



N 3-41



REVISTA DA
FACULDADE
DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA

VICE-DIRETOR

DR. LINO DE MORAES LEME

CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO

DR. WALDEMAR FERREIRA
DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. NOÉ AZEVEDO
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. BASILEU GARCIA

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849 — † 1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859 — † 1944)

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO (1868 — † 1948)
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA
DR. REYNALDO PORCHAT
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861 — † 1943)
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTTA (1870 — † 1942)
DR. JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1865 — † 1943)

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO, de Economia Política
DR. SPENCER VAMPRE, de Introdução à Ciência do Direito
DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Internacional Público
DR. ANTONIO DE SAMPAIO DÓRIA, de Direito Internacional Privado
DR. VICENTE RÃO, de Direito Civil
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, de Direito Comercial
DR. MÁRIO MASAGÃO, de Direito Administrativo
DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, de Direito Judiciário Civil
DR. JORGE AMERICANO, de Direito Civil
DR. ERNESTO DE MORAES LEME, de Direito Comercial
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, de Direito Comercial
DR. ALEXANDRE CORREIA, de Direito Romano
DR. LINO DE MORAES LEME, de Direito Civil
DR. NOÉ AZEVEDO, de Direito Penal
DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Judiciário Civil
DR. JOSÉ SOARES DE MELO, de Direito Penal
DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR, de Legislação Social
DR. ALVINO FERREIRA LIMA, de Direito Civil
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. BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, de Direito Judiciário Civil
DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS JÚNIOR, de Ciência das Finanças
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR, de Medicina Legal

DOCENTES LIVRES

DR. MANOEL FRANCISCO PINTO PEREIRA, de Direito Internacional Público e Privado, de Direito Constitucional e de Direito Civil, contratado para reger a cadeira de Direito Constitucional do 2.º ano
DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Comercial
DR. CANDIDO MOTA FILHO, de Direito Penal e de Direito Constitucional
DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO, de Direito Judiciário Penal
DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS, de Direito Público Internacional
DR. GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, de Direito Público e Constitucional
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA, de Direito Penal
DR. SINÉSIO ROCHA, de Direito Penal
DR. LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, de Direito Judiciário Civil
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de Direito Judiciário Civil
DR. JOÃO PAPANATERRA LIMONGI, de Legislação Social
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO, de Direito Comercial
DR. GOFREDO DA SILVA TELES JÚNIOR, de Introdução à Ciência do Direito
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, de Direito Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de Medicina Legal
DR. LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA, de Direito Internacional Privado
DR. ALFREDO BUZALID, de Direito Judiciário Civil
DR. FLÁVIO QUEIROZ DE MORAES, de Direito Penal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, de Direito Civil
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERAZ, de Direito Penal

SECRETÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO

FLAVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA DA
FACULDADE
DE DIREITO

1950
VOLUME XLV

FASCÍCULO EM HONRA DO
PROFESSOR WALDEMAR FERREIRA
NO 25º ANO DE SEU ENSINAMENTO

EMPRESA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" LTDA.

COMISSÃO DE REDAÇÃO

PROFESSORES:

DR. JOSÉ SOARES DE MELO
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR

SECRETÁRIO DA REVISTA:

BACHAREL JOÃO PEDRO DA VEIGA PACHECO

F A S C I C U L O

DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DOS SEUS PROFESSORES EM
HONRA DO PROFESSOR WALDEMAR
FERREIRA NO 25º ANO DE SEU ENSI-
NAMENTO NA CATEDRA DE DIREITO
COMERCIAL



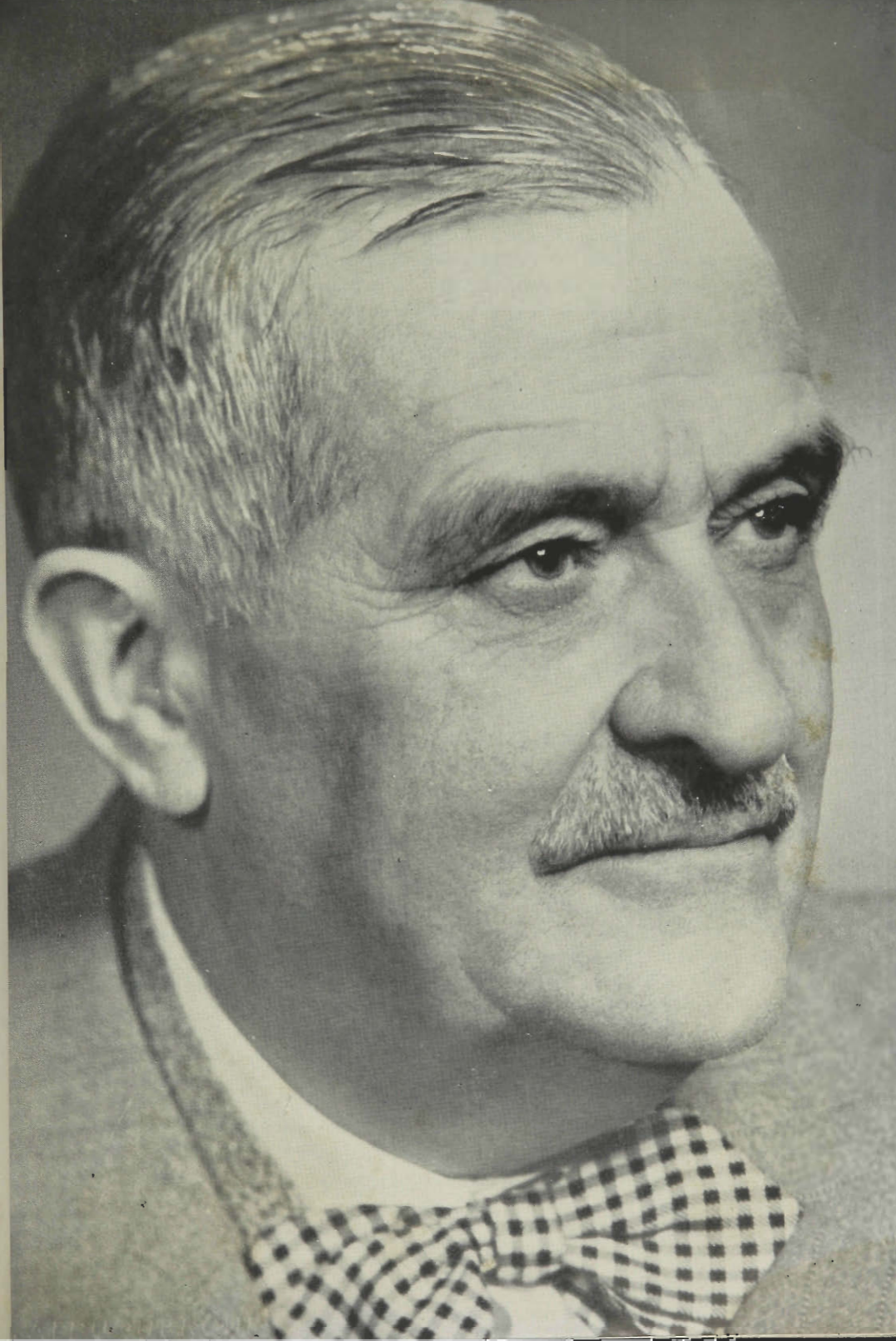
1951

EMPRESA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA."
SÃO PAULO

SUMÁRIO

1.	Professor Waldemar Ferreira.	9
2.	A aula inaugural do curso de Direito Comercial do Professor Waldemar Ferreira.	19
3.	A obra jurídica do Professor Waldemar Ferreira.	31
4.	BARBOSA DE MAGALHÃES, Usufruto de ações, de partes e de quotas sociais. ..	107
5.	MARIO ROTONDI, L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale.	160
6.	EDUARDO J. COUTURE, Naturaleza de la sentencia de segunda instancia. ...	180
7.	ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, La familia: concepto y elementos.	194
8.	JUAN CARLOS RÉBORA, Derechos, funciones y libertades.	207
9.	RUY CIRNE LIMA, Atos de comércio e contractos administrativos.	221
10.	ANTONIO MARTINS FILHO, Waldemar Ferreira e a Evolução Doutrinal do Direito Mercantil.	240
11.	NOÉ AZEVEDO, Política criminal sem preocupações metafísicas.	263
12.	S. SOARES DE FARIA, Do registo do resumo do Balanço no Diário das Sociedades Comerciais.	285
13.	ALEXANDRE CORREIA, A Universidade Medieval. ...	292
14.	MIGUEL REALE, Feijó e o Kantismo. ...	330
15.	A. ALMEIDA JUNIOR, Trabalhos de tecelões.	352
16.	GAETANO SCIASCIA, A prova do erro no casamento romano e o casamento putativo.	370
17.	HERNANI ESTRELLA, Da teoria dos juro no Código Comercial. ...	397
18.	WALDEMAR FERREIRA, A História do Direito nos Cursos Jurídicos do Brasil.	429
19.	Extrato do Relatório do Secretário da Faculdade de Direito, referente ao ano de 1950	449

O PROFESSOR WALDEMAR FERREIRA



Professor Waldemar Ferreira

O jubileu professoral de WALDEMAR FERREIRA, ocorrido em 1950, proporcionou ensêjo a que a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, acompanhada neste passo por outras corporações docentes do País e por tôda a sociedade paulista, expressasse, ainda uma vez, ao querido mestre, a alta conta em que o tem e a carinhosa estima que lhe dedica. Bem merecidas ambas, quer a admiração, quer a amizade. Sabe o Brasil inteiro que neste professor de São Paulo se enfeixam harmonicamente os mais notáveis atributos humanos, como a inteligência, a operosidade, o valor cívico, a inteireza moral. Isto faz dêle um padrão que honra a nacionalidade. Seria difícil condensar, nesta página liminar, o elogio do mestre de tanto destaque no panorama da vida cultural e política do Brasil contemporâneo. Bastem, como testemunho da nossa homenagem, alguns traços relacionados com a sua carreira universitária.

A obra jurídica de WALDEMAR FERREIRA é o fruto substancial e abundante de uma vida exemplar. Vida feita de inexorável apêgo à verdade, de labor incessante, guiada pela inteligência do pesquisador a serviço do Direito e de sua ciência.

A par do acervo de trabalhos que o advogado de grande clínica dispersa em arrazoados e pareceres, a sua produção científica se estende em metódico desenvolvimento, desde o primeiro passo, no *Manual do comerciante*, de 1919, até as *Instituições de Direito Comercial* de nossos dias, compreendendo dezenas de volumes. Pela multiplicida-

de dos temas versados, profundo senso da realidade social, originalidade e segurança das construções teóricas, fidelidade de interpretação das matérias expostas, essa obra, cujo prestígio ultrapassou nossas fronteiras, jamais poderia ser apreciada no complexo de suas concepções, dentro dos estreitos limites destas notas.

Traço indelével, que marca a personalidade do jurista, é o forte poder de comunicação, com que WALDEMAR FERREIRA transmite suas idéias, fazendo de seus livros mestres volantes, e, dos leitores, estudantes interessados. Também do outro lado do Atlântico, assim lhe compreenderam a obra. Ao pronunciar, em 1933, uma série de conferências sobre as *Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*, na Universidade de Lisboa, que o dignificou, ao lado de DUGUIT, JOSSEERAND e LAMBERT, com o grau de doutor *honoris causa*, recebeu do Conselheiro MARTINS DE CARVALHO Príncipe dos Advogados de Portugal, a apreciação de que se distinguia “pela magnífica disciplina a que, como professor, que o é na massa do sangue, consegue submeter os mais vastos assuntos, pela desenganada facilidade em arredar minudências parasitárias, fazer sobressair o substancial, e arraigá-lo duma vez na memória dos que o ouvimos”.

