corrente, se utilizam simultâneamente.

Êsses argumentos têm sido — e, a nosso ver, com vantagem — largamente refutados. Em síntese, observa-se que os dois primeiros são meros argumentos de autoridade, e, portanto, sem maior valor, até porque diversos códigos têm parte geral e a maioria dos autores alemães de pêsô são favoráveis a ela. Quanto aos dois últimos também improcedem. Se na parte geral há princípios que se aplicam mais freqüentemente a uma das quatro seções da parte especial, é certo que, em todos êles, se verifica a existência de caráter de generalidade, tanto assim que nenhum dêles poderia ser colocado em uma daquelas quatro seções, por pertencer exclusivamente a ela. E, enfim, dizer-se — como o faz OROZIMBO NONATO¹², seguindo DEMOGUE — que “a

12. *A Revisão do Código Civil, in Direito*, vol. II, p. 43.

parte geral como que desconjuga e distancia noções, que, na vida corrente, se utilizam simultaneamente”, parece-nos desarrazoado: se essas noções estão no que se denomina *Parte Geral*, isso significa — e todos que se utilizam do Código o compreendem sem maior esforço de indagação — que elas se aplicam, no que couber, aos institutos que se encontram disciplinados na parte especial.

Não irei repisar nessa defesa. Desejo, apenas, examinar um aspecto que me parece ponderável em favor da parte geral, e ao qual não se tem dado, em nosso meio, a atenção merecida.

Impressiona, vivamente, a alegação de que, inclusive na Alemanha, há autores que se batem pela extinção da parte geral no Código Civil. E impressiona porque esta foi uma das maiores conquistas do pandectismo germânico do século passado, uma vez que, primeiramente, ela se encontra na 2.^a edição (1796) da obra “System des gesamten heutigen Civil rechts” de DABELOW, de onde foi retirada por HUGO, e, pouco depois, por HEISE, para integrar o sistema que, a partir de então, predominou entre os pandectistas alemães, tendo sido acolhido pelo Código da Saxônia de 1863, e, no final do século, pelo B.G.B.¹³.

Mas o que se não tem salientado devidamente no Brasil é que a maioria desses ataques resulta de convicções filosóficas ou de causas políticas.

Com efeito, os adeptos da Escola Sociológica — a partir de EHRLICH, em 1917, com a publicação de “Die juristische Logik”, no volume 115 do *Archiv für die civilistische Praxis*¹⁴ — combateram a parte geral, por ser ela, em seu entender, fruto da pura reflexão abstrata, alheando-se da realidade social.

13. A propósito, vide GUSTAV BOEHMER, *Einführung in das bürgerliche Recht*, § 11, p. 71, 2.^a ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1965.

14. Págs. 125 a 439.

Posteriormente, na época nazista, a natureza do ataque deixou de ser filosófica, e passou a ter causa política. Partia o nacional-socialismo alemão da premissa de que, embora o direito privado não se confundisse com o direito público, no direito privado não poderiam figurar as normas do direito das pessoas, do direito de família e do direito das sucessões, uma vez que elas interessavam precipuamente ao povo, à raça, ao Estado enfim. Por isso NIPPERDEY¹⁵, ao esboçar, em 1938, o sistema do Código Civil que o nazismo pretendia implantar na Alemanha, se limitou a adotar uma classificação tripartida, abrangendo os contratos e a responsabilidade civil; os direitos reais; as associações. Em face desse sistema, não poderia NIPPERDEY deixar de dizer, para justificar a abolição da parte geral, que era ela constituída de elementos heterogêneos que não pertenciam todos ao direito civil.

E que o argumento dos adeptos da Escola Sociológica — o de a parte geral ser ascendradamente abstrata — não tinha maior relêvo para os nacionais-socialistas alemães demonstra-o irretorquivelmente o fato de que o Projeto do livro primeiro do nôvo Código Civil Alemão (o *Volksgesetzbuch* — o Código do Povo, V.G.B.), terminado de elaborar no ano de 1942, se inicia com 25 regras fundamentais (*Grundregeln*), a maioria das quais apresenta conteúdo mais político do que jurídico. Basta referir a primeira: “A suprema lei é o bem do povo alemão”, tradução quase literal do princípio romano *salus reipublicae suprema lex esto*¹⁶.

Com base jurídica, os ataques, na Alemanha, à parte geral se reduzem às objeções feitas por ZITELMANN, em 1906, no artigo “Der Wert eines “allgemeinen Teils” des bürgerlichen Rechts”, publicado na *Zeitschrift für das Privat* —

15. Ob. cit., p. 96 e 104 e seg.

16. Sôbre êsse Projeto, vide DOMENICO RUBINO, *Il progetto del Primo Libro del Nuovo Codice Civile Tedesco* (o qual é citado através de prova tipográfica que pertenceu ao Prof. Giuseppe Messina).

*und Öffentliche Recht der Gegenwart*¹⁷, em Viena. Segundo ZITELMANN, a parte geral encontrava, como justificativa, apenas o conceito de negócio jurídico, pois as demais normas que a integravam — como as relativas às pessoas e às coisas — estariam mais bem colocadas na parte especial. Que se abrisse, então, um livro só para o negócio jurídico, mas que se abolisse a parte geral do Código Civil, até porque ela, pedagogicamente, apresentava grandes dificuldades ao aluno, em virtude de suas abstrações.

Questão evidentemente opinativa. Tanto assim que, na França, em 1946, discutindo-se, na Associação Henri Capitant, se o novo Código Civil Francês deveria ter uma parte geral, BOULANGER¹⁸ se manifestou contra, pois, em seu entender, além de a parte geral só se justificar por causa da noção de ato jurídico — abstração científica que deveria permanecer fora da codificação —, seu interesse era essencialmente pedagógico, e a lei, como observara o *Chancelier de l'hospital*, havia mais de uma centena de anos.

“. .commande; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre”.

O mais curioso, porém, é que, depois de BOULANGER dizer que a parte geral denuncia um modo didático de legislar, assemelhando-se à introdução que um professor dá ao seu curso de direito civil, NIBOYET¹⁹, ao encerrar a sessão, acentuou que todos os juristas franceses que participaram do debate estavam acordes em repudiar a parte geral, que existe no Código Alemão, *confusa e compacta*.

O certo é que — e por isso HECK²⁰, em 1939, afirmava que os defeitos da parte geral não se evitam com sua

17 Págs. 1 a 32.

18. *Travaux de L'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, p. 73 e seg., Librairie Dalloz, Paris, 1946.

19. Ob. cit., na nota anterior, p. 107/8.

20. *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Ein Wort der Vertiefung in Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 146, p. 1 e seg.

desagregação, mas somente se se mudar a orientação geral do direito do Ocidente —, o certo é que, enquanto essa orientação geral persistir, o sistema germânico, incluída a parte geral, é o que mais se aproxima da sistematização ideal assim descrita por LAFAYETTE:

“Uma idéia mãe, cujas divisões e subdivisões se sucedam, umas às outras, de tal maneira vinculadas pelos laços da subordinação que as classes posteriores entrem nas anteriores e estas venham a perder-se no tronco comum”²¹.

É a opção do legislador português pelo sistema germânico é adesão das mais significativas em favor dessa tese.

A terceira lição que nos proporciona o novo Código Civil Português decorre de duas qualidades que êle apresenta: a de ser um Código de acentuado caráter científico, e a de adotar linguagem eminentemente técnica.

Quanto à feição a dar ao novo Código, deparava-se o legislador português com duas técnicas legislativas extremadas: de um lado, o BGB, modelo de Código de caráter eminentemente científico, e, em consequência, com tendência à abstração, aos conceitos, às cláusulas gerais (*Generalklauseln*), mas, por isso, constituindo um todo homogêneo, preciso, lógico; de outra parte, o Código Civil Francês, que — no dizer de PIRES DE LIMA²² — se caracteriza pelas formas rudimentares de exposição, pela simplicidade formal, pela clareza mais aparente do que verdadeira, tanto que foram necessários cinquenta anos de exegese para que os intérpretes o fizessem bem compreendido.

21. *Direito de Família*, p. 5, segunda tiragem, Typ. da Tribuna Liberal, Rio de Janeiro, 1889.

22. *A reforma do Direito Privado Português*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 100 (novembro de 1961), p. 51 e 54.

O Código Civil Português de 1867 seguira na esteira da técnica francesa, donde acentuar o mesmo PIRES DE LIMA:

“E do nosso Código que se poderá dizer? Ao cabo de 94 anos terá êle sido já compreendido? Que respondam por mim a insegurança da nossa jurisprudência e a fragilidade da nossa doutrina”²³.

Diante dêsse quadro, o legislador português atual não hesitou em dar preferência ao modelo alemão, sem contudo segui-lo incondicionalmente em sua rigidez técnica. Fixou-se numa posição em que predomina o caráter científico com seu conceitualismo e o emprêgo de cláusulas gerais, sem abdicar, no entanto, do casuismo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito.

Mas a predominância da feição científica é evidente, manifestando-se, inclusive, na acolhida de modernas construções de conteúdo estritamente jurídico, como se observa na disciplina dos negócios jurídicos, onde se distinguem êstes dos atos jurídicos em sentido estrito; ou na conceituação da posse como o exercício fático de um direito, seja o de propriedade (a *possessio rei* como se denomina impròpriamente), seja o de direitos reais limitados (a *quasi possessio iuris* dos romanos); ou, então, na caracterização da inexistência em matéria de casamento; ou, enfim, na tomada de posição em controvérsias doutrinárias, como a da natureza jurídica da enfiteuse.

Ainda nesse aspecto, foi muito útil ao legislador português o Código Civil Italiano de 1942, modelo de técnica jurídica.

Adotada essa diretriz, não poderiam os juristas portugueses deixar de utilizar-se, no Código, de linguagem técnica, ou, em outras palavras, de linguagem de juristas.

23. Ob. cit., p. 54.

Mas — note-se — quando se fala em linguagem de jurista não se quer significar senão que se trata de linguagem em que, a par da sobriedade e da clareza, se utilizam rigorosamente os t ermos t ecnicos da ci encia do direito, atribuindo-lhe sempre o sentido que t em nela.

A essa orientação contrap oe-se a do empr ego da linguagem popular — como ocorre no C odigo Civil Soviético, e, em muito menor escala, no C odigo Civil Suic o —, na qual se procura tornar a Lei capaz de ser compreendida por qualquer um, e, conseqüentemente, se lhe retira o tecnicismo. O que pode denunciar, inclusive, um cunho de filosofia política, pois, através disso, esperava a Rússia ser possível, num futuro não determinado, a dispensa de juristas e de juízes togados, bastando, para os julgamentos, jurados populares. Ideal, porém, inatingível, pois — como argumenta admiravelmente PIRES DE LIMA²⁴ — “a própria clareza do pensamento do legislador não se adapta a outra linguagem que não seja a jurídica”, porquanto “as expressões populares, correntes, são necess riamente imprecisas, pela natural variedade de significados que podem comportar”.

Em ambos os pontos — feição científica e linguagem técnica — enveredou Portugal pela trilha que o Brasil, no com co do século, percorreria.

Com efeito, suprimidos alguns rebuscamentos de forma atribuíveis em geral ao zêlo gramatical de Rui Barbosa,   o C odigo Civil Brasileiro um C odigo de feição típicamente científica, com linguagem predominantemente técnica, sem sacrifício da concisão, da clareza e da elegância. Nesse sentido, aliás, observou-me, há dias, o ilustre colega, Prof. SILVIO RODRIGUES, que ninguém diria melhor o que diz o artigo 1.533 do nosso C odigo:

24. Ob. cit., p. 55.

“Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

Resta, ainda, uma quarta lição, que é da mais alta valia, porque, à força de se dizer o contrário, se obscureceu a verdade que ela traduz.

Refiro-me à circunstância de que é possível, com poucas alterações, modificar-se a orientação filosófica de uma codificação, atualizando-a.

Esse fato nem sempre é percebido em vista da assertiva, que se repete tôda vez que se levanta a questão da reforma de um Código Civil em nossos dias, de que a codificação a ser revista surgiu em época marcadamente individualista, e, portanto, não se coaduna com a tendência social que caracteriza o direito moderno, e que leva muitos autores a falar em publicização do direito privado.

Tendência social, como esclarece ANTUNES VARELA:

“Quer apenas dizer que as leis, no geral, se dão conta das numerosas restrições que hoje limitam a antiga soberania absoluta do proprietário e ainda das inúmeras disposições de caráter imperativo que no comércio privado procuram acautelar as exigências, não apenas da moral ou dos bons costumes como outrora, mas da própria justiça comutativa, da boa fé, da certeza do direito ou da segurança das relações, contra o simples arbítrio ou capricho das partes, ou contra o maior poder econômico ou social de um dos contraentes”²⁵.

Quão complexa se afigura, ao primeiro relance, a transformação de um código individualista num código inspirado na tendência social do direito moderno!

25. Ob. cit., p. 22.

Essa impressão — que domina, porque geralmente não se aprofunda o estudo do problema — desaparece quando se analisam as modificações que, nas reformas dos Códigos individualistas, se introduzem para sua socialização.

Aí, percebe-se, nitidamente, que, da massa de alterações que se processam nos novos Códigos, as que realmente se destinam a lhes ajustar à tendência social do direito moderno, são pouco numerosas.

A imensa maioria das modificações decorrem, principalmente, de orientações doutrinárias, de exigências da lógica do sistema adotado, de redação, de inclusão ou de supressão de institutos, ou, até, de interesses de alguns que, subrepticamente, se incrustam no corpo da reforma. Isso para não falar na tendência psicológica dos autores de Projeto no sentido de mudar o que existe, ainda que na aparência, para que claramente se distinga o que se fez de novo do que já estava feito. E, assim procedendo, não se furtam a introduzir, nos preceitos da codificação vigente, modificações formais que em nada melhoram a disciplina das relações sociais, pois, como observa ARCANGELLI, até

“Un codice mediocre è già, dopo alcuni decenni, divenuto migliore, come un capitale modesto cresce cogli anni per il cumulo degli interessi: lo studio dei giuristi, le decisioni delle Corti ne hanno colmato le lacune, smussato gli angoli, rivelato il pensiero talvolta latente; la legge si è accostata alla vita, la vita si è adattata alla legge”²⁶.

Afastadas, portanto, essas alterações de menor importância, as que restam, e que são fundamentais para a mudança da concepção filosófica do novo Código, se revelam diminutas.

26. *Verso la nuova codificazione, in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXIV (1926), Parte prima, p. 34/35.

E isso se explica porque as mais delas se fazem através das denominadas *cláusulas gerais*.

Atente-se para êste exemplo retirado do Anteprojeto de Código Civil do Prof. ORLANDO GOMES. Diz êle, quanto à propriedade como foi disciplinada, que é ela

“...tratada num estilo que procura incorporar-lhe seu significado contemporâneo. Conserva a sua natureza de pleno direito sôbre uma coisa, perpétuo e exclusivo, não, porém, direito inviolável e sagrado. O seu exercício condiciona-se ao bem comum, no pressuposto, ainda, de que a detenção individual de qualquer parcela da riqueza se legitima se é socialmente útil”²⁷.

Como se alcançou êsse resultado no Anteprojeto?

É o próprio autor quem nô-lo responde:

“Preferíveis preceitos genéricos que consubstanciem, em síntese, a filosofia do anteprojeto no particular. São os arts. 359 e 363”²⁸.

Com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social. O que, aliás, já ocorria (e continua a ocorrer) em face de preceitos constitucionais que não revogaram — por inexistir antinomia irremediável — qualquer dos dispositivos do Código Civil em vigor.

Em Portugal, a mesma mudança se fêz com um artigo, ao invés de dois: o de número 334 que condena o abuso de direito nestes têrmos amplos:

“É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos

27. *Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*, p. 67, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963.

28. *Ob. cit.*, p. 68.

pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico dêsse direito”.

Dir-se-á, porém, que nem tôdas as transformações dessa ordem poderão fazer-se através unicamente de cláusulas gerais. Certo. Mas ainda nesses casos a experiência nos mostra que a mudança exige poucas alterações, ou através apenas da modificação de artigos, ou mediante essa alteração conjugada com a admissão de cláusulas gerais.

No Brasil, a veracidade dessa assertiva se demonstra com a Lei 4.121, que, com a modificação de alguns dispositivos do Código Civil, fez uma revolução no direito de família, transformando a situação jurídica da mulher casada, e enfraquecendo a posição do marido como chefe da sociedade conjugal.

E, no nôvo Código Civil Português, a atualização do direito das obrigações se alcançou, como o afirma ANTUNES VARELA, na Introdução ao Projeto²⁹, com a aliança do princípio geral condenatório do abuso de direito com alterações em algumas normas que vinham do Código anterior.

Meus Senhores:

Examinando a revisão do Código Civil Português de 1867, com o fito de retirar ensinamentos para a Espanha, ORTEGA PRADO³⁰, em 1948, acentuava que, no mundo moderno, as discussões sôbre codificação ainda persistem. A controvérsia apenas mudou de direção: não se discute mais, como THIBAUT e SAVIGNY, se se deve, ou não, codificar, mas, sim, se é oportuno reformar os Códigos existentes, e, em caso afirmativo, como fazê-lo.

Em nosso país, os juristas são acordes em que se deva proceder à reforma de nossos Códigos, inclusive do Civil.

29. Op. cit., p. 22 e seg.

30. Op. cit., p. 108 e seg.

Apesar da crise sócio-econômica que atravessamos neste terceiro quartel do século, não se levantaram, aqui, objeções à oportunidade dessa reforma.

Discordam, porém, nossos juristas sobre o modo de se reformar o Código Civil. Enquanto com relação a outros (como o Penal, o Processual Civil ou o Processual Penal) a opinião pacífica é de sua integral reforma, em se tratando do Civil, ponderável número de opiniões se manifesta pela reforma simplesmente parcial, porém, unitária.

Permitam, neste ponto, dar um esclarecimento sobre o óbvio, pois até êle, por vêzes, necessita de ser explicado, para que se desfaçam equívocos.

Quando aludo a reforma parcial, mas unitária, o que pretendo significar é a revisão de todo o Código, que, no entanto, persistirá, com as modificações que se lhe fizerem. Não se trata, pois, de reformas parceladas que se processam em ocasiões diversas, através de leis distintas, e que, por isso mesmo, terminam por fazer do Código, que pretendem aperfeiçoar, um corpo desarmonioso e assistemático. A estas, e não àquela, é que se aplicam as seguintes palavras de CASTAN TOBEÑAS:

“Cada reforma ocasional, a trueque de introducir un cierto progreso, presenta el peligro de desorganizar el Derecho y producir nuevas antinomias”³¹.

Com efeito, em se tratando de reforma parcial, porém unitária, êsse perigo se afasta com a qualidade da revisão. Para seu emprêgo o único pressuposto, sem o qual não haverá possibilidade de êxito, é o da excelência do material a ser reformado.

31. *Apud* ORTEGA PRADO, ob. cit., p. 112/3.

Em 1930, Portugal tentou uma reforma parcial, que, por não ter produzido os frutos esperados, deu ensejo ao movimento de reforma de que resultou seu nôvo Código.

Sucedo, porém, que, lá, o Código Civil de 1867 — à semelhança do italiano de 1865 — não se prestava a uma revisão. Até autores, como JOSÉ TAVARES³² e TEIXEIRA DE ABREU³³, que consideravam aquêlo Código um dos melhores que se conheciam, não puderam deixar de reconhecer nêlo defeitos que, à fôrça de tantos e de tão graves, invalidavam completamente o elogio. É de tôdas as épocas o exagero patriótico de CÍCERO que não se pejava de dizer que a Lei das XII Tábuas, pela autoridade e pela utilidade, valia mais do que a biblioteca de todos os filósofos³⁴.

Como poderia, então, o legislador português contentar-se em rever de nôvo um Código de sistema medíocre, com graves incoerências na distribuição das matérias, com grande falta de precisão e de clareza na redação de vários de seus preceitos, com linguagem muito mais literária do que técnica, com contradições sérias, com falhas doutrinárias evidentes?

Nada disso ocorre com o Código Civil Brasileiro.

Portugal, mudando, mudou para o sentido de que nos queremos afastar: repudiou a unificação parcial do direito privado, adotou a sistemática germânica, mantendo a parte geral, aderiu à tese de que o Código deve ter caráter científico e se utilizar de linguagem preponderantemente técnica. E mais — do resultado de sua reforma se evidencia que as modificações de fundo não foram tão extensas quanto podem parecer. A alteração do sistema e da técnica é que dá essa ilusão ótica. A imensa maioria dos princípios vigorantes no Código de 1867 se encontra no de 1966.

32. *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I (*Noções Gerais*), n. 73, p. 319, Coimbra Editora Limitada, 1922.

33. *Curso de Direito Civil*, vol. I (*Introdução*), § 44, n. 137, p. 387. Imprensa Acadêmica de Coimbra, 1910.

34. *De Oratore*, I, 44.

No Brasil, o que se pretende substituir — agravando sensivelmente a inflação legislativa que já é um dos nossos mais poderosos fatores de inquietação social —, o que se pretende substituir é um Código que, apesar dos seus cinqüenta anos, resiste — pela excelência da obra — a confronto com códigos que se acabam de elaborar, como o nôvo Código Civil Português. E se perde em pontos, que podem ser sanados, como no de atualização, em outros — assim, na substância e na forma — não lhe cede terreno, quando não lhe leva a palma.

Por que, então, substituí-lo, ao invés de revê-lo?

Meditai para responder.

E meditai tendo presente estas palavras escritas pelo Ministro da Justiça de um país — Portugal — que não tinha outra alternativa que não a de elaborar nôvo Código:

“...uma revisão completa da legislação civil, em lugar de trazer apenas benefícios, também acarreta as suas dificuldades. E muitas das vantagens prometidas pela nova lei, na mais justa e criteriosa ordenação das relações sociais, só a longo prazo a Nação as há-de colher”³⁵.

Haverá, porventura, quem possa afirmar, neste instante, em face das transformações violentas e imprevisíveis por que está passando o mundo contemporâneo, que, a prazo não muito longo, não se fará mister um nôvo Código, com nova estrutura, com nova filosofia, para atender a novas necessidades?

35. Ob. cit., p. 11.

Professor Dr. Miguel Reale, Reitor da Universidade de São Paulo.

Professor Miguel Reale, pela segunda vêz, assume a Reitoria da Universidade de São Paulo, escolhido pelo Sr. Governador do Estado dentre a lista tríplice, apresentada pelo Colendo Conselho Universitário.

Realizou-se a cerimônia de investidura em sessão solene do Conselho Universitário, no salão nobre desta Faculdade a 5 de novembro do corrente ano. Preside à mesa o Sr. Prof. Dr. João Alves Meira, autoridade maior do Conselho.

Compareceram ao ato altas personalidades civis e militares, professôres, alunos e amigos do novo Reitor, o qual foi saudado pelo Sr. Conselheiro Dr. Laerte de Almeida Moraes. Agradecendo, Prof. Miguel Reale profere o discurso de posse, em que analisa a função e objetivos da Universidade em sua nova estrutura, sob o título: *Perspectivas da Reforma Universitária* publicado a seguir.

Perspectivas da reforma universitária

Se já era uma de minhas vaidades a lembrança de ter sido Reitor da Universidade de São Paulo, podeis bem compreender com que emoção assumo, hoje, as funções que me foram confiadas pelo Colendo Conselho Universitário e pelo ilustre Governador Roberto Costa de Abreu Sodré.

O fato de tratar-se de uma recondução, após um intervalo de vinte anos, além de aumentar sobremaneira a res-

ponsabilidade do posto assumido, sugere, desde logo, ao meu espírito, a conveniência de um olhar retrospectivo, não por impulso saudosista, mas pela arraigada convicção que tenho de que a análise objetiva do passado jamais constitui tropêço à caminhada para o futuro. Será como que um diálogo entre os problemas do ontem e os de nossos dias, mesmo porque, no processo das coisas humanas, nem tudo são novidades, assim como nem tudo são velharias, ressurgindo, às vêzes, antigas perguntas, numa luz imprevisível e surpreendente, enquanto que a última e mais pretensiosa das descobertas pode perder repentinamente o encanto, sem fincar raízes no tempo.

A referência à minha experiência como Reitor, de agosto de 1949 a junho do ano seguinte, servirá, penso eu, a demonstrar, no limiar de 1970, que será o ano da *reforma universitária*, que esta não surge “ex abrupto”, mas constitui antes o resultado necessário de uma contínua evolução, cujo ritmo, contudo, foi acelerado pelo impacto de fatores múltiplos, próprios de uma civilização em mudança, e tal como deve ocorrer, com mais razão, num país prioritariamente empenhado na tarefa do desenvolvimento.

A bem ver, a Universidade de São Paulo surgiu sob o signo de uma salutar revisão crítica, desde quando, para assegurar mais concreta execução às estruturas previstas na legislação federal de 1931 a 1934, os seus fundadores deram exemplo de admirável abertura cultural, fortalecendo a novel entidade com a experiência e o saber de eminentes mestres estrangeiros, cujos ensinamentos se harmonizaram com os dos professôres de nossas antigas Faculdades, operando-se, dêsse modo, uma combinação benéfica de valores diversificados.

Pois bem, quando me coube a direção da USP, quinze anos após a sua fundação, já eram inegáveis os sinais de que se impunham algumas alterações de natureza estrutural, como conseqüência do vertiginoso crescimento demo-



Prof. Dr. MIGUEL REALE, nôvo Reitor da Universidade de São Paulo.

gráfico e econômico da terra paulista, assim como do advento de novas exigências científicas e tecnológicas.

É que, apesar dos esforços de seus idealizadores, a Universidade não lograra, como ainda não logrou totalmente, superar as forças setoriais ou centrífugas, que a impedem de atingir a plena integração de seus recursos materiais e humanos. No sentido da unidade universitária foi dado um passo decisivo, naquela época, quando deixaram de existir descabidas distinções, tanto do ponto de vista da dignidade acadêmica como dos vencimentos, entre as várias categorias de Escolas ou de carreiras docentes. Tão natural é hoje a equivalência entre a produção científica de um engenheiro e a de um agrônomo, de um jurista e a de um médico-veterinário, que nem sequer nos recordamos das obsoletas discriminações ainda vigentes há apenas quatro lustros. Ora, a equiparação então realizada, em obediência ao princípio fundamental da unidade da ciência, já revelava que estavam prestes a eclodir, caracterizando este segundo após guerra, novas e insuspeitadas formas de preparo científico e tecnológico, abrindo um leque de especializações, a exigir quadros de ensino superior mais adequados.

É ainda no mesmo período que tem início um fato de suma importância: a projeção da Universidade para o Interior, a começar pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, segundo um programa de distribuição de institutos complementares, segundo as regiões geo-econômicas do Estado. Foi pena ter-se abandonado o plano inicial, que previa o crescimento orgânico da própria USP, na perspectiva de oportunos e previsíveis desmembramentos, para dar origem a novas Universidades, como é o caso da atual Universidade Estadual de Campinas.

Outro ponto que merece ser lembrado, para demonstrar que a nossa Universidade jamais se reduziu, como se associa, a uma entidade estática ou anquilosada, foi o estabelecimento de cursos noturnos, em obediência a preceito da

Constituição de São Paulo. Eis aí outro fator que se impunha, ao lado dos dois outros já apontados, a marcar o início de uma compreensão por assim dizer mais social das atividades educacionais, propiciando-se reais possibilidades de acesso aos estudantes que trabalham. Era o problema existencial que aflorava com tôdas as suas implicações, problema êsse que, hoje em dia, se apresenta com maior amplitude e fôrça, por se reconhecer que um dos primeiros deveres do Estado é garantir meios de aperfeiçoamento cultural a quantos efetivamente demonstrem capacidade para estudos de nível superior.

Não se trata, porém, de agitar a ilusória bandeira da gratuidade de taxas de ensino, concedida indiscriminadamente a ricos e pobres, a dedicados e a desidiosos, mas sim de afirmar que a pobreza não pode e não deve representar uma barreira para os que estudam por vocação e, enriquecendo o próprio espírito, enriquecem a comunidade a que pertencem.

Não se cuide, porém, que, mediante o regime de bolsas, a ser instituído progressivamente em substituição à atual gratuidade geral, tal como o determina a Constituição da República, a Universidade irá colocar o aluno na posição de quem solicita um favor. É à Universidade mesma que incumbe a iniciativa de ir ao encontro dos que necessitam de amparo, assistindo ao estudante o direito de exigir que o Estado cumpra a sua obrigação perante os valôres da educação e da cultura. Se algum compromisso posso assumir, nesta hora, é o de ser o mais exigente cobrador dessa dívida do Estado, a qual só pode ter como única e necessária contrapartida a obrigação real do estudo e da pesquisa. Nesse ponto, aliás, sinto-me tranqüilo, pois sei que não nos faltará o apôio do Governador Roberto Costa de Abreu Sodré, que tem, efetivamente, colocado a educação entre as metas prioritárias de suas realizações administrativas.

Mas, volvamos ao nosso diálogo com o tempo vivido. Há um problema que então como agora preocupava os

espíritos mais afeitos à problemática universitária: é o da integração das atividades docentes, ou, por outras palavras, a luta contra a dispersão e o desperdício de esforços e de aparelhamentos, mal condenável em qualquer Nação, mas que chega a constituir verdadeiro atentado cívico em países como o nosso, com poucos recursos financeiros e humanos para atender aos imperativos da ciência e da tecnologia.

Confesso-vos que, vinte anos atrás, por mais que o plano de integração contasse com o apóio de ilustres mestres, não foi possível ir além de um projeto de Instituto de Estatística, destinado a congregar, numa única entidade, quantos se dedicavam a êsse ramo do conhecimento. Não ignoro que, depois, surgiram outros e mais complexos processos integrativos, à medida que a nossa Universidade veio multiplicando as suas unidades de ensino e enriquecendo os seus currículos, até se converter num dos mais conceituados centros culturais da América Latina. No que tange, todavia, à economia de meios e de apetrechos disponíveis, parece-me que os novos Estatutos, elaborados com tanta dedicação e acêrto pelo Egrégio Conselho Universitário, é que vão abrir reais possibilidades de coordenação orgânica dos serviços de nosso ensino superior.

Prevalecendo a tese de que o embasamento da atividade universitária tem de ser constituído pelos Institutos, o que se deve esperar, antes de mais nada, tanto dos mestres como dos alunos, é uma radical mudança de atitude diante dos problemas culturais, sem o que subsistirão os mesmos insulamentos e setorizações, aquecidos por insopitáveis vaidades e não menos obsoletas prerrogativas de individuos e de grupos. Sejamos francos, já que esta é a hora da verdade, tal como foi firme e oportunamente proclamado pelo Presidente Garrastazu Medici: se há uma reforma a ser feita, em caráter prioritário e como condição de tôdas as outras, é a reforma da mentalidade no que se refere aos processos de aquisição e de transmissão dos valores culturais, a fim de que, professôres e estudantes,

saibamos todos que a obra educacional exige dedicação e método, método e dedicação, o que pressupõe uma serena confiança na ação desveladora do tempo.

Essa mudança de mentalidade auxiliar-nos-á, de outro lado, a preferir os valores da eficiência e da sobriedade às soluções aparatosas, que implicam o sacrifício ou o adiamento de outros serviços não menos essenciais ao desenvolvimento orgânico e sincrônico da comunidade, à qual todos igualmente nos subordinamos.

Nada mais contrário, com efeito, ao ideal universitário do que a liderança carismática de homens que se julguem superiores à coletividade em que vivem. Numa Universidade democrática, como desejamos que seja a nossa, como expressão de uma sociedade plural, fundada na fôrça criadora da liberdade e na pluralidade das afirmações espirituais, a liderança se confunde com a excelência do trabalho dedicado à formação da juventude, dela se podendo exigir que se habilite a dar às gerações futuras mais do que ora lhe destinamos.

Se ponho tanta ênfase na reforma da mentalidade é que não creio no sortilégio, em si e de per si, das estruturas jurídicas ou políticas. Estas não são válidas e fecundas quando se reduzem a formas exteriores, acrescentadas artificialmente às coisas, em lugar de se constituírem como algo que brota da íntima natureza dos fatos, como formas que fazem corpo e alma com as coisas mesmas, por traduzirem o sentido substancial da experiência ordenada. À essa luz, os novos Estatutos da USP, apesar de suas possíveis lacunas e imperfeições, merecem ser recebidos por todos nós, mestres e alunos, assim como pela comunidade paulista, como um instrumento de trabalho, dispondo-nos a suprir as lacunas com engenho inventivo e plástico, graças a soluções particulares ajustadas à realidade múltipla, e a superar as deficiências pela complementariedade das tarefas confiadas a cada um dos campos do conhecimento humano. Os Estatutos são um ponto de partida,

não um ponto de chegada, por mais que para nós, neste instante, se ponham como a diretriz dominante de um compromisso e de um empenho.

Permiti, meus senhores, que volte ainda uma vez ao passado, para apontar semelhanças e diferenças fundamentais. Refiro-me a uma questão que postula todo o nosso cuidado, pois se prende a uma das notas distintivas da USP. A nossa Universidade não surgiu como um oásis no meio do tumulto da sociedade paulista, mas, desde o início timbrou em viver em consonância com as esperanças e os desafios de nossa gente, de modo que representasse, também ela, uma *forma especial de trabalho* situada no sistema geral de relações de trabalho que marca a grandeza pioneira da terra bandeirante. Nestes seus trinta e cinco anos de existência, a Universidade de São Paulo tem procurado corresponder às necessidades vitais do Estado e da Nação, não apenas habilitando a juventude ao exercício atualizado das mais diversas profissões, mas também às exigências coletivas nos domínios da ciência e da tecnologia, das artes e das letras, do pensamento puro e das aplicações práticas de ordem empresarial.

Seria absurdo conceber-se uma Universidade divorciada das exigências do trabalho, o que demonstra quão artificial é a contraposição que se pretende levantar, maliciosamente, entre uma “Universidade crítica”, como é próprio de sua natureza, e uma suposta “Universidade empresarial”. Não há que falar em “Universidade empresarial”, só porque se procura armar a mocidade de conhecimentos adequados a atender aos reclamos das forças produtivas nacionais, e, por conseguinte, à tarefa patriótica do desenvolvimento, em todos os setores da realidade brasileira. Nem há motivo para infundados temores de subordinação da cultura a interesse subalternos, num mundo que cada vez mais depende da cooperação autônoma e da supervisão dos possuidores de conhecimentos científicos e tecnológicos, a cujas diretrizes e planejamento deverão, necessariamente,

se subordinar às atividades empresariais, sob pena de inevitável malogro. Talvez não será exagêro dizer que o problema medular da Universidade contemporânea consista em procurar estabelecer uma correspondência cada vez mais concreta entre as “*formas de estudo*” e as “*formas de vida*”, de tal sorte que os moços possam realizar com autenticidade a sua real vocação.

Ao contrário de antagonismos abstratos, o que devemos estabelecer são condições de colaboração e de complementariedade entre tôdas as classes e categorias sociais, cabendo às Universidades a missão irrenunciável de formar homens capazes de ter a visão total dos problemas e de, nessa totalidade, situar o campo criador da própria habilitação profissional, como tão bem foi enunciado pelo ilustre conselheiro Prof. Laerte de Almeida Morais, na formosa oração com que me saudou, interpretando, desvanecedoramente para mim, os votos do órgão máximo de nossa Universidade.

Em verdade, quem diz espírito crítico diz visão de totalidade, capacidade de discernimento e de medida, superamento daquilo que dissocia e separa, até ser possível alcançar as razões substanciais da unidade e assegurar as condições do êxito nos domínios da prática.

Sòmente assim, inserida nas exigências da vida quotidiana, para dela se elevar até às culminâncias da pesquisa pura e desinteressada, é que a Universidade, una e diversificada, tal como o seu próprio nome o sugere, realizará a sua missão, que, no fundo, se confunde com a de um perene humanismo, ontem modelado segundo os arquétipos da cultura clássica, de contornos prevalentemente estéticos, hoje fadado a tentar a maravilhosa síntese de uma cultura que, por mais que se embrenhe no labirinto dos interesses, jamais perca o fio condutor da verdade e da beleza.

Eis o que me pareceu oportuno dizer-vos, nesta hora, e neste local tão caro ao meu coração, ao suceder, nos

encargos da Reitoria, a dois queridos colegas e eminentes mestres da Faculdade de Direito, Professôres Luís Antônio da Gama e Silva e Alfredo Buzaid.

Seja-me dado ainda lembrar-vos, como remate de tudo que acaba de ser dito, que, nesta data, o País comemora o aniversário de Rui Barbosa, o paladino intemerato da liberdade e da democracia. Que êste seja o signo da administração que ora se inicia, em prol de uma Universidade concebida como unidade viva, liberta de facciosismos maléficis, nela se amando a liberdade com responsabilidade, e a cultura com zêlo e despreendimento, a côbro das agitações estéreis que tanto comprometem os povos imaturos.

Professor Dr. José Pinto Antunes – Novo Diretor da Faculdade de Direito.

Professor Dr. José Pinto Antunes, nôvo diretor desta Faculdade, nasceu em Lorena a 9 de março de 1906. Foram seus pais o Sr. João Batista de Azevedo Antunes e D. Firmina Pinto Antunes.

Após os cursos primário e ginásial, concluídos em sua terra natal, matriculou-se simultâneamente na Faculdade de Direito de São Francisco e na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Paulo, agregada, na época, à Universidade de Louvain.

Graduou-se em Filosofia, Ciências e Letras em 1926 e, em 1928, laureado como primeiro aluno, com o “Prêmio Rodrigues Alves”, bacharelou-se em Direito.

Ingressando, logo depois, na política, participou arduamente das lutas cívicas do Partido Democrático, assumindo a Secretaria Geral, na presidência do Prof. J. J. Cardoso de Melo Neto, após 1932.

Foi ainda um dos fundadores do Partido Constitucionalista, pelo qual, em 1934, é eleito deputado à Assembléia Constituinte de São Paulo.

Implantado o Estado Novo, em 1937, abandona a política e reinicia suas atividades culturais. Faz o curso de doutorado nesta Faculdade e o de Ciência Sociais e Políticas na Faculdade de Filosofia da mesma Universidade, onde foi aluno dos grandes economistas francêss François Ferroux, René Courtin e Pierre Fromont da Universidade de Paris.

Em 1941, conquista a cátedra de Direito Industrial e Legislação do Trabalho na hoje Faculdade de Direito da

Universidade Federal de Minas Gerais. Nomeado, exerce a cátedra até 1956.

Nesse interim, conquista também a Livre Docência de Direito Constitucional, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, e concorre à cátedra da mesma matéria nesta Faculdade, classificando-se em segundo lugar, pela diferença de um décimo, com duas indicações para a cátedra.

Em Minas exerce a cadeira de Economia Política no curso de bacharelado, de 1945 a 1951, e foi titular da cátedra de Economia Social e Legislação do Trabalho no Curso de Doutorado, desde 1951.

Fundou em sua terra natal a Faculdade Salesiana de Filosofia, Ciências e Letras, onde é titular da cadeira de Psicologia Racional na Secção de Filosofia.

É membro correspondente do Instituto Histórico e Geográfico da Bahia, do Instituto da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Social de São Paulo e de outros.

Professor José Pinto Antunes dedicou-se também, intensamente, à pesquisa do Direito, possuindo variada bibliografia. Com a tese *A Produção sob regime de Empresa*, concorreu à cátedra de Economia Política, nesta Faculdade; obtendo o primeiro lugar, toma posse a 9 de agosto de 1956. Integrando, desde então, a Congregação de Professores, participa, a contar de 1963, do Conselho Técnico da Faculdade e do Conselho Universitário.

Conhecendo de perto os problemas administrativos desta Escola, exerce a vice-diretoria em princípios de 1969, no impedimento do então diretor, Prof. Dr. Alfredo Buzaid, que assume interinamente a Reitoria da Universidade.

Em novembro, o Magnífico Reitor interino ascende ao Ministério da Justiça, deixando aberta a diretoria da Faculdade de Direito, para a qual é o Prof. Pinto Antunes o escolhido, dentre a lista tríplice, depois de uma indicação unânime dos seus pares.



Nôvo diretor da Faculdade de Direito, Prof. Dr. JOSÉ PINTO ANTUNES.

A solenidade de Posse.

Em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre, a 17 de novembro, e presidida pelo Magnífico Reitor da USP, Prof. Miguel Reale, o novo diretor assume o cargo.

Aberta a sessão, foi introduzido no recinto pelos professores Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro e João Baptista de Oliveira e Costa Junior.

Além da Congregação e membros do Conselho Universitário, estiveram presentes altas personalidades entre as quais o representante do Exm.^o Sr. Ministro da Justiça, Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que transmitiu ao novo diretor a carta que se publica a seguir.

Carta do prof. Alfredo Buzaid, ministro da Justiça, ao novo diretor, prof. José Pinto Antunes.

São Paulo, 17 de novembro de 1969.

*Excelentíssimo Senhor Professor José Pinto Antunes,
Digníssimo Diretor da Faculdade de Direito*

Era minha intenção comparecer pessoalmente à solenidade em que Vossa Excelência é empossado no cargo de Diretor de nossa querida Faculdade.

Mas, circunstâncias imprevistas me impedem fazê-lo.

Em meu lugar, e como se fôsse eu, comparecerá o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que lhe transmitirá de viva voz os cumprimentos, com os melhores votos de uma feliz gestão.

Durante os meses em que exerceu a função de Diretor, o desempenho deste cargo revelou as excepcionais qualidades de administrador, a que se aliaram o entranhado amor à Casa e o seu devotamento ao magistério.

Queira receber, com o cordial abraço, as saudações do amigo, colega e admirador

(ass.) ALFREDO BUZAIID
Ministro da Justiça

**Discurso de saudação do Prof. Antonio Ferreira
Cesarino Junior.**

Após a cerimônia de investidura no cargo, o novo diretor foi saudado, em nome da Congregação, pelo Sr. Prof. Dr. Antonio Ferreira Cesarino Junior que proferiu o seguinte discurso:

I

“A nossa presença nesta tribuna, neste momento, se explica por dois fatores igualmente importantes: um sentimento de afeição e um imperativo de justiça.

II

Resulta o primeiro do fato de sermos colega do Prof. PINTO ANTUNES, na turma de 1928. Deu ela a esta Casa três catedráticos, o Prof. BASILEU GARCIA, o Prof. PINTO ANTUNES e o orador que vos fala e três livres docentes, o saudoso Prof. JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA, o Prof. ODILON DE ARAÚJO GRELLET e o Prof. CAIO PRADO JUNIOR.

Significa isto conhecermos o Prof. PINTO ANTUNES desde a nossa mocidade, distante apenas cronologicamente, pois não sentimos diminuídas as nossas energias, para a luta de cada um em prol de seus ideais. Pudemos, assim, acompanhar a sua esplêndida formação intelectual, não apenas como estudante do Curso de Bacharelado desta Faculdade, distinguido, como primeiro aluno da turma, com o “Prêmio Rodrigues Alves”, mas também como participante do Curso de Doutorado e como aluno das Faculdades de Filosofia de São Bento e da Universidade de São Paulo, em que se diplomou em Filosofia e em Ciências Sociais e Políticas.

Deputado estadual em 1937, foi o autor do projeto da lei n. 3.023, de 15 de julho dêsse ano, que ainda é o regulamento desta Faculdade, parcialmente em vigor. Nessa ocasião, dando demonstração de elevado descortino, criou nela a cadeira de “Legislação Social”.

Em 1941 venceu brilhantemente, em Belo Horizonte, com o voto do Prof. SAN TIAGO DANTAS e o nosso, concurso para a cátedra de Direito Industrial e Legislação do Trabalho, que lecionou nos Cursos de Bacharelado e de Doutorado, da Faculdade de Direito, da Universidade de Minas Gerais. Mas não descansou: conquistou ainda, em eloqüentes provas, a livre docência de Direito Constitucional, na Faculdade Nacional de Direito, da Universidade do Brasil e nesta Escola.

Finalmente, em 1956, concorrendo com seis colegas de tão notável valor, que todos êles obtiveram a livre docência, se tornou professor catedrático de Economia Política desta Faculdade, em que tem lecionado desde aquela data, tanto no Curso de Bacharelado, como no de Especialização.

Voltou, assim, o Prof. PINTO ANTUNES à sua Escola, realizando, destarte, o que, em seu discurso de posse chamou de “... a minha ambição maior e suficiente — ser Professor na Faculdade de Direito de São Paulo”.

A sua bibliografia é grande e valiosa, por vários motivos. Não se satisfez sòmente com a compulsória elaboração de monografias para os numerosos concursos que prestou. Outros livros, tais como *A Filosofia da Ordem Nova*, *Os Direitos do Homem no Regime Capitalista*, *Da Limitação dos Poderes* e numerosos artigos e pareceres evidenciam a sua vasta cultura e a versatilidade do seu espírito.

III

O segundo motivo a que acima aludimos, é o fato — resultante simplesmente do transcorrer do tempo — de

sermos o decano da Congregação dos Professôres desta Faculdade. Pensamos, porisso, que os três decênios nela vividos intensamente nos qualificam para apreciar a maneira por que o Prof. JOSÉ PINTO ANTUNES se houve como Vice-Diretor desta Faculdade, quando teve o ensejo de assumir-lhe a direção.

Em período tão curto, que a outros desanimaria, cuidou êle incansavelmente do aperfeiçoamento desta Escola, tanto do ponto de vista de seu pessoal administrativo, como também de suas instalações.

Com uma coragem pouco encontradiça, que o levou a arrostar ameaças e inimizades, investiu contra abusos tão velhos que se haviam transformado em nociva rotina. Com uma dedicação e um amor ao trabalho, que — se já não conhecêssemos a sua “vontade teimosa” — seria de admirar no aristocrático quadrineto de Capitães-mores e no descendente de velho estirpe portugêsa que remonta a D. Sebastião, o nosso “Barão de Lorena” madrugou e madrugua quôtidianamente nesta Faculdade, orientando-lhe constante e minuciosamente a remodelação dos serviços e o exato cumprimento de suas finalidades de ensino.

Mas, o que merece especial relêvo nesta conjuntura é a rara felicidade, o acertado tacto, com que tem sabido entender-se com o corpo discente da Faculdade, de molde a atender-lhe as reivindicações justas, sem quebra dos princípios da autoridade e da disciplina.

Não nos surpreendemos, portanto, de que, ao abrir-se a vaga de Diretor, fôsse o seu nome incluído na lista tríplice a ser enviada ao Govêrno do Estado, em votação secreta unânime dos membros da Congregação desta Faculdade. Patenteia isto que êle hoje assume em caráter efetivo a gestão dos destinos desta Escola, prestigiado pelo Magnífico Reitor, o várias vêzes premiado Prof. MIGUEL REALE, significativo expoente não apenas da Congregação dos Professôres desta Faculdade, mas também da cultura

jurídica brasileira e internacional; prestigiado concordemente pela unanimidade de seus Professôres; prestigiado por seus estudantes; prestigiado pelos elementos sadios do seu corpo administrativo e, por último, prestigiado, inclusive, pelo orador dêste discurso, que é na Congregação dos Professôres, o líder da opposição, isto é, o líder de si mesmo...

IV

Não necessitamos, neste momento, dizer ao nosso novo dirigente o que dêle esperamos. O seu passado como Vice-Diretor é uma garantia de seu futuro como Diretor.

Cabe-nos, porém, saudando-o em nome do corpo docente, formular os melhores votos pelo êxito de sua administração.

E, ao mesmo tempo, nos cabe o direito de ter certeza, de que, no seu exercício, êle não deixará de, honrando as gloriosas tradições de civismo desta Faculdade, pôr sempre em prática êstes magníficos princípios que enunciou em seu discurso de posse na cátedra de Economia Política: “Ensinei sempre os mesmos princípios — os da filosofia da dignidade do homem e as consequentes aplicações na ordem econômica e jurídica. A liberdade é o meu culto constante. Creio nela firmemente como fôrça criadora e até disciplinadora. A liberdade é o princípio de ordem na Economia e no Direito”.

Disse.”

Discurso de agradecimento do nôvo diretor.

Agradecendo a saudação recebida, o Prof. José Pinto Antunes proferiu seu “discurso de posse” nos têrmos seguintes:

“Nunca antes me foi tão difícil usar da palavra como nesta circunstância e neste momento. Pressentia a dificuldade, até mesmo a impossibilidade da expressão verbal. Além da cortezia devida à dignidade da investidura, o escrever era antecipação das emoções, era a cautela que se impunha a um coração violentamente emocionado.

Vinha-me de longe êste estado d'alma. Os meus pares, meus queridos colegas, indicaram-me para Diretor desta Casa, pode-se dizer, pela unanimidade dos seus votos. No requinte da sua grandeza de espirito, Sua Magnificência, o Senhor Reitor, acolheu a indicação e, de pronto, fêz-me o que eu desejava ser, num sonho continuado de quase meio século, Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Pouco importa — a esta minha felicidade — o descompasso da sucessão; — venho logo depois de Alfredo Buzaid, o grande Mestre de Direito, reclamado pela Nação para repô-la nos quadros de uma nova estruturação democrática. Se não posso comparar-me a S. Excia., o Sr. Ministro da Justiça, no serviço, contento-me a igualar-me a todos, no amor que dedico a estas centenárias Arcadas.

Com Alcântara Machado, repito os hosanas do meu amor:

“e, incapaz de servi-la quanto devo, prezo-me de amá-la quanto posso.”

Vem de longe, de muito longe, esta bem-querença. Vou contá-la. Perdoem-me êste passeio regressivo pelo passado, em que convoco, para alegrar comigo, pela saudade, a minha terra e a minha gente.

Quando começou, tudo dizia que se tratava de um amor impossível.

Da “Gens Lorenensis”, o “Azevedo” de meu Pai era do ramo de agricultores. Senhores da terra e amantes da terra, podiam dizer como Columella:

... “apud antiquos nostros fuisse gloriae curam rusticationis”.

Sim. Para os nossos antepassados foi motivo de glória cuidar das coisas rústicas.

E fomos todos embalados aos sons ritmados de um conselho que viera do velho Portugal, a terra dos meus avós:

“Semeia e cria e terás alegria”.

Mas, já naquela época, pois o fenômeno não é nôvo, aquelas inscrições, assinalando os portais da nossa herdade, pareciam-nos conselho superado, e fazíamos mofa da experiência dos velhos, embora muitas vêzes secular.

O Poder político, que os outros ramos da família detiveram no Império, e, ainda, detinham na República, dimentava o filho do agricultor.

E êle não resistiu... Virou as costas ao campo, fêz ouvidos moucos aos repetidos conselhos paternos e sonhou ser Bacharel e Bacharel em Direito pela São Francisco, pois na história pátria aprendera que, desde o ano de 1827, era na Academia de São Paulo que se escrevia, pelo feito de seus filhos, a História do Brasil.

Caipirinha de Lorena, com o diploma de Bacharel em Ciências e Letras, do Ginásio São Joaquim, em baixo do braço, entrei fácil no rigoroso vestibular e, como todos, que aqui ingressam, passei a falar, com orgulho, da *minha* Faculdade.

Amei-a o quanto pude, nos cinco anos de Bacharelado e quando me laurearam, com o “Prêmio Rodrigues Alves”, acreditei que isto significava o consentimento do meu amor, pelos Mestres que a governavam.

Puro engano. Não queria deixá-la e bati-lhe à porta, por duas vêzes, pensando aqui ficar definitivamente. Da

primeira, reprovaram-me e, na segunda, consentiram-me no amor à distância, permitindo-me uma livre docência.

Mas isto não me bastava. Era pouco para tão grande querer. Tinha tido uma infância feliz e não conhecia, até então, contrariedade aos meus desejos. Ressentido, indignado, passei a minha revolta, ostentando vitórias em outras terras, como que dizendo, a modo de um capricho infantil, que outras Faculdades me queriam, quando a minha amada me recusava...

É difícil esquecer o primeiro amor e, também, não há quem vença uma vontade teimosa.

Retornei com ímpeto e, então, esta minha Escola não resistiu mais aos arrebatamentos do meu amor, dando-me uma de suas cátedras como preço, afinal, da provada eternidade do meu afeto:

“mais servira, se não fôra para tão longo amor tão curta a vida!”

E, hoje, digo-o com satisfação indizível e com gratidão sem medida, que cheguei ao término do meu longo pelejar, ao assumir, pelo favor dos meus colegas, o govêrno desta Casa.

Aquilo que vou fazer não é preciso dizê-lo. Completarei o que comecei e conservarei, aperfeiçoando, o que fiz nos poucos meses de interinidade da Diretoria, em substituição ao seu eminente Diretor efetivo, o Professor Alfredo Buzaid, agora Ministro da Justiça e que, hoje, nos honra com a representação de sua presença, a qual agradecemos penhoradamente.

Como Diretor, já estamos aplicando a reforma universitária de que esta Escola foi precursora. Pretendemos continuar, como no nosso passado secular, a formar juristas e estudiosos para atender, como sempre, aos reclamos da pátria comum. Também, com as modificações já intro-

duzidas, durante a nossa interinidade, pretendemos ministrar, aos nossos futuros advogados, o conhecimento do seu tempo. Não queremos os diplomados de cultura marginalizada, pobres “chomeurs” intelectuais, sem profissão, ou melhor, profissionais da subversão, em busca de um mundo utópico onde haja lugar para os seus conhecimentos de coisa nenhuma.

Preparamos esta Casa, através dos variados Institutos, já em funcionamento, para formar profissionais que, defendendo a ordem econômica constitucional, fundada na livre iniciativa, saibam conter os excessos da concorrência que, dentro da licitude e lealdade, confunde-se com o próprio interesse comum.

Não cremos na falada Universidade crítica pregada por aquêles pobres “chomeurs” de falsa cultura.

É aprendizagem, à moda da terra bandeirante, a que defendemos, na formação dos nossos bacharéis. O diploma, prova final de conhecimentos atualizados, deve propiciar a riqueza do profissional, condição material para o gozo das liberdades individuais.

Repetimos, ainda, Alcântara Machado:

“o paulista é ávido dos bens materiais, porque tem horror à dependência.”

E, acrescentaríamos, é também porque êle aspira sempre o Poder.

Quem quiser fazer voto de pobreza revolucionária, para viver de assaltos à propriedade privada que, entre nós, é direito individual, assegurado pela Constituição e pelas leis, não procure entrar pelas nossas portas, porque delas será expulso.

Dito isto, para conhecimento dos rumos da Direção que, hoje, solenemente, assumimos, voltemos ao nosso interrompido roteiro sentimental.

Meus colegas, meus amigos:

Não sei o que dizer de vossa gentileza, quando para requinte da bondade, saúda-me, em nome de todos, com as palavras, que sei exageradas, porque brotadas de seu coração magnânimo, o eminente Mestre de todos nós, o Professor Antônio Ferreira Cesarino Jr., meu colega de turma, jurista consagrado, cujo nome é um serviço a esta Faculdade e ao Brasil pela sua gloriosa projeção internacional.

E a nomeação do Magnífico Reitor, quando o Reitor é Miguel Reale, já é glória demais para quem sonhava com muito, mas não lutava por tanto!

O silêncio responde melhor que a palavra, pois esta vem do raciocínio e aquê transborda do coração.

Agora, minhas Senhoras e meus Senhores, é tempo de ir embora e ao término das expressões de agradecimento, peço a todos uma carinhosa permissão ou tolerância para me recolher ao que me é mais íntimo e profundo — a saudade doída e irreduzível da casa e do terrunho em que nasci, onde passei tôda a minha infância e onde desejaria ficar, quando tiver que ficar para sempre.

Desculpem-me a ingenuidade da confissão daquilo que seria o meu último desejo.

Quando ainda me restassem algumas fôrças para servir, queria ser eleito ou imposto, pouco se me dá o estilo da investidura, Prefeito da minha Cidade Natal, a velha Hepacaré.

E vou contar o meu programa na minha última administração.

Queria restaurá-la na sua beleza imperial, que os iconoclastas da tradição vêm destruindo sem dó, nem piedade.

Reviveria os seus jardins gradeados, na geometria sentimental dos seus canteiros, os quais eram traçados em estrêlas de cinco pontas, trevo de quatro fôlhas e, ainda,

até com o desenho daquela romântica lua nova, e, tudo, bem coberta de saudades, sempre-vivas de tôdas as cores, de perpétuas bem roxinhas, sem faltar as violetas perfumadas — tão acanhadas do seu perfume que era difícil achá-las entre as suas fôlhas presunçosas...

Queria, ainda, e queria muito, replantar as palmeiras imperiais da Rua Viscondessa de Castro Lima, que enfeitavam o caminho e se perfilavam solenes em homenagem àqueles que se mudavam, para sempre, para o lindo campo santo da minha terra natal, onde estão todos os mortos de que venho...!

Oh! Aquêles malvados, sem coração, que as deceparam até às raízes, não sabiam o quanto elas guardavam, em segredo de amor, para contar somente aos filhos da terra...

Em continência a um passado de três séculos, elas, erectas, imponentes, saudaram em sua passagem para o eterno repouso, as cinzas de dois Capitães-Móres que, servindo à Corôa, também serviram muito ao Brasil; 17 grandes do Império, notáveis homens da República e, até, os mortos sem acompanhamento elas saudavam, certamente, quando convocavam todos os sabiás, das jaboticabeiras e dos bambuais, para flautearem os seus cantos, a modo de carpideiras, dando para isso em paga o pouso seguro das suas frondes altas e imponentes copadas.

Minhas senhoras e meus senhores, acreditem, por favor, pois é verdade, muito verdadeira, que, em Lorena,

“as aves que aqui gorgeliam
não gorgeliam como lá...”

“Não permita Deus que eu morra
Sem que eu volte para lá...”

Centenário de Nascimento do Professor Dr. Reynaldo Porchat.

Em maio de 1968, comemorou-se nesta Faculdade o centenário de nascimento de Reynaldo Porchat, que foi, por muitos anos, seu professor e Diretor.

Em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre, o Prof. Dr. Alexandre Augusto de C. Corrêa, titular da cátedra de Direito Romano, que pertenceu ao homenageado, falou sobre sua vida e obra, analisando o notável Curso de Direito Romano, até hoje consultado por mestres e alunos.

Discurso do prof. Alexandre Augusto de Castro Corrêa

Comemorar é solenizar a recordação d'algum acontecimento marcante, ou de personalidade notável na história nacional dum povo ou de suas instituições. Prendendo-se, como se prende, através da ação exercida por discípulos e mestres, aos magnos eventos de nossa história contemporânea, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo relembra, habitualmente, a figura de seus grandes professores, inclusive por ocasião da passagem do centenário de nascimento dos mesmos. Perpetua, assim, o culto de suas mais caras tradições e confirma ideais educativos e humanitários revendo-se naqueles, cuja pujança intelectual e alto senso cívico, lhe deram a própria razão de existir como escola e de confiar no futuro.

Falar do Prof. Reynaldo Porchat é justamente exprimir, apontando seu exemplo, tudo quanto, professôres e discípulos, havemos por mais representativo da figura do jurisconsulto: o saber, a eloquência e o civismo. Prestamos, pois, esta noite, solenemente e com alegria, homenagem justíssima à memória de Reynaldo Porchat.

Foi êle, sem qualquer restrição e na plenitude do t rmo, aquêle “*ad agendum ad cavendum et ad respondendum peritus*”, de que fala Cícero definindo as funções e qualidades do jurisconsulto romano: sabia Porchat, como ninguém, orientar os clientes na condução das causas, era perito consumado na intrincada arte de redigir os atos jurídicos e distinguia-se, sobretudo, como autor de pareceres, cortando sempre o n -g rdio de complicadas questões de direito.

Como professor de Direito Romano deixou o Prof. Porchat indelével lembrança na mente de seus inúmeros discípulos, todos êles elogiando abertamente as qualidades notórias do mestre: saber vasto, clareza perfeita d’idéias, eloquência natural no exp -las, animada pela íntima convicção. Tão unânime   o juízo a êste respeito a ponto de me parecer suficiente falar de Reynaldo Porchat só como professor, deixando aos demais preclaros oradores desta noite o encargo de realçar as outras qualidades excepcionais desta figura tão bem dotada.

Meu pai, bacharel de 1912, foi aluno do Professor Porchat (junto com Henrique Bayma, Vicente R o, Guilherme de Almeida, Waldemar Ferreira e outros) e sempre manifestou estima e admiração pela personalidade de seu antecessor na cátedra de Direito Romano; Porchat, diz  le, era assíduo, impunha-se ao auditório pela palavra sempre eloquente e fazia o curso guiando-se pelos fragmentos do *Corpus Juris*, citados solenemente aos discípulos no belo timbre de sua voz. E, nos exames, segundo consta, a contra-prestação era escrupulosamente exigida aos estudantes, naqueles dias, “h las”! mais familiarizados do que os de

hoje com a língua de Papiniano. O Dr. Francisco Patti, ex-aluno do Prof. Porchat, contou-me, certa ocasião, pitoresca história, digna de ser aqui lembrada, pois ilustra de modo vívido o espontâneo sentimento humanístico do egrégio professor de Direito Romano. Iniciando uma aula sôbre a interpretação das leis perguntou “ex abrupto” o mestre: “Quem haverá, pelas ruas e praças desta cidade, ignorando o “Scire leges”? E, diante da provável hesitação dos ouvintes, prosseguiu serenamente: qual o cidadão, ainda o mais inculto, capaz de ignorar o sentido desta máxima (e lá vinha o célebre texto): “Scire leges, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”? Queria, naturalmente, Porchat, mediante espirituoso recurso didático, transmitir aos alunos a convicção do caráter tão conforme à razão humana dos preceitos do Direito Romano, a ponto dêles serem acessíveis a qualquer pessoa de bom senso. — E basta êste traço de sua mentalidade para situá-lo, desde logo, como Jurisconsulto!

Resumindo fecunda atividade de professor, legou-nos Porchat pequena obra prima, onde não sabemos o que mais admirar: se o poder de síntese ou a elegante clareza d'exposição e d'estilo. Refiro-me ao *Curso Elementar de Direito Romano*, obra sempre citada e lembrada e também (coisa mais rara) lida com igual proveito até hoje por mestres, discípulos e estudiosos.

Peço licença, como parte da homenagem hoje prestada, para ler dedicatória de próprio punho, na bela caligrafia do Autor, oferecendo um exemplar do livro a meu pai.

“Prezado colega e amigo Prof. Alexandre Corrêa. Seguindo o seu amável conselho, mandei fazer uma segunda edição do meu curso elementar de Direito Romano. Como se incumbiu dessa tarefa apenas a editôra, saiu êste trabalho que aqui se vê de feíto caracteristicamente comercial. Mesmo assim, é prazer meu oferecer-lhe um exemplar, o

que aqui faço em homenagem aos seus méritos e pedindo-lhe desculpa pela pouca finura da obra.

O colega e am.^o admirador

Reynaldo Porchat". — 5.6.1937"

Passo agora, encerrando esta oração, a breve análise do *Curso de Direito Romano* do Prof. Porchat (2.^a edição de 1937).