Espírito científico, na exata acepção do termo, destemeroso de preconceitos, é o eminente jurista um renovador de métodos, que não se restringe às antigas fórmulas. Atento à evolução dos institutos jurídicos, sabe infundir novos sabores a vinhos de velha cêpa. Duas obras exemplificam êsse feitio. Os títulos de crédito, documentos formais que o Direito criou para acelerar o tráfico — desde a medieval *lettera di pagamento di cambio*, até a moderna *duplicata*, original criação brasileira — são painéis emitidos pela força de contratos, cuja composição jurídica de muitos séculos os antecedeu. Essa diferença de ancianidade estabelecia, como regra generalizada entre os autores, a dicotomia do estudo dos contratos e dos títulos, até que no livro *Instituições de Direito Comercial* e no vo-

lme sôbre *As operações mercantis e os títulos de crédito* o mestre paulista refundiu o sistema clássico, para conjugar o exame das duas matérias. Não lhe importou o contraste do subjetivismo das relações contratuais, com a literalidade e autonomia dos títulos; ambos têm sua matriz no mesmo interesse econômico, e os princípios fundamentais, que guiam a dinâmica destes, estão informados pela substância daquelas. Não há conhecimento sem transporte, duplicata sem venda, “warrant” sem depósito. Noutro volume, *Indústria da navegação marítima e aérea*, o mesmo espírito renovador. Os ambientes do mar e do ar assemelham, no transporte, seus riscos, seus problemas e suas soluções. Dest’arte, o Direito Marítimo, ramo imemorial do Direito Mercantil, e o Direito Aeronáutico, seu rebento mais jovem, são tratados como irmãos geminados pelas mesmas normas primordiais, que instruirão os preceitos sôbre os homens, as máquinas e os negócios dessa indústria.

A obra jurídica de WALDEMAR FERREIRA não se circunscreve, entretanto, nos limites do escritor. Por detrás do mestre de doutrina, está o jurisperito de talento criador, alerta às realidades presentes. Nesse campo de sua multiforme atividade, a economia e o direito brasileiro lhe devem, entre outras, duas instituições de incontestável valia. O conhecimento de transporte, referido pela legislação imperial apenas como documento comprobatório da entrega da carga, veio a tomar configuração, que o aproximou dos títulos de crédito, pelo regulamento geral dos transportes, aprovado por decretos governamentais de 1912 e 1913, que admitiam o seu endosso, nos despachos à ordem. A despeito da invalidez do preceito, ao qual falecia apôio em lei, as operações sôbre o café giraram em função dessa irregular transmissibilidade do conhecimento, num vulto que, em face da crise do produto, em 1929, poderia arrastar à ruína o nosso sistema bancário. A medida de salvação pública proveio da competência com que WALDEMAR FER-

REIRA articulou o projeto, convertido na lei de dezembro de 1930, reguladora dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar. E pela natureza jurídica, característicos e efeitos, que lhes conferiu, criou o mestre um perfeito título de crédito, antecipando o direito brasileiro às recomendações do Congresso de Washington de 1931. O seu senso de objetivismo reage, do mesmo modo, diante do surto dos negócios imobiliários. Percorrendo os caminhos do deputado, com a bagagem do jurista, apresentou, na Câmara Federal, em 1936, o projeto de instituição do registro dos compromissos de venda de imóveis, o qual, louvado nas duas casas do Congresso Nacional, foi integralmente aproveitado pelo Governo, no decreto-lei n. 58, de dezembro de 1937, para constituir-se em viga mestra do nosso aperfeiçoado sistema de vendas a prestações.

Comercialista à conta inteira, a obra de WALDEMAR FERREIRA não exclui todavia, outros ramos de ciência jurídica. Além de teses, conferências e pareceres, que anais de congressos e revistas especializadas trazem à luz, reuniu em livros os seus estudos sobre *O casamento religioso de efeitos civis*, *Princípios de legislação social e direito judiciário do trabalho*, *O estado de assembléia e o estado de guerra*, êste de parceria com JUAN CARLOS REBORA.

A autores de seu porte devem as ciências os tratados, livros que, compreendendo esfericamente a matéria de seu objeto, constituem a cúpula de arremate das grandes obras. Tendo iniciado a jornada do seu *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, com a publicação do primeiro volume, em 1934, e do segundo, em 1939, julgou acertado suspender-lhe a elaboração, em consequência do afluxo torrencial da nova legislação ditatorial, por entender que “não era, em tais circunstâncias, próprio prosseguir em obra, que pressupõe estabilidade jurídica, sistemática e duradoura, que deve ser”, como esclareceu no prefácio com que lançou, em 1944, as suas *Instituições de Direito Comercial*.

Com êste trabalho, no entanto, desprezenciosamente anunciado como “curso sumário e sintético, de natureza didática, que obedecesse ao programa oficial”, de sua cátedra, ultrapassando os fins escolares, produziu — pela escolha dos temas, método de exposição, clareza e segurança — obra de rigoroso valôr científico. Sistematizando, à luz dos mais modernos princípios, os institutos fundamentais do Direito Mercantil, o livro, cujo aprêço público já determinou terceira edição, lhes fortalece a resistência às vicissitudes dos nossos angustiosos e incertos tempos, e é digno, por todos os títulos, das observações que lhe fez EDUARDO J. COUTURE, na *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* — “A un libro de Instituciones no se llega sino después de un largo processo de preparación. Aunque parezca mentira, es más fácil escribir un tratado que unas instituciones. En el primero están todos los materiales; en el segundo deben estar los mejores materiales. La selección, la condensacion y la limitación son los grandes méritos de una obra de esta índole a la que no puede llegar un professor sino después de árduas instancias de preparación y de estudios.”

A farta produção jurídica e os labôres profissionais de WALDEMAR FERREIRA estão longe de exaurir-lhe a capacidade de trabalho. Ao contrário, seu vigor espiritual lêva-o a salientar-se, igualmente, de maneira inconfundível, em outros setores da produção intelectual ou no domínio das atividades cívicas.

Para a Faculdade de Direito, quer no curso de bacharelado, quer no de doutorado, é êle um dos mais efficientes professôres que tem tido a secular Academia, onde ninguém o excede em assiduidade e zêlo no exercício da cátedra, nem na solicitude com que colabora em todos os atos da vida escolar. Pródigo em iniciativas felizes, tentantes a manter sempre alto o nível do ensino jurídico,

também se desempenha diligentemente de tôdas as incumbências que recebe de seus pares, sobrando-lhe tempo, ainda para cultivar as tradições da casa de ÁLVARES DE AZEVEDO e para evocar-lhe carinhosamente o passado através de pesquisas, discursos e publicações.

As atividades políticas de WALDEMAR FERREIRA pertencem à história dos últimos e tormentosos decênios da evolução brasileira. Seu nome ali figura, sempre, como o de irredutível paladino da democracia. Quando FREDERICO VERGUEIRO STEIDEL, em 1917, resolve organizar a Liga Nacionalista, destinada à propaganda do voto, WALDEMAR FERREIRA está presente, na primeira linha. Fundando-se em 1928 o Partido Democrático, um dos diretores inaugurais da nova agremiação política é WALDEMAR FERREIRA. Vem a Revolução de 1930, que êle ajuda a preparar e a vencer, na esperança de dias melhores para o país. Vem, contudo, a ditadura. São Paulo levanta-se, em 1932, de armas na mão, exigindo a restauração do regime constitucional: entre os chefes do movimento aparece WALDEMAR FERREIRA, então secretário da Justiça do governador PEDRO DE TOLEDO. Exilado, regressa em 1933, sendo eleito, em 1934, deputado para a primeira legislatura ordinária, de 1935 a 1937, na qual tem papel de relêvo, pela colaboração que dá aos trabalhos legislativos. Fundara antes, ao lado de ARMANDO SALLES DE OLIVEIRA e outros eminentes políticos, o Partido Constitucionalista, em que se bate com denodo na defesa das instituições. Sobrevindo o golpe de Estado de 1937, a ditadura não o poupa, mantém-no sob vigilância, chega mesmo a prendê-lo. Nem por isso deixa WALDEMAR FERREIRA de lutar pelo restabelecimento da legalidade, como “magna pars”, que foi, da resistência democrática. Colabora nessa oportunidade na fundação de outro partido político, a União Democrática Nacional, de que veio a ser desde logo, e ainda é, um dos líderes mais acatados.

Advogado, jurista e mestre do direito, legislador, administrador e político, cidadão sempre norteado por altos ideais de civismo, homem sempre pronto a apoiar as iniciativas inspiradas na fraternidade social, chefe de família exemplar, — eis os traços dominantes na personalidade de WALDEMAR FERREIRA, e que o colocam entre os mais dignos credores da nossa admiração e do nosso respeito.

A AULA INAUGURAL DO CURSO DE
DIREITO COMERCIAL DO PROFESSOR
WALDEMAR FERREIRA
(18 de maio de 1925)

Aula inaugural

Senhores,

Por indicação do ilustrado catedrático Dr. F. VERGUEIRO STEIDEL, mestre insigne de direito e de civismo, que nunca admirareis em demasia admirando o mais que puderdes, um dos patricios que, no professorado, mais assinalados serviços tem prestado ao nosso país — assumo a regência da cadeira de direito comercial terrestre, como substituto, matéria que êle vinha preleccionando, na ausência do ilustrado catedrático Dr. OCTAVIO MENDES, ora fóra do Brasil, em gôzo de licença.

Estou a ver, nos vossos olhos, a expectativa de quem vai experimentar novidade. Tinheis professor já feito, que vos dava preleções modelares; tendes, hoje, um livre docente (mercê da refórma do ensino, decretada pelo poder executivo, suprêssora, por medida de economia, dos cargos de professores substitutos) a reger a cadeira que ainda guarda os vestigios da palavra iluminada de BRASÍLIO MACHADO, nome que relembro com saudade.

Com a prática do ensino é que se faz o professor. Para ensinar não basta saber. E' necessário o condão misterioso que põe em vibração os espiritos para que entre êles se opére a transfusão dos conhecimentos. Ensinar é muito

mais do que semear. O que esparze as sementes conta com a colaboração da terra para recolher os frutos. O semeador é operário que colhe, com o correr dos dias, o resultado do seu esforço. O professor tem que colher os frutos quâse ao lançar a semente. O conhecimento adquire-se no mesmo instante em que a idéia é posta em circulação. O raciocínio é rápido como o relampago. Se o estampido se ouve depois do corisco é porque a luz se propaga com maior velocidade que o som.

E' qualidade do professor, ademais do conhecimento da disciplina, a clareza, a segurança, a correção da frásé, a precisão do discurso, o descortino, perfeita associação de idéias, raciocínio fluente e harmônico.

Tenho, bem nitida, a noção de que ainda não sou professor. Sou, como vós, estudante. Porque já percorri provincias da ciência jurídica, que ides percorrer agora, serei, nessa jornada, vosso cicerone. Caminharemos juntos, guiados pela minha experiência. Seguir-vos-ei com a minha simpatia, com o melhor da minha dedicação e, ao fim, dar-me-ei por muito feliz se tiver alcançado a vossa estima, o vosso respeito, a vossa amizade.

Estudaremos juntos o progrâma de direito comercial elaborado pelo titular desta cadeira e aprovado pela douta Congregação desta Academia, cujas tradições saberemos honrar. Estudaremos. Êste verbo tem pêsso excessivo aos ouvidos dos moços, sonoridade metálica. Mas certamente que estudaremos. Eu e vós. Vós estudareis. Porque, em verdade, ainda não se descobriu outro processo de aprender. Estudando é que se aprende. Aprendendo é que se sabe ou, ao menos, se adquire a presunção de saber.

Só então, e por êsse único e antiquíssimo processo, é que alcançareis as vossas convicções jurídicas, virtude que, em regra, falece aos advogados e, tantas vezes, aos magistrados. O asserto é um tanto rigoroso, eu o reconheço, mas, para sossêgo de vosso espírito, vos declaro que não

é meu. E' de CESARE VIVANTE, que se referia aos advogados e magistrados italianos, acrescentando: "O advogado, que não tem convicções jurídicas, está sempre pronto para fazer suas as convicções do cliente, seguindo-o em demandas em que perderá dinheiro e paz. O juiz, que não tem convicções jurídicas e fórma-as de caso em caso, está sujeito a sofrer a influência dos homens de poder ou dos amigos que o cercam: a falada corrupção dos magistrados não tem, por força, outra causa senão a sua ignorância: êles se deixam dominar pela autoridade dos patrocinantes porque, para quem sabe pouco, todas as soluções são boas" (1).

Isso é assim, também, e desgraçadamente, no nosso país, em que o desapêgo pelas convicções jurídicas e malbarateamento delas vão transformando em território sem rei, nem roque. A carência de convicções, ou jurídicas, ou econômicas, ou financeiras, notadamente a ausência de convicções politicas, eis o grande mal brasileiro. Vivemos ao Deus dará, em empirismo espantoso, fazendo experiências arriscadas, mas cortando, com elas, o cêrne da nacionalidade. Erros provocam outros erros porque, para os que não têm a certeza prévia dos atos que praticam, dar nova feição aos problemas, criando variantes, abrindo encruzilhadas, é resolvê-los. O engano é funesto.

Detenhamo-nos um pouco, correndo os olhos para a história pátria. Decretada, por exigências do sentimento de liberalidade e de humanidade do país, a abolição da escravatura, precipitou-se o movimento republicano, que abateu o trôno. Implantado o govêrno democrático, que estava nas cogitações de nossos homens públicos, instaurou-se o sistema presidencial, como fórma de govêrno — a república federal, sob o regime representativo. Educado em regime parlamentar, de certo modo adaptado às contin-

1. CESARE VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di Commercio*, Prolusione. Fratelli Bocca Editori (Torino, 1899), pág. 18.

gências do país, regime de ampla discussão e larga publicidade, passou o Brasil para sistema ou regime político que não estava entre nós convenientemente conhecido, nem era o indicado pelas convicções jurídicas dos grandes estadistas e políticos nacionais. Foi a nossa primeira experiência, que ainda não terminou, porque até agora, no entender dos mais fervorosos adeptos, não foi convenientemente aplicado. Indiscutível é, no entanto, que êle degenerou em forma de govêrno, que póde ser tudo, menos a representativa. Os três poderes políticos, que devem ser harmônicos e independentes entre si, como órgãos da soberania nacional, ficaram praticamente reduzidos a um único — o executivo, porque o legislativo se despiu de suas funções, por suicídio político, e o judiciário, pelo executivo constituído, foi posto à margem.

Tinha que vir necessariamente dêsse estado de coisas, dessa anomalia política sem igual, o desmoronamento. Sem principios conhecidos, sem convicções jurídicas, sem programas definidos, sucedendo-se os governos, sem roteiros conhecidos, se deixaram envolver na têia de aranha da politicagem e se entregaram à politicalha, adversária acerrima das administrações laboriosas e fecundas. Chegaram, mesmo, a ser negociados os altos interêsses nacionais. Não dispondo de partidos constituídos, representativos das grandes correntes da opinião pública, limitaram-se os govêrnos a resolver os casos políticos regionais, sobretudo depois que, com o govêrno do malogrado AFONSO PENA, se encerrou o ciclo famoso das três grandes presidencias paulistas, que, pela unidade de ação e segurança de métodos, traçaram a fase aurea do regime republicano entre nós.

Fez-se, para os cargos da administração nacional, seleção de tal ordem, que o proprio presidente da República, em mensagem que, em 3 de maio de 1924, dirigiu ao Congresso Nacional, reconheceu que o país se ressentia, inevitavelmente, da falta de homens de govêrno, que a República não conseguiu formar.

Será isso por culpa dos homens? Evidentemente, não. Porque isso se deve ao regime existente, por força do qual, sendo embóra república federativa, todo o país é administrado, de quatro em quatro anos, por um único homem, único responsável por seus atos e dêles o único juiz; e porque, na realidade, estando êle acima dos outros dois poderes, que êle cria, agita e conduz, êstes não lhe podem exigir prestação de contas e nem êle lhas prestaria.

Por mimetismo singular, o país, durante cada quadriênio, como que se torna a imagem e semelhança de seu presidente, pelo seu cérebro pensando, pela sua vontade agindo, por suas paixões se revelando.

Tal não aconteceria se o presidente, em vez de dirigir o país de acôrdo com o partido ou com o agrupamento ocasional de partidos, que lhe deu o govêrno, o regesse de acôrdo com o próprio país, encaminhando-o para a realização de suas mais altas aspirações, respeitando as suas convicções politicas, sociais, científicas, financeiras, religiosas. A função do presidente deve ser eminentemente arbitral, homem que sai dum partido ou conglomerado politico para a mais alta investidura politica e administrativa.

De debatermo-nos de experiência em experiência, por falta de convicções profundas, chegámos ao estado actual, de completo eclipse das leis. O estado de sítio tornou-se estado normal, duradoiro, quâse definitivo, comprovando que o país se ressentia da escassez de homens de govêrno. E quando todos os brasileiros, aflitos, anseiam pela volta do regime de garantias constitucionais, a mais alta autoridade, dispondo embóra de maiores poderes que muitos rês, governando com o estado de sitio, tendo todo o país às suas ordens, nêle pondo e dêle dispondo, se dirige ao Congresso Nacional reclamando a medida suprema da pena de morte!

Mas isto, senhores, é retrocesso!

Tivêmo-la, no regime encerrado pelo movimento de 15 de novembro de 1889, incorporada ao nosso sistema re-

pressivo. “Conquanto” — e estas são palavras de João BARBALHO, o nosso grande constitucionalista — “conquanto a Constituição imperial, inspirando-se em princípios humanitários, tivesse abolido “todas as penas cruéis” (art. 179, n. XIX), e à pena de morte não se pôde negar êsse caráter, entendeu-se que esta devia subsistir e, se bem com parcimônia, a legislação ordinária a consagrava. Não era, porém, aplicada a crimes políticos, e a lei como que se envergonhava de empregá-la mesmo noutros delitos. Não queria demorada a execução e proibia que esta se fizesse em véspera de dia santo, domingo ou feriado nacional (cod. crim., art. 39). A fôrça era levantada somente quando havia execução principal a fazer-se, para não estar continuamente à vista do público, dizia o aviso de 17 de junho de 1831. E devia ser demolida logo depois da execução. Não havia entre os auxiliares da justiça criminal o carrasco, êsse agente da morte em nome da lei. A tarefa de matar por mandado do juiz era de momento confiada a algum réu sentenciado (de ordinário, escravo) e se nenhum havia no lugar ou havendo não se prestava a isso, recorria-se a outro distrito (Aviso de 30 de junho de 1836). Exigia-se para a condenação unanimidade de votos do juri (art. 332 do cod. do proc. crim., e art. 29, § 1, da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871). Da sentença dava-se, com suspensão, e *ex-officio* se a parte o não interpunha, o recurso de graça (art. 3 da lei de 11 de setembro de 1836), sem cuja decisão não se cumpria a pena capital. Tais providências não eram simples cautelas em prol da inocência, nem benevolência para com os réus convictos; exprimiam também e principalmente o sobressalto e susto de que se possuía o poder público na temerária e irreparável aplicação de tão desumana e horrorosa pena. Não a tolerava o estado de nossos costumes e foram-se tornando raras as execuções a ponto de se poder afirmar com a comissão do Congresso Constituinte ao propôr a abolição de tal pena, que ela *de fato* estava

abolida entre nós. Repugnava ela ao júri, expressão da consciência pública; repugnava ao magistrado, órgão do direito; repugnava aos que eram chamados a executá-la, como de suas recusas se evidenciava; repugnava ao imperante, em honra sua se diga, como o mostravam os decretos de comutação. Todos a condenavam; a República executou essa condenação, suprimindo a pena que na frase do insigne BECCARIA não era mais que o crime de *assassinato legal*" (2).

Suprimindo-a, o art. 72, § 21, de nossa Constituição ressalvou, no entanto, as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

Mas a República, no sentir daquêles que prestaram o solêne compromisso de mantê-la tal qual está focalizada na Constituição, está cansada de ser liberal. Amordaçou a imprensa, a única tribuna livre que tinha ficado à disposição do país e pela qual êle manifestava sua opinião e criticava os atos do govêrno. Agora, depois de trinta anos de democracia, quer êste restabelecer a pena de morte especialmente para os réus de crime politico!

A jornada revisionista, iniciada por SILVEIRA MARTINS, depois encaminhada por PRUDENTE DE MORAIS, por ASSIS BRASIL, por LAURO SODRÉ e, ultimamente, apoiada pelo imorredouro RUI BARBOSA, parece, afinal, e de certo modo, vencedora. Mas não é revisão, organização política em novos moldes o que pleitêia o presidente da República. O que êle disputa nem mesmo é reforma: são retoques, remendos para se cercearem os direitos individuais e para dar ao executivo maiores poderes dos que atualmente êle têm. Não há, entretanto, pior momento do que o atual para a realização da refôrma indicada pelo executivo. Se a Constituição, como o disse Frei JOAQUIM ANTÔNIO DO AMOR DIVINO CANECA, o patriota que, condenado à morte, não

2. JOÃO BARBALHO, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1.^a ed., pág. 327.

encontrou carrascos que o quisessem matar, sugerindo aos seus algozes que o espingardeassem; se Constituição é o pacto que entre si fazem os homens quando se ajustam para viver em sociedade — claro é que ela não póde ser revista, nem modificada, sem que a revisão, ou a modificação, seja a resultante das convicções jurídicas e políticas dos brasileiros. Façamos votos por que êsse melindroso problema seja debatido no Congresso Nacional somente depois de cessado o estado de sitio, para que livremente se manifeste a opinião nacional. Se, no entanto, se insistir nela, a todo transe, principalmente para a restauração da pena de morte, que fique, ao menos, o nosso protesto, lançado nesta casa, onde se ensina e onde se aprende o direito, e sob cujas arcadas se debateram todos os grandes problemas brasileiros.

A vossa geração, senhores, que apenas surge, mas que terá de solucionar as questões, que ora nos preocupam, precisa preparar-se para êsse mistér. Necessario será, portanto, que os que se dedicam aos negócios públicos assumam os cargos, que o futuro lhes destinar, levando para êles convicções jurídicas, para que se não reproduzam os êrros e os males que ora nos infelicitam. Isso, repito, somente conseguireis, estudando.

Era o Brasil até há pouco, e São Paulo especialmente, essencialmente agrícola. Vivia da exploração do seu sólo. Operou-se, todavia, grande modificação no nosso modo de viver. Intensificou-se de tal sorte o nosso comércio, tais proporções tomou, que provocou o desenvolvimento industrial do país. Novos hábitos. Novas tendências. Nova orientação. Novos rumos abriram-se para o nosso sistema econômico e financeiro. Novos mercados se ofereceram para os nossos produtos.

Esse florescimento comercial e industrial, trazendo novos hábitos, criou novas necessidades. Relações jurídicas, antes desconhecidas ou apenas teoricamente conhecidas,

deram lugar à criação de órgãos, aparelhos e instituições, que demandam estudos aprofundados.

O direito comercial, compendiado no código de 25 de junho de 1850, evoluiu. E o próprio código, dos melhores do tempo em que foi elaborado, com o correr dos tempos foi recebendo tais golpes que, a bem dizer, dêle nos ficou apenas meio código. Ele estacionou. À sua ilharga, porém, foram aparecendo leis especiais, quer modificando e ampliando institutos nêle regulados, quer criando e disciplinando outros que êle não podia prever. Tornou-se, desarte, fragmentário, não consolidado o nosso direito comercial, que assim continuará até que o Congresso Nacional, reintegrando-se na sua função própria e privativa de legislar, da qual se desfez, discuta o projeto há mais de doze anos apresentado pelo saudoso comerciaalista HERCULANO MARCOS INGLEZ DE SOUZA, e que ainda não saiu da comissão especial nomeada pelo Senado Federal.

Já conheceis a história do comércio e do direito comercial, desde os mais remotos tempos até nossos dias, e vistes que a história do comércio é como que o complemento da história política, que deve, no dizer de GINO LUZZATO, como capítulo da história da civilização, constituir o contôrno, o fundo do quadro de que os acontecimentos políticos ocupam sempre a parte central (3). Fenómeno econômico, além de meio de difusão da civilização, exerce êle sua função sob vários aspectos, pondo em circulação as riquezas e os bens de que careceram os povos para o seu desenvolvimento, em todas as éras, caminhando nas rotas abertas pelos conquistadores.