Consta êle da *História externa do Direito Romano*, subdividida, como se sabe, clàssicamente em quatro períodos; na "*Introdução*", parte subsequente, estudam-se em três capítulos as seguintes questões fundamentais: *Da importância do estudo do Direito Romano e da sua expansão pela Europa, Da influência do Direito Romano na legislação civil pátria, Direito Romano Justiniano, O Corpus Juris Civilis*. Vem depois a *Parte Preliminar*, central do livro, desdobrando-se nos seguintes capítulos: *Idéias Gerais de Filosofia Jurídica*, contendo a *noção de direito*, admitida pelo autor, sob a influência do positivismo da época, representado na Faculdade pelo colega de Porchat, o insigne Pedro Lessa; do *Direito Subjetivo e Objetivo*; do *Direito Público e Privado*; de *Direito e Moral*; do *Sujeito e Objeto do Direito* e da classificação das matérias do Direito Civil tratam os outros parágrafos dêste capítulo. Combinando Direito e Filosofia (as cadeiras de Direito Romano e Filosofia do Direito constavam, aliás, antigamente e segundo uso salutar, do primeiro ano do curso de bacharelado) utiliza o Autor, para as explicações filosóficas indispensáveis, vários textos e conceitos de Direito Romano. A parte dogmática principia no capítulo II.^o tratando das acepções do vocábulo "Jus" (§ 10), do conceito de Direito entre os romanos (§ 11), da distinção romana entre Direito e Moral (§ 12) onde o Autor exatamente observa: "Mas, ao mesmo passo que a conheciam, observa-se no estudo do conjunto das disposições do direito

romano que êles sentiam a necessidade de uma harmonia plena entre os preceitos da Moral e os do Direito” (p. 112). Conheciam, por outro lado, com nitidez, os romanos, o critério da distinção entre Direito e Moral, tal como se depreende, entre outros, do conhecido “non omne quod licet honestum est”. (Paulo, no D., 50, 17, 144). E conclui Porchat com acêrto: “... elementos existem que nos autorizam a concluir que os juriconsultos descortinavam, embora não a exprimissem sempre em seus escritos, a distinção entre preceitos morais e jurídicos”.

São magistrais os §§ 13 e 14, encerrando o capítulo e versando as interessantes questões dos “juris praecepta” e da classificação romana das matérias do direito privado. Refuta aí Porchat opinião inexata de Teixeira de Freitas, segundo o qual não haveria no texto de Gaio 1,8, (“*De Juris Divisione*”): “omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones”, nenhum principio classificador mostrando, com bons argumentos, como a divisão de Gaio, seguida por Justiniano e essencialmente também pelos Códigos modernos é na verdade sistemática.

Abre o capítulo III.º o parágrafo inicial (n.º 15) sôbre a Justiça, completado pelos outros dois sôbre a Eqüidade e a Jurisprudência. A respeito da Eqüidade merece ser realçada a parte na qual o Autor expõe “o conceito puro e filosófico da “aequitas” romana, distinta, como sabemos, da eqüidade grega. Contrapondo-a ao “Jus” mostra Porchat, com clareza admirável, a função da eqüidade romana, comparável sob vários aspectos, nos tempos modernos, à “equity” inglêsa. Ao tratar da Jurisprudência discute o Autor a controvertida definição de Ulpiano, reproduzida por Justiniano nas “Institutas” (1,1) e segundo a qual além de ciência do justo e do injusto a Jurisprudência é “divinarum atque humanarum rerum notitia”. Aceita o mestre paulista a interpretação de Demangeat segundo o qual “para distinguir o justo do injusto, o moral do imoral é preciso partir dos altos problemas filosóficos que nos dão o conhecimento das cousas divinas e humanas” (p. 138).

O capítulo IV intitulado, “Divisões do Direito” desdobra-se em 18 parágrafos tratando, mediante a exegese dos textos, das questões capitais sôbre “Jus publicum” e “Jus privatum”, “Jus naturale, gentium et civile”, “Jus commune et singulare” e sôbre fontes de produção do Direito. Página após página, com admirável equilíbrio, são os textos romanos hâbilmente utilizados para a exposição da mais pura doutrina.

Termina a parte preliminar pelo estudo, no capítulo V, da “Lei civil”, incluindo, junto com as teorias do êrro de direito e de fato, expostas à luz das doutrinas de Donelo e Savigny a difícil teoria da interpretação das leis.

Rematando o capítulo com chave de ouro, oferece-nos o Autor sua reputadíssima explicação, em oito parágrafos, da “Retroatividade da Lei”. Tão fortemente marcou nossas letras jurídicas a límpida exposição do egrégio romanista, a ponto de, ainda hoje, a mais de meio século de distância, desde a primeira publicação, ser ela lembrada por nossos melhores jurisconsultos, tal como sucedeu no último concurso de Direito Civil, aqui realizado no comêço dêste ano.

Terminada a brilhante e erudita Introdução encerra-se infelizmente o livro no primeiro capítulo da Parte Geral, subdividido em seis parágrafos, tratando da pessoa física, da capacidade jurídica e da “capitis deminutio”. Ficou, pois, incompleta a obra, à semelhança da Sinfonia Inacabada de Schubert: os outros afazeres do advogado e do político roubaram ao professor valioso tempo.

Mesmo assim, porém e apesar de incompleto, o “Curso Elementar de Direito Romano” basta para assegurar a Reynaldo Porchat imorredoura fama como jurisconsulto e como romanista brasileiro. Quis a Providência fazê-lo brilhar também em outros cenários; graças ao próprio talento e mérito, ocupou o Professor Porchat a Diretoria desta Faculdade, sendo no Govêrno de Armando de Sales Oliveira o primeiro reitor de nossa Universidade; presidiu ainda o Conselho Superior d’Ensino; foi um dos fundadores da Academia Paulista de Letras. Senador estadual final-

mente e membro conspícuo do Partido Democrático fêz o Professor Porchat, seu “cursus honorum”, à semelhança do antigo cidadão romano. Amando a terra natal dedicou-se integralmente a ela, no pensamento e na ação. Junto com as virtudes cívicas, mostra-nos seu exemplo as culminâncias a que pode conduzir, em qualquer tempo, a cultura clássica e humanística, reforçada pela vontade constante e perpétua de bem fazer.

Centenário de Nascimento de Octavio Mendes.

A Congregação da Faculdade de Direito reuniu-se a 11 de abril, dêste ano, para comemorar solenemente o centenário de um de seus mais queridos mestres, que foi Octavio Mendes.

Estiveram presente ao ato presidido pelo Sr. Diretor em exercício, Dr. Miguel Reale, altas personalidades civis e militares, ex-alunos, familiares do homenageado e amigos.

Representando seus colegas, o Prof. Philomeno Joaquim da Costa rememorou a vida e obra de Octávio Mendes relatando, inclusive, fatos pitorescos de seu tempo acadêmico, em discurso a seguir.

Discurso do Prof. Philomeno Joaquim da Costa.

Esta Faculdade de Direito reúne-se hoje, por meio de sessão solene da sua douta Congregação, para registrar o transcurso do primeiro centenário do nascimento de um dos seus mestres. É que a 12 de abril de 1869, numa pequenina propriedade rural de seu avô materno, em Campinas, veio ao mundo Octávio Mendes, professor ilustre de direito comercial nesta Casa de 1921 até 1931.

Pômo-nos espiritualmente de joelhos, de tempos em tempos, para cultuarmos a memória de um dos nossos predecessores. A lei da vida, na sua inexorabilidade, substitui os sêres perante a eternidade. Não deixa de ser inte-

ressante a gente, em momentos de prece ou de meditação, imaginar ou raciocinar sôbre o contraste entre o efêmero das nossas vidas e o duradouro do nosso ambiente maior. Se nascemos com a marca material de transeuntes, a nossa irradiação intelectual parece que deveria ser igualmente passageira. Materialistas ou espiritualistas, que sejamos indiferentemente, estamos sempre a cultivar o eterno, o persistente, o imutável. É uma forma de acentuarmos que nós, apesar de sermos matéria perecível ou transformável, estamos persistentemente cultuando a continuidade. A hereditariedade ou o atavismo representam muito pouco ou quase nada para explicar essa oposição. Queremos enfim acentuar que, se somos nós efêmeros, o nosso intelecto se volta todavia para o permanente. Usando uma linguagem sem metáforas, podemos notar que nos sentimos realizados quando cultuamos na perenidade a memória dos nossos antepassados maiores, apesar de sabermos que somos fugazes. Numa lógica caseira pareceria que aquilo que não dura só cuidaria daquilo que seja passageiro.

Como poderíamos explicar essa antítese? Repetindo, estamos nós por exemplo aqui, nesta Congregação, a nos reunirmos intermitentemente, prestando a nossa liturgia de homenagem aos grandes professôres, que ensinaram nesta Escola. Mantemos a continuidade dessa nossa tradição, a despeito de nossa transitoriedade.

Não queremos com estas nossas expressões introdutórias à homenagem justa à memória de Octávio Mendes suscitar questões de filosofia, notadamente quando se cuida de uma reunião convergente de batidas de corações pandos, turgidos ou pleno de saudades e de carinhos. O religioso inclina-se a afirmar que a eternidade de Deus leva o nosso espírito para a continuidade supra-terrena. O materialista prefere supor que a reverência ao passado contribui para a melhoria útil do nosso comportamento.

Extraímos daí, dêsse fato, senão uma lição, pelo menos a conclusão tranqüila de que é motivadamente que reverenciamos o passado. E quando o veneramos na pessoa de Octávio Mendes, verificamos que o fado dêste antigo con-

vento franciscano é aquêlê de servir de manto aos humildes de berço, que souberam fazer-se grandes pelo próprio valor e pela própria tenacidade férrea. O Barão de Ramalho, praxista insigne, diretor durante tantos anos da nossa querida Faculdade, foi encontrado dentro da roda da Santa Casa, de onde a piedade cristã o retirou; Ramalho foi o sobrenome do seu pai de criação. Temos tantos nossos professôres, que nasceram paupérrimos e se impuseram pelos seus dotes no nosso mundo intelectual, justificando todos o verso alexandrino de Corneille, pela bôca do seu Cid: “à vaincre sans peril, on triomphe sans gloire”.

Poucos mêses depois do seu nascimento, Octávio Mendes foi trazido da pequenina propriedade rural do seu avô materno para a cidade, em Campinas, onde no mercado local seu pai instalou uma modesta banca para que êste vendesse os produtos do sítio do seu sogro. Verificamos destarte que o mestre, cuja memória cultuamos hoje, teve também um berço de palha muito simples, desejando nós traduzir com isto o valor maior da sua trajetória de cidadão exemplar, marido enamorado, pai carinhoso, homem culto, advogado notável e professor de direito comercial.

Octávio Mendes cresceu dentro da sua cidade e ali fêz os seus primeiros estudos no Externato Ghirlanda, seguindo-se depois no Colégio Culto à Ciência. De 1881 a 1884 fêz os exames no então Curso Anexo desta Faculdade. Entrou para ela definitivamente em 1885.

Nas limitações da sua pobreza o estudo de direito por Octávio Mendes foi conseguido com o apoio de sua mãe e a intercessão de Francisco Glycerio e de Bernardino de Campos. Quando teve que se mudar para São Paulo, em 1885, para cursar a Academia, foi portador de uma apresentação de Glycerio a Rangel Pestana, diretor da então “A Província de São Paulo”, o hoje grande órgão da nossa imprensa “O Estado de São Paulo”. Octávio Mendes foi logo admitido como revisor, tendo-se alojado nos primeiros meses na própria redação do jornal. Mais tarde foi encar-

regado inclusive de efetuar a reportagem dos trabalhos da então Assembléia Provincial e chegando mesmo a efetivar cobertura jornalística na Côrte, como era então denominado o Rio de Janeiro. Teve aí oportunidade de conhecer Max Fleiuss, o animador sabido durante décadas a fio dos nossos estudos históricos e que se tornaria o secretário-perpétuo do venerando Instituto Histórico e Geográfico da nossa antiga capital política. Tornaram-se ambos amigos inseparáveis com o decorrer dos anos.

Em 5 de novembro de 1889 com pouco mais de 20 anos, Octávio Mendes colou o grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais; isto ocorreu ainda em nome do nosso Imperador Dom Pedro II, porque sòmente dez dias depois Manuel Deodoro da Fonseca se rebelava, implantando a República cambaleante até hoje entre nós. Enobreceram também a turma de 1889, entre outros, Mendes Pimentel, o grande jurista mineiro, Edmundo Lins, coroando a sua carreira como ministro do Supremo Tribunal Federal, João Luís Alves, senador por Minas, grande impulsionador da elaboração do nosso Código Civil, de que foi depois um dos mais autorizados comentadores, Afonso Arinos de Mello Franco, político e diplomata de grande projeção, Paulo Prado, o aristocrata de refinada sensibilidade patriótica e escritor primoroso, autor de *O Retrato do Brasil* tão polêmico quanto cru, Afonso José de Carvalho e Francisco de Paula e Silva, ilustres desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo e com quem pudemos conviver durante anos na nossa mocidade como taquígrafo e redator da *Revista dos Tribunais*; deixaram-nos a marca indelével de como é bonito e é superior saber aplicar-se como juiz a lei sem pontações e sem arestas... Herculano de Freitas, outro professor nesta Casa, ensinando direito constitucional, sendo deputado federal e por fim abrilhantando o nosso excelso Supremo Tribunal Federal.

Munido do seu diploma, Octávio Mendes procurou abrir banca de advogado na sua Campinas, mas já em 1899 aceitava o cargo de procurador da República aqui,

em São Paulo, onde permaneceu durante cêrca de um ano; em 1891 voltava à sua cidade natal como seu promotor público. Ali ficou durante pouco mais de um ano, visto como em 1893 era nomeado juiz de direito de Sorocaba. Em 1895 mudava enfim alviçareiramente a sua toga de magistrado pela beca do advogado. E no exercício da mais bela profissão do mundo, como assim a classificou Voltaire, permaneceu até morrer. Lembrâmo-nos a esta altura de uma conversa que há muito tempo tivemos com um advogado, recurvado talvez por tantos anos de carregar o seu “pince-nez”, como se dizia, na ponta do seu nariz; ficava na ponta do nariz, porque não havia ainda os óculos sofisticados bi-focais dos nossos dias; a vista cansada corrigia-se com os olhos voltados para a leitura através das lentes com grau e por cima delas se miravam normalmente as pessoas. O velho advogado, tal como aconteceria exemplificativamente com Octávio Mendes, doutorava-nos dizendo que a advocacia é como um vício de estimação; a gente só larga dêle na véspera da morte. E só o deixa na véspera, conjecturamos nós, no pressuposto de que a morte seja repentina e tenha ocorrido até antes do café pela manhã; em caso contrário o hábito de lutar impregna o lutador de tal maneira, que êle não se desfaz do trabalho constante de rebuscar fundamento para alicerçar o ponto de vista que entende caber no último caso que patrocina. O velho causídico confessava-nos orgulhosamente que conseguira formar um pecúlio razoável, que lhe permitia dispensar honorários novos; a sua prole já fôra convenientemente educada e lhe proporcionava netos, a que dedicava o melhor do seu carinho. Quis repousar. Resolveu marcar o início do seu descanso, fixando uma data e largando tudo aos companheiros de trabalho. E êle terminava a sua narrativa secamente assim: “Quando no dia do abandono das atividades, vi o vazio que me invadiu, voltei tranqüilamente para o meu antigo escritório e dêle nunca mais eu sairei”.

Octávio Mendes foi sem favor algum um grande advogado e permaneceu nessa nobre atividade até morrer.

Nela se encontrou a si mesmo, depois das suas andanças no comêço da utilização do seu diploma. Êle também repetiria, como o velho colega por nós mencionado, que na advocacia ficaria enquanto lhe fôsse dado a trabalhar.

Casou-se em 13 de outubro de 1891 com Elisa de Moraes Barros, filha do senador Manoel de Moraes Barros. Conheceu-a em Piracicaba, nossa cidade natal, aonde fôra em visita ao seu tio Cândido Borges, que lá residia. Enamorou-se logo de quem viria a ser a sua espôsa, a sua companheira carinhosa, infatigável e dedicada. Os anos de convivência aumentaram o respeito, a verdadeira devoção que Octávio Mendes nutriu pela sua mulher. Pouco afeito às adjetivações gongóricas, não poupava porém elogios a quem o fazia e fêz feliz, e mais ainda na adversidade da moléstia insidiosa que mais tarde o acometeria.

Do seu casamento nasceram seis filhos: Maria Ignez que foi casada com o dr. Pinheiro Júnior, advogado de renome, depois curador das massas falidas e durante anos cronista de *Coisas da Cidade*, em "O Estado de São Paulo" com a assinatura de "P". Sylvia, já falecida, que foi casada com o dr. Antonio Cajado de Lemos, Cecília, que se casou com o dr. Luiz Ferraz de Mesquita; Elisa, casada com o médico dr. Manoel de Abreu, Leonor, dama de peregrinas virtudes, viúva do dr. Adhemar de Barros, ex-governador do Estado, e o dr. Octávio Mendes Júnior, o Octavinho sempre fidalgo, muito nosso conhecido e amigo.

Em princípio de 1910, tendo sòmente 40 anos de idade, Octávio Mendes foi acometido de mal traiçoeiro, que o transformou num paralítico para o resto da sua existência. A sua doença era então desconhecida no Brasil e só foi diagnosticada no ano seguinte, na Europa, para onde seguira a tratamento. Era a poliomielite.

Vendo êle debalde os seus esforços para readquirir a sua locomoção, capitulou perante a insistência do seu cunhado e companheiro de escritório dedicado, o dr. Antonio Moraes Barros, para retornar às suas atividades advocatícias, de que se afastara com a sua ausência no exterior.

Suplantou em pouco tempo as restrições, que a sua imobilidade física lhe fizeram reear. Podemos bem compreender a angústia íntima sofrida por quem, com a sua personalidade varonil formada e no esplendor do seu vigor intelectual, se vê entrevado sem horizonte numa cadeira de rodas. Os seus íntimos guardam carinhosamente a lembrança da sua serenidade imutável, enfrentando as limitações materiais que o seu mal lhe acarretava. Os homens de escol são precisamente grandes, porque portam dentro de si reservas espirituais que, atuando como contra-pesos autênticos, os impedem de descer nos infortúnios da balança da vida. Ocorre-nos à mente um pensamento de Victor Hugo, que pensamos ter lido em seus *Os Miseráveis*: o homem é a gaiola única existente, em que o pássaro aprisionado a governa. O grande literato francês quis dizer que a nossa inteligência, apesar de encarcerada no nosso corpo, o dirige. Octávio Mendes, agrilhado como um Prometeu, teve com a sua vontade obstinada um Hércules, que o superou das correntes no Cáucaso da paralisia infantil. Voltou a comparecer às anacrônicas assembleias de credores, nos processos falimentares no antigo Forum à Rua do Tesouro, onde hoje está o edifício soberbo da Caixa Econômica Estadual; passou de nôvo a fazer sustentações orais no Tribunal de Justiça, instalado então à Rua Brigadeiro Tobias. Recomeçou a via ascendente da sua advocacia brilhante.

Em 1915, a convite do Presidente do Estado em exercício, dr. Carlos Guimarães, ofereceu Octávio Mendes um estudo, como contribuição do Estado de São Paulo, sôbre o Projeto do Código Comercial da autoria do prof. Inglês de Souza em curso no nosso parlamento desde 1912. A Comissão Especial do Senado, presidida por Epitácio Pessoa, teve o ensejo de depurar êsse trabalho e fazer-lhe as referências elogiosas, que de fato mereciam.

Foi em 1920 que Octávio Mendes bateu de nôvo às portas da nossa querida Faculdade. Vagando-se no ano anterior uma das cátedras de direito comercial, em virtude

da morte do seu titular, o mestre Brasília Machado, fêz concurso; venceu-o, tendo como seu adversário principal o jovem advogado naquela época Waldemar Ferreira. Nomeado professor substituto, em agosto de 1921 proferia a sua primeira aula, substituindo o catedrático Gabriel de Rezende, que se licenciara. Com o falecimento dêste, em 1923, foi nomeado o titular da cátedra.

Devem ser necessariamente lembrados os seus trabalhos com que se apresentou como candidato nesta Casa de ensino jurídico. Constituem elementos de consagração de esforços e que traduzem assim um labor refinado. Se prestamos reverência à memória de um mestre, analisamos compreensivamente a sua obra, ressaltando-lhe de nôvo o seu valor. Octávio Mendes ofereceu três dissertações na conformidade dos regulamentos então vigentes. Mais tarde, em 1920, reuni-los-ia num só volume sob a denominação de *Ensaio de Direito Comercial*.

A primeira dissertação foi *Da Posição Jurídica do Debenturista em Face da Falência*. Sabemos que as grandes emprêsas, organizadas sob a forma de sociedade anônima, têm a faculdade de obterem empréstimos vultosos, fracionando o seu montante em pequeninas parcelas iguais, que são representadas por outros tantos papéis, chamados de obrigações ao portador ou de debentura, segundo o aporuguesamento que lhe deu mais tarde Waldemar Ferreira. Para garantir o resgate dêsses títulos são dadas hipotecas ou penhores. Têm a vantagem de impedir que os capitalistas se tornem acionistas, de modo que os titulares de fato da companhia não são constrangidos a repartirem ou mesmo perderem o contrôle acionário. Têm contrariamente a desvantagem de forçarem o pagamento de juros altos, para poderem obter sua aceitação no mercado de capitais; é uma forma obrigatória do pagamento de dividendos, pagamento que nem sempre é desejado pelos mentores sociais, principalmente quando querem o autofinanciamento à custa dos lucros não distribuídos. A debentura caiu praticamente em desuso entre nós, depois que a

inflação se entronisou oficialmente; ninguém mais empresaria dinheiro às grandes sociedades, para recebê-los anos depois de volta completamente desvalorizado. A Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, que instituiu entre nós o mercado de capitais, dispôs felizmente nos seus arts. 26 e 44 duas inovações no regime jurídico dêsse interessante título de crédito; permitiu a introdução da cláusula de correção monetária e a sua conversibilidade em ações. É o que poderíamos denominar de restauradoras da debentura. Com isto a tese de Octávio Mendes voltou a ter atualidade; e voltou a tê-la, porque se trata de uma das nossas melhores monografias sôbre as obrigações ao portador, analisadas com uma acuidade e proficiência de um cientista autêntico.

A segunda dissertação foi: *Os Sócios de Responsabilidade Ilimitada de uma Sociedade Mercantil são Comerciantes?* A questão visou enfrentar o problema da personalidade atribuída às pessoas jurídicas, sobretudo às sociedades mercantis. A elaboração doutrinária conseguiu ver a sua consagração definida no então recente Código Civil, no disposto pelo seu art. 16, isto é, numa linguagem acessível a todos, a nossa lei declarou que reconhecia as pessoas jurídicas como entes capazes por si sós de direitos e de obrigações. A sociedade comercial passou a ser portanto “quem” atuava no mundo do direito e não os seus sócios. Todavia, por outro lado, a lei Carvalho de Mendonça, de quebras, de 1908, que vigorava na ocasião, proclamava no texto do seu art. 6.º que a falência da sociedade importava também na falência dos seus sócios solidários. Era uma contradição, que não deixava de ter as suas razões históricas, porquanto ainda se desconfiava que a feitura de uma sociedade não poderia ser um pretexto para os sócios escaparem aos efeitos da falência; e então se tinha o cuidado legislativo da manutenção do rigor falimentar. Como Octávio Mendes consignou inicialmente no seu formoso trabalho, Frederico Steidel opinara pela afirmação de que os sócios solidários de uma sociedade comercial eram comerciantes e deviam ser mesmo considerados falidos, se a

sociedade quebrasse; e Gabriel de Rezende opinara exatamente o oposto e ambos ostentavam a qualidade respeitável de professôres de direito comercial, desta Faculdade. A tese era pois eminentemente polêmica e Octávio Mendes opinou pela negativa, a nosso ver com acêrto. Com os subsidios da legislação comparada êle contribuiu bastante para que as leis nossas de falências posteriores declarassem, como acontece exemplificativamente com o disposto pelo art. 4.º do atual Decr.-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, regulador das quebras presentemente, que a falência da sociedade não importa na falência igualmente dos seus sócios.

A terceira dissertação foi: *A Hipoteca Naval no Brasil*, que, em 1920, tinha o seu regime jurídico baseado apenas no disposto pelo art. 825 do recente Código Civil; admitiu-a segundo o que êste dispunha em alguns dos seus artigos “e nos regulamentos, que sôbre o assunto se expedirem”. Desejava-se incentivar o crédito marítimo e a legislação era ainda incompleta. Compreendemos pois que Octávio Mendes se socorresse mais aqui do que nos outros trabalhos do direito comparado. Depois de pôr em relêvo a exquisitez aparente de se dar não em penhor e sim em hipoteca uma coisa móvel, desenvolveu com uma segurança acentuada a sua tese com uma série de indicações. Algumas delas vieram a ser aproveitadas no Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922, que regula a hipoteca de navios entre nós.

Podemos escrever tranqüilamente, quasi 50 anos depois da elaboração dessas três monografias, que o seu ilustre autor soube aprofundar os diferentes problemas de cada uma, com um saber vasto e com uma proficiência intelectual, merecedora do mais sincero acatamento e respeito.

Octávio Mendes foi nosso professor de direito comercial e o foi do outro único catedrático atual dessa disciplina aqui, isto é o nosso querido e inteligente Sylvio Marcundes. Pertencemos à turma do ano de 1929. O mestre era silencioso e nós todos lhe tínhamos um respeito espe-

cial. Até o último dia de aula durante o biênio da convivência como alunos, não nos acostumamos sentimentalmente a vê-lo chegar através do corredor entre os bancos, na antiga sala n.º 2, imobilizado na sua cadeira de rodas, empurrada quase sempre por um seu empregado. Todos sentiam que em relação àquele mestre a imobilidade das suas pernas, recobertas sempre por um pesado cobertor, era um escudo intransponível contra qualquer indisciplina. Os estudiosos eram atentos e confessamos que, até hoje, guardamos intocáveis vários pontos de vista acêrca de questões mercantis, abeberadas e confirmadas ao longo dos anos pelos ensinamentos dêsse nosso caro mestre. Os não estudiosos... não conversavam; ... cochilavam com o índice 101% da tranqüilidade espiritual, que a irresponsabilidade ou a boêmia categorizam. Homenageavam o professor, atacado pela poliomielite, com o silêncio; se dormitavam, não faziam assim algazarra, o que não se dava com as aulas de direito civil do “Pachecão”. Todos conversavam durante as sábias lições de Pacheco Prates. E durante as aulas do professor Cândido Motta — o velho está claro —, ensinando as teorias somáticas lombrosianas do criminoso, era comum a aposta de vários estudantes entre si, para acertar-se o número de vêzes, em que, durante os 45 minutos, o mestre fazia escorregar entre os peitos dos dedos polegar e indicador da mão esquerda o lápis, que segurava brandamente, apoiando-o lateralmente na parte externa da cátedra; pressionava o lápis contra e assim êle escorregava. Era regra do jôgo que, se o lápis caísse e isto aconteceu algumas vêzes, a aposta ficaria sem efeito, começando o jôgo de nôvo. Era assim que os estudantes “aproveitavam” às vêzes as aulas de direito penal, utilizando êsse hábito curioso do professor, enquanto estava totalmente embebecido pelas suas explicações.

Um dia descobriram que era o aniversário de Octávio Mendes; se não nos falha a memória, foi a 12 de abril de 1927. Ouvi cochichos e mal o mestre dá os pigarros sacramentais, de quem afina as cordas vocais para o início da aula, um dos colegas pede a palavra e “deita falação”,

como dizíamos; numa outra autêntica catarata de Iguassu elogia o professor de alto a baixo, de corpo presente, estendendo os elogios, como tínhamos o costume de nos expressar, “até aos cachorrinhos da casa”. A alegria pela saudação não era só do... orador; era também de praticamente todos nós. É que os cochichos que tínhamos ouvido, se resumiam na advertência em silêncio de que naquele dia não ia haver aula, porque, depois do agradecimento do aniversariante, êste, em nome da tradição acadêmica (eufemismo de marotice ou qualquer outra coisa semelhante), liberaria o ponto e iria embora logo em seguida.

Octávio Mendes ouviu impassível a saudação estudantil. Proferiu palavras de agradecimento de um homem bem formado, como era. E terminadas elas, prosseguiu na aula com a maior inocência *aparente* dêste mundo. O discurso estudantil ficou de graça... e podemos testemunhar que no ano seguinte ninguém se lembrou mais do aniversário do professor. Êste deve ter sorrido depois do desencanto que perspegou nos seus alunos...

Êle, em 1930, fêz imprimir as suas aulas buriladas. Publicou o *Direito Comercial Terrestre*, com mais de 600 páginas, e *Falências e Concordatas*, com 400 páginas. E pouco antes de morrer deu a lume *Dos Títulos de Crédito*, em 1931. São obras que, embora esgotadas, devem ser obrigatòriamente lidas pelos estudiosos da ciência de Cesar Vivante, o grande comercialista italiano, renovador do seu estudo no seu país.

Quando Octávio Mendes voltou já catedrático à Itália, em 1925, Vivante foi visitá-lo no hotel em que se hospedara. O mestre Ernesto Leme, aposentado recente e compulsòriamente pela idade, como sucessor que foi exatamente de Octávio Mendes, teve a oportunidade de saudar o seu antecessor desta Faculdade. Fê-lo em 17 de abril de 1963, quando se inaugurou o Centro de Reabilitação da Criança Defeituosa. Dois grandes paráliticos tiveram as memórias respectivas homenageadas: o estadista do Primeiro Império, Bernardo Pereira de Vasconcellos e o mestre Octávio Mendes. Na sua saudação Ernesto Leme

lembrou uma das inúmeras cartas que Octávio Mendes escreveu aos seus familiares e por éstes carinhosa e justificadamente conservadas. Em 13 de outubro o mestre escreveu para noticiar um acontecimento que muito o agradou na capital italiana: “Imagine quem acaba, neste momento, de me vir visitar aqui no hotel e de ter uma grande conversa comigo: o professor Vivante, o grande Vivante! Quando eu imaginaria que teria a honra de receber em minha casa a visita do grande mestre? Pois aqui estêve, conversando longamente comigo, sôbre política, sôbre o fascismo, sôbre o ensino do direito em São Paulo. E acabou me convidando para ir jantar com êle amanhã, o que não aceitei por me ser muito difícil, pois preciso levar comigo os dois que me carregam...”.

A sinceridade de um homem de ciência para com a sua disciplina mede-se também pelo afeto que dedica aos colegas do mesmo officio. Se a sua poliomielite impediu na verdade de Octávio Mendes ir jantar na casa do pequenino-grande Vivante, não o obstou de se fazer conhecer por um dos maiores comercialistas do tempo.

Octávio Mendes tinha não só a consciência das suas responsabilidades como mestre de direito mercantil como também a tinha, como grande advogado que foi. Os nossos repositórios de jurisprudência da época guardam grande número de sua produção forense bem maior. Os primeiros volumes da *Revista dos Tribunais* são testemunhas mudas disto. O que êle escrevia trazia a marca do equilíbrio, do saber e o que é mais digno de nota, era fruto de sua convicção. Isto era e é raro. Na homenagem à sua memória, no transcurso amanhã do primeiro centenário do seu nascimento, não podíamos omitir evidentemente essa grande qualidade do nosso querido mestre.

Carinhoso ao extremo para com os seus, reforçava as suas energias pelo contacto com êles. Era no fim de contas o círculo geográfico da sua sentimentalidade apurada de homem de bem, de homem culto, de chefe de família exemplar.

Muito jovem, quando não encontrara ainda a sua querida Eliza, tivera uma namorada. Hoje dizemos: teve um “flirt”. A mocinha tinha o mesmo nome de uma amiga íntima de sua mãe. E esta, num certo dia, pediu ao filho que levasse um bolo para (e a progenitora deu o nome da amiga). Octávio Mendes não se fêz de rogado; imitando Santo Antonio de Lisboa com o Menino Jesus ao colo, na anedota da encruzilhada da estrada, levou o bolo para... a namoradinha. Santo Antonio viu um homem esbaforido duvidar do caminho a tomar com dois pela frente; logo depois dois policiais chegaram e perguntaram ansiosos ao santo, se vira passar um ladrão pouco antes e qual a estrada que tomara. Santo Antonio escondeu as mãos nas largas mangas opostas do seu burel e, abanando-as, com o sentido nelas, respondeu com a tranqüilidade própria de santo: “Por aqui não passou, não”, deixando os inquiredores na dúvida do prosseguimento da perseguição justificada. E como a amiga da mãe de Octávio Mendes tardasse em agradecer o recebimento do bolo, ela lhe perguntou se fizera a entrega. Êle respondeu que para a pessoa, cujo nome repetia, entregara efetivamente a prenda. Não mentiu e só mais tarde a mãe descobriu, rindo, o estratagemma que lhe fôra pespegado pelo filho.

De uma feita Octávio Mendes estava sendo removido na sua cadeira de rodas. Uma das duas pessoas que faziam isto habitualmente, escorregou, provocando a queda de todos. O culpado involuntário apressou-se em remediar a situação incômoda, pedindo inclusive perdão pelo tombo que provocara. Octávio Mendes respondeu pronta e imperturbavelmente: “a cadeira foi que caiu e não o professor”. Era o termômetro do seu coração de homem equilibrado. Deixou o seu auxiliar à vontade, transformando um tombo num mote de espiritualidade.

Desenrolamos enfim alguns dos episódios da vida do mestre Octávio Mendes. Procurámos espontâneamente salientar as suas grandes virtudes. O entrevado atuou como se o seu mal se transformasse num verdadeiro incentivo.

Isto é para nós sem dúvida um enorme exemplo, sobretudo para os moços de tôdas as gerações. Há pouco relíamos, contra os nossos hábitos, um romance que teve um êxito incomum depois da Primeira Guerra Mundial. Foi *La Garçonne* de Victor Margueritte. Analisando a mulher, que se redime pelo amor, filosofa o autor pela boca de um dos seus personagens sôbre o seu passado, diferente do seu futuro. E não obstante ponderou com superioridade, escrevendo: “Tous les moments d’une existence s’enchainent” (pg. 233). Octávio Mendes soube encadear todos os minutos da sua existência numa seqüência em que nós não percebemos distantes o período anterior e o posterior à sua doença insidiosa. Ao nosso caro mestre pois a nossa recordação perene. Ao grande advogado as homenagens intensas de um seu colega bem menor. Esta Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo honra-se em prestar êsse preito de saudade a um dos seus filhos ilustres como o foi sem nenhum favor: *Octávio Mendes!*

Discurso de agradecimento de Octavio Mendes Filho.

Agradece a homenagem, prestada a seu pai, o Sr. Octávio Mendes Filho, com as palavras seguintes.

“Sinto-me, neste momento, sob o domínio de tantas emoções, de igual fôrça e poder, que não sei qual prevalece. Estar nesta sala; estar nesta academia, que deixei há mais de 40 anos; estar a ouvir e a falar sôbre a personalidade de meu pai, no transcurso do centenário de seu nascimento, é sentir o impacto de uma enorme gama de sentimentos que convergem para me desvanecer e me comover. Podereis — senhores — aquilatar tudo quanto passa por minha mente e pelo meu coração.

Se a todos que cursaram a escola do Largo de São Francisco acode a vaidade e o enlêvo, sempre mais fortes quando os seus umbrais são transpostos e suas arcadas os

abrigam, por certo tudo acresce quando se vem para participar de uma solene homenagem à memória daquele que dela foi mestre e, de mim, foi pai.

Mais um tom, entranhado e personalíssimo, para mesclar o orgulho com a saudade.

A exaltação de Octávio Mendes, que com as mais apropriadas afirmações, fêz o ilustre professor Philomeno da Costa, seu antigo aluno e seu sucessor da cátedra de Direito Comercial, não ficou restrita às suas qualidades de professor, mas, alongou-se pelas de jurista e de advogado. Não olvidou ainda, o homem, de férrea fôrça de vontade, de indômita energia, postos a serviço de uma inteligência de escol e extraordinariamente ágil.

Asseguro-vos que se nessas palavras há carinho, nelas também encontro exatidão e justiça. Esfôrço e dedicação, ânsia de saber e de transmitir, consciência das responsabilidades assumidas, constituíram inalterável comportamento do homenageado, para exemplo de quantos com êle lidaram.

À nobre congregação desta faculdade, detentora das suas mais gradas tradições, reunida para esta solenidade de reverência à memória de quem a integrou e a honrou, empenho-me em ressaltar que recebo a comemoração que ora se realiza, como um preito de justiça que muito me sensibiliza.

Assim me expressando, em nome dos filhos, dos netos e bisnetos de Octávio Mendes, com efusão de alma eu vos revelo o imenso contentamento que a todos trouxe, lembrando e enaltecendo seu nome, por nós venerado.

Grava-se êste ato, em cada um dos descendentes de Octávio Mendes, para aviventar e alimentar o culto que por êle temos.

Deixo a vós, Exmo. Sr. Diretor, ao inclito professor Philomeno da Costa, aos eminentes professôres e a todos que vieram conosco partilhar dêste inesquecível momento, o penhor da mais intensa gratidão.”

Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Catedrático de Direito Constitucional.

Sucedendo o Prof. Dr. Cândido Motta Filho, é o Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho novo titular da cátedra de Direito Constitucional.

Filho do Sr. Manoel Gonçalves Ferreira e de D. Elsy Moraes Ferreira, nasceu nesta capital aos 21 de junho de 1934. Casou-se em 1958 com a Dra. Yvete Senise Ferreira.

Fêz os estudos primários no externato “Assim Pacheco” e os secundários no “Colégio São Luís” desta capital.

Em 1953 ingressa na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, colando grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1957, após brilhante currículo.

Fazendo o curso de doutoramento na Universidade de Paris, recebe o título de doutor em maio de 1960, com a menção “très bien”.

Embora muito jovem, S. Ex.^a conta com excepcional experiência docente; desde 1965, é livre-docente de Direito Constitucional e lecionou essa matéria, como regente, nesta Faculdade e na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica; regeu, também, nesta Faculdade, a cátedra de Direito Internacional Privado e, na Universidade Católica, a cátedra de Introdução à Ciência do Direito da qual é professor assistente.

Na Faculdade de Filosofia Ciência e Letras de São Bento, da Pontifícia Universidade, onde coordenou o curso de Ciências Sociais, e na de Ciências e Letras da Universi-

dade Católica de Campinas, regeu as cátedras de História das Idéias Políticas e Política, respectivamente.

É ainda sócio do Instituto dos Advogados, Conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo e integrou a Comissão encarregada de estudar a adaptação da Constituição do Estado à nova Constituição do Brasil.

Pesquisador do Direito, publicou vários trabalhos doutrinários, pareceres e conferências constituindo a bibliografia a seguir.

Bibliografia.

Artigos doutrinários.

1. *Le Statut Constitutionnel des Partis Politiques au Brésil, en Italie, en Allemagne et en France*, (Tese de doutoramento aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, em 1960.)
2. *Aspectos Políticos do Confronto Parlamentarismo v. Presidencialismo*, na revista “Sociologia”, vol. 24, n. 3, 1962.
3. *O Estado de Sítio*, tese apresentada no concurso à livre-docência de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da USP em 1964.
4. *Democracia, Organização Política e Regime de Governo*, na “Revista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo”, julho-dezembro de 1964.
5. *Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas*, Belo Horizonte, 1966.
6. *A Extensão do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, in “Justitia”, vol. 51, 1965 e na “Revista de Direito Administrativo”, vol. 84, 1966, S. Paulo.
7. *Curso de Direito Constitucional*, edição Saraiva, São Paulo, 1967.

8. *Problemas Políticos do Sub-desenvolvimento* na “Revista da Universidade Católica de São Paulo”, julho-dezembro, 1967.
9. *Notas sôbre a Sistemática do Ato Complementar*, na “Revista de Direito Público”, 1969.
10. *Paz, Tensões e Desenvolvimento*, na “Revista Convivium”, São Paulo, 1968.

Pareceres.

11. *A Constitucionalidade da Lei 5.516 do Estado do Paraná*, ao Dr. Luis Carlos Mello Motta, em 10 de março de 1967.
12. *A Constitucionalidade de aumento do Impôsto de Circulação de Mercadorias*, à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em 25 de abril de 1968.
13. *A Revogação do art. 20 da Constituição do Estado*, à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, em 27 de agosto de 1968.

Conferências.

14. *Democracia e Desenvolvimento Econômico*, aula inaugural dos cursos da Universidade Católica de Campinas, em março de 1963, publicada na “Revista da Universidade Católica de Campinas”.
15. *Parlamentarismo, Presidencialismo, Sistemas Eleitorais e Estruturas Partidárias*, conferência proferida na Faculdade de Direito da USP, em ciclo de estudos do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto de Direito Público.
16. *O Poder Democrático e a Escolha entre Parlamentarismo e Presidencialismo*, conferência proferida na Faculdade de São Bento, sob o patrocínio do Centro de Ciências Sociais.

A solenidade de Posse.

Com a tese *Do Processo Legislativo*, o Prof. Ferreira Filho concorreu à cátedra de Direito Constitucional desta Faculdade. Classificado em primeiro lugar, entre outros notáveis candidatos, é nomeado em 25 de setembro de 1969 e toma posse da cátedra a 13 de outubro do mesmo ano, em sessão solene da Congregação, presidida pelo Sr. Diretor, Prof. Dr. José Pinto Antunes.

Introduzido no salão nobre, pelos Professores Cândido Motta Filho, Ataliba Nogueira e Philomeno Joaquim da Costa, recebe a saudação do Prof. Washington de Barros Monteiro, que em seu discurso enaltece a personalidade do jovem mestre e augura-lhe senda “maravilhosa”, “iluminada de claridade”.

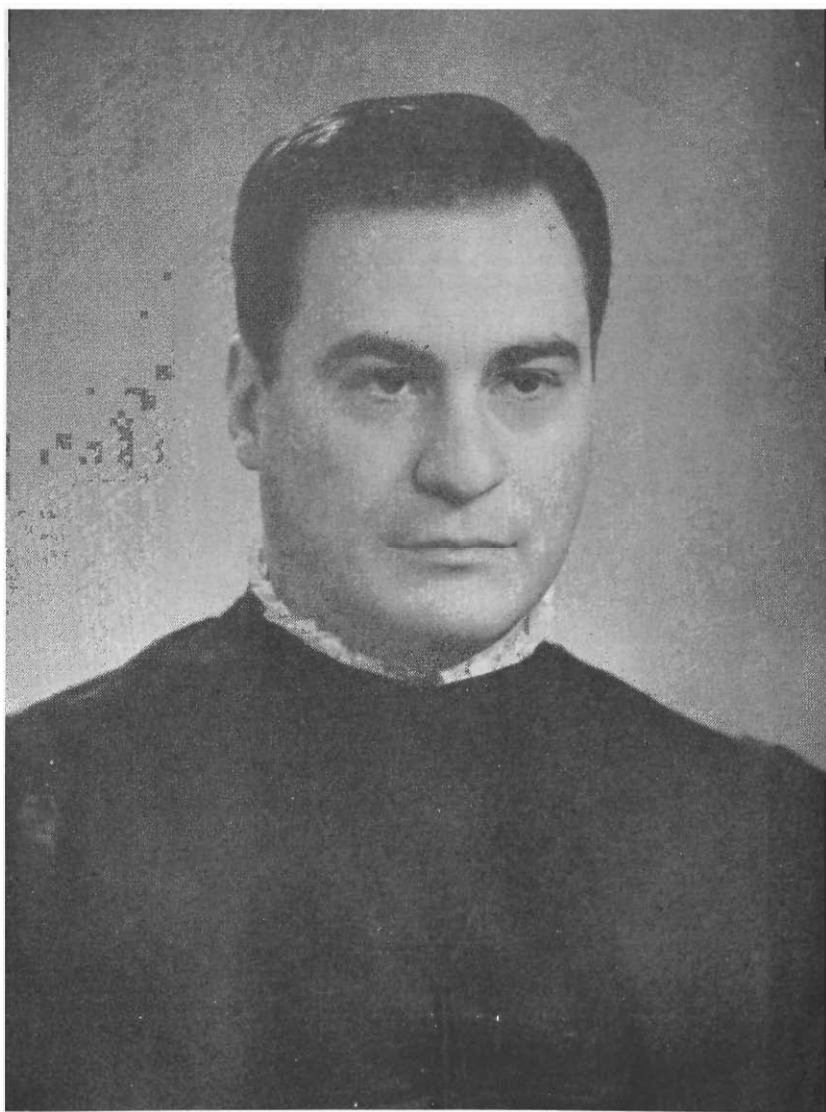
Discurso de saudação do prof. Washington de Barros Monteiro.

Reune-se a Congregação da Faculdade de Direito para receber festivamente seu novo professor de Direito Constitucional, o dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

O implemento da idade legal havia determinado o afastamento do antigo catedrático, Professor Cândido Mota Filho. Abriu-se assim caminho para preenchimento do cargo vago.

Sentiam todos a grande importância da escolha do sucessor, principalmente nesta época em que, por todos os lados, se instaura o “vazio político” e a nação se sente ameaçada por um perigo latente e constante.

O Direito Constitucional sempre foi estudado nesta Casa com especial carinho. Muito mais do que um simples ramo, mais ou menos frondoso, o Direito Constitucional é o verdadeiro tronco, de que brotam e ganham vida todos os demais ramos do direito.



Prof. Dr. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Catedrático de
Direito Constitucional.

Berço de grandes constitucionalistas, no passado e no presente, de esperar seria que o concurso a abrir-se converter-se-ia na oportunidade para que um eminente mestre sucedesse ao professor que se aposentava e que, por sua vez, havia sucedido a Sampaio Dória e êste a Herculano de Freitas.

Efetivamente, o concurso não desapontou. Muito ao revés, na seqüência dos acontecimentos que o envolveram, veio a transformar-se em magnífica demonstração de saber e de cultura.

Foi um torneiro memorável, que marcará época na vida jurídica e universitária, em que engrandecidos e dignificados, cada vez mais respeitados, saíram os que nêle tomaram parte.

Difícilmente, um nôvo concurso logrará congregar, em qualidade e quantidade, igual pugilo de competidores, tão equilibrados e tão valorosos, que souberam imprimir às provas, a que se submeteram, no mais alto grau, a projeção de sua cultura e de sua ilustração.

José Afonso da Silva concorreu com tese referente à aplicação das normas constitucionais. Intrinsecamente, trabalho perfeito. Soube o candidato confirmar que, realmente, é um “autêntico jurista, um cultor sério e erudito da ciência do direito, um jurista de qualidades ímpares que sabe e conhece os assuntos que aborda”.

José Luís de Anhaia Melo escreveu sôbre separação de poderes à guarda da constituição. Com o talento e o brilho de sua inteligência, amadurecida em longos anos de estudos, evidenciou que conhece e domina todos os escaninhos constitucionais, porque a Constituição, como ensina Hermes Lima, é ponto de referência, é ponto de valor, é ponto de estabilidade, é ponto de fixação de competências, qualquer que seja o regime, sendo certo ainda, como antecipara Rui, que “os povos não amam suas constituições senão pela segurança das liberdades que elas lhes prometem”.

José Loureiro Júnior, autor de magnífico trabalho sôbre delegação legislativa, trouxe a debate um tema atual, polêmico, repleto de dificuldades, defendendo, com maestria e proficiência, seus pontos de vista.

Por fim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ofereceu sua preciosa contribuição acêrca do processo legislativo e não devo ocultar a profunda impressão que me causou o jovem professor, o qual, inteiramente devotado ao que tinha de fazer, se mostrou exímio em tôdas as provas.

Nessa árdua jornada, sempre povoada de temôres e que é o concurso, revelou êle um extraordinário sentimento de convicção e de fôrça. Como Rivière, o personagem de Saint-Exupery, em seu livro *Vôo Noturno*, uma vez que traçou o caminho, já não mais poderia deixar de o seguir. Sempre para a frente, soube grangear a admiração de seus examinadores, bem como o respeito de seus antagonistas.

Paraphraseando Virgílio posso agora dizer: *quorum pars parva fui*. Inesperadamente convocado a integrar a respectiva comissão examinadora, superiormente presidida pelo Professor Ataliba Nogueira, e composta dos ilustres Professôres Pedro Calmon, Lourival Vilanova e Raul Machado Horta, tive, de imediato, sensação das graves dificuldades, com que os examinadores se veriam a braços.

Juiz que fui, durante quase tôda a minha vida, talvez haja sofrido, mais do que os outros, as angústias da perplexidade, o receio de não ser justo, o mêdo de errar, porquanto como disse Jacó Wasserman, “a justiça é como a vida e a injustiça é como a morte”.

Enfim, vencidas as hesitações, decidiram-se todos por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Recordo-me com alívio e também com alegria da espontânea reação da assistência, — que atentamente acompanhava o julgamento, e que, ruidosamente, saudou o classificado em primeiro lugar.

Naquele momento, lembrei-me da frase de Teodoro Dreiser (Sister Carrie): “abençoados os filhos do esfôrço,

porque tentam e nutrem esperanças. E abençoados, também, os que, sabendo disso, sorriem e aplaudem”.

Sem dúvida, qualquer dos candidatos estaria em condições de ocupar a cátedra. Pelas suas próprias virtudes, morais e intelectuais, pela sua integridade — a obrigação mais absoluta do indivíduo para consigo mesmo — qualquer dêles dignificaria a cátedra e saberia corresponder às tradições desta Casa, balisadas pela cultura e pelo saber.

Ai da Comissão Julgadora, porém! Um só dêles poderia ter a primazia e coube ela a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, efetivamente, prestou um dos mais belos concursos, que tive a ventura de acompanhar nesta Faculdade, primeiro como estudante e depois como professor.

Sua dissertação foi fruto de ingentes trabalhos e estensas cogitações, em que a clareza da exposição bem revelava o espírito ordenado e firme de seu autor.

Depois, soube defendê-la com extraordinária lucidez, pondo à prova uma dialética segura e vigorosa. De um extremo a outro da discussão, o candidato mostrou sempre a mesma exatidão, a mesma competência e a mesma profundidade.

A prova didática foi excepcional. Muito bem montada, sua preleção foi um modelo de bom-gôsto e de ordenação, até de dicção.

Prova escrita límpida, plana, fluente, isenta de qualquer eiva, em que se vislumbrava a formação francesa, retraçada por Rivarol: *ce qui n'est pas clair, n'est pas français*.

No conjunto das provas, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho exibiu, com a maior exuberância, as qualidades precípua da mais perfeita manifestação do pensamento.

Puderam assim os julgadores caminhar certo, firme, para o ponto exato, indo direito ao centro irradiado, que deixava, clara e patente, a fonte da verdade, que, inicial-

mente, nos fizera estremecer, gerando a perplexidade e a dúvida.

Todos os examinadores puderam proclamar então, sem sombra de vacilação, sem erro possível, com tranqüilidade absoluta, quem havia merecido, com justiça, o primeiro lugar.

E agora, nesta solenidade, que coroa o concurso, posso comentar: feliz a Faculdade que, em tal competição, conclama quatro candidatos, superiormente dotados de tantas qualificações; feliz a Faculdade que pode conferir a suprema láurea universitária, sem que sua decisão desperte qualquer contestação; feliz esta Faculdade, que passará a contar com um professor como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, animado sempre do mais alto senso do dever e que, em todos os lances de sua existência, tem imprimido a mais aguda exação no cumprimento de suas obrigações.

Como é difícil, sobretudo neste instante, a missão do professor. Na sala das becas, afirmou Eça, êle troca a graça mundana pela sensaboria catedrática, o sujeito deixa de ser um homem para ser um lente, onde faz voto de melancolia e de perpétua carranca, onde se substitui a alma por um compêndio.

Por certo, Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não será essa sua posição. Devido à juventude, aos predicados que formam sua personalidade, sua facilidade de comunicação, estará em condições de bem exercer profícua influência sôbre a mocidade acadêmica, e, portanto, sôbre a felicidade da própria pátria.

Estudioso, diligente, cuidadoso, poderá, no desempenho de sua missão educativa, vir a ser um elo vivo entre as gerações. Como proclamou outro eminente professor desta Faculdade, Herculano de Freitas, não se ensina sômente para analisar textos ou para explicar matéria técnica, mas, também, e muito, para gerar e despertar idéias e sentimentos.

Tem-se dito dos políticos de nossa terra que criaram o vácuo em tôrno das instituições políticas. Que se não diga o mesmo dos nossos professôres. E isso jamais se dirá de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Estamos certos de que sua senda, nesta Casa, em prol da juventude e da grandeza da pátria, será maravilhosa, iluminada de claridade.

Estamos certos de que triunfará, pois, posso dizer, modificando uma fórmula célebre, que, para executar uma tarefa, preciso é um motivo para perseverar; e para vencer, preciso é ter a esperança plausível do sucesso.

Meu caro Professor: Seja bem vindo.

Oração do prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Agradecendo a saudação recebida, o nôvo catedrático pronuncia o seguinte discurso:

“Ao vir para esta tribuna — devo confessá-lo — bem quisera que as musas me socorressem, dando-me, como ao Poeta, “um som alto e sublimado, um estilo grandiloco e corrente.”

Não o desejava por mim, mas por vós. Não o pedia, para brilhar, com eloquência de empréstimo, mas para não desmerecer, com palavras mediocres e cansadas, meus Mestres, minha Casa e particularmente o jurista que me saudou.

Quisera eu contar, ainda que por um breve momento, com o verbo rebrilhante de qualquer dos oradores que foram a glória da Academia, para, à altura, responder ao eminente Prof. Washington de Barros Monteiro. Só assim minhas palavras não pareceriam mesquinhas, diante do verbo generoso que viu em mim tantos méritos, tantos méritos que, só tendo-os todos, pudera realmente ser digno da Congregação que me recebe. Não os tenho, por isso, o

elogio que, do fundo d'alma, agradeço, acima de tudo exalta a bondade do grande professor que há pouco falou.

Só aos poetas, porém, é que as musas socorrem. Por isso, é, sem a inspiração que a solenidade exigiria, sem a palavra rutilante a que se habituou esta Academia, que me dirijo a vós, mestres da Congregação. Que a sinceridade, porém, de que é rica a minha palavra, supra a pobreza da invenção.

Dando o primeiro passo entre os professôres do Largo de São Francisco, tenho de recordar os que primeiro guiaram meus passos, na vida, no estudo e no Direito. Na vida, meus pais, a quem devo a graça de haver podido, sem partilha, dedicar-me ao estudo, de quem recebi, sempre, estímulo para ir mais à frente e mais adiante.

No estudo e no Direito, aos professôres, cujo ensinamento formou meu espírito, moldou meu senso jurídico. Não poderia eu, particularmente, passar em silêncio, neste instante para mim singular, a dívida que tenho para os Mestres ilustres, a quem devo o que sei e que, benevolentes, acolhem, em seu meio, um discípulo ainda deslumbrado. É êsse o caso do eminente Prof. Cândido Motta Filho a quem tenho a honra de suceder, Ministro do Supremo, Ministro de Estado, insigne jurisconsulto, literato que alcançou a Academia Brasileira de Letras.

Minhas senhoras e meus senhores.

Nesta Casa é que me apaixonei pelo Direito, nêle é que hauri as lições indeléveis que estruturam o meu saber.

Foi nesta Casa que um Mestre, de alma generosa, gravou em mim, para sempre, que o Direito nasce do coração dos homens, que o Direito não é o fruto amargo da vontade do mais forte, mas provém da natureza humana, em tôda parte, em todos os tempos, igual a si mesma e resplandescente da imagem e da semelhança de Deus.

Foi de outro Professor, amigo de lições risonhas, que aprendi a segunda lição. Foi êle quem me ensinou não

servir o homem ao Estado, mas o Estado ao homem, porque é aquêlê um meio e não um fim.

Foi, nos bancos acadêmicos, de outro Mestre eminente que ganhei a experiência da pesquisa, da consulta às fontes e com isso o convívio sem par dos grandes juristas. Em suas aulas, todos os dias cuidadosamente preparadas, o ensinamento não era ditado da cátedra e *ex cathedra*. Era construído num diálogo, em que, diante de nossos olhos, os mais sábios jurisconsultos traziam a debate suas opiniões. Com isso, nós todos, os alunos, via-mo-nos admitidos nos mais altos círculos da Ciência Jurídica, admitidos ao convívio dos Chiovenda, Betti, Carnelutti, e tantos outros. Por isso, todos nós nos sentíamos um pouco jurista, quando, estimulados pelo Mestre, trazíamos a público, em aula, trabalhos nossos, de pesquisa e esforço pessoal, ainda que feitos para a preparação dos exames, ainda que de pobre valor.

Não é só, todavia, por essa lição que tal jurista é merecedor de minha gratidão. Da minha como da de muitos outros que, nos últimos anos, ascenderam ao magistério universitário. Ninguém mais do que êle estimulou os jovens a ingressar na carreira docente, ninguém mais do que êle batalhou para que a Douta Congregação tolerasse, nos moços estudiosos, imperfeições no saber, certo de que, amadurecendo na convivência diuturna dos grandes Mestres, dentro em pouco êsses moços seriam dignos dela.

Êsse apôio aos jovens, porém, não proveio de um Professor isolado. Não faltou êsse mesmo espirito aos que o sucederam na direção desta Escola, sempre apegados ao desenvolvimento da Ciência jurídica e à formação de novos juristas que, não desmerecendo o passado venerando desta Casa, mantenham no futuro o seu glorioso presente.

Por todo êsse amparo, sou, como devera, profundamente reconhecido.

Egrégia Congregação, pela porta honesta do Concurso, perante a vigilância indormida dos Mestres que a honram,

pelo julgamento de uma Banca de homens probos e juriconsultos de escol, é que sou admitido no rol dos catedráticos da Academia: Entro — ousou dizê-lo — de cabeça erguida, como de cabeça erguida sou recebido. Mas não venho sozinho, Douta Congregação.

Não venho só, porque não chegaria aqui se toda uma plêiade de amigos não me aparasse em cada instante da caminhada. Quem me trouxe até vós, Egrégia Congregação, não foi o esforço pessoal de um lutador solitário, quem me impeliu até aqui foram lado a lado dois gigantes: o Amor e a Amizade. Foi um amor que encontrei, com o Direito, nos bancos desta Escola, foi a amizade de um pugilo sem igual de moços e moças de minha geração, foi a amizade de alunas e alunos, de ex-alunos e de ex-alunas, foram esse Amor e essa Amizade que me ergueram até aqui.

Quem já fez um Concurso não desconhece como é tempestuoso, para a alma do candidato, o seu desenrolar. Mil nuvens, mil especulações, mil preocupações ameaçam a concentração do estudioso, semeiam de dúvidas e temores a sua mente. Tudo isso, porém, o Amor não permitiu que chegasse até mim, isolando-me com uma sebe de carinho, absorvendo todos os golpes e embates, para que eu não os sofresse, para que eu não os acusasse.

Mil desfalecimentos, mil tentações, durante as provas, solapam a confiança, abalam a tenacidade daquele que deve lutar, sem desânimo, até a decisão final. Como poderia eu, todavia, desanimar se, a cada instante, recebia o apôio e o estímulo de amigos que tudo largaram, estudos, negócios, ocupações, para, a cada momento, me revigorarem com o calor de seu aplauso.

A vitória trouxe-me a cátedra, sonho de três lustros, mas se esse prêmio não me houvesse chegado, de muito estaria eu exultante só por haver sentido que amigos eu tenho. Tanto quanto da Cátedra disso me orgulho. Por isso, muitíssimo fiquei, como estou, comovido. Quem teve

por si amigos que criam no amigo mais que este em si próprio, que jamais duvidaram do que parecia inalcançável, que superaram divergências ideológicas, para ampará-lo com tôdas as fôrças, tem de exultar. Por isso, do fundo do coração tenho de agradecer tudo o que devo àquêles que a si mesmos se chamavam de “a torcida”.

Não venho só, Douta Congregação, porque comigo vêm êsses amigos de vinte anos e êsses amigos de há vinte anos. Vêm comigo para um trabalho comum, em prol da renovação do ensino do Direito, em prol da renovação da Democracia.

Chegamos no bom momento. Já a Faculdade revela, mesmo a quem só enxergar o aspecto externo, a chegada de nova primavera. À medida que suas instalações se renovam, surgindo por um esforço sem par as condições de um trabalho profícuo, a renovação do ensino jurídico se prepara.

Não venho propô-la, venho servi-la. A urgência de uma renovação do ensino jurídico, da adoção de processos didáticos mais consentâneos com os tempos que vivemos, já foi percebida, há tempos, pelos Mestres desta Casa. E, pelo esforço de muitos, ela já começou, mesmo antes que, para tanto, as condições materiais aparecessem. Minha consciência, entretanto, não teria paz, se eu, neste primeiro pronunciamento, não me alistasse entre os que trabalham por essa reforma, se eu não insistisse em dever ela fazer-se o mais rápido possível.

Essa renovação — há de ser feita no método e na estrutura curricular. Essas duas linhas terão de ser exploradas, se se quiser revigorar o ensino do Direito, hoje abastardado pela multiplicação de pseudo-faculdades onde o diploma depende de bem pouco — hoje anquilosado por uma rotina secular.

A renovação metodológica é imprescindível. É preciso dar menor realce ao método puramente expositivo, à preleção “ex cathedra”, no ensino do Direito. Já não goza êsse

método, — é certo — como até bem pouco, de exclusividade no ensino jurídico. De fato, em tempos que não se passaram há tanto, tôdas as aulas eram conferências, e nem sempre conferências originais...

Entretanto, a palestra continua a ter primazia nas Faculdades de Direito. Sem dúvida, a palavra fácil e eloqüente de Mestres, que são oradores, traz enlêvo e prazer para o estudante. Deixa-o passivo, todavia, e nisso está o seu primeiro, e grave defeito. O aluno, habituado a êsse método, vem para a aula como iria a uma sessão literária, um pouco por prazer estético, um pouco por obrigação, mas sempre para algo onde o seu papel é de mero espectador. Ouve a lição, sem dúvida goza de bons momentos, se a palavra do Mestre fôr culta e brilhante, e volta-se para outros interêsses, guardando quase nada do que escutou.

Tal situação é condenada por tôda a didática moderna. Esta insiste no caráter ativo que deve ter o aprendizado, para que dê bons frutos. Sublinha a necessidade de impor ao aluno participação na aula, tirando-o de uma atitude, fria e crítica, de mero espectador, às vêzes compulsório.

Por outro lado, o método meramente expositivo se revela inadequado para a principal missão atribuída a uma Faculdade de Direito, na época atual. Serve êle para descrever uma realidade, para desenhar um quadro do que é a Lei, o conjunto de normas vigentes, ou o Justo, o conjunto de princípios que devem inspirar essas regras. Não convém para ensinar o estudante a raciocinar de modo jurídico.

Ora, quando as leis se sucedem em turbilhão, quando o direito positivo muda a cada instante e não dura mais que a rosa, mais que “l’espace d’un matin”, o principal cuidado do Professor de Ciências jurídicas não haverá de ser a descrição pormenorizada do Direito vigente, o comentário e a exegese minuciosa de cada uma de suas regras. Isso de pouco adiantaria, pois mesmo o aluno que tudo

isso aprendesse, proveito exíguo retiraria. De fato, em virtude dessa instabilidade, quando tivesse de caminhar por si na vida profissional, o que teria aprendido estaria sepultado no cemitério das leis revogadas.

É mais importante ensinar o aluno a raciocinar. É preciso acostumá-lo a pensar por si, guiando-o sim, mas sem deixá-lo passivo, à espera do bocado feito. Tem, por isso, o Professor de habituar o estudante a enfrentar problemas, a pesquisar soluções. E isso só é possível se se exigir dos acadêmicos participação ativa no curso jurídico.