As regras do comércio marítimo do Mediterrâneo, compendiadas na Lei Ródia, foram-se aperfeiçoando e alargando, à proporção que o comércio aumentava. Os mercadores, provendo à defêsa de seus interêsses comuns, organizaram-se em corporações; e estas, intervindo no go-

3. GINO LUZZATO, *Storia del Commercio*, vol. I — *Dall antichità al rinascimento* ed. G. Barbera (Florênça, 1914), pag. 1, n. 1.

vêrno das comunas, legislaram e criaram tribunais especiais para o processo e rápido julgamento de suas controvérsias, aplicando os usos em voga e a equidade, em vez das rígidas normas do direito civil.

Direito especial, direito de classe, o direito comercial ou mercantil era, a principio, estritamente profissional. Ganhou novas fórmulas, adquiriu certa expansibilidade com a codificação das regras que constituíram o *jus mercatorum*.

Tendes, pelo desenvolvimento dos dois primeiros pontos do progrâma, já larga e exhaustivamente explicados, notícia de como êle se propagou até constituir, em nossos dias, um dos ramos do direito privado, do qual se tornou pioneiro.

Iniciaremos, portanto, o nosso curso, explicando o ponto terceiro, em que se trata da definição e da autonomia do direito comercial. Nêle, de início, se pergunta se é, ou não, autônomo o direito comercial: é a elegantíssima controvérsia sôbre a unificação do direito privado.

Deixando êsse assunto para ser tratado na nossa primeira aula, eu vos dirijo, senhores, as minhas saudações e o meu agradecimento pelas palavras gentís do vosso orador, com que me recebestes.

A OBRA JURIDICA DO PROFESSOR
WALDEMAR FERREIRA
(1913 a 1950)

1913

1. *Apelação Cível*. — Tribunal da Relação de Minas Gerais. Comarca de Jaguari. João Tertuliano de Oliveira vs. Américo Corrêa Marzagão. Acórdão de 10 de janeiro e de 3 de junho de 1914, na apelação n. 3.236 (*Revista Forense*, de Belo Horizonte, vol. 23, pág. 100; e *Revista do Supremo Tribunal Federal*, do Rio de Janeiro, vol. 1, primeira parte, pag. 260). 36 págs. Tip. da Casa Minerva. São Paulo, 1913.

1914

2. *Apelação Comercial*. — Juízo de Direito da Primeira Vara Cível da Capital de São Paulo. Distrito de Santa Cecília. Serafim Fernandes vs. F. Armando & Cia. 17 págs. Tip. da Casa Minerva. São Paulo, 1914.

1915

3. *Agravo n. 7.634*. — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Araraquara. Stylita Ferreira & Cia. vs. Januario Judice. Acórdão de 7 de junho de 1915 (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 14, pág. 126). 26 págs. Tip. do Instituto Cooperativo Familistário de São Paulo.

4. *Agravo n. 7.647*. — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Araraquara. Stylita Ferreira & Cia. vs. Januario

Judice. Acórdão de 31 de maio de 1915 (*Revista dos Tribunais, de São Paulo*, vol. 15, pág. 20). 7 pags. Tip. do Instituto Cooperativo Familistário de São Paulo.

5. *Apelação Cível n. 7.540.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Piracaia. Jacinto Osorio vs. Boanerges da Cunha Freire. Acórdão de 13 de julho de 1915 (*Revista dos Tribunais, de São Paulo*, vol. 15, pag. 192). 25 pags. Tip. do Instituto Cooperativo Familistário de São Paulo.

6. *Apelação Cível n. 7.909.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Santos. Herm Stoltz & Cia. e outros na falência de Correa, Duarte & Cia. Acórdão de 10 de setembro de 1918 (*Revista dos Tribunais, de São Paulo*, vol. 27, pág. 234). 17 págs. Tip. do Instituto Cooperativo Familistário de São Paulo.

7. *Agravo n. 7.766.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca do Amparo. Thomaz Pimentel vs. Massa falida de Domingos Nunes. Acórdão de 26 de agosto de 1915 (*Revista dos Tribunais, de São Paulo*, vol. 15, pág. 98). 8 págs. Tip. do Instituto Cooperativo Familistário de São Paulo.

8. *Agravo n. 7.761.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Franca. Massa falida de Sergino de Oliveira e Souza vs. Gremio Literário Francano. Acórdão de 9 de agosto de 1915 (*Revista dos Tribunais, de São Paulo*, vol. 15, pág. 15). 14 págs. Tip. do Instituto Familistário de São Paulo.

9. *O penhor sôbre fundos de comércio.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca do Amparo. Agravo n.

7.949. Massa falida de Domingos Nunes vs. Dr. Thomaz Pimentel. Acórdão de 13 de dezembro de 1915 (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 18, pág. 14). 38 págs. São Paulo, 1915.

1916

10. *Uma questão possessória.* — Juízo de Direito da Segunda Vara Cível e Comercial da Comarca de São Paulo. Major Teófilo Ferreira de Almeida vs. Banco Cooperativo Comercial de São Paulo. 20 págs. Tip. da Casa Minerva. São Paulo, 1916.

11. *O direito de edificar e sua regulamentação pela Municipalidade.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Baurú. Apelação Cível n. 8.498. Câmara Municipal de Baurú vs. João Ferreira de Oliveira. Acórdão de 16 de fevereiro de 1916 (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 21, pág. 126). 18 págs. Oficinas Gráficas da *Revista de Comércio e Indústria*. São Paulo, 1916.

12. *Contra uma concordata.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Jundiaí. Agravo n. 8.673. Sociedade de Produtos Químicos L. Queiroz vs. Pedro Ferrari. 16 págs. Oficinas Gráficas da *Revista de Comércio e Indústria*. São Paulo, 1917.

1917

13. *Da convocação de credores.* — Tribunal da Relação de Minas Gerais. Comarca de Monte Santo. Agravo n. 1.481. Araujo Costa & Cia. vs. Aristoteles Goulart. Acórdão de 7 de março de 1917 (*Revista Forense*, de Belo Horizonte, vol. 28, pág. 58). 22 págs. Oficinas Gráficas da *Revista de Comércio e Indústria*. São Paulo, 1917.

14. *Da hipoteca na falência.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Barretos. Apelação Cível n. 8.682. Miguel Salim Aidar vs. Massa falida de Alexandre José Aidar. Acórdão de 14 de dezembro de 1917 e de 2 de dezembro de 1919 (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 24, pág. 310, e vol. 33, pág. 432). 12 págs. Oficinas Gráficas da *Revista de Comércio e Indústria*. São Paulo, 1917.

1918

15. *A posse do “Barreiro”.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Baurú. Embargos n. 9.390. João Rodrigues Maia vs. Coronel Joaquim de Toledo Piza e Almeida. 24 págs. Oficinas Gráficas da *Revista de Comércio e Indústria*. São Paulo, 1918.

I. Sôbre êste opúsculo, deu o *Diario Español*, de São Paulo, de 10 de fevereiro de 1919, a seguinte notícia:

“Hemos recibido un interesante folleto en el que el ilustre abogado Dr. WALDEMAR FERREIRA, ha reunido las razones de apelación y sustentación de embargos interpuestos ante el Tribunal de Justiça de San Pablo para que se confirme la posesión del “Barreiro”, situado en el municipio de Pirajuhy, comarca de Baurú, reclamada por João Rodrigues Maia, su verdadero propietario.

“Son los embargados, el coronel Joaquim de Toledo Piza y Almeida, su mujer y otros, quienes sôbre su pretendida propriedade dieron lugar al litigio, mandandi establecerse en terrenos del “Barreiro” á empleados suyos que cometieron diversas depredaciones.

“El notable abogado doctor WALDEMAR FERREIRA, en su alegación, conseguiu rebatir, uno por uno, los argumentos de los contendores de su cliente, aduciendo tal cantidad de documentos y de hechos probatorios y de la legitima

propriedad del “Barreiro”, que no dejan lugar á duda de los derechos impetrados por João Rodrigues Maia.

“Constituye su luminoso informe, una compilación de datos y testimonios, arrancados de los que presenta la parte contraria, cuyas deducciones, producto de un profundo análisis y acabado estudio de las fuentes del Derecho, delatan al Dr. WALDEMAR FERREIRA, como jurisconsulto de gran talla.

“Con rara clarividencia, se retrotrae al primer poseedor de la hacienda “Barreiro” y derivando la cuestión hasta el momento del litigio, demuestra con lógica irrefragable que aquellos bienes, perfectamente delimitados, comprobados y reconocidos desde hace 30 años, no pueden ser propiedad de otro, que de Rodrigues Maia, embargante, en cuyo nombre sustenta en sus derechos y apela al Tribunal para que se le reconfirmen.

“El documento presentado por el Dr. WALDEMAR FERREIRA es, en suma, una prueba tan concluyente, del verdadero valor y sabiduría del ilustre abogado, en la interpretación del derecho civil, que el Tribunal encargado de fallar su causa, reconocerá la justicia en que se inspira para demandarla.

“Felicitamos calorosamente, á su autor alto exponente de la jurisprudencia brasileña.”

I. Na *A Republica*, de Natal, Estado do Rio Grande do Norte, de 20 de fevereiro de 1919, publicou ALBERTO ROSELLI a seguinte nota bibliográfica:

“O ilustrado Dr. WALDEMAR FERREIRA, um dos mais notáveis advogados do fôro de São Paulo e eminente professor da Universidade daquele Estado, teve a bondade que sobremodo nos penhorou, de ofertar-nos um nítido folheto contendo as suas eruditas razões de apelação e sustentação de embargos em uma debatida questão denominada “*A posse do Barreiro*”.

“O trabalho do talentoso jurisperito é como todos os seus labores uma peça digna de leitura pela clareza da exposição e substância dos argumentos invocados e desenvolvidos com a mais perfeita e rigorosa observância dos princípios consagrados na doutrina, na jurisprudência e na legislação.

“O Dr. WALDEMAR FERREIRA costuma publicar todos os seus trabalhos forenses com o que presta inestimável serviço às letras jurídicas enriquecendo-as de um modo digno de encômios.

“Em todos êles deixa transparecer os primores de sua inteligência e cultura, que justamente lhe têm valido o merecido renome de que goza na grande capital paulista, onde sua banca de advogado é das mais procuradas na certeza de ser encontrado na pessoa do distinto causídico um estrênuo e dedicado defensor da verdãde e do direito, que sabe esforçar-se, sem especulações e sem fancaria, para fazer sempre triunfar em todo o seu esplendor a sua manifestação suprema de justiça”.

16. *Da exclusão de condômino, em ação divisória, por abandono de direito.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Serra Negra. Apelação cível n. 9.401. Herdeiros do Coronel José Inácio Teixeira vs. Pedro e Natale Mazzucato. Acórdãos de 10 de julho de 1919 e de 9 de março de 1920 (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 30, pág. 270, e vol. 34, pág. 226). 15 págs. Casa Pindorama. Amparo, 1918.

17. *Do registro de firma para o requerimento de falência.* Tribunal da Relação de Minas Gerais. Comarca de Muzambinho. Agravo n. 1.632. Santos Moreira & Cia. vs. Nicolau Farani. 15 págs. Secção de Obras do *O Estado de São Paulo*, 1918.

18. *Da falência das sociedades irregulares.* — Juízo de Direito da 3.^a Vara Comercial. Comarca de São Paulo. Processo de falência. Luiz Bertoldo vs. Anselmo Cerello. 20 págs. Oficinas Gráficas da *Revista de Comércio e Indústria*. São Paulo, 1918.

1919

19. *Do valor das contas mercantis.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Serra Negra. Apelação cível n. 9.813. Vaz de Almeida & Cia. vs. José Liserre. Acórdão de 17 de maio de 1921 (*Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 38, pág. 265). 11 pags. Casa Pindorama. Amparo, 1919.

20. *Da prova da verdade nos crimes de calúnia.* — Juízo de Direito da 1.^a Vara Criminal. Comarca de São Paulo. O caso dos azeites Brandão Gomes & Cia. e a Câmara Portuguêsa de São Paulo. Manoel de Barros Loureiro e outros vs. Antonio Proença & Cia. 35 págs. Olegário Ribeiro, Lobato & Cia., editores. São Paulo, 1919.

21. *Um caso de apropriação indébita.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Recurso crime n. 4.020. A Justiça vs. Manuel Jacinto de Araujo. Razões da parte auxiliar Martins Ferreira & Cia. 20 págs. Olegário Ribeiro, Lobato & Cia. Ltda., editores. São Paulo, 1919.