Essa renovação metodológica há de ser completada pela flexibilidade curricular. Sem dúvida, uma base sólida, com os princípios fundamentais de todo o Direito, deve ser dada a todos os alunos. Todavia, é sempre verdadeira a lição do filósofo: “Mais vale uma cabeça bem feita do que uma cabeça bem cheia.” Dessa verdade esquecem-se os que pretendem fazer de todo acadêmico de Direito um erudito, capaz de versar com a mesma segurança qualquer dos ramos do Direito. Lamentavelmente o resultado frequente é o bacharel, tendo dispensado sua atenção, saber de tudo quase nada.

É de se convir que estamos numa época de especialização. Esta é fruto da divisão do trabalho, princípio que permitiu o desenvolvimento acelerado nos dois últimos séculos. Pode-se ter a nostalgia dos homens de saber universal, saudades dos juristas que sabiam tudo. Na formação profissional do bacharel, *hic et nunc*, entretanto, não é crível que se descuide de lhe permitir um certo grau de especialização, segundo suas inclinações e planos futuros.

Apenas, com essa renovação do ensino jurídico, emérita Congregação, é que será possível restaurar o prestígio hoje amesquinhado do bacharel. Só assim os jovens bacharéis poderão, sem humilhações e percalços, exercer a profissão que escolheram, logo que saídos dos bancos acadêmicos.

A renovação do ensino jurídico é meta que faz vibrar em mim o professor. Mas sou professor de Direito Consti-

tucional e da Faculdade do Largo de São Francisco, sob cujas arcadas o apêgo à Liberdade e à Democracia sempre vicejaram. Não me posso furtar, por isso, de postular também a renovação da Democracia no Brasil.

Nossa história revela um paradoxo: o constante apêgo aos ideais democráticos, o constante esboroar das instituições democráticas. Raros povos, em condições como a do nosso, assinala Jacques Lambert, demonstram tanto apêgo à Democracia. Apesar disso, com tôda a facilidade, em face de crises nem sempre graves, sossobram as instituições democráticas. E esfacelam-se, enquanto o povo contempla inerte, como se não lhe afetasse a destruição dessas instituições.

Poucos são os que se perguntam por que tal se dá, raros cuidam de pensar, em vez de lamentar ou maldizer, em vez de buscar explicações obscuras que exoneram a responsabilidade das elites. Invocam-se forças ocultas, amaldiçoam-se os desígnios tortuosos de potências estrangeiras. Sugerem-se culpas: a ambição, a fraqueza, a corrupção, a tibieza, a loucura, mas ninguém cuida de procurar, com espírito científico, as causas do que ocorre.

É essa a missão da Universidade, é essa uma tarefa a que a Cadeira de Direito Constitucional tem de dedicar-se.

Sabe-se que a Democracia pressupõe certas condições, para que deite raízes. É ela, como observa Duverger, um regime para “povos maiores”. Exige um mínimo de desenvolvimento cultural, um certo grau de adiantamento econômico e de amadurecimento social, a fim de que possa prosperar. Tudo isso se sabe, mas entre os que o sabem pouquíssimos são os que se lembram de perguntar, e muito menos de investigar, até que ponto essas condições se realizam entre nós, de procurar a tão mencionada, e tão desconhecida, realidade brasileira.

Ora, é a partir dessa realidade que as instituições se vão estruturar. Estas, por perfeitas que sejam nos textos,

in abstracto, não poderão dar os frutos almeçados, se lhes faltarem as condições necessárias. Por isso, não basta estabelecer instituições democráticas para criar Democracia. Não é suficiente copiar as constituições estrangeiras para obter, sob outro sol, a Democracia!

Essas instituições que, sem embargo do apêgo à Democracia, desabam a um sôpro, sem lágrimas e sem sangue, são, muita vez, o tronco sem vida do que foi enxertado, ao sabor da moda, sem se cogitar da adequação do solo. Não merecem o pranto, não há por que julgar que sua morte é a extinção da Democracia.

Não se estabelece a Democracia num país só porque nele se adota o sufrágio universal à francesa, o parlamentarismo à inglêsa ou o federalismo à americana. Essa é uma ingenuidade dos liberais, mas dos liberais que se esqueceram da lição de Montesquieu. De fato, que é o *Espírito das Leis* senão o estudo de como o contexto social influencia e inspira as leis? De como as instituições dependem do meio sôbre o qual se erguem?

Só estará definitivamente instalada a Democracia no Brasil quando ela fôr institucionalizada segundo nossas condições, quando fôr encontrada a versão brasileira da Democracia, como o parlamentarismo é a britânica e o presidencialismo é a estadunidense. Realmente, o estabelecimento da Democracia não é a adoção de um arcabouço de desenho uniforme, apto a ser utilizado em qualquer ponto do globo, em qualquer instante da história. Ao contrário, para que verdadeiramente cada povo se possa governar, é preciso estruturá-la de forma diferente, segundo as circunstâncias, as condições e o momento. Não há receita universal de Democracia!

Instituições que conferem a um povo rico e desenvolvido a Democracia, não são as que estabelecem a Democracia num país em desenvolvimento. Com efeito, o desenvolvimento econômico pode perturbar e destruir instituições

democráticas, assim como estas podem sacrificar o desenvolvimento. A experiência recente nô-lo revela no próprio Brasil.

O desenvolvimento gera e excita tensões. Pressupõe a arrancada para o desenvolvimento, alto grau de investimentos. Êstes, se a prazo mais ou menos longo é que produzem frutos, desde logo criam reivindicações, acalentam pretensões. Ora, quanto mais sensíveis são as instituições à opinião pública, mais tenderão elas a satisfazer as solicitações de maior parte no produto, com sacrificio no investimento. A Democracia age assim contra o desenvolvimento, e pode matá-lo. Por outro lado, se as instituições resistem a essas pretensões, o descontentamento instiga à desordem, preparando o caos e sua inexorável conseqüência, o advento da autocracia. A Democracia, pois, ameaça o desenvolvimento e o desenvolvimento a Democracia. Conciliá-los eis o problema magno da política brasileira.

Querer a Democracia para o Brasil, portanto, não é pregar êste ou aquêlo modelo, é antes de mais nada a busca de novos caminhos. É uma tarefa de desbravamento, é uma tarefa para bandeirantes e, como tal, para a Universidade de São Paulo.

Não será talvez épica a pesquisa, faltar-lhe-á o romantismo da procura das esmeraldas. É, porém, a batalha de nosso tempo. Cumpre, a tôda pressa, estudar o problema da institucionalização da Democracia no Brasil, tendo em vista nossas condições, particularmente a desigualdade entre os dois Brasis, tendo em vista, sobretudo, a tensão gerada pelo desenvolvimento econômico. É essa uma tarefa para a Universidade, para a Faculdade, para a cadeira de Direito Constitucional. É isso que o momento reclama de nós. E se não atendermos a êsse imperativo, illustre Congregação, a cada tragédia política só nos restará a contrição do orador romano: “Nos, nos consules, désumus!” Nós, nós professôres, falhamos.

Desta Faculdade, estou certo, partirá a renovação almejada, tanto no plano do ensino quanto no das instituições políticas. Para essas missões foi ela talhada; de nenhuma outra poderão sair melhores lições. Nenhuma outra contará com maior autoridade para fazê-lo. Aqui já se levantaram bandeiras gloriosas e afinal triunfantes. Recordá-las seria retrair a história desta escola, o que não caberia nos minutos de um discurso. Uma nova bandeira, agora, se levanta, a da Renovação.

Realmente, velha Faculdade, há uma nova campanha à tua frente. Reune teus soldados. Teu passado denuncia o teu futuro. Ergue-te mais uma vez, marcha para outra batalha. Não fiques a descansar sobre os louros. Levantate. Tuas tradições impõem-te a luta, auguram-te a vitória. Novas glórias te aguardam. Move-te, que São Paulo se haverá de mover contigo e com São Paulo todo o Brasil. Mostra que teu sangue ferve, como sempre, “pela lei, pela grei”!

Dr. Oscar Barreto Filho – Titular da Cátedra de Direito Comercial.

Dr. Oscar Barreto Filho, novo titular da cátedra de Direito Comercial, nasceu a 7 de julho de 1922 nesta Capital. É filho de Oscar Barreto e de D. Alzira de Salles Oliveira Barreto; casou-se, em 1948, com D. Maria Eunice Leme Barreto, havendo dêsse consórcio cinco filhos.

Fêz o curso primário na Escola Modelo anexa à Escola Normal “Carlos Gomes” de Campinas; o curso secundário fundamental nos ginásios Estaduais de Campinas e de São Paulo e o secundário complementar no Colégio Universitário (1.^a secção) anexo à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, obtendo o primeiro lugar entre os alunos da turma de 1940-1941.

Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais nesta Faculdade, em 1946, tendo sido membro da Comissão de Redação do Centro Acadêmico XI de Agosto e da Academia de Letras, da qual é sócio honorário. Fazendo curso brilhante, obteve sempre o primeiro lugar e os prêmios “Rodrigues Alves”, “Instituto dos Advogados”, “Associação dos Advogados” e “Livreiro Saraiva”. Nos anos de 1950-1951, cursou a secção de Economia, da Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

Fêz também numerosos cursos de extensão universitária, sôbre vários ramos do Direito, tendo sido aluno dos professôres Tullio Ascarelli, Benigno di Tullio, Mariano Ruiz Fuñes, Augusto Venturi, Rubens Gomes de Souza e de outros mestres igualmente notáveis.

Em 1956, inscreve-se no concurso para provimento da cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, na vaga do Prof. Dr. Waldemar Ferreira, apresentando a tese *Regime Jurídico das Sociedades de Investimentos*; aprovado, obtém o grau de doutor em Direito e o título de Livre-Docente da matéria, em 1.º de agosto de 1957.

Desde então, por várias vezes exerce a cátedra, substituindo os professores Honório Monteiro (1957 e 1961) e Sylvio Marcondes Machado (1961 a 1966).

A contar de 1966, rege a cadeira de Direito Comercial, vaga pela aposentadoria compulsória do Prof. Ernesto Leme. Além disso, em 1947 e 1948, integrou bancas examinadoras de trabalhos de conclusão de curso, na Escola de Serviço Social e no Instituto de Serviço Social, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e, de 1962 a 1969, integrou comissões examinadoras de teses de doutoramento e trabalhos do curso de especialização desta Faculdade.

Foi elemento fundador da Faculdade de Direito de Baurú, na cadeira de Direito Comercial e professor interino da mesma matéria, na Faculdade de Direito de Sorocaba.

Em 1968, estudou os novos métodos de ensino do Direito na “Law School” da Universidade de Columbia, na cidade de New York, em bolsa de estudos concedida pelo Governo Norte Americano.

Como profissional militante, S. Ex.^a exerceu diversos cargos. Foi assistente jurídico da Federação das Indústrias, de 1943 a 1947, e seu assessor jurídico desde 1950, integrando diversas comissões de estudos.

Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, desde 1949 é membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo, exercendo nesse sodalício os cargos de Secretário da Comissão de Direito Comercial, em 1952-1955, e de Conselheiro, de 1954 a 1968.

Organizou e foi o primeiro Diretor do Serviço Jurídico do Departamento Regional do Serviço Social da Indústria



PROF. DR. OSCAR BARRETO FILHO
Titular da Cátedra de Direito Comercial.

(SESI) em São Paulo, de 1947 a 1950, e em 1951-1954 chefiou o gabinete do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, então o Prof. Ernesto Leme.

Tendo prestado concurso para advogado do Estado, obteve o primeiro lugar entre 440 candidatos, exercendo suas funções, a contar de 1954, sucessivamente, na Procuradoria Fiscal, na Secretaria da Saúde Pública e da Assistência Social, no Departamento Estadual de Administração, na Procuradoria Judicial, na Secretaria da Justiça e na Procuradoria Geral do Estado.

De 1956 a 1968 foi Procurador da Junta Comercial do Estado e Presidente da Comissão nomeada pelo Sr. Governador, para elaborar o anteprojeto de reforma da legislação federal, sobre Registro de Comércio. De 1959 a 1969 foi consultor jurídico da Companhia Siderúrgica Paulista (COSIPA).

Em 1962, foi o relator da Comissão Especial do Conselho Nacional de Economia, encarregada de estudar o anteprojeto de lei, regulamentando as sociedades de financiamento e investimentos, bem como integrou comissões especiais incumbidas pelo Governo Estadual de elaborar projetos de leis e regulamentos sobre vários assuntos: sobre a Junta Comercial do Estado de São Paulo; Fundo de Melhoria das Estâncias; Centro de Tecnologia do Estado de São Paulo etc.. Participou do Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, no biênio 1967-69.

É sócio remido da Associação dos Advogados de São Paulo, desde sua formatura; sócio efetivo do Instituto de Direito Social, desde 1954; sócio titular da Sociedade Internacional de Direito Social, desde 1956 e pertence à Associação dos Procuradores do Estado. É, ainda, Cavaleiro Donato e Consultor Jurídico da Associação de São Paulo da Soberana Ordem Militar de Malta e membro efetivo do Pen Club do Brasil.

Participou ativamente de vários movimentos culturais, tendo sido Secretário Geral da Comissão Organizadora da IV Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, realizada em São Paulo, em setembro de 1954, sob os auspícios da “Société de Législation Comparée” de Paris. Foi membro do II Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional realizado em São Paulo, em outubro de 1953; da VIII Conferência da Associação Inter-Americana de Advogados, reunida em São Paulo, em março de 1954; do I Congresso Internacional de Direito Social, em São Paulo, agosto de 1954; do II Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, na 7.^a secção, História das Instituições Jurídicas Luso-Brasileiras, sendo relator da tese *O Empréstimo a Juros desde as Ordenações do Reino, até a atual Legislação Brasileira*; da Comissão Executiva do V Congresso Jurídico Nacional e da Primeira Convenção Nacional de Advogados, realizados em São Paulo, em janeiro de 1955 e foi, também, assessor jurídico das Reuniões Plenárias das Classes Produtoras, sob os auspícios da Confederação Nacional da Indústria em São Paulo (1954), Porto Alegre (1955), Recife (1958). Foi secretário e redator da “Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro”, sob a direção do Prof. Waldemar Ferreira.

Em junho de 1969, inscreveu-se no concurso para professor titular de Direito Comercial, apresentando substancial dissertação sobre a *Teoria do Estabelecimento Comercial*. As provas do concurso realizaram-se em novembro de 1969, nelas obtendo o expressivo grau 9,1.

Bibliografia

O nôvo professor de Direito Comercial dedicou-se intensamente à pesquisa jurídica, possuindo extensa e valiosa bibliografia sobre diversos ramos do Direito, tendo inclusive proferido vários cursos e conferências, nos centros brasileiros de cultura, desde 1950.

I. *Livros:*

1. *Regime Jurídico das Sociedades de Investimentos* (Investment Trusts), edição Max Limonad, 1956 (Obra premiada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo), 2.^a edição, em preparo.
2. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, edição Max Limonad, 1969.

II. *Opúsculos:*

1. *Impôsto "Causa-Mortis" sôbre extinção de fideicomisso instituído por ato "inter-vivos"* — Revista n. 44.123, da Capital, São Paulo, 1950. Publicado também na "Revista dos Tribunais", vol. 196, págs. 332 a 339.
2. *A reforma da Lei do Inquilinato* — Edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1953.
3. *Os empregados em obras e emprêsas industriais do Estado, em face da Justiça do Trabalho e Observações sôbre o processo dos dissídios individuais do trabalho*, nos "Anais do III Congresso Brasileiro de Direito Social", Salvador, Bahia, 1953, págs. 250/255 e 256/264.
4. *O Estatuto da Propriedade Industrial*, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1955; separata da "Revista dos Tribunais", vols. 240/3 e 241/3; Revista de Direito Mercantil, vol. IV, pág. 597.
5. *As Juntas Comerciais em Face da Constituição Federal de 1946*, Revista dos Tribunais, vol. 253/3, 1956.
6. *Natureza Jurídica das Bolsas de Valôres no Direito Brasileiro*, separata da "Revista da Faculdade de Direito" de São Paulo, vol. LIV, 1959; Revista dos Tribunais, vol. 283/7.
7. *O Fundo de Comércio nas Desapropriações*, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1959.

8. *Os Créditos Trabalhistas na Falência*, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1959; “Revista Forense”, vol. 186/452; “Revista dos Tribunais”, vol. 289/16.
9. *Limites Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia Privada*, Revista Forense, vol. 184/33, 1959; “Revista dos Tribunais”, vol. 291/12.
10. *Reforma da Lei do Cheque*, na “Revista dos Tribunais”, vol. 292/44, 1960.
11. *Regulamentação das Vendas a Prestação*, separata da “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, vol. LV, 1960.
12. *Desapropriação por Interêsse Social*, na “Revista dos Tribunais”, vol. 295/20, 1960.
13. *O Crédito no Direito*, separata da “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, vol. LVII, 1962; “Revista dos Tribunais”, vol. 315/431.
14. *Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento*, na “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais”, vol. 2/173, 1966.
15. *Comentários ao Anteprojeto do Código de Obrigações*, edição da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1966; separata da “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, vol. LXI; “Revista Forense”, vols. 213 e 214; “Revista dos Tribunais”, vol. 361/445.
16. *Os Novos Institutos do Direito Comercial*, na “Revista dos Tribunais”, vol. 382/7, 1967; “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais”, vol. 4/93.
17. *Novos Métodos de Ensino do Direito: A Experiência Americana*, separata da “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, vol. LXIII, 1968; “Revista dos Tribunais”, vol. 402; “Problemas Brasileiros”, n. 63; “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais”, vol. 8.

III. *Artigos, Estudos e Comentários:*

Dezenas de trabalhos publicados nas revistas especializadas: “*Revista de Direito Mercantil*”, “*Revista dos Tribunais*”, “*Revista Forense*”, “*Revista de Direito Administrativo*”, “*Digesto Economico*” e “*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*”.

A solenidade de posse

Nomeado por decreto do Governo Estadual de 11 de dezembro, tomou posse da cátedra em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre, a 22 de dezembro de 1969. Introduzido no recinto pelos professôres eméritos Mário Masagão, Ernesto Leme e Noé Azevedo, recebeu a saudação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira que proferiu o seguinte discurso:

Discurso de saudação do Prof. Ruy Barbosa Nogueira

“Como é suave e agradável ser designado pelos colegas para falar de coração, ao coração de um grande amigo, de um amigo que acompanhamos desde os bancos acadêmicos, que ao seu lado marchamos no CPOR, que ao seu lado, por tantos anos, vimos trabalhando em associações como em lides forenses, com quem tanto privamos no recesso da família e com quem finalmente convivemos no templo do ensino!

Quantas e quantas vêzes debatemos assuntos, trocamos idéias, fizemos prognósticos, viajamos e agora, no aconchego carinhoso de nossa amada escola, nossos abnegados mestres, familiares, colegas, alunos e amigos vêm escutar a ode do regosijo. Sim, Prof. Oscar, porque hoje fui incumbido de lhe dizer do apreço, do contentamento e do justificado orgulho com que a Congregação dos Professôres

da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco o recebe.

Oscar Barreto Filho, desde o início de sua vida estudantil, foi símbolo de dedicação e inteligência. Fez seus estudos primários na Escola Modelo anexa à Escola Normal Carlos Gomes, de Campinas; o curso secundário nos Ginásios Estaduais de Campinas e de São Paulo e o curso secundário complementar, no Colégio Universitário, anexo a esta Faculdade, obtendo o primeiro lugar entre os alunos da turma de 1940-1941. Cursando esta Faculdade de 1942 a 1946, classificou-se também em primeiro lugar durante todo o curso e conquistou os Prêmios “Rodrigues Alves”, “Instituto dos Advogados”, “Associação dos Advogados” e “Livreiro Saraiva”.

Depois de se bacharelar em Ciências Jurídicas e Sociais, através tão brilhante curso, fez ainda nada menos do que doze diversificados Cursos de Extensão Universitária, obtendo em todos êles os respectivos títulos.

Em concurso para Advogado do Estado, prestado em 1954, dentre 440 candidatos, Oscar Barreto Filho obteve o primeiro lugar, e na Administração tem exercido as mais elevadas funções e missões que exigem elevada e reconhecida cultura jurídica.

Em 1957 conquistou brilhantemente a livre docência da Cátedra de Direito Comercial, apresentando a tese “Regime Jurídico das Sociedades de Investimentos”, que constitui obra singular na literatura jurídica brasileira. Desde então vem exercendo a regência da cátedra, sendo dos mais estimados professôres entre os alunos, por seus magníficos dotes didáticos e dedicação ao ensino. Os seus pareceres e trabalhos de colaboração à administração da Escola, e dentro da Congregação, têm sido reconhecidos e louvados. Oscar Barreto Filho jamais poupa seus esforços em favor da coletividade. É membro de incontáveis Associações e Institutos científicos, a que presta seus serviços.

Além de suas atividades culturais e didáticas dentro da Universidade, tem proferido inúmeros cursos e conferências, não só em nosso Estado, mas em vários outros Estados de nosso país, divulgando conhecimentos em pro do ensino.

Em 1968, integrando o grupo de professores desta Faculdade, em gôzo de bolsa de estudos concedida pelo Govêrno dos EE.UU., fez estágio na Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia, estudando os novos métodos de ensino do direito. Como integrante dêsse grupo de professores, pudemos testemunhar a dedicação do Prof. Oscar Barreto Filho, pois em cerca de trinta aulas e comparecimento a uma dezena de seminários, com debates dos assuntos ligados à educação jurídica, pôde êle não só dêles participar, como elaborar o trabalho que publicou no vol. LXIII da Revista da Faculdade de Direito, sob o título “Novos Métodos no Ensino do Direito: a Experiência Americana”, trabalho êste que vem tendo grande repercussão em nosso país.

Para a conquista da Cátedra escreveu novo livro “A Teoria do Estabelecimento Comercial”, cuja denominação já está a indicar a preocupação científica e de sistematização do autor, que assim veio também mais uma vez enriquecer a literatura do Direito Comercial brasileiro.

Com esta obra, após concurso de títulos e provas a que se submeteu, perante banca dos mais notáveis juristas de nosso país, com distinção, como sempre, obteve o tão almejado título definitivo de Professor. Era muito nobre e grande o desejo de V. Excia. obtê-lo, e tinha razão D. Pedro II, que tão bem figura em lugar de honra neste salão nobre onde hoje se dá posse a V. Excia., ao declarar: “Se eu não fôsse imperador, desejaria ser professor. Não conheço missão maior e mais nobre que a de dirigir as inteligências juvenis e preparar os homens do futuro”.

Além dos livros já citados, a bibliografia de nosso homenageado indica mais de 40 trabalhos publicados sob

os mais diversos assuntos jurídicos. Oscar Barreto Filho é dos mais renomados e seguros advogados do Fôro paulista e parecerista acatado.

Eis porque a Congregação dos Professôres da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco se sente honrada com o acolhimento de tão nobre e aquinhoado jurista.

E que poderei eu dizer de sua ventura familiar, querido Prof. Oscar? Deus não o aquinhoou sòmente de privilegiada inteligência, de acentuado amôr ao estudo e ao trabalho, mas ainda fê-lo nascer na cêpa de uma familia adornada das grandes tradições e virtudes dos Barreto e Salles Oliveira. Armando de Salles Oliveira, seu tio materno, Governador do Estado de São Paulo, foi o grande fundador da Universidade de São Paulo.

Ainda, na Sua Sabedoria, Deus entregou o cétro do coração de V. Excia., Sr. Prof. Oscar Barreto Filho, a essa rainha Maria Eunice, esposa extraordinária, que sempre soube aureolá-lo de ambiente e dedicação em todos os momentos da dôr e do carinho e lhe deu, ainda, cinco encantadores filhos, que completam sua felicidade: tôda felicidade que V. Excia. merece e que Deus há de conservar para a alegria de todos nós”.

Discurso de agradecimento do Prof. Dr. Oscar Barreto Filho

Agradecendo a saudação recebida, Prof. Oscar Barreto Filho, nôvo catedrático de Direito Comercial, pronunciou seu discurso de agradecimento:

“Atinjo o pôsto de Professor, ápice da carreira universitária, com a alegria de quem vê realizado um ideal, com a serena convicção de quem muito trabalhou por merecê-lo, mas também com a plena consciência da alta responsabilidade da investidura.

Bela e nobre é a missão do Professor universitário! Conviver com a mocidade, transmitir-lhe a herança cultu-

ral, produto do esforço continuado das gerações passadas, desvendar-lhe os arcanos da ciência e da arte através da pesquisa, orientar-lhe as energias para a construção de um futuro que a humanidade espera sempre melhor: eis a tarefa do mestre universitário.

Tarefa que propicia, a um tempo, a realização do homem no plano individual e no plano social.

Para o verdadeiro humanista, seja qual fôr o campo do conhecimento a que se dedique, nada é mais significativo do que ensinar, unindo o próprio estudo ao aprendizado alheio. No estudo aprimora-se o intelecto, disciplina-se a vontade e burila-se o sentimento, de modo a concretizar o anelo da verdadeira vida do espírito.

Mas o sentir e o pensar não se esgotam egoisticamente no indivíduo; muito ao contrário, no filósofo, no cientista ou no artista imbuídos de humanismo, suas preocupações espirituais se extravasam e se projetam no meio social, visando ao benefício da coletividade. Daí o papel relevante que se atribui à Universidade, como agente plasma-dora da unidade de tradições e de aspirações comuns.

A Universidade, como centro de convergência da vida espiritual da Nação, pressupõe um clima de liberdade na investigação científica, que não se coaduna com uma posição rigidamente autoritária. Isto não vai, contudo, ao ponto de negar a legitimidade da estrutura hierarquizada, exercida dentro dos limites impostos pelo respeito e pela consideração dos valores inerentes à pessoa humana, pois sem ordem impossível se torna a convivência em sociedade. Ressalta Bertrand Russell, cuidando da liberdade em face da autoridade no ensino, que “deve existir um elemento de disciplina e autoridade; a questão é até que ponto, e como, deve ser exercido.”

Constitui, por isso, motivo de júbilo a implantação da reforma universitária, orientada no sentido de possibilitar a maior participação da comunidade na vida acadêmica. Dinamiza-se, dessa forma, o potencial de idéias e de ener-

gias acumulado pelo estudo e pela pesquisa, colocando-o ao serviço da Nação.

Neste momento, de tão alto significado para mim, rememoro, com gratidão e com saudade, as terras, as pessoas e as instituições a quem devo a minha formação.

Minha lembrança mais remota é a da terra de meu Pai, por êle tanto amada, a tranqüila Atibaia, onde passei os dias descuidosos da infância e as férias da adolescência, alternando os folguedos com as leituras a que desde cedo me acostumei. Retornando ao tempo morto, vejo-me, qual o poeta Carlos Drummond de Andrade:

“O menino ambicioso
não de poder ou glória
mas de soltar a coisa
oculta no seu peito
escreve no caderno
e vagamente conta
à maneira de sonho
sem sentido nem forma
aquilo que não sabe.”

(Boitempo — Primeiro Conto).

De meu Pai, oriundo de velhos troncos da província — os Pires de Camargo — herdei o sentimento de respeito às virtudes da antiga gente bandeirante, em cujos hábitos simples e austeros repousam as raízes profundas da nacionalidade.

Recebi de minha Mãe influência marcante na modelação da disciplina moral e no apêgo ao estudo, tendo como paradigmas as figuras de meu avô materno, o engenheiro Francisco de Salles Oliveira Junior, sanitarista benemérito que livrou Campinas da epidemia, e de meu tio Armando de Salles Oliveira, para quem, entre tantos outros, o título de maior valia era o de ter sido o fundador da Universidade de São Paulo. Nem faltaram, para incentivar o meu

idealismo de adolescente, os exemplos luminosos de dois vultos ligados à minha gente por laços de sangue e de amizade, o médico e filósofo Luiz Pereira Barreto e o jurista e poeta Vicente de Carvalho.

Embora respeitando e admirando os ancestrais ilustres, nunca descansei nos seus braços. Convenci-me, muito cedo, de que o mérito que conta é o adquirido, dia a dia, pelo trabalho e pelo esforço próprios, na árdua conquista do ideal.

Robusteci minha convicção no convívio com meus colegas na escola pública, êste poderoso fator de democratização da cultura e de circulação social. Foi neste ambiente de emulação sadia que vi, irmanados em igual aplicação ao estudo e no mesmo culto à Pátria, os descendentes da velha grei paulista e os filhos de gentes de outras plagas, que com destemor e sacrificio, mas também com carinho e amor, vieram plantar em nossa terra o seu novo lar.

Reconheço o quanto devo às oportunidades que me foram oferecidas pelo Estado, no caminho que percorri da escola de primeiras letras em Taquaritinga até o magistério nesta querida Faculdade. Não há, para mim, melhor exemplo de igualdade de oportunidades, que deve ser o apanágio da sociedade democrática, do que a escola na qual prevaleça o sistema de mérito.

Foi na escola que conheci alguns dos melhores amigos que tenho a fortuna de contar. Por uma coincidência feliz, posso evocar nas pessoas de diletos amigos aqui presentes as diferentes fases de minha formação intelectual. Relembro, associados à pessoa do Professor Ataliba Nogueira, os dias risonhos do curso primário na Escola Normal “Carlos Gomes” e o início do curso secundário no Ginásio Estadual “Culto à Ciência” de Campinas. Invoco, na pessoa do Professor José Cretella Junior, companheiro e amigo de mais de trinta anos, e na do Professor Cesarino Junior, mestre de ontem e de hoje, as aulas do antigo

Ginásio do Estado da Capital. Revejo, espelhada na figura sempre moça do Professor Goffredo Telles Junior, a quadra amorável da minha juventude no Colégio Universitário. E por fim, rememoro o tempo laborioso, mas pleno de esperanças, da mocidade na Academia, nas pessoas dos Professores Vicente Marotta Rangel e Manoel Pedro Pimentel, meus colegas da admirável turma de 1946, e dos meus antigos mestres, tão bem representados pelas figuras venerandas dos eméritos Professôres Ernesto Leme e Noé Azevedo, e do então jovem livre-docente Luiz Eulalio Vidigal.

Ligo, de maneira indelével, às Arcadas conventuais, as mais gratas recordações da mocidade e da maturidade. Prezo-me e orgulho-me de ser um filho espiritual da velha e sempre nova Academia, por vêzes tão mal compreendida, mas cuja influência na criação e desenvolvimento da cultura humanística em nosso país não pode, certamente, ser menosprezada.

É verdade que os tempos são outros, e a perene evolução da sociedade aconselha e mesmo impõe a renovação das instituições segundo as novas exigências da época. Mas, tendo em conta as reservas intelectuais e espirituais de que é guardiã a Academia, creio que é perfeitamente possível adaptá-la e integrá-la na Universidade, em consonância com os mais atualizados padrões da moderna cultura. Fundo-me, para isto afirmar, na minha própria experiência como estudante, como advogado e como professor.

Os dois anos que passei no Colégio Universitário, anexo à Faculdade, foram decisivos para a formação de minha cultura básica, principalmente em literatura e história. Lia tudo, e, a par das páginas de sublime espiritualidade de Tomás de Kempis, passando pela sugestiva mensagem de Bergson, muito aprendi sôbre os aspectos multiformes da natureza humana relendo as obras de Balzac e de Eça de Queiroz, repositórios magníficos de psicologia literária.

A iniciação que então fiz nas matérias propedêuticas — lógica, psicologia e história da filosofia — nas ciências humanas e nas letras, foram-me de inconteste utilidade para o curso jurídico e para o resto da vida. Mais tarde, ao conhecer a organização universitária norte-americana, pude verificar a excelência do sistema, que pressupõe a aquisição prévia pelo estudante, no *college*, de formação geral, de caráter preponderantemente humanístico ou científico, antes do seu ingresso na escola graduada ou profissional.