22. *Estudos de Direito Comercial.* — Editores, Olegário Ribeiro & Cia. 270 págs. São Paulo, 1919.

Teve esta obra, hoje raríssima, o seguinte prefácio, de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA:

“Não têm passado despercebidos os recentes estudos sobre a matéria comercial, apresentados por uma pleiade de jovens, notáveis pelo apuro do trabalho e pela louvável preocupação de manter a tradição do direito nacional.

“Entre os lidadores nessa obra patriótica concorrendo para aperfeiçoar o nosso direito comercial um dos que mais se distinguem é o Dr. WALDEMAR FERREIRA, que reúne, agora, neste volume, os seus brilhantes escritos, bastante conhecidos e apreciados, sem favor, no nosso meio jurídico,

“Não se trata de um livro escrito com outros livros, mas de uma obra original, recomendável pelo profundo conhecimento, revelado pelo seu autor, das nossas leis comerciais e dos princípios científicos que as informaram, pelos conceitos assentados com segurança e simplicidade e ainda pela exposição amena, sempre em boa linguagem, das mais intrincadas e difíceis questões teóricas e práticas.

“Os que lerem as monografias do erudito jurista, enfeixadas neste volume, verificarão que nas breves linhas acima não se procurou lisonjear. Mereceriam êsses estudos insígnies que se dissesse muito mais.”

23. *Os credores privilegiados e o direito de pedir a falência.* — Dissertação para concurso ao lugar de professor substituto da sexta secção da Faculdade de Direito de São Paulo: Direito Comercial. Tése oitava da primeira cadeira do quarto ano, parte de Falências, proposta pelo Exmo. Sr. Dr. FREDERICO VERGUEIRO STEIDEL, professor catedrático. — 76 pgs. — Editores, Olegario Ribeiro & Cia. São Paulo, 1919.

Estampou o *Diário Popular*, de São Paulo de 3 de março de 1920, estas “impressões de leitura”, de EURICO SODRÉ:

“Concorrendo à regência da cadeira de Direito Comercial na velha Faculdade de São Paulo, apresenta o autor três dissertações: *O Menor Comerciante, Os Credores Privilegiados e o Direito de Pedir a Falência e A Hipoteca Naval no Brasil*. São trabalhos que revelam uma cultura admirável na idade do autor. Dir-se-iam escritos por velhos juristas que, despedindo-se da vida, sonhassem deixar num livro lembranças de suas canseiras numa existência votada inteira ao estudo.

“Lecionando Direito Comercial na extinta e perseguida Universidade de São Paulo, firmou WALDEMAR FERREIRA, definitivamente, a sua reputação de jurista. Suas aulas atraíam sempre alunos que não eram obrigados à frequência, tanto tinham de valor.

“Assíduo no convívio dos livros e profundo nas suas opiniões pessoais, êsse moço de talento eu vaticino, será o substituto de CARVALHO DE MENDONÇA, no prestígio científico entre os nossos comercialistas.

“Quem assim começa, só assim acabará.”

24. *O menor comerciante.* — Dissertação para concurso ao lugar de professor substituto da sexta secção da Faculdade de Direito de São Paulo: Direito Comercial. Tése primeira da primeira cadeira do terceiro ano, parte de Direito Comercial Terrestre, proposta pelo exmo. sr. Dr. GABRIEL DE REZENDE, professor catedrático. — 67 págs. — Editores, Olegario Ribeiro & Cia. São Paulo, 1919.

25. *A hipotéca naval no Brasil.* — Dissertação para concurso ao lugar de professor substituto da sexta secção da Faculdade de Direito de São Paulo: Direito Comercial. Tése primeira da primeira cadeira do quarto ano, parte de Direito Comercial Maritimo, proposta pelo exmo. Sr. Dr. FREDERICO VERGUEIRO STEIDEL, professor catedrático. — 81 págs. — Editores, Olegario Ribeiro & Cia. São Paulo, 1919.

26. *Manual do comerciante.* — Editores, Olegario Ribeiro & Cia. 187 págs. — São Paulo, 1919.

Em sua edição de 21 de fevereiro de 1920, e na sua secção de — *Bibliografia*, inseriu *O Estado de São Paulo* esta notícia:

“A simples enumeração dos trabalhos que nos enviou o Dr. WALDEMAR FERREIRA mostra a operosidade desse jurista. A leitura desses trabalhos adiciona a essa impressão a de que não é só a operosidade a qualidade estimável do jovem escritor. Outras possui êle e dos melhores quilates: é claro, é singelo, é erudito e é metódico.

“Os três primeiros estudos são dissertações que o Dr. WALDEMAR FERREIRA apresentou à Faculdade de Direito de São Paulo para o concurso que se realizará proximoamente, a fim de ser preenchida a vaga existente de lente de Direito Comercial. O método seguido nas três dissertações é o mesmo. O autor expõe correntiamente a

matéria de que trata, como se já estivesse falando para os alunos, tendo o cuidado de levantar o menor número possível de dúvidas e de objeções. A exposição desliza suavemente sem esforço e sem fadiga, de maneira a comunicar a quem a lê uma nítida idéia da matéria tratada.

“O último dos trabalhos do Dr. WALDEMAR FERREIRA — o *Manual do Comerciante* compõe-se de uma abundante série de pareceres que êle teve ocasião de emitir como consultor juridico, que é, da *Revista de Comércio e Indústria*. Todos êsses pareceres têm uma feição prática muito atraente e recomendam-se, como dizem os editores, pela clareza da exposição e pela segurança do critério que os inspirou.

“O livro é dividido em cinco partes. Na primeira, vêm pareceres relativos a escrituração mercantil, a contabilidade, a livros comerciais, à matrícula e ao registro de firma; a segunda é consagrada exclusivamente a questões sôbre sociedades comerciais; a terceira trata de letra de câmbio e nota promissória; a quarta estuda contratos comerciais, cartas missivas, cartas de fiança, contas correntes, compra e venda, comissão mercantil, contrato de transporte, conhecimentos, caixas postais, marcas de fábricas e nome comercial, hipoteca e penhor mercantil e balanços; a quinta, finalmente, refere-se ao imposto de sêlo, aos de consumo e à liberdade de comércio.

“Este *Manual* não será de utilidade apenas para os comerciantes, como se inculca. Sê-lo-á igualmente para os próprios advogados, os quais encontrarão nêle solução pronta a muitas dúvidas e alguns ensinamentos de valia”.

27. *Das Sociedades por Quotas, de responsabilidade limitada.* — Um novo tipo de sociedade comercial. — Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, acompanhado de uma sucinta noção do mecanismo da lei. — E' a quarta edição do trabalho. Escrito para a *Revista de Comércio e Indústria*, que o publicou em primeira edição, vol. II, pags. 1 a 60, teve segunda edição na *Revista Juridica*, da Livraria Francisco Alves, do Rio de Janeiro, vol. XIV, págs. 25 a 48. A terceira edição saiu nos *Estudos de Direito*

Comercial. — 41 págs. — Tip. da Livraria Universal, de Echenique & Cia., Pelotas.

1920

28. *Uma questão de competência.* — Juízo de Direito da Comarca de Piracáia. Estado de São Paulo. Recurso de agravo. Santa Casa de Misericórdia de Piracáia vs. João Marcolino da Silva. 14 págs. Tip. Sociedade Editora Olegario Ribeiro. São Paulo, 1920.

29. *Do depósito como meio de evitar a falência.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Santos. Carmello D'Agostino vs. Pascual Gomez & Cia. 14 págs. Estabelecimento Tipográfico M. Miglino. — São Paulo, 1920.

1921

30. *Uma impugnação de crédito.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 11.101. Aluminium Company of South America vs. Cotonificio Rodolfo Crespi. 49 págs. Secção de Obras do *O Estado de São Paulo*, 1921.

31. *Destituição de liquidatário.* — Tribunal de Justiça de So Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 11.116. Aluminium Company of South America vs. Massa Falida da Sociedade Importadora de Automóveis. 17 págs. Secção de Obras do *O Estado de São Paulo*, 1921.

32. *Da reivindicação na falência.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 11.138. Aluminium Company of South America vs. Ame-

rico Martins Junior & Cia. 12 págs. Secção de Obras do *O Estado de São Paulo*, 1921.

33. *Do privilégio dos despachantes.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 11.104. Aluminium Company of South America vs. Americo Martins Junior & Cia. 11 págs. Secção de Obras do *O Estado de São Paulo*, 1921.

1922

34. *Uma questão de agua.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Jahú. Apelação Cível n. 11. 742. D. Adelia Ferraz Prado vs. Pedro Francischini. 47 págs. Oficinas Gráficas Monteiro Lobato & Cia. — São Paulo, 1922.

35. *Do regime de bens do estrangeiro.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Jahú. Apelação Cível n. 11.277. Luiz e Guilherme de Pauli vs. D. Minato Maria Stella. 24 págs. São Paulo, 1922.

1923

36. *Da reserva de bens em inventários.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 12.307 D. Maria Antonieta Moratti vs. Espolio de D. Violeta de Carvalho. Acórdão na *Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 47, pág. 408. 13 págs. São Paulo, 1923.

37. *Arame farpado é “ferragem”?* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Uma questão de marca de fábrica. Martins Ferreira & Cia. vs. Antônio Motta & Cia. Agravos ns. 12.360 e 12.367. Acórdão de 24 de maio de 1923, na *Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 47, pág. 180 a 181. 18 págs. São Paulo, 1923.

38. *Da alegação da perda de títulos em executivo cambiário.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Campinas. Apelação Cível n. 11.923. Manoel Martins de Araujo vs. Alfredo Aguiar. Acórdãos de 27 de abril de 1923 e 26 de agosto de 1924, na *Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 51, págs. 222 a 225. 23 págs. Tip. Monteiro Lobato & Cia. — São Paulo, 1923.

39. *Um caso de recurso extraordinário.* — Supremo Tribunal Federal. Carta testemunhavel n. 3.612, de São Paulo. Francisco de Paula Sergio vs. José Antonio Capistrano. Acórdão de 3 de outubro de 1923, na *Revista do Supremo Tribunal Federal*, do Rio de Janeiro, vol. 57, pág. 194, e vol. 60, pág. 86. 14 págs. Oficinas Gráficas Monteiro Lobato & Cia. — São Paulo, 1923.

40. *Da imitação de marca de fábrica.* — (O “Guaraná Espumante” em foco). — Junta Comercial de São Paulo. Agravo n. 99. Zanotta, Lorenzi & Cia. vs. Grande Manufatura Brasileira de Bonbons. 21 págs. Oficinas Gráficas Monteiro Lobato & Cia. — São Paulo, 1923.

41. *A marca “Sanguinol” e seus imitadores.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. D. Irma de Godoy Cardoso vs. Augusto Niklaus. Acórdão de 8 de novembro de 1923, na *Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 465 a 467. 14 págs. Oficinas Gráficas Monteiro Lobato & Cia. São Paulo, 1923.

42. *Manual do Comerciante.* — Segunda edição revista muito aumentada. — 328 págs. — Editores, Monteiro Lobato & Comp. — São Paulo, 1923.

Na *Revista Argentina de Ciências Políticas*, de Buenos Aires, Ano XIII, tomo XXVI, de 1923, pág. 539, escreveu o Professor Dr. MARIO A. RIVAROLA, seu diretor, esta apreciação bibliográfica:

“Ha aparecido la segunda edición de esta obra, interesante para un conocimiento de conjunto de las disposiciones legales relativas a los comerciantes. Sus primeros capítulos se encuentran dedicados a la contabilidad en general y al modo especial propio de algunos géneros de comercio. Se ocupa luego de la matrícula, y pasa en seguida a tratar las sociedades comerciales bajo sus distintos aspectos y según el negocio a que se dedican. Luego se ocupa de las sociedades anónimas y por acciones, cooperativas y sociedades extranjeras de seguros, para tratar en seguida la letra de cambio y los pagarés. A continuación se exponen los diversos contratos comunes de comercio, enajenación de la hacienda comercial, marca de fábrica.

“Son objeto de exposición también el concordato, la falencia, la hipoteca y la prenda mercantil, y mas adelante los seguros y la cuenta corriente bancaria. La última parte del libro está destinada al transporte, navegación y averías, para terminar con la materia relativa a los impuestos de exportación, impuestos estaduais e interestaduais y de consumo”.

43. *Dos empréstimos municipais mediante letras de câmbio.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Dois Corregos. Embargos n. 11.925. Antonio Zuardi vs. Câmara Municipal de Mineiros. Oficinas Gráficas Monteiro Lobato & Cia. 39 págs. São Paulo, 1923.

1924

44. *O chocolate “Lacta” e os imitadores de sua etiqueta “Andorinha”.* — (Uma questão de marca de fábrica) — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Recurso crime n. 4.850. Francisco Pistone vs. Zanotta, Lorenzi & Cia. Acórdão de 7 de agosto de 1925, na *Revista dos Tribunais*, de São Paulo, vol. 51, pág. 92 a 97. 41 págs. Tip. Rossetti & Rocco. São Paulo, 1924.

45. *Um caso de fraude contra credores.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Barretos. Apelação cível n. 13.087. José Perereira Novo vs. Serafim Jorge Ferreira. 29 págs. Oficinas Gráficas Monteiro Lobato & Cia. — São Paulo, 1924.

46. *O Novo regulamento da Propriedade Industrial.* — (Uma campanha da Associação Comercial de São Paulo). — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 13.268. Baruel & Cia. vs. Junta Comercial de São Paulo. 50 págs. Tip. Rossetti & Rossi. — São Paulo, 1924.

A proposito dêste volume escreveu J. X. CARVALHO DE MENDONÇA:

“Tenho recebido sempre e lido com aproveitamento e prazer os seus trabalhos forenses. Ainda agora, tenho diante de mim cinco belos bolhetos, trabalhos admiráveis de impressão e magníficos no interior. *O novo regulamento da Propriedade Industrial* (min. ag. n. 13.268) é digno de apreciação. Que belo estilo! Quanto conceito justo, ainda que meio pejorativo...

“Todos os seus trabalhos primam pela bela exposição. A isso é que chamo escrever bem português”.

47. *Do nome comercial como marca de fábrica.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Sotto Mayor & Coletes vs. Sotto Maior & Cia. 13 págs. Tip. Rossetti & Rocco. — São Paulo, 1924.

48. *Em prol de uma instituição de caridade.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos n. 11.855. Comarca de Caçapava. Dr. João Evangelista Rodrigues vs. Conferência de São José. 39 págs. Tip. Rossetti & Rossi. — São Paulo, 1924.

1925

49. *Liquidação de sociedade.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 14. 159. Armin-

do Machado Leite vs. Erwin Hafstetter e Julio D'Eça. 20 págs. Casa Rosenhain. — São Paulo, 1925.

50. *Sociedades por Quotas.* — Quinta edição revista e aumentada. — 352 págs. — Companhia Gráfico-Editora Monteiro Lobato. — São Paulo, 1925.

É da *Revista de Jurisprudencia Argentina*, de Buenos Aires, ano 17, fasciculo n. 16, de maio de 1934, esta nota, da lavra de JUAN JUSTO DASSEN:

“Obra de un comercialista de nota, el libro que nos ocupa constituye una estimada contribución al estudio de las sociedades de responsabilidad limitada.

“Se investigan en ella con elevado espíritu crítico y loable minuciosidad, los numerosos problemas jurídicos y prácticos que tales sociedades suscitan. Estas dificultades derivan, en parte, de la naturaleza poco definida de esos entes, que participan de los caracteres de las sociedades colectivas y de las anónimas.

“Comienza el trabajo con una interesante nota histórica en la que se hace referencia a las legislaciones de Inglaterra, Alemania, Portugal, Austria, Suiza e Italia, sobre la materia, indicando, em forma sintética, pero clara, sus características. Señala las ventajas que tal forma de sociedades representa para las empresas modestas; expone la opinión adversa de MARGHERI, y la favorable de la comisión presidida por VIVANTE y compuesta por los mas eminentes juristas y profesores de Italia que proyectaron el nuevo código de comercio presentado al gobierno en el año 1922.

“En lo que respeta a la legislación comercial brasileña, hace notar que la misma no se ocupó de las sociedades de responsabilidad limitada hasta el decreto núm. 3708, de enero 10 de 1919, que las reguló. Se ocupa de los antecedentes patrios de este decreto, manifestando que ya en el año 1865 el consejero NABUCO DE ARAUJO había formulado um proyecto regulamentando esas sociedades a semejanza de las que existian en Inglaterra y en Francia. El 20 de septiembre de 1918 el diputado por el estado de Rio Grande do Sul, doctor JOAQUIM LUIZ OSORIO, presentó

a la cámara de que formava parte un proyecto de sociedades de responsabilidad limitada, calcado sobre el contenido en el proyecto de código de comercio — cuya consideración por el senado recién se iniciaba — de que es autor el notable jurisconsulto brasileño doctor **INGLEZ DE SOUZA**. Con el dictamen favorable de las respectivas comisiones de justicia y negocios constitucionales de ambas cámaras legislativas el proyecto quedó convertido en ley, casi sin discusión, por decreto núm. 3708, de enero 10 de 1919.

“Hace notar el autor que debido a la inexplicable precipitación con que dicho proyecto fué sacionado no pudo ser debidamente estudiado y discutido. De ahí las diferencias y lagunas que ofrece la ley, las que, según prevé, serán un tormento para el comercio y para los tribunales que la apliquen.

“A esa noticia histórica sigue un concienzudo estudio de la estructura de las sociedades por cuotas, de los requisitos del contrato social, del objeto de la sociedad, de la firma o denominación social, del uso de estas, de las facultades y responsabilidad de los socios gerentes, del capital social, de las cuotas, de los socios o cuotistas, de la administración social, de la emisión de obligaciones al portador, de la transformación de sociedades de otros tipos en sociedades por cuotas, de la fusión e incorporación de sociedades de distintos tipos, del concordato preventivo, de la quiebra, de la liquidación, del impuesto sobre la renta. Además, se inserte un apéndice conteniendo las opiniones sobre el proyecto de **NABUCCO DE ARAUJO**, emitidas por la Associação Comercial e Beneficente de Pernambuco, Tribunal do Comércio da Corte, y del Instituto dos Advogados Brasileiros.

“Cierra el libro un útil índice alfabético de materias.

“Es digna de mencionarse la amplia y selecta información de doctrina y de jurisprudencia judicial y administrativa que acusa la obra comentada.”

1926

51. *As terras do Ribeirão Doce*. — Ação de reivindicação das terras do Ribeirão Doce e Batalha. — Juízo Federal da Secção de São Paulo. — 1.^a Vara. — D. Maria de Mi-

randa Castro vs. Orosimbo Morais Navarro. — 50 págs. — São Paulo Editora Limitada. — São Paulo, 1926

1927

52. *Apelação cível n. 5.593* — Supremo Tribunal Federal. A Companhia Nacional de Estamparia vs. União Federal. 55 págs. Oficinas de Obras d'O Globo. — Rio de Janeiro.

53. *Da autorização judicial para vendas de massas falidas.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo n. 15.114. Hugo Charles Braun vs. Massa Falida da S. A. Tecelagem Taubaté. 23 págs. — São Paulo Editora Limitada. — São Paulo, 1927.

54. *Da responsabilidade civil da massa falida por culpa dos seus representantes.* — Dissertação para o concurso à cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito de São Paulo. — 70 págs. — São Paulo Editora Ltda., 1927.

I. Da secção — *Livros novos de RODRIGUES DE CARVALHO*, no *Correio da Manhã*, da Paraíba, de 9 de outubro de 1928:

“Trata-se de uma tésé inédita, esta de vincular-se a massa falida pelos atos danosos contra terceiros praticados pelos síndicos ou liquidatários.

“O trabalho é bem metodizado, fundido nos moldes do direito civil, à luz da legislação comercial e da doutrina.

“É de oportunidade a matéria estudada, agora que se tem em formação no Congresso o Código Comercial projectado pelo saudoso INGLEZ DE SOUZA”.

II. “L'A sostiene che, a norma del diritto locale dello Stato di San Paolo, la massa fallimentare non risponde civilmente per la colpa di suoi rappresentanti, e questo perche non é persona giuridica di diritto privato e pertanto é incapace di acquistare diritti e di assumere obbligazioni per-

che la legge sui fallimenti esclude dalla ripartizione delle passività della massa le obbligazioni risultante da atti illeciti compiuti dal sindaco o dai liquidatori”

La Giustizia Penale, de Roma, ano XLII (1936) fasc. 1.

III. “El A. llega a las siguientes conclusiones: La masa no responde por culpa de sus representantes. No responde porque: I, no es persona jurídica de derechos y contraer obligaciones; II, la ley de quiebras excluyó de las deudas de la masa las obligaciones resultantes de actos ilícitos praticados por los síndicos y liquidadores.

“Para llegar a esas afirmaciones, se desarrollan principalmente los problemas atinentes a la administración de la quiebra, el nombramiento y posición jurídica de los síndicos y liquidadores dentro de la misma, los principios de la responsabilidad por acto propio y por actos de terceros; la responsabilidad civil directa e indirecta de las personas jurídicas y impersonalidad jurídica de la masa falida”...

(*Boletín Bibliográfico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, de Montevideo, n. 3, de 1935).

55. *Sociedades comerciais irregulares*. — Dissertação para concurso à cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito de São Paulo. — 173 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1927

I. Da secção — *Livros novos*, de RODRIGUES DE CARVALHO, no *Correio da Manhã*, da Paraíba, de 9 de outubro de 1928:

“Do notavel commercialista sociologo que é o Dr. WALDEMAR FERREIRA, de São Paulo:

Sociedades comerciais irregulares, 1927. — S. Paulo Editora. 170 paginas *in folio*.

“O propecto jurista sobre ser um insigne advogado, dedica-se a escrever monografias referentes a materias do direito comercial ainda não estudadas devidamente.

“No comércio brasileiro é uso frequente não se legalizarem as sociedades, que funcionam como personalidades de fato e não de direito.

“Graves são os prejuizos decorrentes, e perigosas são as lacunas consequentes. Pelo nosso regime são essas sociedades declaradas falidas com todos os onus contra os

respectivos sócios, ao passo que êstes não têm em seu favor as regalias conferidas pela lei aos socios das sociedades regulares”.

56. *Curso de Direito Comercial.* — Tipografia Siqueira. Salles Oliveira, Rocha & C. — São Paulo, 1927.

Volume primeiro. — *Parte geral. Do comerciante e seus auxiliares.* Preleções feitas na Faculdade de Direito de São Paulo no ano letivo de 1925. Primeira cadeira do terceiro ano. — 323 págs.

Volume segundo. — *Da falência e da concordata preventiva.* Preleções feitas na Faculdade de Direito de São Paulo no ano letivo de 1926. Primeira cadeira do quarto ano. — 392 págs.

Da secção bibliográfica de PLÍNIO BARRETO no *O Estado de São Paulo*, de 23 de julho de 1927:

“O concurso, apesar de todos os defeitos que tem, e não são poucos, continua a ser o processo mais aceitavel para a escolha de candidatos a cargos técnicos. Se lhe adicionassem, antes ou depois de realizado, um período de exercícios práticos chegaríamos quâse à perfeição. Por si só, pôde êle revelar no candidato algumas virtudes apreciáveis, como a agilidade de expressão, o dominio dos nervos e a faculdade de assimilação. Mas, raramente revelará o principal, que é conjunto de tudo isso e mais um “que” indefinido, isto é, o talento especifico para a função que o individuo pretende exercer. O professor, por exemplo, não bastará que se recomende pelos dotes de eloquência ou pela extensão do saber. Requer mais alguma coisa, que é aquilo que se poderia chamar o talento didático, o jeito especial de expôr sem ficar aquém e sem ir além da capacidade de compreensão do aluno, mantendo-lhe sempre alerta, vivaz e interessada, a atenção inexperiente. Isso, essa qualidade primordial não se apura nos concursos, ou raro se apurará. Só se mostra no exercicio do ensino.

“Para o juiz não será suficiente, também, a denúncia de intelligência e preparo. Faz-se mistér ainda o concurso da prática forense. Ponha-se um rapaz de genio a julgar cau-

sas sem experiência do officio e não terão conta os erros em que incidirá.