No caso específico do Direito, a própria concepção culturalista põe em relêvo o fato social, que constitui o substrato da norma jurídica. Daí a necessidade inadiável de imprimir caráter menos formal ao ensino jurídico, ministrando previamente ao estudante conhecimentos básicos de sociologia, economia, ciência política e história. Sòmente após estar de posse de suficiente base de conhecimentos gerais é que poderá o aluno aprender com real proveito as matérias jurídicas, de modo a, posteriormente, situar-se como profissional conscencioso no meio social.

Outra experiência que adquiri decorre da circunstância de que, concomitantemente com o curso acadêmico, fui admitido como estagiário no Departamento Jurídico da Federação das Indústrias, onde vim a conhecer esta figura admirável de homem feito pelo próprio esforço — o Professor Ruy Barbosa Nogueira — que, além das qualidades inatas de inteligência e de pertinácia, é possuidor de sólida cultura jurídica e fina sensibilidade.

Tenho por isso a certeza de que uma bôa formação especializada nos vários ramos de atividade profissional exige maior integração do estudante com o meio onde irá exercê-la, de modo a abolir o hiato existente entre o fim do curso acadêmico e o início da vida prática.

Cabe-me suceder, no ensino da matéria de Direito Comercial, ao Professor Ernesto Leme, figura exemplar de homem público e de cidadão, que alia, na sua personali-

dade, às qualidades de mestre de direito e de civismo, as virtudes de escritor escoreito e orador primoroso. Foi por sua indicação que, há vinte anos, iniciei-me no magistério superior, nestas mesmas Arcadas que há pouco frequentara como discípulo.

Perlustrei, nesta longa trajetória, todos os gráus da carreira docente, procurando, com entusiasmo e dedicação, ampliar os meus conhecimentos, persuadido de que, em verdade, os professôres nada mais são do que estudantes mais experientes.

Sempre tive, bem nítidos, os ensinamentos ministrados pelos meus mestres de Direito Comercial — Tullio Ascarelli e Waldemar Ferreira — cujos nomes relembro com emoção. Comprevei, entretanto, no meu tirocínio, que para ensinar não basta saber; sòmente com a prática de ensino é que se faz o professor.

Disso decorre a justeza do asserto de que o professor não se improvisa; faz-se mister a sua preparação paciente e continuada, a fim de dotá-lo das qualidades essenciais de clareza, precisão e segurança na exposição da matéria. É com a prática do ensino que se revelam os atributos característicos do educador autêntico: o espírito público, o desprendimento, a vocação para o trabalho em conjunto, a compreensão e simpatia pelos alunos, a atualização constante do conhecimento.

Mas todo êsse preparo será em vão se, na preconizada reestruturação do ensino universitário, não se atender a dois objetivos primordiais — no sentido pessoal, procurando criar em cada estudante a *motivação* pelo estudo, e no sentido social, buscando o *entrosamento* da Universidade com as reais exigências da comunidade.

Para estimular a motivação individual pelo estudo, diversas medidas podem ser adotadas: — aplicação de nòvos métodos e técnicas de ensino; flexibilidade dos currículos e conseqüente ampliação de possibilidades de opção;

alargamento dos trabalhos práticos, em caráter obrigatório; valorização das notas e criação de incentivos aos estudantes mais dedicados.

Com o objetivo de melhor relacionar a escola com a sociedade, deve-se completar o aprendizado com estágios dos estudantes nos escritórios de assistência judiciária e nos órgãos jurídicos da administração pública e das empresas privadas.

Mas nenhuma reforma educacional será válida se não se estender também à mudança da mentalidade com que são encarados os problemas do ensino. Professores e estudantes devem preparar-se efetivamente para o desempenho de suas tarefas específicas, num clima de responsabilidade e de seriedade em relação ao ensino, sem o que tudo o mais restará inútil.

Longa já vai esta digressão sobre os homens e coisas da minha vida, por esta ou aquela forma tão entrelaçada com a querida Academia.

Por um acaso feliz, exerci minha profissão, sucessivamente, nos mais diversos setores, como advogado de empregados, de empresas e do Estado, na atividade privada e na administração pública. Em todos esses múltiplos campos, pude apreciar e valorar a atuação do bacharel em Direito, quando devidamente preparado e dotado de convicções jurídicas, como defensor da ordem e do bem comum.

No mundo angustiado em que vivemos, é bom assentarmos a ação em nossas crenças e em nossos ideais, a fim de não rebaixarmos a dimensão do ser humano. A ciência do Direito tem a virtude, entre outras, de predispor os seus cultores para uma visão espiritual e social do mundo, em contraposição ao materialismo e ao egoísmo que degradam a condição humana, e a transformam em verdadeira servidão das necessidades físicas.

O homem, para o cultor do Direito, é responsável, porque é livre, e é livre, porque possui uma alma imortal.

A liberdade é uma prerrogativa do espírito, que não pode ser ignorada ou negada pelo Estado. Daí a relevância das convicções jurídicas, que fortificam e robustecem os ideais de justiça e de liberdade, orientando-os no sentido do bem comum.

Nas palavras pressagas do poeta e ensaista britânico Thomas S. Eliot: — “O mundo está procurando elaborar uma mentalidade não cristã. A experiência malogrará, mas devemos dar prova de muita paciência na espera dêsse fracasso. Devemos também, enquanto isso, resgatar o tempo, a fim de que a Fé seja guardada viva através das sombrias idades que hão de vir; a fim de renovar e reconstruir a civilização; a fim de salvar o mundo do suicídio.”

Voltando-me, introspectivamente, para minha paisagem interior, vejo o quanto foi ela enriquecida pela amizade e pelo carinho de todos que me estimam.

Agradeço aos amigos, passados e presentes, o estímulo fraternal para os embates da vida e a confiança que em mim depositaram. Entre os amigos que já não são dêste mundo, recorde, comovido, a pessoa do meu sôgro, sempre preocupado com a poesia e as letras. Na pessoa de Ruy Barbosa Nogueira, que me recebeu com palavras tão gentis quão imerecidas, saúdo os colegas, os estudantes e os amigos, de dentro e fóra da Faculdade.

Já se disse que no triunfo de um homem existe sempre a mão de uma mulher. No meu caso, diria melhor que estiveram presentes o coração e o espírito de minha esposa, meiga e dedicada companheira de todos os momentos, mãe de meus cinco filhos, que me proporcionaram a dádiva de um lar feliz.

Longos anos esperei por êste dia. Mas tempo ainda é de trabalhar. Na vida, diz o poeta:

“Qualquer tempo é tempo.
A hora mesma da morte
é hora de nascer.

Nenhum tempo é tempo
bastante para a ciência
de ver, rever.

Tempo, contratempo
anulam-se, mas o sonho
resta, de viver”

(CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE — Boitempo).”

Novo Titular da Cadeira de Direito Administrativo – Prof. J. Cretella Júnior

O Professor Cretella Júnior, filho de José Cretella e da professora Maria José Loureiro Cretella, nasceu em Sorocaba, no dia 10 de janeiro de 1920.

Fêz o curso primário, em Santos, na Escola “Barão do Rio Branco” e o curso secundário no tradicional Ginásio do Estado, diplomando-se em 1938.

Em 1939, ingressou para a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de S. Paulo, freqüentando a Seção de Letras Clássicas e Português, licenciando-se em 1941, ao mesmo tempo que concluiu o curso de Didática Geral e Especial, na mesma Faculdade.

Posteriormente, cursou a Faculdade de Direito de S. Paulo, alcançando o 1.º lugar, nos exames vestibulares e concluindo o curso em 1950. Por essa ocasião conquistou o Prêmio “João Arruda”, conferido pelo Prof. Miguel Reale, a quem apresentou os trabalhos *Relação entre vigência e eficácia no direito positivo e Interpretações do fenômeno jurídico*.

Foi premiado duas vezes pelo Instituto dos Advogados de S. Paulo, primeiro com o trabalho original “Natureza jurídica do contrato de esporte”, depois com o tratado “Direito Administrativo do Brasil”.

Prestou seis concursos para o magistério desde 1941, tendo sido aprovado, primeiro, no concurso de Português para a Escola de Preparatórios de Cadetes do Exército, a seguir (1943), no concurso de Latim para o Ensino Secundário, quando obteve média final 10 (dez) entre 73 concor-

rentes. Em 1965, com a tese *Do desvio de poder* obteve a livre-docência de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de S. Paulo com distinção e, em 1969, conquistou a cadeira de Direito Administrativo da mesma Faculdade, vaga com a aposentadoria do Prof. Mário Masagão, tendo sido aprovado por unanimidade em Banca integrada pelo Prof. Miguel Reale, magnífico reitor da Universidade de S. Paulo, Prof. Sílvio Rodrigues, titular de Direito Civil, Desembargador M. Seabra Fagundes, Prof. Caio Tácito da Faculdade de Direito da Guanabara e Franco Sobrinho da Faculdade de Direito do Paraná.

Bibliografia

É a seguinte a bibliografia do prof. Cretella Júnior.

a) *De Direito Administrativo.*

1. *Da codificação do direito administrativo*, S. Paulo, 1951.
2. *Natureza jurídica da função pública*, S. Paulo, 1953.
3. *Do desvio de poder*, S. Paulo, 1965.
4. *Dos bens públicos no direito Brasileiro*, S. Paulo, 1969.
5. *Direito administrativo do Brasil*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1956-1962 (5 volumes, alguns em 2.^a edição).
6. *Tratado de direito administrativo*, Rio, Editora Forense, 1966/1970 (10 volumes, dos quais 8 já publicados).
7. *Direito administrativo*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1963 (esgotado).
8. *Curso de direito administrativo*, Rio, 1967, Editora Forense.
9. *Regime jurídico do pessoal extranumerário*, S. Paulo, 1962.

10. *Les fondations de droit public au Brésil*, S. Paulo, 1963.
11. *Fundações de direito público*, na *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, n. de 1966.
12. *Regime jurídico das fundações públicas*, no Brasil, em RDA 89.
13. *Regime jurídico das corporações públicas*, no Brasil em RDA 98.
14. *Princípios informativos do direito administrativo*, em RDA 93.
15. *As categorias jurídicas e o direito público*.
16. *Executoriedade do ato administrativo unilateral*, em RDA 71.
17. *A “via de fato” no direito administrativo*, em RF 205.
18. *A teoria do “fato do príncipe”*, em RDA 75.
19. *O mérito do ato administrativo*, em RF 209.
20. *A “exceptio non adimpleti contractus”*, no direito administrativo, em RDA 82.
21. *Empréstimo compulsório é contrato de direito público*, em RDA 83 e RF 214.
22. *Anulação do ato administrativo por “desvio de poder”*, em RDA 92.

b) *Outros Trabalhos.*

23. *Português para o ginásio* (1.^a série).
24. *Português para o ginásio* (2.^a série).
25. *Português para o ginásio* (3.^a série).
26. *Português para o ginásio* (4.^a série).
27. *Literatura para o colégio* (1.^a, 2.^a e 3.^a séries).
28. *Latim Colegial* (3 séries).
29. *Gramática de língua grega* (1940).
30. *Glossário da língua arcaica portuguesa*.
31. *Dicionário latino-português*.
32. *Manual prático de pronúncia latina* (1943).
33. *Quadros de declinação latina* (1942).
34. *A poesia de Augusto dos Anjos*.

35. *Novíssima História da Filosofia* (1967).
36. *Curso de Filosofia do Direito* (1967).
37. *Dicionário de direito do trabalho* (1951).
38. *Curso de direito romano* (1967).

Posse da cátedra de Direito Administrativo

Com os títulos mencionados submeteu-se o prof. Cre-tella Júnior ao concurso de Direito Administrativo, sendo argüido e aprovado unânimemente pela Comissão Exami-nadora sôbre a tese *Dos bens públicos no direito brasileiro*, monografia de 400 páginas.

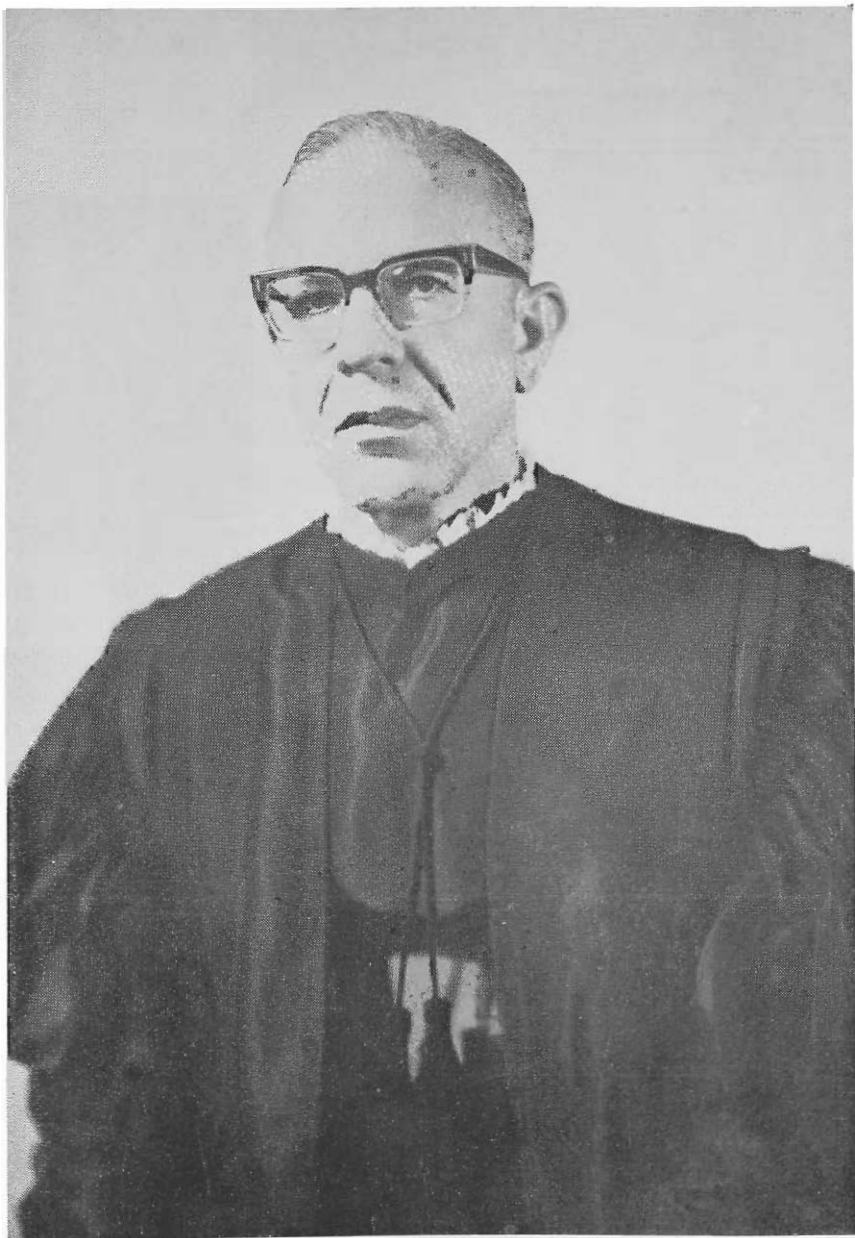
Nomeado, tomou posse em sessão solene da Congrega-ção, realizada no Salão Nobre da Faculdade, em sessão presidida pelo Sr. Diretor, Prof. Dr. J. Pinto Antunes, a 22 de dezembro de 1969.

Introduzido no recinto pelos professôres eméritos Mário Masagão, Ernesto Leme e Noé Azevedo, foi saudado em nome da Congregação pelo Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira.

Saudação do Professor Ataliba Nogueira

“Há vinte anos, mais dia menos dia, talvez como mero sonho, imaginastes esta solenidade: reunir-se a congregação, em que vários dos catedráticos foram vossos mestres, para receber-vos festivamente; alegres e prazerosos ouvi-rem vosso compromisso de servir a mocidade, de contribuir para a maior grandeza da Academia e de conviver conosco.

Não deixou de ser a escalada da montanha o longo caminho percorrido. Deu-vos, porém, muito maior enlêo e a certeza de que não foram em vão os dias trabalhosos destes dilatados anos, as vigílias, o desassossêgo, o sacri-fício, o propósito cumprido do “nulla dies sine linea”.



Prof. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR.
Nôvo titular da Cadeira de Direito Administrativo,

Foi assim a vossa vida intelectual, sem deixar de lado as occupações de cada dia, o labor incessante do chefe de família. Nobre exemplo aos moços de que é possível sacrificar muitas coisas tão belas para não diminuir as horas de leitura, de estudo, de meditação e de redação dos trabalhos jurídicos. E as jornadas sucediam-se, em longo desfilar, considerando ora a dureza de estilo, ora a obscuridade do raciocínio, ora a inutilidade de doutrinações e classificações de mestres da especialidade. Houve, muitas vêzes é verdade, o prazer de vos defrontardes com páginas maravilhosas de grandes juristas deixando sulco profundo e indelével em vosso espírito.

Ao estudo sucedendo sempre as horas de meditação foi assim que buscastes firmar o conhecimento exato a respeito dos maiores problemas da disciplina. E o prazer de escrever, de divulgar e ensinar aquilo que tanto e tanto vos custou resolver, com próspera emulação do trabalho, reconhecendo o valor da doutrina dos vossos predecessores em tão importantes questões.

Depois de trilhades a vereda difícil, galgastes o cimo e daqui divisais hoje o sopé. Nada de grande se faz sem trabalho e perseverança. E tais virtudes, ousou dizer, infundiu-vos e vos ajudou a mantê-las varonilmente, e sem eclipse essa doce figura humana, suave e rica de dotes, a sua mulher, dona Agnes.

É assim que interpreto a singela dedicatória deixada por vossas mãos no verso da fôlha de rosto do *Tratado de Direito Administrativo*.

Forrado de sólida cultura humana, vos preparastes para a especialização. É o prelúdio remoto indispensável: o conhecimento primoroso do vernáculo, o manuseio diurno e noturno dos bons escritores do idioma pátrio; o gôsto pelo latim só alcançado perfeitamente na convivência de tôda uma civilização; o trato freqüente com várias línguas vivas; por fim, a história e a filosofia.

Todo êste cabedal não tem sido apenas para vosso uso, como imprescindível instrumento de execução do programa maior. Foi repartido com os adolescentes, os vossos alunos do colégio, que, por sua vez, vos propiciaram a prática pedagógica. Mesmo para o que tem vocação para mestre importa o tirocínio, quer para o trato com os discípulos cuja simpatia e confiança há de granjear; quer para descobrir e aplicar artifícios pedagógicos, tanto mais eficientes quanto mais subtis; quer finalmente para se assenhorear bem da matéria, cujo domínio deve ser completo, embebido nela o mestre como o mata-borrão da tinta.

Já é pois o professor afeito ao difícil mister, que agora sobe à cátedra universitária numa Faculdade em que o ensino tem metodologia especial e que requer acervo das qualidades de professor experiente e eficiente.

Já antes desta confirmação no pôsto máximo da carreira universitária, prova a vossa vida que vos consagráveis totalmente ao ensino. É o melhor augúrio para o êxito do vosso professorado aqui.

Ireis verificar, entretanto, que êste resultado vai igualmente depender dos vossos alunos.

Entre as medidas necessárias ao máximo aproveitamento do ensino ocupa lugar saliente a do tempo integral. Se no tocante aos professôres de matérias de cunho prático, destinada ao exercício de profissões forenses, há sérias restrições, já quanto aos alunos é indispensável a dedicação plena. A própria prática há de estar subordinada à orientação e exercício disciplinados pelos mestres.

Consagrar-se o acadêmico inteiramente ao estudo do direito é a grande inovação necessária. A obrigatoriedade de tempo integral é das maiores diferenças entre o estudante de direito e os outros universitários.

Os alunos de medicina e de engenharia, para sòmente referir os ligados de longa data aos nossos, passam o dia todo na escola ou nas suas dependências, nos hospitais, laboratórios, oficinas, institutos. Muitos acadêmicos de

direito, ao contrário disto, alegam não haver tempo sequer para ler os livros recomendados, para conversar com o mestre ou os seus assistentes dentro ou fora dos seminários, não haver vagar pelo menos para resumir lições, para elaborar trabalhos escritos, para ordenar outros trabalhos, para folhear autos, para efetuar pesquisas na biblioteca, para assistir às conferências e às festas culturais da Academia.

Limitam-se ao mínimo, às preleções, e, quando reclamam e acoimam de velha e revelha a pedagogia atual, bem diferente aliás da do meu tempo, o que na realidade reconhecem é a supressão desse mínimo de exigências, as preleções.

Afora o período das oito horas ao meio-dia, para a maior parte dos acadêmicos nada mais resta de dedicação ao conhecimento do direito. É verdade; esqueci-me do estudo intensivo e estafante das duas semanas antecedentes aos exames!

Senhores: Já foi decretada a reforma da nossa universidade. Estará em vigor dentro em poucos dias. É prevista na nova lei a concessão de bolsas de estudo. Pois que estas se não limitem a tornar gratuito o ensino para os alunos carecentes de meios, mas que resolvam também o problema do tempo integral por parte dos universitários, fornecendo-lhes o necessário para pagar moradia e pensão fora do *campus*. E, ainda, favorecendo os que escolherem, dentre as numerosas carreiras abertas ao bacharel em direito, as que requerem a prática forense.

Professor Cretella Júnior, sempre afeito às vossas lições, no curso secundário e desejoso do melhor aproveitamento dos seus destinatários, são de vossa lavra numerosos livros didáticos de português e latim, favorecidos com o acolhimento nas escolas em geral.

Em mais de meia centena de vossos artigos em revistas, monografias, opúsculos e obras, diviso também o fruto de lucubrações de ordem literária, de crítica e até mesmo de

análise de poesias. São de boa traça, atestados do vosso espírito curioso e incansável.

Predominam, porém, os estudos jurídicos, que vos preocupam precipuamente, desde que se firmou em vossa vontade a primazia da docência do direito e, neste, a do direito administrativo.

A vocação para mestre desenvolveu-se com a de jurista.

Dou de mão aos frutos ainda não amadurecidos dos dois estudos publicados quando prêso aos bancos escolares, embora hajam merecido láureas acadêmicas de alta significação. A pouco e pouco vão surgindo labores de maior fôlego, como as vossas dissertações sobre *A codificação do direito administrativo* a *Natureza jurídica da função pública* e *Do desvio de poder*.

Galardoou trabalhos de vossa autoria o Instituto dos Advogados de São Paulo, associação tão acatada e prestigiosa entre nós e que acompanha com desvelo a nossa vida jurídica.

Não é de estranhar que logo vos fôsem buscar para o ensino das suas disciplinas as Faculdades de Direito de São José dos Campos e de São Bernardo do Campo.

E com as monografias surgem os artigos nas revistas e já a obra de maior fôlego, o *Direito Administrativo do Brasil*, em cinco volumes, levados a cabo em cinco anos.

A quem menos agradou o resultado de tão grande esforço, tão bem recebido por tôda parte, foi ao próprio autor.

Por isto, não cuidou de segunda edição, mas de refundir a obra. Abalou por novo caminho, traçando largo plano, excogitando método mais rigoroso, ampliando os assuntos versados, enriquecendo o erudito aparato crítico.

É assim que surge, em 1966, o *Tratado de Direito Administrativo*, distribuída a matéria por dez volumes, dos quais sete já publicados. O primeiro a festejar a nova obra, erudita e útil, foi o nosso brilhante colega, professor Alfredo Buzaid, em prefácio assás elogioso.

Num único volume, em síntese apertada, destes à publicidade um manual das instituições administrativas.

Finalmente, a vossa obra a respeito *Dos bens públicos*, com que alcançastes ser titular da cadeira que passa a lecionar em caráter efetivo, de hoje em diante.

Do alto conceito que gozam os vossos trabalhos jurídicos, a melhor prova é o número de citações da vossa opinião nêles exaradas por parte de juristas, administrativistas, juízes e advogados.

Por tal motivo é que um dos vossos argüentes, no último concurso, se declarou cauteloso por ter diante de si um tratadista do direito administrativo.

Ides confirmar, professor Cretella Júnior, a galeria dos nossos mestres desta cadeira, nomes respeitáveis, que tanto contribuíram para o elevado conceito que goza a Academia de Direito de São Paulo em todo o Brasil. O vosso antecessor, professor Mário Masagão, formou várias gerações, ministrando-lhes a melhor doutrina.

Ides integrar o nosso *Instituto de Direito Público* criado pela congregação em 1952.

Com o novo titular de direito constitucional, professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, constituís a fôrça nova, a seiva viva daquela instituição universitária que do modesto orador que vos saúda, outro de seus componentes, só pode, já agora, receber conselhos de prudência e de experiência. Com as dezenas de juristas que o prestigiam e nos ajudam no programa de estudo e renovação do direito público levaremos por diante o Instituto. Seus cursos especiais, conferências, discussão de temas continuarão com os novos titulares, associados ao mais antigo, não medindo esforços todos nós para o trabalho comum.

A época é a mais propícia e justamente agora o Brasil e as letras jurídicas requerem a nossa colaboração. É o momento para o Instituto. Não porque haja crise de direito, o que negamos, mas pela renovação enorme dêstes ramos da nossa ordenação jurídica, num mundo que anseia

por ser nôvo e por ser regido pela justiça. Ora, o direito é o instrumento da realização da justiça, quando os seus sacerdotes o coloquem a serviço da mesma justiça.

No borborinho das agitações, no encontro ou desencontro das idéias, nas vontades que se embatem, na mais suposta que real anarquia, na quebra da placidez, aliás nunca verdadeiramente vivida no passado, o que na realidade vai caminhando a passos seguros mas não aparentes, na era cósmica e neste mundo terráqueo, é a busca de nova ordenação jurídica para reger o mundo nôvo.

É próprio das épocas de mudança radical a confusão e o atabalhoamento, a vivacidade e o vigor, quanta vez despendidos com exagêro e incompatíveis com a serenidade.

É lição da história, única experiência lícita ao político. Aos políticos, e de modo especial aos estadistas, incumbe a tarefa ingente, mas a seu lado e com igual responsabilidade, se bem que circunscritos à sua especialidade, aos juristas.

Aos juristas é que compete aquela tarefa. A economia, as finanças, a técnica, a administração, a própria política, abrem os horizontes novos e nisto se resume o papel dos respectivos cultores. Uma vez apreciadas, medidas e decididas as reformas por parte dos estadistas e ação dos demais políticos, o jurista é que deve redigir as normas jurídicas a serem editadas pelos órgãos do poder público estabelecidos pelo regime democrático. Nêles também há de ter assento, tal incumbência lhe é própria, não apenas por sua técnica especializada, mas ainda pela sua formação moral, pela sua formação intelectual, pela formação total do jurista, pelo modo como considera o homem, pela alta conta em que o tem, pela defesa dos seus direitos fundamentais e inalienáveis sempre presente, pela justiça que lhes é apanágio.

E parte integrante da justiça é a justiça social, que tanto vai mudando a ordenação jurídica do estado por todo o mundo.

O verdadeiro jurista, em meio aos abusos do direito, à fraude, às violações dos preceitos das normas jurídicas; impressionado pela proliferação do mal, embatido pela violência, abatido pelas manifestações da fôrça, o verdadeiro jurista — diríamos — não pensa um minuto sequer em suprimir o direito em opor-lhe outra violência, em denegrir a justiça.

Senhores:

Não é possível prescindir do calor, ainda que sufoque; nem da água, ainda que inunde; nem do ar, ainda que possa poluir-se; nem da eletricidade, mesmo que abraze. Assim também, o direito há de reger as ações do homem em busca do progresso, da democracia, da justiça social. O direito é que há de ordenar o futuro dos povos ainda que a sua observância por vêzes pareça comprometer o império do próprio direito.

Por tais razões é que afirmavamos há pouco que à obra grandiosa e patriótica da nossa Academia, em educar e instruir a mocidade e em infundir-lhe o amor ao direito e o religioso respeito à justiça, se junta o Instituto de Direito Público, parte integrante da nossa escola.

Demonstrou conhecer-lhe os méritos, alojando-o adequadamente em salão especial, com biblioteca e instalações próprias, o nosso ilustre colega e diligente diretor da Faculdade, Professor Pinto Antunes.

Professor Cretella Júnior:

Não vos é estranha, pelo contrário, já é também vossa desde o comêço, a *Revista de Direito Público*. É veículo das atividades do Instituto de Direito Público e instrumento de atuação dos seus membros. Dirigida com competência por dois jovens mestres de direito, nada custa aos cofres públicos, graças à participação, neste empreendimento, da Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais.

Sente-se feliz a nossa Faculdade ao receber-vos nesta data como professor titular. Aliais ao conhecimento da

matéria as qualidades didáticas; ao renome conquistado, entusiasmo e vida pujante e comunicativa.

Constitui esta solenidade mais uma renovação do corpo docente. Não é rotina. Interpreto-a como a transmissão de geração a geração daquele fundo imponente, que tem perdurado assim na trajetória grandiosa da escola sempre nova. Os grandes nomes, cheios de saber e ao cabo de uma existência tôda a ela consagrada, vêem com prazer, por isto, o futuro radioso da nossa Academia.

Sim, requer o ensino que se passe, ordinariamente, das regiões onde brilha a luz das idéias para as regiões onde arde o calor do sentimento e da vida. É o mundo da inteligência e o mundo dos afetos.

Quanto mais temos vivido nesta escola, tanto mais a amamos e quanto mais são os anos que aqui contamos, tanto mais são as razões com que estamos pegados a esta casa.

Deus vos faça muito feliz.

Discurso do nôvo catedratico

Agradecendo a saudação recebida, o nôvo titular da Cátedra de Direito Administrativo pronunciou o seguinte discurso.

“Quando há poucos dias recebi a notícia de que fôra aprovado no Concurso de Direito Administrativo, fiquei simplesmente aturdido, entre confuso e perplexo, não obstante há quase vinte anos viesse alimentando, dia a dia, minuto a minuto, esta longínqua, remota esperança, concretizada, afinal, após quatro batalhas difíceis.

Tal estado de espírito se explica, porque, ao ser admitido a êste douto Colégio, compreendi a responsabilidade que me principiava a pesar sôbre os ombros, ao suceder a Mário Masagão, que recebera a herança de Villaboim, o qual, por sua vez, tivera como antecessores, no II.º Império,

nomes da categoria de um Silveira da Mota, de um Ribas, de um Furtado de Mendonça, de um Rubino de Oliveira.

Basta a simples enunciação desses nomes, cada qual valendo por todo um título de glórias, para ter-se idéia do extraordinário legado recebido pelo nôvo titular.

Mário Masagão foi professor de nossa turma. Dêle guardo constante lembrança. Mestre preciso, magistrado objetivo, argüente temido nos concursos, deixou profunda impressão de saber e equilíbrio, na memória de seus discípulos.

A êste mestre, aqui presente, que está completando meio século de formatura, rendo meu tributo de admiração e respeito.

A alegria de minha investidura, neste momento, é ainda aumentada com a resolução de nosso operoso diretor, professor Pinto Antunes, designando para saudar-me o inclito mestre Ataliba Nogueira.

Conheço o vosso intérprete, Senhores Professores, há muitos anos, acompanhando-lhe a carreira de professor no Ginásio do Estado, de Promotor Público, de Delegado do Brasil à XII.^a Assembléia Geral das Nações Unidas, Deputado Federal por São Paulo, Secretário de Estado, autor das teses *Medidas de Segurança, O Estado é meio e não fim, Pena sem prisão*.

Afável e compreensivo, sempre me incentivou nos estudos, dando-me estímulo necessário nos momentos difíceis.

Muito grato por suas palavras que muito me emocionaram.

Esta Academia sempre me pareceu algo longínquo e inconquistável, ideal praticamente inatingível.

Sabia e sei quantos almejam ingressar neste templo e quão poucos chegam a atingir a meta final.

Quantas vêzes passei pelo Largo de São Francisco e fiquei a contemplar esta Casa, símbolo de um passado imorredouro e histórico!