“Não se devia, penso eu, confiar uma cadeira de professor e revestir da toga ao magistrado a quem, ao saber comum, bebido nos livros, não possa adicionar ainda o saber de experiências feito. Professores e juizes não há quem os tolere principiantes e bisonhos.

“Não se distanciam das minhas as idéias que a êsse respeito nutre o sr. WALDEMAR FERREIRA. Na preleção inaugural do *Curso de Direito Comercial*, que na qualidade de livre docente, realizou na Faculdade de Direito desta capital, durante a ausência do catedrático, sustentou s. s. também que para ensinar não basta saber. “É necessário o condão misterioso que põe em vibração os espiritos para que entre êles se opere a transfusão dos conhecimentos.

“Creio que êsse condão, despertado pelo hábito de ensinar nessa interinidade proveitosa, descobriu o jovem professor. O seu *Curso de Direito Comercial*, que, aliás, não saiu completo, conquanto fosse bem desenvolvido e, talvez por isso mesmo, demonstra que o professor está amadurecido para o delicado officio. Quando vier a reger definitivamente a cadeira, que disputa, já não atormentará os alunos. As suas preleções são claras, precisas e metódicas. Estão ao alcance das inteligências médias e acredito que ao alcance também das que se põem abaixo das médias. Ao distinto livre docente não falta sequer uma das qualidades essenciaes mas pouco encontradiças, que é a coragem das opiniões.

“Gostei de vê-lo, na preleção inaugural, cair em cheio sôbre os advogados e juizes que, no Brasil, como em toda a parte, armam escandalo com a sua carência de convicções jurídicas. “A carência de convicções, ou jurídicas ou económicas ou financeiras, notadamente a ausência de convicções políticas, eis o grande mal brasileiro. Vivemos ao Deus dará, num empirismo espantoso, fazendo experiências arriscadas, mas cortando com elas o cerne da nacionalidade”. Não há, com efeito, tristeza maior para os espiritos sérios do que a volubilidade dos nossos juristas. Poucos são, desgraçadamente, os advogados capazes de subordinar os interesses da advocacia à disciplina dos principios jurídicos. A maioria não se envergonha de escravizar êsses principios àqueles interesses. Torcem-nos ou os abandonam ao sabor da necessidade da hora e da conveniência do momento. Na politica,

então já se tornou coisa corriqueira o desprezo das convicções jurídicas. Ninguém se embaraça com elas: ninguém lhes dá a mínima atenção. O que reina, ali, é o sofisma, e o sofisma é o inimigo figadal da convicção.

“Além do *Curso de Direito Comercial*, o sr. WALDEMAR FERREIRA publicou, recentemente, duas teses: *Da responsabilidade civil da massa falida por culpa dos seus representantes e Sociédades Comerciais Irregulares*.

“Ambas são interessantes. Não me é possível, evidentemente, analisá-las com minúcia. Não posso, entretanto, deixar passar sem reparo a doutrina de que os credores poderão ser responsáveis, em certas hipóteses, pelos atos dos liquidatário das massas falidas. Os liquidatários, argumenta o sr. WALDEMAR FERREIRA, são mandatários dos credores, pois são êstes que os elegem em assembléia. “Se no exercicio de suas funções atos perpetrarem, violando o direito ou causando prejuizos a outrem, culposa ou dolosamente, mas atos que caibam nas atribuições de seu cargo, por êle responderão os mandantes, os representados — os credores, se se fizer também a prova de sua culpa ou negligência”.

“Confesso que não posso concordar com essa tese. Os liquidatarios não são apenas simples mandatários dos credores. Eles e os syndicos, como bem o observa o sr. CARVALHO DE MENDONÇA, são órgãos da massa dos credores na sua unidade. Não existem só para beneficio dos credores. “São instituidos no interêsse público para a realização do escopo da falência, derivando-se diretamente da lei o título do exercicio das funções que lhes são confiadas.

“É exato que são eleitos pelos credores e que pelos credores podem ser destituídos. Mas também o é que permanecem no cargo e atuam sob a direço e superintendência dos juizes. “Em virtude desse grande poder de natureza administrativa confiada ao juiz — o ensinamento ainda é do sr. CARVALHO DE MENDONÇA — êste tem ainda a faculdade de ex-officio, ou a requerimento dos interessados, ou do representante do Ministério Público, que é fiscal da execução da lei, solicitar daqueles órgãos da massa falida — (os syndicos e liquidatários) quaisquer informações úteis, exigir-lhes conta da gestão, chamar-lhes ao cumprimento dos deveres legais, impedir atos contrarios da lei, usando, se necessário fôr, do meio extremo da destituição”.

“Esta lição é simples desenvolvimento do que está expresso no art. 69 da lei de falências. Se o liquidatário é um órgão da massa dos credores e exerce funções do interesse público, os atos, que pratica, dentro das atribuições legais, só podem vincular, quando lesivos de direitos de terceiros, a massa, de que é órgão, e não os credores, que a constituem, assim como os atos análogos, praticados por um dos órgãos da administração de uma sociedade anônima só vinculam a responsabilidade da sociedade e não a dos acionistas.

“O sr. WALDEMAR FERREIRA tenta prender os credores ao liquidatário pelo gancho da culpa *in vigilando*. Ficam responsáveis pelos atos deste, porque, diz, devem acompanhar de perto a administração do liquidatário, fiscalizando-lhe os atos. Se verificarem que êle anda mal e não o destituem incidirão na culpa *in vigilando*.

“Nesse caso, deveria s. s. também forjar cadeias iguais para o Estado, quando o juiz, diretor e superintendente do liquidatário, o veja proceder mal e não o destitua *ex-officio*...

“Ou a responsabilidade será exclusivamente dos liquidatários ou, ento, será dles e da massa. Dêles e dos credores é que não pode ser. E não pode ser por isto: a lei de falências estabelece a responsabilidade dos liquidatários somente para com a massa falida. Não cogita da sua responsabilidade para com os credores, pessoalmente. Quer isto dizer que, na economia da lei, tudo quanto o liquidatário fizer no exercício de suas funções repercutirá no patrimônio da massa, mas não irá, por cima desse patrimônio, atingir aos credores individualmente. Direitos e deveres êle os tem unicamente em relação à massa. Perante a massa responde êle pelo abuso que praticar. Pelo abuso, pela má fé, pela infração da lei, pela má administração, pela desídia e pela negligência. O abuso pôde consistir num ato ilícito. Se êle responde à massa pelos abusos é manifestamente porque, em consequência desses abusos se geraram para a massa danos e prejuízos injustos. O parágrafo 1.º do art. 72 da lei torna bem visível que os laços de solidariedade amarram o liquidatário e a massa e não o liquidatário e os credores. Seria uma coisa contrária a todos os principios jurídicos que os credores respondessem indivi-

dualmente pelos atos do liquidatário e só a massa é que tivesse contra êle, como só ella é que tem, ação para se cobrir dos danos e prejuizos que os seus atos causarem.

“Provavelmente, nenhum de nós tem razão, ou temo-la ambos. Em controversias jurídicas, sobretudo em torno dos textos legais, é mais fácil que todos tenham razão do que alguém deixe de tê-la”.

1928

57. *Desfazendo razões de máu pagador.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Salto Grande. Eduardo Salgueiro vs. Barros & Cia. 24 págs. São Paulo Editora Limitada, 1928

58. *A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centúria de 1827 a 1927.* — Separata da *Revista da Faculdade de Direito* de São Paulo, vol. XXIV, — Typografia Siqueira. — 185 págs. — São Paulo, 1928.

1929

59. *Manual do Comerciante.* — Terceira edição. — 404 págs. — Companhia Editora Nacional. — São Paulo, 1929.

Escreveu JUAN JUSTO DASSEN na *Revista de Jurisprudência Argentina*, de Buenos Aires, ano 17, n. 16, de maio de 1934:

“Este libro está constituido por la reunión de 213 consultas jurídicas sobre toda suerte de asuntos comerciales, evacuadas por el jefe del consultorio juridico del Centro do Comércio e Indústria de São Paulo, doctor WALDEMAR MARTINS FERREIRA.

“Las opiniones vertidas por este ilustre jurista íbanse publicando en la *Revista do Comércio e Indústria*, órgano de publicidad de esa asociación de comerciantes, hasta que en el año 1919 los editores resolvieron reunir las en un volumen que denominaron *Manual do Comerciante*.

“La alta autoridade del autor como comercialista y el fin eminente práctico de su obra hicieron que las dos primeras ediciones de ésta se agotasen rápidamente no obstante su gran tirada.

“Un minucioso índice alfabético de la materia facilita notablemente la consulta de este libro.”

60. *Defendendo um crédito hipotecário.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara Civil. Comarca de São José dos Campos. Apelação cível n. 16.684. José Ricardo Leite vs. Antonio Fernandes Cruz. 46 págs. Empresa Gráfica Ltda. — São Paulo, 1929.

61. *Por uma suposta apropriação de três centímetros de terreno.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 16.858. J. A. Nascimento Gonçalves vs. Dr. Paulo Nacarato. 41 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1929.

62. *A propósito de remuneração de mandatários.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara. Comarca da Capital. Apelação Cível n. 17.397. Associação Comercial de São Paulo vs. Ateliers de Constructions Electriques de Charleroi. 34 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1929.

63. *Do direito do interessado à sua remuneração.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 17.222. Eliseu Zucchi vs. Luiz Blumenthal. 59 págs. — São Paulo Editora Ltda., 1929.

64. *Questões de Direito Comercial.* — Pareceres. — Primeira série. — Tipografia Siqueira. Salles Oliveira, Rocha & Cia. — 426 págs. — São Paulo, 1930.

I. A propósito dêste livro, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA conceituou:

“Tenho na minha frente o volume das — *Questões de Direito Comercial*, coleção de esplendidos pareceres do eminente colega e mui distinto amigo.

“Somente quem conhece o nosso meio poderá bem avaliar a soma de estudo e de outros esforços para se conseguir uma orientação segura na solução dos casos práticos, difíceis e intrincados.

“O seu trabalho é um manancial de lições fecundas e revela a alta capacidade jurídica do mestre.

“Escusado é dizer que já conhecia a maior parte daqueles pareceres. A muitos me referi no *Tratado*”.

II. Também assim LEVI CARNEIRO se manifestou:

“Agora mesmo, e por êsse motivo, é que pude apreciar uma parte daquela sua gentileza, lendo as *Questões de Direito Comercial* e os memoriais que as acompanharam. Sinto que me falte autoridade para o louvôr merecido. Posso, no entanto, dizer-lhe que muito aproveitei nessa leitura e que volverei a essas páginas sempre que tiver de enfrentar qualquer dos assuntos versados nelas com admirável mestria.

“A sua autoridade está firmada tão seguramente que já não é arriscado prognosticar-lhe a sucessão da de CARVALHO DE MENDONÇA. E deve ser um consolo saber que subsistirá o inestimável contrôle doutrinário e moral das relações comerciais, que o grande MENDONÇA soube criar entre nós”.

1930

65. *A responsabilidade por acidente no transporte gracioso de automovel.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 17.538. Tomaz Vieira dos Santos vs. José Augusto do Nascimento Gonçalves. 67 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1930.

66. *Rejeição de empreitada. O fracasso dos carneiros hidráulicos “Jordão”.* — Tribunal de Justiça de São

Paulo. Terceira Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 17.451. Sociedade Anônima Usina Esther vs. Dr. Alfredo Jordão Junior. — 69 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1930.

67. *A conferência de bens do sócio e a sociedade leonina.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 17.608. D. Leonor de Azevedo Oliveira vs. Dr. Luiz Gonçalves da Silva. — 86 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1930.

68. *A concordata terminativa de falência anterior à lei nova e a sua sujeição ao regime desta.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara da Capital. Agravo n. 16.659. Coronel Antonio Gordinho Filho vs. Antenor Vilaça. — 40 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1930.

69. *A nova lei de falências e a sua elaboração.* — Publicação da Associação Comercial de São Paulo. — 136 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1930.

1931

70. *A propósito de um chéque.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Apelação cível n. 18.133. Fabio da Veiga Oliveira vs. Dr. Pelagio Teixeira Marques. — 41 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1931.