Posso olhar para trás e contemplar o extenso caminho percorrido. Estudei todos êstes anos para ter a honra de pertencer ao excelso colégio de juristas, que me recebe com tanto carinho.

Dificuldades sem conta venci. Renunciei a muita coisa, dedicando horas e horas ao estudo, sacrificando o supérfluo para ter à mão as obras mais modernas que apareciam.

Embranqueceram-me os cabelos. Madruguei muitas vêzes, levantando para pesquisar uma idéia, completar um pensamento, rever um dado.

Nesta casa, aprendi a amar o Direito e a cultuar a Tradição.

Academia do Largo do São Francisco!

Que emoção ao chegar. Que sensação indescritível a de sentar-me ao lado dos colegas ilustres, de passar pelas Arcadas legendárias e augustas, de entrar nas mesmas salas de aula em que fui aluno, de receber todo o impacto histórico-cultural de uma veneranda casa sesquicentenária, de percorrer os saguões, a biblioteca, de contemplar as estátuas que perpetuam os vultos da história pátria. E isso na qualidade de professor, trilhando o mesmo caminho percorrido como estranho, aluno, livre-docente, titular.

E ter a certeza certa, a vivência viva, de estar integrando a Congregação dêste Templo, escola de civismo que recorda o passado e se projeta para o futuro, com um sentido dinâmico de eterna modernidade.

Desde bem moço interessei-me pela História da Faculdade, colecionando e lendo tudo que se relacionasse com a vida da Academia.

Quantos vultos de primeira grandeza por aqui passaram, vivendo diversos sonhos, alimentando diferentes ideais, mas ligados, todos, por um ponto comum de afeto, a estas sacrossantas paredes, que trescalam cultura e fé nos destinos da pátria.

Acalentei a idéia de entrar para cá, ainda estudante, acompanhando as atividades dos professôres, assistindo aos

concursos desde 1938, quando aluno do Ginásio do Estado da Capital, discípulo de Cesarino Júnior e colega de Oscar Barreto Filho.

Prometi a mim mesmo não descansar enquanto não lecionasse nesta Escola.

Minha mulher, aluna também desta Faculdade, incentivou-me todo êste tempo, dando-me o ânimo de que necessitava, quando eu esmorecia diante da complexidade dos problemas jurídicos.

Os amigos também me animaram. Vejo-os agora, quase todos, na doutoral e na assistência. Seria arriscado enumerá-los um a um, nominalmente, pela possibilidade involuntária de omissão.

Que cada um aceite de modo especial o meu agradecimento, na proporção exata em que desejou minha vitória.

Divido o resultado com êsses amigos leais que formaram na primeira linha.

Lembro as vêzes inúmeras que recorri ao professor Alfredo Buzaid, coração imenso, aliado a invulgar cultura, que me pôs à disposição sua biblioteca especializada e me apontou o caminho certo, na discussão das grandes teses jurídicas.

Só lamento aqui duas cadeiras vagas, que estariam hoje ocupadas por um casal de velhinhos, meus pais, levados da terra pela justiça divina, mas que me acompanham os passos, guiando-me do alto.

Ouvi atento as palavras do vosso intérprete, sintetizando os votos de boas-vindas ao nôvo colega, submetido à cerimônia de iniciação e aceite.

Trago para esta Casa todo um passado de 30 anos de magistério, lecionando e escrevendo, examinando e sendo examinado em Concursos, procurando aprimorar-me em vários setôres até fixar-me na matéria de minha predileção que é o Direito Administrativo.

Sou entusiasta dos problemas do ensino e cada aula é para mim fonte constante de sugestões e rejuvenescimento perene.

Deve o professor ser o primeiro aluno de sua turma. Não compreendo o mestre que não aprende algo de nôvo ao preparar sua aula e executá-la, já que o ensinar é um momento único de criação artística e científica, milagre original que nunca mais se repete.

Dediquei a vida ao ensino. Quis entrar para a Academia para servi-la, para trabalhar por ela, dedicando-lhe o melhor de meus esforços.

Nestes cinco anos de livre-docência, mais aprendi do que ensinei. No convívio agradável dos livre-docentes, muitos dos quais já titulares, tive a oportunidade de trocar idéias proveitosas, que me possibilitaram novas perspectivas.

A missão do educador é formar, não apenas informar. Deve-se dar ao jovem mais método do que conteúdo, mais processos de pensar do que um amontoado de fatos, dados, números e datas, suporte apenas do processo mental.

O campo do Direito Administrativo é extraordinariamente vasto e fascinante.

Há um programa imenso a cumprir, uma problemática nova aberta com a criação de pessoas jurídicas públicas, paraestatais e autárquicas, suscitando novos equacionamentos para a disciplina.

O Direito Administrativo palpita a cada passo, numa transformação acelerada, flexionando-se para a resolução dos casos à luz dos princípios publicísticos, criando-se institutos típicos, inconfundíveis com os paralelos do direito privado.

Multiplicam-se as *Emprêsas Públicas*. As *Fundações de Direito Público* são estruturadas e estudadas, procurando-se estabelecer seu regime jurídico. Cria-se o *Contencioso Administrativo*.

Os *Bens Públicos* revelam aspectos que merecem a maior atenção dos juristas, que se voltam para êste setor fecundíssimo do direito. Vivemos uma época de grande renovação cultural. A Universidade de S. Paulo é modelo para tôda a América Latina.

A publicação do *Nôvo Estatuto da Universidade* descortina extraordinário campo para o ensino superior e abre horizontes imensos para a pesquisa, a tecnologia, a investigação pura. E inestimável foi a contribuição desta Casa para tão alta realização.

Escola do Largo de São Francisco!

Egrégia Congregação.

Vós me abristes as portas dêste Santuário. Eu vos abri o coração de professor que tem entusiasmo pelo ensino.

Finalizo minha oração, lembrando a história daquele homem que subia a montanha na qual centenas de trabalhadores quebravam pedras.

Pergunta ao primeiro trabalhador. — Que fazes? “Quebro pedras”, foi a resposta.

Mais acima, interroga o segundo trabalhador. — Que fazes? “Ganho o meu pão”.

Bem mais acima, a mesma indagação a um terceiro trabalhador. — Que fazes? “Construo uma Catedral”.

Ao subir um a um os degraus do magistério, quero poder dar esta terceira resposta, como cada um de vós: “Estamos aqui trabalhando na obra de uma extraordinária e imorredoura Catedral — *A Catedral do Direito* do Brasil.”

BIBLIOGRAFIA.

HERCULANO DE FREITAS, *Direito Constitucional*, Edição não comercial, p/ RDP, RFDUSP, RDA, 1965.

Por patrocínio da Municipalidade de São Paulo, foram editadas recentemente, sob a forma de livro, as apostilas de suas aulas, na Faculdade de Direito do largo de São Francisco, em comemoração ao centenário do nascimento do prof. Herculano de Freitas.

O dr. CLOVIS GLYCÉRIO G. DE FREITAS, seu neto, ao organigar o livro, tomou as apostilas do curso que o ínclito professor ministrou em 1923, oferecendo-nos, nesta edição póstuma, a íntegra de suas lições, sem "roubar-lhes o sabor especialíssimo da simplicidade e clareza com que expõe a matéria, tanto na parte doutrinária, quanto na de comentário do texto constitucional", como o esclarece, no prefácio. Em alentado volume, com primorosa apresentação gráfica da Revista dos Tribunais, com 450 páginas.

À segurança do discurso, firmeza nas teses, profundidade na erudição e oportunidade nas observações, alia HERCULANO DE FREITAS um caráter didático insuperável, nestas lições.

O estudioso de direito constitucional nestas páginas, encontra admiráveis lições doutrinárias de surpreendente atualidade, ao lado de concisos e seguros comentários ao texto da Constituição de 1891.

A clareza dos conceitos e definições combina-se pedagogicamente com uma sistemática de rigor científico e notável logicidade.

Trata-se, por tôdas estas razões, e pelo renome de seu autor (A Revista da Faculdade de Direito, vol. LXI publica sua biografia) de um livro obrigatório em qualquer biblioteca jurídica, especialmente as de direito público.

Efetivamente, revela esta oportuna publicação os altos méritos científicos e didáticos do grande mestre da Academia do largo de São Francisco. Este livro é um clássico do nosso direito constitucional.

Considerada a época em que estas aulas foram ministradas, pode-se ver que, enquanto éramos caudatários da cultura jurídica alienígena em tantos setores, quando a maioria dos nossos juristas quase que se limitava a traduzir, copiar e transplantar doutrina estrangeira, Herculano de Freitas criava com originalidade, elaborava com autonomia e estudava os nossos problemas com critérios próprios.

É insuperável o histórico do nosso direito constitucional, desde os antecedentes da Constituição de 1824. Excelente é também o estudo sobre a primeira constituinte republicana.

A exposição teórica da federação é das mais felizes e revela a filiação de HERCULANO DE FREITAS à corrente federalista mais pura e rigorosa.

É extraordinário o estudo da natureza jurídica do Distrito Federal e dos problemas jurídicos da mudança da capital.

O ponto culminante dêste livro, a nosso ver, está na exposição da doutrina kelsiana das ordens jurídicas que convivem na federação, fornecendo a base teórica para o imprescindível discernimento entre as leis nacionais e as leis federais.

A colocação dos termos da equação normativa básica engendrada pela federação, tão bem resolvida por KELSEN, encontra contemporaneamente no Brasil, em Herculano, um cientista que soube, com rigor metodológico ímpar, alcançar igual solução. Talvez neste capítulo de suas lições resida sua maior originalidade e, ao mesmo tempo, a mais significativa contribuição de seu espírito à ciência jurídica pátria.

O confronto de lei nacional com a lei federal, a correta inserção da lei estadual no complexo normativo federal e o discernimento entre “as faculdades” (competências) nacionais, federais e estaduais, consagram o mestre e suas lições, que se anteciparam a PONTES DE MIRANDA, SAMPAIO DÓRIA e VITOR NUNES LEAL, no estudo da questão.

Este tema até hoje tão difícil que é ignorado pela maioria dos “juristas”, maltratado por alguns autores e desconhecido até pelos compêndios e monografias dos especialistas, encontra, em 1823, no curso de HERCULANO DE FREITAS trato amplo e desassombrado, exposição objetiva e segura e solução científica. Só por êste capítulo, já se justificaria esta edição.

Numa só frase podemos sintetizar o pensamento que inspira a leitura dêste livro: só a meditação sôbre o conteúdo das lições do professor HERCULANO DE FREITAS pode evidenciar bem o quanto ficou enriquecida a bibliografia brasileira de direito constitucional com a publicação destas lições.

GERALDO ATALIBA

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Do Processo Legislativo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1969, 250 págs.

A Constituição de 1967 trouxe, como inovação, uma seção inteira (arts. 49 a 62) — dentro do capítulo que trata do Poder Legislativo — dedicada à disciplina do processo legislativo. É uma das partes mais orgânicas, bem estruturadas e bem redigidas dêsse diploma constitucional.

O regime de elaboração de tôdas as normas jurídicas que têm o caráter inaugural da lei é disciplinado nessa seção. Desde a iniciativa,

até a sanção e promulgação, tudo que diz respeito à criação do direito vem minuciosamente disposto nesta seção V.

Porisso, o seu estudo empolgou, imediatamente, dois eminentes constitucionalistas — os professores NELSON DE SOUZA SAMPAIO e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO cujos livros agora aparecem.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO — jovem catedrático da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco — inicia o seu estudo com uma introdução político-filosófica, no estilo francês, próprio de sua formação científica tão peculiar, que lhe valeu, aliás, a conquista do título de doutor, pela Sorbonne, antes de completar os trinta anos de idade.

Na primeira parte do seu alentado trabalho, estuda a lei como expressão da vontade geral. Com rigor metodológico, inicia cada “parte” de seu livro com um plano ou projeto do raciocínio a ser desenvolvido e da matéria a ser versada.

Examina as principais teorias em torno da lei e seus caracteres, bem como critica os sistemas vigentes nos países mais importantes, filiados à mesma tradição jurídica que a nossa.

Em sequência, estuda o que denominou “processo legislativo clássico”, a teoria da representação, a iniciativa e as notas essenciais desse processo.

Na segunda parte, depois do plano colocado como capítulo preliminar — dedica-se a examinar a lei como expressão da vontade política.

É levado, nesse estudo, a criticar a teoria da tripartição do poder. Encerra o capítulo I, colocando a lei como instrumento de governo.

Em sequência, estuda o processo legislativo contemporâneo, assinando as diversidades que oferece relativamente ao processo clássico e sublinhando as razões destas diferenças.

Nesta parte, aprofunda a atenção sobre a análise dos principais sistemas vigentes no mundo de hoje. A atual e momentosa questão da crise dos parlamentos e sua adaptação às modernas exigências de celeridade e especialização é examinada com detença e segurança por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO.

O capítulo III desta segunda parte é dedicado ao exame técnico formal da Constituição de 1967. Depois de algumas considerações em torno da origem das inovações introduzidas no nosso direito constitucional, analisa, critica e expõe o regime jurídico de cada espécie de norma jurídica compreendida no nosso sistema: assim, a lei ordinária, a lei delegada, a lei complementar e o decreto-lei são estudadas quanto à iniciativa, votação, discussão, emenda, sanção e demais aspectos técnicos importantes.

Como trabalho técnico, constitui-se esta parte em excelente contribuição à correta exegese da nossa Lei Magna.

A última parte do livro traz sintético estudo — a título de conclusão — da “lei na democracia possível” Encerra a contribuição pessoal do autor, para o debate do problema das perspectivas constitucionais em matéria tão importante quanto a elaboração legislativa.

Este substancioso livro do professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é autêntico fruto de seu espírito de jurista que se não distancia da realidade de substante. Nele revela suas qualidades de professor de ciência política e a marca de politólogo que assinala incisivamente seus trabalhos.

Por outro lado, é obra que se revela muito atual quanto ao aspecto crítico — mórmente a parte final — pela discussão das perspectivas da elaboração legislativa.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO não esconde sua posição avançada, nem dissimula suas restrições ao chamado processo clássico de elaboração legislativa.

Propõe novas fórmulas. A partir da consideração de que o executivo é mais representativo que os parlamentos modernos, e de considerações técnicas relativas à eficiência legislativa, propugna por maior competência ao executivo, para legislar. Ainda quando não se concorde inteiramente com o arrôjo das posições do autor, não se pode negar que êle traz excelentes argumentos para debate e oferece propostas de soluções que merecem ser discutidas e meditadas.

Não hesita em colocar em suspensão — até mesmo com certa irreverência de linguagem — os princípios tradicionais e clássicos que têm informado o constitucionalismo atual.

As teses contidas neste livro são audaciosas e exclusivamente preocupadas com as perspectivas institucionais do que se pode chamar de moderno constitucionalismo.

Segue interessante classificação das leis em leis de arbitragem (visando ao equilíbrio entre os vários interesses dos grupos que constituem a sociedade) e leis instrumentais (meios para a realização de objetivos determinados pelo povo).

Ao povo a fixação dos objetivos. Ao govêrno, a respectiva legislação instrumental. Em continuação, propõe a institucionalização da representatividade dos diversos interesses, pelos grupos sociais.

São inovadoras as suas sugestões. Em parte, já foram prestigiadas pela Constituição francesa de 1958; em parte, por corrente de pensadores brasileiros, como ALFREDO BUZAI, GOFFREDO TELLES JR., GALVÃO DE SOUZA, LOUREIRO JR., OLIVEIROS FERREIRA.

A leitura do livro do professor MANOEL G. FERREIRA FILHO é, porisso — também sob o aspecto construtivo — muito instrutiva e interessante.

Ê a colaboração de uma visão nova e arrojada, para os nossos magnos problemas de direito constitucional.

A despeito de não compartilharmos do seu arrôjo — conservadores que somos, pois ainda adeptos da tradicional tripartição do poder de MONTESQUIEU — admiramos nesta tese o arrôjo e desassombro com que o autor propõe suas novas fórmulas.

“Do processo legislativo” — do nôvo catedrático de constitucional da velha Academia do Largo de São Francisco — é livro que desafia a nossa tradição do direito positivo e da literatura mais autorizada.

Precisa ser lido e meditado. É uma contribuição séria ao debate das idéias mais fundamentais e mais arraigadas da nossa problemática constitucional.

GERALDO ATALIBA

FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, *Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos* (obra póstuma, Ed. Revista dos Tribunais, 1969).

Dentre os cultores do nosso direito público sobressai-se o nome do prof. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA — recentemente desaparecido — livre-docente de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Vinha êste mestre regendo a cadeira desde a aposentadoria do professor MÁRIO MAZAGÃO. Escritor incisivo e cientista dado a laboriosas pesquisas, dotado de rigoroso espírito de investigação e rigor crítico, FERNANDO HENRIQUE deixa imorredora saudade nos ambientes onde viveu. Já tinha entregue à Editôra Revista dos Tribunais os originais daquêle que seria, para desagradável surpresa de todos, seu último livro: “Os Atos Administrativos na Teoria dos Atos Jurídicos”.

O saudoso procurador da Prefeitura Municipal de São Paulo, cujo brilho e erudição produziram notáveis e memoráveis pareceres, que orientaram êste corpo jurídico, que — desde os tempos da diretoria de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, outro administrativista de prol, que serviu à nossa Municipalidade — se constituiu num dos melhores colégios jurídicos dêste País.

Esta obra póstuma, publicada tão oportunamente pela Revista dos Tribunais, vem demonstrar mais uma vez, pela erudição das citações, pela objetividade nas soluções, pelo rigor nas críticas e pela objetividade na colocação dos problemas — auxiliadas pela redação primorosa, que todos aprendemos a admirar em FERNANDO HENRIQUE — as possibilidades que êste legítimo representante das letras jurídicas nacionais tinha (até o instante em que faleceu, na plena lucidez e atividade) para oferecer excelentes contribuições aos estudos da matéria a que dedicou sua vida. Seu valor é reconhecido não só aquém, como além das fronteiras pátrias.

O ato administrativo é tema dos mais importantes e complexos do direito administrativo — colocado, para todo especialista, em termos de “decifra-me ou devoro-te” — e foi tratado com notável síntese, revelando o exame da sua bibliografia a atualização em que se encontrava o seu autor, ao escrevê-lo.

Ao levar os originais para publicação FERNANDO HENRIQUE rotulou, com a sua peculiar modéstia, a êste trabalho de “síntese de uma teoria dos atos administrativos, com aplicação ao nosso direito positivo”.

Bem andou o conselho editorial da Revista dos Tribunais em atribuir-lhe o nome que melhor corresponde ao conteúdo do trabalho, deixando de lado mais esta demonstração da simplicidade e humildade do autor.

Vem FERNANDO HENRIQUE acrescentar aos seus inúmeros artigos, ensaios e pareceres — publicados nas revistas jurídicas do país, especialmente na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Direito Público, Revista de Direito Administrativo, Revista Forense e tantas outras — mais êste livro de proporções físicas modestas, mas cujo conteúdo está perfeitamente à altura do grande mestre que o produziu, com proficiência e erudição, colocando-se em honroso lugar nas estantes especializadas, ao lado das suas “noções de direito administrativo”, do seu “curso de direito administrativo”, e da sua “teoria da função de fato” (a mais notável contribuição da doutrina latino-americana para os estudos do tema, no mundo ocidental).

Revela-se mais uma vez seu extraordinário rigor metodológico, ao colocar na “introdução” a êste trabalho, uma completa e exaustiva crítica dos termos técnico-científicos que estão na base de tôda a construção dogmática que erige.

Depois de estudar o conceito do ato administrativo, passa à sua classificação, para distinguir entre validade e eficácia, fornecendo, subsequente, a noção de perfeição. Em seguida, estuda as causas da invalidez absoluta — que importa em nulidade — para depois estudar as causas da invalidez relativa ou anulabilidade. Cuida depois, de maneira separada, da revogação e anulação dos atos administrativos inválidos, com tôda aquela prudência e cautela que a sua excepcional experiência de mestre teórico soube haurir na vivência prática, que lhe propiciou sua atividade de procurador público com rica experiência.

Culmina o livro com o estudo da executoriedade dos atos administrativos, à luz da teoria geral dos atos jurídicos e especialmente tendo por referência a classificação dos atos administrativos formulada.

Sem deixar de fazer as devidas referências e aplicações práticas ao nosso direito positivo e referir as experiências suscitadas por sua aplicação, não se distancia o professor jamais das realidades brasileiras atuais, examinando-as, entretanto, à luz dos melhores trabalhos produzidos pela doutrina internacional, sobretudo italiana, a respeito do tema.

Por todos os títulos e razões formais e substanciais êste livro se recomenda a todos quantos, por dever de officio ou em razão de função, exercem atividade pública, ou decorrente, ou dependente do poder público, bem como aos estudiosos e apaixonados do direito administrativo e do direito público em geral.

Por isso mesmo damos inteira razão a CRETELLA JR., que encerra o prefácio dessa edição, com as seguinte palavras:

“Neste livro, MENDES DE ALMEIDA focaliza um dos mais importantes aspectos do direito administrativo, revelando-se claro, seguro, atualizado e profundo, pelo que temos a certeza do êxito que alcançará entre os cultores dêste prestigiado ramo do direito”

GERALDO ATALIBA

DARCY AZAMBUJA, *Introdução à Ciência Política*, Ed. Globo, Pôrto Alegre, 1969, 350 págs.

Simplez correr d'olhos pelo sumário dêste livro já antecipa ao leitor, principalmente estudioso da politologia, da teoria do estado e do direito constitucional, a riqueza do seu conteúdo.

O autor, veterano catedrático de teoria do estado na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é uma das maiores autoridades brasileiras em filosofia do estado e direito público

Consagrado mestre, o professor DARCY AZAMBUJA publicou já diversas obras, das quais se sobressai a sua “Teoria geral do estado”, com diversas edições esgotadas, livro reputado em todo o Brasil. Esta “introdução à ciência política” sublinha seu espírito de politólogo, que se não distancia, embora não as confunda, da sua qualidade de emérito estudioso do direito público.

A sociedade política, a natureza social do homem, a evolução do estado, seu conceito; o estudo da categoria “povo”, o território, o poder político, sua institucionalização são temas tratados com proficiência aliada a um acentuado caráter didático.

Os capitulares temas da ciência política e da Teoria do Estado são examinados com detença e postos em relêvo com uma visão unitária e tratamento sistemático.

O ilustre mestre gaúcho não deixa de expor, sinteticamente, as grandes linhas das teorias e correntes doutrinárias mais importantes, que se pronunciaram sôbre cada uma das questões decisivas que se foram colocando na evolução da politologia e da doutrina do estado. Não deixa no olvido nenhum dos nomes significativos da ciência política. Não relega ao esquecimento nenhuma das obras decisivas produzidas pelos politólogos, de Platão e Aristóteles aos mais modernos contemporâneos.

A “introdução à Ciência política”, do prof. DARCY AZAMBUJA, é um trabalho completo, embora sintético, no qual o rigor científico não ficou prejudicado pelo cunho eminentemente didático que lhe imprimiu seu autor.

Tanto mais significativo exsurge a contribuição trazida por DARCY AZAMBUJA ao enriquecimento de nossa bibliografia em ciência política, quanto mais se considera que os nossos professôres de direito e juristas vêm abandonando o estudo destas matérias, que aos poucos vão se tornando província alheia.

O jusfilósofo que é DARCY AZAMBUJA não ignora a diferença entre os dois setores — política e direito — mas também não descarta enfatizar seus pontos de contacto, as influências recíprocas e sobretudo a importância, para o estudo de cada norma, do conhecimento do outro.

É com proveito e prazer que se lê a “introdução à ciência política” do prof. DARCY AZAMBUJA.

GERALDO ATALIBA

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969, 260 págs.

Na técnica do direito constitucional, é insuficiente o discernimento proposto pela doutrina norte-americana, entre normas auto-executáveis e não auto-executáveis?

Qual a diferença, quanto à eficácia, entre as normas designadas programáticas e as *bastantes em si* — como as designava o saudoso Rui Barbosa? Há diferença de eficácia entre diversas disposições constitucionais?

Têm caráter de norma aquelas disposições constitucionais que se enunciam simplesmente com a aparência de recomendações? sob a forma de “máximas de princípios”, da doutrina italiana?

Se a Constituição — na lição de Kelsen — é “a norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”, como é possível entender que certas disposições constitucionais não são normas?

Como acatar a doutrina — defendida na Itália e bastante divulgada no Brasil — segundo o qual as chamadas normas programáticas não têm caráter jurídico, mas constituem-se em simples conselhos dirigidos aos aplicadores?

Pode o Judiciário ser chamado a decidir pela inconstitucionalidade de uma lei, diante de uma norma constitucional, como a do art. 172 que se limita a dizer: “o amparo à cultura é dever do Estado”? É esta mera afirmação política, destituída de qualquer conteúdo normativo?

Tôdas estas perguntas são respondidas pelo eminente professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, neste magnífico livro.

Seu excelente estudo considera a constituição segundo a perspectiva formal, buscando responder a questão jurídica da atuação das normas constitucionais e da sua aplicabilidade. Esta questão envolve a consideração dos problemas da vigência e da eficácia jurídica das normas constitucionais, seu valor jurídico e seu significado na ordem jurídica positiva.

Embora o autor não despreze a influência dos fatores reais do poder, dá prevalência a seu sentido formal, como regra de comportamento, em sua interferência intersubjetiva, diante dos valores políticos e jurídicos apontados pelas normas constitucionais, para o viver e conviver social.

O problema dos costumes e usos constitucionais — de eficácia crescentemente acentuada e, às vêzes, maior do que a das normas escritas — é também considerado.

Daí a pergunta respondida no seu capítulo II: “existem normas constitucionais fora da Constituição?”

Neste livro JOSÉ AFONSO DA SILVA critica a distinção muito radical entre direito constitucional material e direito constitucional formal, bem como a interpretação errônea da imperatividade das normas jurídicas.

De normas constitucionais, como aquela nossa do art. 171 (“as ciências, as letras e as artes são livres” e “o poder público incentivará a pesquisa científica e tecnológica”), se diz que tais disposições não são sequer normas jurídicas, mas só um programa de normas jurídicas futuras, destituídas de qualquer cunho normativo e continentes simplesmente de valores políticos ou éticos.

JOSÉ AFONSO DA SILVA dá resposta cabal a êste argumento, denunciando-lhe a pouca robustez. Demonstra, pelo contrário, que tôda norma constitucional é jurídica e, como tal, obrigatória e normativa.

Neste terreno árduo — da ciência do direito, em geral, e da ciência do direito constitucional, em particular — situa-se êste magnífico estudo do autor do consagrado livro “Recurso extraordinário”.

No seu livro “Aplicabilidade das normas constitucionais”, o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA demonstra a improcedência daquela posição negativista, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de tôdas as disposições constitucionais, mas, especialmente, salientando o importante papel que as normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país.

A doutrina de Duguit — da distinção entre as regras normativas e as construtivas — modernamento reencetada e aperfeiçoada por AZZARITI,

que distingue as normas constitucionais em diretivas e preceptivas — conduz a reconhecer que as chamadas diretivas limitam-se a indicar uma direção ao legislador futuro, não se constituindo, pois, em verdadeiras normas jurídicas, podendo ser desobedecidas pelo legislador, com violação da constituição. Não sendo normas imperativas, os legisladores não estariam obrigados a seguir-lhes a orientação, pois não impõem ação ou omissão, podendo ser desrespeitadas sem consequências.

Demonstra JOSÉ AFONSO DA SILVA a superação total destas teses.

Para êste insigne constitucionalista brasileiro, as normas jurídicas não são meros juízos — isto é: não são enunciados sôbre um objeto dado ao conhecimento — são, antes, de acôrdo com seu sentido, *mandamentos* e, como tais, comandos imperativos.

Tais comandos podem ter o sentido de permissão, ou, ainda, de outorga de atribuições, de poderes e de competências.

Tal é a categórica afirmação do autor, que emprega raciocínio direto e incisivo, valendo-se de excelente facilidade de redação e exposição.

As normas constitucionais assim chamadas programáticas são plenamente aplicáveis? Estão aparelhadas para produzir os efeitos pretendidos, ou precisarão de outras normas que lhes desenvolvam o sentido?

Em outras palavras: são destituídas de *eficácia*?

São outras tantas questões que recebem cabal explicação e integral resposta.

Para desenvolver seu estudo, é levado o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA a estudar com profundidade e segurança científica — que o colocam no ról de nossos mais autorizados constitucionalistas — o problema da vigência e da eficácia das normas jurídicas e especialmente das constitucionais.

O título II de seu livro começa por rigorosa definição e conceituação dos termos *positividade* e *vigência*, *eficácia*, *observância*, *facticidade* e *efetividade* do direito.

Nesta altura, demonstra que a terminologia “norma bastante em sí” e “não bastante em sí”, de PONTES DE MIRANDA é tão sem fundamento e tão superada como as expressões que RUY BARBOSA foi buscar no direito constitucional americano: “norma auto-aplicável” e “não auto-aplicável”, que lhes correspondem.

Demonstra que a classificação das normas em coercitivas e dispositivas —sendo as primeiras as que impõem uma ação ou abstenção, independentemente da vontade das partes e as segundas as que completam outras, ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais (porque da natureza imperativa do direito não se segue que êle não leve em conta ou suprima sempre a vontade individual) não decorre a exclusão de que tôdas elas são imperativas, porque, dadas certas condições ou hipóteses previstas, incidem obrigatôriamente.

Em seguida, demonstra que as normas constitucionais pertencem essencialmente ao *ius cogens*.

Quanto à controvérsia, relativamente à existência ou não de normas constitucionais dispositivas, é categórico: mesmo as normas constitucionais facultativas afiguram-se tão vinculantes como as demais; um ato ou lei que estatua em contrário será fulminado de inconstitucionalidade.

Com tais argumentos e baseado ainda na autoridade de FRANCISCO CAMPOS E COOLEY, rejeita a teoria — que já prosperou no direito constitucional americano — classificando as disposições constitucionais em *mandatory provisions* e *directory provisions*.

Prosseguindo no seu trabalho, tem a oportunidade de expender magistral lição no sentido de que todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, ainda quando de caráter mais acentuadamente ideológico-programático, como o caso do art. 157 da Constituição de 1967, que dispõe que “a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social”.

Com isto impugna e rejeita a classificação italiana, e sua terminologia, como falsas e inaceitáveis, pela própria im procedência das premissas em que assenta, pois fundamenta-se na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não jurídicas, o que é absolutamente inaceitável.

Mostra que as classificações adotadas pela tradição constitucional da doutrina brasileira são também absolutamente insuficientes e já superadas pelo desenvolvimento científico destes estudos.

Daí a classificação (do autor) das normas constitucionais, em três categorias:

- I — normas constitucionais de eficácia plena;
- II — normas constitucionais de eficácia contida;
- III — normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As primeiras têm aplicabilidade direta, imediata e integral; as segundas, aplicabilidade direta e imediata, mas, possivelmente não integral; e por último, a terceira, as subespécies:

- a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
- b) declaratórias de princípios programáticos.

Tal é a primeira parte da notável contribuição trazida pelo professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao estudo científico do nosso direito constitucional.

Em desenvolvimento a seu alentado trabalho, estuda em pormenor as características básicas, a natureza, o conceito e as condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia plena.

Em seguida, expõe (capítulo III, do título II) a razão da classificação das normas constitucionais de eficácia contida, suas características e enumeração, bem como as razões da possibilidade de delimitação sobre a eficácia destas normas.

Quanto às normas de eficácia limitada, demonstra que podem ser normas de princípio institutivo, ou de princípio programático, estudando-lhes rigorosamente sua inserção sistemática, classificação, jurisdição, função, relevância, regime jurídico, regras de interpretação e condições gerais de aplicabilidade.

Em seguida, JOSÉ AFONSO DA SILVA dedica um capítulo (capítulo V do título I) ao estudo da eficácia das normas constitucionais e tutela das situações subjetivas, para, em continuação, estudar a estrutura normativa das constituições e a eficácia jurídica das normas constitucionais.

No título III de seu trabalho, dedica-se, então, a expor — como que extraíndo todas as consequências devidas, das premissas anteriormente lançadas — a aplicabilidade das normas constitucionais e das leis complementares da Constituição, começando pela discussão do problema da integração da eficácia das normas e exame das leis complementares na Constituição brasileira.

Esta parte final aplica as categorias doutrinárias e científicas lançadas a todas as normas jurídicas previstas no capítulo que cuida do processo legislativo, da Constituição vigente, com referências às leis complementares, aos decretos-leis, às leis delegadas e os seus problemas de regime jurídico.

Com mais este livro, o autor do consagrado “Princípios do processo de formação das leis, no direito constitucional”, dá um notável avanço aos estudos científicos das categorias do direito constitucional, com tal riqueza, profundidade e alcance, que lisongeiaram a doutrina brasileira e colocam os nossos foros científicos em condições de poder o Brasil oferecer excelente contribuição à própria doutrina internacional.

“Aplicabilidade das normas constitucionais” é um livro que dá grande prazer ao leitor, pelo seu cunho pedagógico, pela sua sistematização e porque o proveito da leitura é bastante sensível e evidente.

O Brasil, com a edição deste livro, lavra significativo tento, no campo da ciência do direito constitucional. Erige-se este livro em contribuição verdadeira da doutrina do direito brasileiro às letras jurídicas internacionais.

Seu autor é ainda moço. Não hesitamos em lhe prognosticar um radioso futuro. Seu nome já vem se impondo de forma sólida. O fôlego deste trabalho é internacional.

O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, com esta publicação, alça-se ao primeiro plano, entre os nossos publicistas. Este seu estudo, ao lado dos anteriores, dá-lhe, merecidamente, saliente lugar no procênio da nossa literatura jurídica.

JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA

HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro. São Paulo, 1968, 563 páginas.

Dentre as obras gerais de D.I.P. publicadas após a Segunda Guerra Mundial e, poderíamos mesmo afirmar, a partir do começo do século, a obra mais recente do Prof. HAROLDO VALLADÃO, publicada em 1968, compreendendo a parte geral daquele ramo do Direito, ocupa lugar de excepcional relêvo na literatura mundial.

Trata-se de uma verdadeira obra prima no que se refere a método, clareza, farta documentação, à análise precisa de tôdas as questões e rigor jurídico em geral. Estou convencido que a obra é de importância capital para o desenvolvimento da ciência do D.I.P. Sua importância é comparável a que tiveram as obras de SAVIGNY e de MANCINI na Europa, as de STORY nos E.U.A. e as de ANDRÉS BELLO, BUSTAMANTE e TEIXEIRA DE FREITAS nas Américas Central e do Sul.

HAROLDO VALLADÃO é professor de D.I.P. na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É ainda professor do Instituto Rio Branco, Chefe da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, Procurador Geral da República, membro do "Institut de Droit International", cuja sessão presidiu, em 1967, em Nice, antigo Doyen, Bastonário (Presidente) da Ordem dos Advogados do Brasil, membro da Academia Pontifical de Santo Tomás de Aquino, e da Côte Permanente de Arbitragem, Doutor "honoris causa" da Universidade del Aix-Marseille. É, juntamente com BUSTAMANTE, o maior representante da literatura e da codificação do Direito Internacional na América Latina.

O professor VALLADÃO já publicou mais de 175 obras científicas, analisando de maneira profunda todos os problemas debatidos, todos os pontos de controvérsia do D.I.P., do Processo Civil Internacional, do Direito Penal Internacional, do Direito Comercial Internacional e da Condição dos Estrangeiros. Em outras palavras, explica êle, nessas obras, o desenvolvimento histórico do D.I.P., traçando, com pena de artista, os retratos científicos de alguns dos grandes especialistas do Direito Internacional, tais como BARTOLO, ANDRÉS BELLO, JOSEPH STORY, TEIXEIRA DE FREITAS, HANS KELSEN, BARBOSA DE MAGALHÃES, HÉLIO LOBO e o Papa JOÃO XXIII.

São particularmente interessantes suas obras **relacionadas com as** atividades que exerceu no seio do “Institut de Droit International”, os pareceres jurídicos que elaborou, entre 1947 e 1950, na qualidade de especialista em Direito Internacional Privado, em 1967, como Procurador-Geral da República e a partir de 1961 no Ministério das Relações Exteriores, bem como seu Anteprojeto de Lei sobre o direito internacional privado, elaborado em 1963 e autorizado pelos decretos ns. 51.005, de 1961 e 1.490, de 1962. O Anteprojeto compreende 91 artigos e 6 capítulos. O primeiro capítulo (arts. 1 a 12) contém disposições gerais, relativas à lei e às demais normas jurídicas; o segundo (arts. 13 a 15), regras relativas aos Tratados e Convenções Internacionais, aos Decretos e Regulamentos; a terceira (arts. 16 a 80), regras concernentes ao Direito Internacional Privado e ao Processo Civil Internacional; e quarto capítulo (arts. 81 a 85), regras de direito intertemporal; o quinto (arts. 86 a 89), disposição sobre a computação dos prazos e o sexto (arts. 90 e 91) as disposições finais. Esse Anteprojeto, publicado a 29 de dezembro de 1963, é um dos mais notáveis que se têm publicado no curso dos dois últimos séculos. Sua importância é comparável à do Código Bustamante, obra prima do pensamento latino.

É preciso igualmente sublinhar a atividade pedagógica do Sr. VALLADÃO. Ele educou numerosos jovens especialistas em Direito Internacional, tendo preparado para o uso dos estudantes um volume intitulado “Material de Classe”, que compreende os textos legislativos mais importantes do Direito Internacional Privado.

II

A recente obra do Professor VALLADÃO é composta dos seguintes capítulos: A Introdução (págs. 3 a 217) compreende as noções gerais, analisando ali o autor os conceitos de Dir. Int. Priv. e de Direito Intertemporal, os meios de solução dos conflitos de leis, o desenvolvimento histórico e a literatura do D.I.P., seu método (págs. 3 a 90) e suas fontes doutrinárias e legislativas. Em seguida o autor analisa a estrutura das normas que regem os conflitos (págs. 266 a 387), os elementos de conexão (págs. 266 a 387), a condição dos estrangeiros (págs. 388 a 468), a aplicação direta da lei estrangeira (págs. 469 a 483), o reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro (págs. 484 a 491) e os limites de aplicação da lei estrangeira (págs 492 a 524). O Anexo compreende o texto do Anteprojeto de lei do autor (págs. 525 a 546) e a bibliografia de suas obras (págs. 547 a 554). O volume termina com um índice sumário.

A meu ver, os maiores méritos do autor são os seguintes:

Em primeiro lugar, êle aplica com mestria o método comparativo, informando o leitor de maneira detalhada da utilização e da aplicação dos princípios gerais do Dir. Intern. Priv. nos diversos sistemas jurídicos positivos e dando uma idéia clara e precisa dos sistemas jurídicos das duas Américas e principalmente do direito brasileiro.

Seu segundo grande mérito consiste em discutir de uma maneira tôda nova as relações entre os conflitos internacionais e intertemporais de leis, observando que para ter uma idéia precisa da natureza jurídica dos conflitos de leis no espaço torna-se necessário o estudo das demais espécies de conflitos de leis, bem como a análise das diferenças e analogias existentes entre êstes conflitos.

Seu terceiro grande mérito é o de ter elaborado em sua obra, doutrinas totalmente novas e muito interessantes além de trazer à baila aspectos completamente inéditos dos principais problemas dos conflitos de leis.

III

Ê minha opinião, como venho de afirmar, que um dos maiores méritos do Prof. VALLADÃO é que, levando em conta as disposições legislativas e a jurisprudência de todos os países do mundo, êle aplica perfeitamente o método do direito comparado. Sob êsse aspecto sua obra se emparelha com a de RABEL, que êle completa de maneira feliz, uma vez que analisando os sistemas jurídicos europeus, americanos, asiáticos, africanos e australianos êle explica com particular profundidade os problemas da América Latina, que RABEL não conhecia suficientemente.

O Sr. VALLADÃO observa bem que o Dir. Comparado não é uma ciência independente mas apenas um método: um nôvo método de pesquisa da ciência jurídica. Sua finalidade não é estabelecer um sistema de conceitos com valor objetivo, mas, unicamente, demonstrar as analogias e diferenças existentes entre os institutos correspondentes de dois ou mais sistemas jurídicos. Sua principal tarefa é estender o círculo do conhecimento do Direito. Ao lado dêsses, podem ser assinalados objetivos secundários como, por exemplo: erigir uma teoria geral do Direito com bases comparativas (DEL VECCHIO); imprimir uma direção ao legislador, em vista do desenvolvimento do sistema jurídico ou da criação de um direito relativo ideal (SALEILLES). Pode-se propor a finalidade de lançar as bases de um direito comum legislativo (LAMBERT) de pesquisar a "trajetória" de evolução do Direito (SAUSER HALL), de estabelecer conceitos jurídicos de caráter geral (RABEL), de formar "tipos jurídicos" (VON LISZT). Nesses casos, a aplicação do método do Dir. Comparado não

passa de um meio de atingir objetivos longínquos: o direito comparado não tem, ao lado desses objetivos, senão um caráter acessório. O objeto do Direito Comparado é a comparação das normas jurídicas regulamentando a mesma questão em sistemas jurídicos diferentes. Segue-se que seu objeto não é comparar as regras do mesmo sistema jurídico nem de instituições jurídicas heterogêneas. Uma vez que se ocupa de vários sistemas jurídicos, êle se assemelha sob certo ponto de vista, à *sociologia jurídica*, à *etnologia jurídica* e à *filosofia do direito*. Difere todavia de tôdas essas três ciências. A *sociologia jurídica* procura determinar a importância do direito do ponto-de-vista da vida e dos fins da humanidade (BINDER), o direito comparado, pelo contrário só tem como objetivo comparar as regras de sistemas jurídicos diferentes. A *etnologia jurídica*, baseada no positivismo de AUGUSTO COMTE e nas idéias de evolução histórica de HEGEL, pesquisa as causas étnicas e sociais das formas de aparição social do direito (POST). A *filosofia do Direito* estuda a idéia do direito, suas conexões causais, sua justiça, sua pertinência e seu método. O direito comparado se encontra afastado desses objetivos e dessas finalidades.

O Sr. VALLADÃO compreendeu claramente — e aqui eu me reporto às explicações de EDOUARD LAMBERT, por êle expostas no prefácio do meu livro, publicado em 1940 sob o título de *Direito Internacional Privado Comparado, Tratado de Legislação Comparada com Referência Especial ao Direito Egípcio e Muçulmano* — que o direito comparado e a teoria dos conflitos de leis são disciplinas estreitamente aparentadas. Elas se dirigem à mesma finalidade: remediar os obstáculos opostos à segurança do intercâmbio jurídico pela diversidade de legislações e de jurisprudências nacionais e locais. Apenas recorrem, para atingir seu objetivo, a soluções diferentes.

O direito comparado procura diminuir o número de conflitos de leis pela restrição ou atenuação das oposições entre os pontos-de-vista legislativos e jurisprudenciais que originam tais conflitos. A teoria dos conflitos de leis intervém quando se produzem os conflitos, a fim de resolvê-los, fazendo triunfar sôbre as demais uma das leis concorrentes.

O método preventivo da legislação uniforme e da jurisprudência comparada, quando pode ser empregado, apresenta uma evidente superioridade sôbre os remédios empregados pela doutrina do conflito de leis. Entretanto, nem sempre é possível a sua utilização. Existem muitos ramos do direito privado que não permitem a penetração da ação pacificadora do direito comparado e mesmo naqueles ramos que lhe são acessíveis, esta atividade conciliadora apenas ameniza, em vez de extinguir as fontes de conflitos de leis. Não existe, portanto, contra os males resultantes da diversidade de direitos nacionais e regionais

outra solução de uso generalizado além daquelas fornecidas pela disciplina tradicionalmente conhecida pelo nome de Direito Internacional Privado.

IV

Um outro grande mérito do Prof. HAROLDO VALLADÃO consiste no fato de que êle não se atém ao estudo dos conflitos de leis no espaço, estudando igualmente os conflitos de leis no tempo e analisando magistralmente as relações entre êsses dois tipos de conflitos.

As leis de um mesmo Estado podem entrar em conflito, não apenas no espaço, mas também no tempo. Este caso se produz quando as leis materiais aplicáveis, isto é as regras básicas, são modificadas durante a existência de uma relação jurídica. A solução dêste conflito é regulada pelo direito intertemporal ou transitório (*Übergangarecht*). Procurei demonstrar noutro trabalho (*op. cit.*, págs. 12 e ss.) que o direito intertemporal, da mesma forma que o direito internacional privado, são consagrados à escolha da lei aplicável; resulta daí que as estruturas das regras de conflito, os problemas e os princípios gerais do Direito Intertemporal são, se não idênticos, pelo menos análogos aos problemas e princípios gerais do D.I.P. Os problemas da devolução da qualificação, da ordem pública, da fraude à lei, da autonomia da vontade, se apresentam tanto no domínio de um como no domínio do outro e a solução dêsses problemas é regida por princípios análogos. Podem-se observar diferenças entre essas duas matérias sob os seguintes pontos-de-vista: a) O papel que tem em direito internacional a *Lex Fori*, lei do fóro em que corre a demanda, é assegurado, em direito transitório, pela lei nova e o papel que tem a lei estrangeira, pela lei antiga. Resulta disto que, em direito transitório, é a lei nova que é competente em caso de conflitos transitórios, antigos e novos e é a mesma lei que deve ser considerada como competente para a qualificação dos efeitos jurídicos.

b) As circunstâncias que conectam a lei aplicável nas duas disciplinas são diferentes: enquanto que a conexão da pessoa, dos bens, de um fato, de uma relação de direito a uma das leis em conflito resulta, em D.I.P. ou em direito interprovincial, de circunstâncias ligadas ao território que é o centro do sistema, em direito transitório, a conexão se opera entre a relação jurídica e a lei aplicável tendo por base as relações ao tempo da ligação jurídica.

c) Daí se conclui que o princípio da ordem pública se apresenta em direito transitório sob uma forma diversa da que adquire em D.I.P. e que adquire menor importância. Nessa matéria, com efeito, as leis antigas e novas, tendo emanado do mesmo legislador, não podem ter

seu objeto de conflito comparado ao do Dir. Int. Priv., onde as leis conflitantes são promulgadas por Estados diferentes. O mesmo sucede com os prejuízos provenientes da aplicação da lei antiga que são muito menos graves do que os resultantes da aplicação da lei estrangeira. Isto não quer, entretanto, dizer que o princípio da ordem pública não se aplica ao direito transitório, mas, apenas, que é preciso ter em mente que a ordem pública interna não é idêntica à ordem pública internacional. A ordem pública internacional constitui uma subseção da ordem pública interna, e a ordem pública intertemporal é, por sua vez, uma subseção daquela.

V

Além dos conflitos de leis internacionais e intertemporais ou transitórias, existem outros tipos de conflitos: os conflitos de leis interlocais ou interprovinciais e interpessoais. Também êsses conflitos são magistralmente analisados pelo professor VALLADÃO.

Em caso de conflitos de leis internacionais, interprovinciais, interpessoais ou transitórios, são as regras básicas (*sachnormen*), que entram em conflito. Existe portanto um só conflito a ser resolvido. Eis porque podemos designar êsses conflitos por “conflitos de primeiro grau”. Além dêsses conflitos, pode acontecer que o conflito surja entre as próprias regras de conflito. Se o conflito se produz entre regras de conflito da mesma categoria, seja entre duas regras de conflito do Direito Internacional Privado (entre uma regra de conflito nacional e uma regra de conflito estrangeira), seja entre duas regras de conflito transitórias, seja entre duas regras de conflito interpessoais do mesmo Estado, tratar-se-á de um conflito de segundo grau, uma vez que o juiz deverá resolver dois conflitos: além do conflito entre as regras de base, o conflito entre as regras de conflito que incide sobre o primeiro. Êsse conflito de segunda categoria pode ser devido a três tipos de causas: 1 — Os elementos de conexão das duas regras de conflito são diferentes; por exemplo: enquanto uma se encontra em conexão com o lugar da execução do contrato, a outra se encontra em conexão com o lugar de sua conclusão. Neste caso encontramos-nos em face de um manifesto conflito de regras de conflito; 2 — Os elementos de conexão das duas regras de conflito são os mesmos mas o conteúdo das noções jurídicas que servem de base à conexão são diferentes: se as duas regras de conflito, nacional e estrangeira, por exemplo, conectam a determinação da lei aplicável com o lugar da execução do contrato; a regra de conflito nacional difere da estrangeira quanto à definição de lugar da execução; 3 — Os elementos de conexão e o conteúdo das noções mencionadas se assemelham, divergindo as duas leis quanto à qualificação

dos fatos: é o que sucede, por exemplo, quando os termos “posse” ou “locação de serviços” são diferentemente qualificados pelas duas legislações. Esta última hipótese ocorre freqüentemente, uma vez que, como sabemos, essas relações jurídicas não contêm elementos fixos, sendo seu conteúdo e estrutura fixados de maneira independente das leis positivas dos diversos sistemas jurídicos, e que, como demonstrou IHERING, não existe nenhum elemento na natureza dessas relações que se torne uma necessidade superjurídica (Uberrechtlich).

Os três tipos de conflitos de regras que viemos de indicar têm a mesma extensão em direito transitório, interprovincial e interpessoal que no D.I.P.: enquanto que no caso do conflito manifesto de regras de conflito, coloca-se o problema da “devolução” e o problema da “competência mais aproximada” (Prinzip der Näherberechtigung), é o problema das “qualificações” que se apresenta no caso de conflito em razão da divergência de estrutura das instituições de direito civil material. Todos os três problemas, provenientes do conflito entre regras de conflito, se encontram em estreita interrelação; diferem entretanto no sentido de que, se os problemas da “devolução” e da “competência mais aproximada” são devidos à diferença que existe entre os princípios fundamentais das duas leis, é a diversidade na aplicação de princípios idênticos que dá origem às “qualificações”.

Pode-se imaginar que as regras de conflitos transitórias internacionais, interprovinciais e interpessoais se encontram em conflito, não somente entre elas mesmas, mas também com as outras regras de conflito: as regras de conflito internacionais com as regras de conflito transitórias ou interprovinciais ou interpessoais, ou ainda as regras de conflitos transitórias com as regras de conflito interprovinciais ou interpessoais, etc... É um conflito de terceiro grau. De todos esses conflitos, são os conflitos entre as regras internacionais e transitórias que retiveram sobretudo a atenção da doutrina e da jurisprudência.

Pode acontecer que um conflito surja no espaço entre leis que tenham por objeto conflitos no tempo (conflito internacional de direito transitório), e pode igualmente acontecer que surja um conflito no tempo entre leis que tenham por objeto regular conflitos no espaço (conflito transitório de direito internacional). Na primeira hipótese, a lei estrangeira competente mudou no tempo; na segunda hipótese, pelo contrário, são as leis de conflitos internacionais do país do fóro que mudaram no tempo. Na primeira hipótese, trata-se de determinar o direito transitório competente: seria o direito transitório do país estrangeiro ou do país do fóro? Na segunda hipótese, trata-se de determinar o D.I.P. competente: seria o antigo sistema de D.I.P. ou o nôvo?

Podem-se conceber, além dos conflitos de segundo e de terceiro graus, conflitos de quarto e de quinto graus, uma vez que a regra de

conflito internacional entra em conflito simultâneamente com uma regra de conflito transitório e com uma regra de conflito interprovincial. Um conflito de quinto grau surge quando, pelo contrário, a regra de conflito internacional se encontra em colisão ao mesmo tempo com uma regra de conflito transitória — interprovincial e interpessoal. O juiz francês deve, por exemplo, deslindar um conflito de quarto grau quando as de conflito internacional francesas enviam às regras de conflito interprovinciais polonesas, as quais, por sua vez, foram modificadas a 2 de agôsto de 1926 e depois da segunda guerra mundial no tempo. Nêsse caso, o juiz francês aplicará as regras de conflito internacionais e transitórias francesas e as regras de conflito interprovincias polonesas.

VI

Sou da opinião que o terceiro maior mérito do autor é que como já mencionei, êle encontra respostas novas, originais e muito interessantes para as grandes questões discutidas da parte geral do D.I.P e, que êle enriquece a ciência e a doutrina do D.I.P com pensamentos originais, novos, com doutrinas interessantes, convincentes, elaboradas com muito cuidado e precaução. São particularmente interessantes sua crítica das doutrinas americanas recentes (Lorensen, Cock, Cavors, Ehrenzweig, Currie, etc.), (págs. 224 a 225), seus comentários sôbre o problema da devolução (págs. 227 a 243), suas explicações analisando os conflitos transitórios (págs. 244 a 253), sua exposição sôbre os problemas das qualificações (págs. 255 e 262), da questão prévia (págs. 262 a 265), sôbre os elementos de conexão (págs. 266 a 387), e as observações feitas por êle a respeito dos limites da aplicação da lei estrangeira, da ordem pública e da fraude à lei (págs. 249 a 525). Acho o capítulo XXXVIII, concernente ao reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro (págs. 484 a 491) particularmente interessante. Opõe-se êle aí à opinião geral dos autores modernos e determina com maestria o lugar ou princípio do respeito dos direitos adquiridos na evolução da ciência (pág. 490).

No que concerne ao problema da evolução, o autor chega ao seguinte resultado: “concluindo, os conflitos de normas do D.I.P devem ser resolvidos como se resolvem os conflitos de leis civis comerciais, processuais etc... São conflitos da mesma natureza, no fundo e na realidade, sempre conflitos entre a lei do fôro e a lei estranha. E devem ser solucionados todos, sem idéias *a priori*, de excessivo rigor lógico, mas com justiça, equidade, sem prevenções discriminatórias contra o D.I.P estrangeiro, no espírito de harmonia que é o padrão do D.I.P. Isto significa a adoção do princípio da divolução, mas com uma moti-

vação totalmente nova, da qual decorrem certas limitações que êle estabeleceu em seu Anteprojeto, art. 77 e parágrafo único. Se bem que eu não possa concordar completamente com a opinião do Sr. VALLADÃO, devo reconhecer que sua doutrina é bastante interessante.

Eu gostaria de discutir as novas doutrinas do prof. VALLADÃO em um estudo posterior. Aqui desejo apenas repetir que êle enriqueceu de maneira considerável a ciência do D.I.P com suas doutrinas.

ÍNDICE.

HOMENAGENS.

Ernesto Leme, professor emérito — Ataliba Nogueira	7
Jubilação sem júbilo — Alfredo Buzaid	31

DOCTRINA.

Posição de Octavio Mendes no Direito Comercial Brasileiro — Miguel Reale	47
Condenação do abuso no direito — Haroldo Valladão	55
Contribuição de melhoria — apanhado geral do decreto lei n. 195 de 24-2-1967 — Antônio Chaves	63
Responsabilidade do estado por atos judiciais — Cretella Júnior ...	73
A aquisição de propriedade em garantia — Félix Ruiz Alonso ...	103

PARECER.

Concorrência desleal. Fundo de comércio. Indenização pela perda. O preço da liberdade do locador — Usurpação de clientela — Antônio Chaves	127
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CONFERÊNCIAS.

O jurista na era tecnocrática — A. F. Cesarino Júnior	189
Lições de um código atual — O código português — J. C. Moreira Alves	207

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

Professor Miguel Reale reitor da Universidade de São Paulo ..	229
Perspectivas da reforma universitária (discurso do novo reitor)	229
Professor José Pinto Antunes, novo diretor da Faculdade de Direito.	239
Discurso de saudação do Prof. Antônio F. Cesarino Júnior.	242
Discurso de agradecimento do novo diretor	245

Centenário do nascimento de Reynaldo Porchat	253
Discurso do prof. Alexandre A. de Castro Corrêa	253
Centenário do nascimento de Octavio Mendes	261
Discurso do professor Philomeno Joaquim da Costa	261
Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, catedrático de Direito Constitucional	277
Discurso de saudação do professor Washington de Barros Monteiro	280
Oração do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho	285
Professor Oscar Barretto Filho, titular da cátedra de direito co- mercial	297
Discurso de saudação do prof. Ruy Barbosa Nogueira	303
Discurso de agradecimento do prof. Oscar Barreto Filho.	306
Novo titular da cadeira de direito administrativo, professor José Cretella Júnior	317
Saudação do prof. José Carlos de Ataliba Nogueira	320
Discurso do novo catedrático	328
BIBLIOGRAFIA	325

INDEX

HOMMAGES.

Ernesto Leme, professeur émérite — Ataliba Nogueira	7
Jubilation sans joie — Alfredo Buzaid	31

DOCTRINE.

La position d'Octavio Mendes dans le Droit commercial brésilien — Miguel Reale	47
La condamnation de l'abus dans le droit — Haroldo Valladão	55
«Contribuição de melhoria» — un aperçu du décret-loi n. 195 de 24-02-1967 — Antônio Chaves	63
La responsabilité de l'Etat par les actes judiciaires — Cretella Júnior.	73
L'acquisition de la propriété en garantie — Felix Ruiz Alonso	103

AVIS PROFESSIONNEL.

La concurrence déloyale — Fonds de commerce — Indemnité du préjudice — «Le prix de la liberté du locateur» — Usurpation de clientèle — Antônio Chaves	127
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CONFÉRENCES.

Le juriste dans l'ère de la technocratie — A. F. Cesarino Júnior ...	189
Lesson d'un code actuel — Le code portugais — J. C. Moreira Alves	207

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

Le professeur Miguel Reale, Recteur de l'Université de São Paulo (Perspectives de la réforme universitaire. Discours du nouveau recteur)	229
Le professeur José Pinto Antunes, nouveau directeur de la Faculté de Droit	239
Le centenaire de naissance de Reynaldo Porchat	253
Le centenaire de naissance d'Octavio Mendes	261
Le professeur Manoel Gonçalves Ferreira Filho, professeur de Droit Constitutionnel	277
Le docteur Oscar Barreto Filho, titulaire de la chaire de Droit Commercial	297
Le nouveau titulaire de la chaire de Droit administratif, le profes- seur José Cretella Júnior	327
BIBLIOGRAPHIE	335

TABLE OF CONTENTS.

HOMAGES.

Ernesto Leme, professor emeritus — Ataliba Nogueira	7
Jubilation without gladness — Alfredo Buzaid	31

DOCTRINE.

The position of Octavio Mendes in the brazilian commercial Law — Miguel Reale	47
Convicting in the abuse of law — Haroldo Valladão	55
«Contribuição de Melhoria», a summing up of law number 195 of 24-02-1967 — Antônio Chaves	63
The State responsibility for judicial acts — Cretella Júnior	73
The acquisition of property as guaranty — Felix Ruiz Alonso	103

JUDICIAL OPINION.

Unlawful commercial competition — Commercial establishment — indemnity for loss. «The price of liberty of the lessor» — Usur- pation of clientela — Antônio Chaves	127
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CONFERENCES.

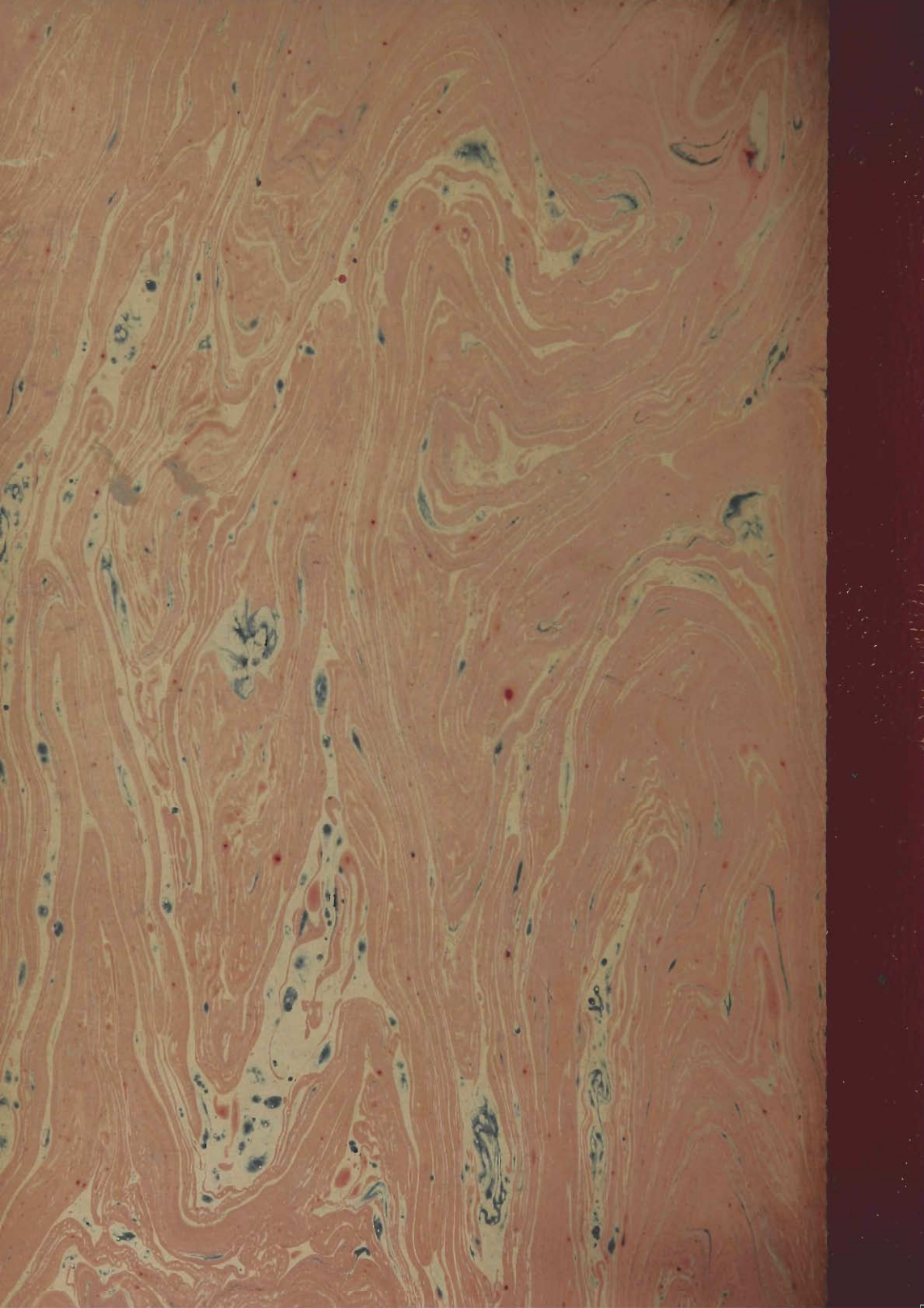
The jurist in the technocratic era — A. F. Cesarino Júnior	189
Lessons from and actual code — The portuguese code — J. C. Mo- reira Alves	207

UNIVERSITY CHRONICLE.

Professor Miguel Reale, Rector of the University of São Paulo — Perspectives of University reformation — (Speech of the new Rector)	229
Professor José Pinto Antunes, new director of the Faculty of Law	239
The centenary of Reynaldo Porchat's birth	253
The centenary of the birth of Octavio Mendes	261
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, professor of Constitutional Law	277
Doctor Oscar Barreto Filho, professor of Commercial Law	277
The new head of administrative Law, professor José Cretella Júnior	327
BIBLIOGRAPHY	335



COMPOSTO E IMPRESSO NO ANO DE 1969, NAS OFICINAS DA
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S. A.,
RUA CONDE DE SARZEDAS, 38, SÃO PAULO, BRASIL.



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).