71. *O endosso pignoraticio de conhecimentos ferroviários.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Quarta Câmara. Comarca de Santos. Agravo n. 18.303. Banco do Estado de São Paulo vs. Oliveiros Dias Pinheiro. — 14 págs. São Paulo Editora Limitada, 1931.

72. *A caução de conhecimentos por comissários de café.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Quarta Câmara.

ra. Comarca de Santos. Agravo n. 18.307. Aristides Dias Pinheiro vs. Banco do Estado de São Paulo. — 12 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1931.

73. *O requerimento doloso de falência e a obrigação de indenizar.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Terceira Câmara. Comarca da Capital. Entreposto Paulista Limitada vs. Silva & Pinto. — 30 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1931.

74. *As modificações da firma social e a subsistência da personalidade jurídica.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Quinta Câmara. Comarca da Capital. Embargos n. 17.097. Zanotta, Lorenzi & Cia. vs. Pistone, Wecke & Cia. — 22 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1931.

75. *As sesmarias e as terras devolutas.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Quinta Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 18.155. Dr. José Vicente de Azevedo vs. Companhia Brasileira de Imóveis e Construções. — 61 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1931.

76. *A suspensão dos embarques de café e os contratos de compra e venda.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara. Comarca da Capital. Apelação cível n. 19.227. Zerrenner, Bülow & Cia. vs. Coronel Cândido Pereira Lima. — 31 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1931.

77. *Um caso de procuração "em causa própria".* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Quinta Câmara. Comarca de Santos. Apelação cível n. 19.342. Miguel A. Rinaldi vs. Otavio Pereira Guimarães. — 54 págs. — São Paulo Editora Limitada.

78. *O comércio marítimo e o navio.* — Separata da *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. XXVI,

de 1930. 335 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. — São Paulo, 1931.

1932

79. *Da responsabilidade do sócio comanditário*. — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Santos. Embargos n. 19.342. — Miguel A. Rinaldi vs. Otávio Pereira Guimarães. 149 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1932.

80. *Questões de Direito Comercial*. — Pareceres. — Segunda série. — 342 págs. — Tipografia Siqueira. Sales Oliveira, Rocha & Cia. — São Paulo, 1932.

81. *O conhecimento do transporte ferroviário*. — Separata da *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. XXVII. — 179 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. — São Paulo, 1932.

1933

82. *Discursos*. — Contém o volume tres orações, duas pronunciadas durante a revolução constitucionalista de 1932 e outra como paraninfo — *Palavras do exilio*, escritas em Lisboa, aos bacharelamentos de 1932 da Faculdade de Direito de São Paulo. — 32 págs. — São Paulo, 1933.

83. *As Directrizes do Direito Mercantil Brasileiro*. — Conferências realizadas na sala dos Atos Grandes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 7, 11, 14, 17 e 21 de março de 1933. — 247 págs. Tipografia da Empresa do *Anuário Comercial*. — Lisboa, 1933.

Eis o sumário das conferências:

I. *A formação*. — A partida de D. João VI para o Brasil. A carta régia de 28 de janeiro de 1808 e a abertura

dos pòrtos brasileiros ao comércio internacional. O Tribunal da Real Junta do Comércio, Indústria, Navegação e Fábricas e as primeiras linhas do código do comércio. A influência de JOSÉ DA SILVA LISBOA. A faina legislativa e os seus resultados. A lei n. 556, de 25 de julho de 1850. Os regulamentos comerciais. O papel de JOSÉ CLEMENTE PEREIRA.

II. *O regime das sociedades mercantis.* — O lançamento dos primeiros trilhos ferroviários. As medidas governamentais para o seu desenvolvimento e irradiação. O dinamismo de IRINEU EVANGELISTA DE SOUZA e a aplicação de capitais estrangeiros no Brasil. A constituição das grandes emprêsas de transportes. A deficiência dos dispositivos do código comercial sôbre as sociedades anônimas e a legislação sôbre elas. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Os novos problemas das sociedades anônimas e a legislação sôbre elas. As sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Os novos problemas das sociedades anônimas e seu encaminhamento doutrinário e legislativo.

III. *O surto industrial e mercantil e o seu aparelhamento legislativo.* — O desenvolvimento da industria fabril. A legislação sôbre as marcas de fábricas e de comércio. As patentes de invenção. A abolição da escravatura e a intensificação da cultura do café, a coluna mestra da economia brasileira. O comércio comissário da praça de Santos e os seus usos e costumes. A intervenção oficial no comércio cafeeiro e os seus institutos de irradiação e de defêsa. Os armazéns gerais. A Bolsa Oficial do Café. Os novos títulos de crédito e a sua legislação.

IV *O instituto falimentar.* — A proclamação da República e a sua fecundidade legislativa. A refôrma do instituto da falência e a abertura de novos horizontes ao direito comercial brasileiro. A influência de CARLOS DE CARVALHO e o início da obra sistematizadora e monumental de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA. Os novos rumos do direito falimentar brasileiro.

V *As novas tendências.* — A inquietação universal do após guerra e a sua reflexão sôbre as concepções jurídicas. As novas doutrinas do Estado e a sua influência sôbre o direito privado. O sindicalismo contemporâneo e

a sua irradiação no Brasil. As leis do trabalho na indústria e no comércio. Os primeiros prenúncios do direito corporativo comercial.

— Discursando, em 23 de maio de 1935, na Academia Brasileira, referiu-se FELIX PACHECO a este livro:

“Regressando há pouco tempo de Poços de Caldas, tive ensejo de visitar, na Capital Paulista, em companhia do nosso querido colega AFONSO TAUNAY, as novas instalações da Biblioteca da Faculdade de Direito, na parte posterior, já reconstruída do velho e tradicional edifício por onde transitaram gerações e gerações de estudantes.

“Coube-me a fortuna de ser apresentado nessa ocasião ao Dr. WALDEMAR FERREIRA, cujo nome é hoje um dos mais belos florões do patrimônio intelectual daquele formidável pedaço do Brasil, onde o melhor do nosso progresso e da nossa fortuna se vem afirmando todos os dias do modo mais decisivo e mais brilhante.

“Se a política em nosso país, chegar a ser um dia aquilo que deve ser, isto é, uma contínua renovação de valores, a gente moça do São Paulo de hoje poderá proclamar com razão que teve a prioridade desse movimento de imprescindível substituição dos homens, abrindo caminho com elevação e patriotismo, sem menosprezar o passado, nem querer de modo nenhum diminuir o porte das velhas figuras que se notabilizaram pelo saber e pelo devotamento à causa pública.

“Combatendo o bom combate pela restauração da ordem jurídica contra o prolongamento do regime discricionário, o Dr. WALDEMAR FERREIRA teve de amargar no exílio a virilidade de sua atitude de patriota e homem da lei.

“Mas o exílio, quando é a consciência do dever cumprido, não se estiola em negações e ressentimentos, ao contrario floresce ainda mais em trabalhos que continuem ilustrando lá fóra o nome da Pátria distante e sempre amada.

“JOSÉ BONIFÁCIO, literariamente falando-se, foi talvez maior em Bordeaux do que no Rio de Janeiro ou em São Paulo, religando ali o vate ao sábio, que já o era e de renome na Europa inteira antes da Independência, e achando afinal vagares para pôr em ordem os versos antigos de AMÉRICO ELYSIO e escrever novas poesias que

haviam mais tarde de autorizar-nos sobejamente a incluí-lo na lista dos patronos das cadeiras de nosso sócios correspondentes.

“Do Dr. WALDEMAR FERREIRA se pôde dizer sem favor que seguiu êsse alto exemplo realizando, no seu ócio forçado de Lisboa, uma série de conferências primorosas que souberam dar ao auditório selectissimo da metropole lusitana ideia exata da formação do nosso direito mercantil.

“O suculento tomo em que as aludidas conferências foram depois reunidas faz honra à nossa Brasiliana nêsse ramo particular da ciência jurídica, com o traçado dos seus rumos históricos próprios através dos tempos e dos acontecimentos.

“Portugal teve assim um ótimo ensejo de verificar o preparo intelectual dos nossos homens públicos, cumulando com justiça o Dr. WALDEMAR FERREIRA das maiores distinções que um intelectual possa aspirar nos centros universitários do Exterior”.

1934

84. *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro.* — Volume primeiro: Parte geral. — 490 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1934.

Este é o seu prefácio:

“Só por insinceridade poderia eu dissimular as origens e os fins universitários desta obra.

“Esgotados os dois volumes do meu *Curso de Direito Comercial*, editados em 1927, não me foi possível resistir, por mais tempo, às reclamações de meus discipulos. Queriam eles obter exemplares daquele compêndio cada dia mais raros.

“Tratei de revê-lo para adaptá-lo ao meu programa de ensino.

“Estavam já muitas páginas revistas quando a politica me envolveu, dando-me as responsabilidades de uma pasta governamental e, como remate da revolução constitucionalista de São Paulo, em 1932, o exilio. Desterrado em Portugal, vi-me desde logo cercado pelas atenções dos

exímios professores da Faculdade de Direito de Lisboa. Acolhido por êles fraternalmente não pude forrar-me da incumbência, que êles me impuseram, por via de convite gentilissimo, de fazer série de conferências sôbre o direito brasileiro naquele notavel instituto de ensino superior.

“Quando tive a honra de iniciar na sala dos Atos Grandes da Faculdade de Direito de Lisboa, o meu curso, reproduzido em volume — *As Directrizes do Direito Mercantil Brasileiro*, o professor ABEL DE ANDRADE no discurso, com que se dignou de apresentar-me aos universitários lisboetas, houve por bem de enxertar as seguintes palavras, adrede escritas pelo professor J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, catedrático de direito comercial:

“WALDEMAR FERREIRA, quer como professor, quer como advogado, é um verdadeiro e autêntico comercialista que alia à cultura própria jurídica a cultura do economista, ao poder de síntese o espírito de observação e análise.

“É êste o depoimento dos seus numerosos livros, onde com igual competência e brilho são tratadas as questões puramente jurídicas e as questões de ordem técnico-comercial, e que vai ser confirmado pelas conferências cujas súmulas revelam o espirito superior do jurisconsulto. Baseado no estudo da vida e através das instituições jurídicas, WALDEMAR FERREIRA eleva-se aos momentosos problemas da politica jurídica e social.

“Orientado por VIVANTE e ROCCO, o Dr. WALDEMAR FERREIRA conhece a fundo os institutos econômicos, que o direito comercial rege; e como comercialista erudito não ignora a vida comercial em tôdas as suas manifestações.

“WALDEMAR FERREIRA, sem prejuizo da cultura jurídica geral, que possui em alto grau, conseguiu especializar-se como poucos; tem sido sempre professor de direito comercial; tem advogado sempre no fôro comercial, tem escrito exclusivamente sôbre direito comercial, sôbre questões jurídico-comerciais que versa com profundeza de conhecimentos e com critério superior.

“Em contacto permanente com a realidade da vida e com as obras dos mais notáveis comercialistas de todo o mundo, o seu espírito está admiravelmente preparado para dar o maior rendimento.

“Se ainda não produziu um grande tratado de direito comercial, nos seus numerosos e excelentes livros tem acumulado os materiais necessários para essa obra, que — permita-se-nos dizê-lo — tem obrigação de fazer, para definitiva consagração de seu nome e para grande proveito de todos nós.”

“Estas generosas expressões, aqui reproduzidas para pasto de minha pobre vaidade, impregnaram-se-me no espírito. Senti-me na necessidade de corresponder ao apelo, que me alcançara como ordem de comando.

“Preparando as páginas a fim de reeditar o meu livro de preleções, percebi que elas se haviam aumentado tanto que o primitivo curso se avolumara como um tratado. Não evidentemente, “um grande tratado”; mas o desenvolvimento mais extenso das matérias do meu curso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

“Dando à publicidade êste primeiro volume, a que se seguirão outros já em preparo, alimento a esperança de servir, antes de tudo, aos meus discípulos; e, com ela, a de poder cumprir com a continuidade de esforço ininterrupto, a expectativa do nobre professor catedrático português.

“Relembrando as honrarias, com que os juristas lusitanos me distinguiram, permito-me o prazer de reiterar-lhes, no limiar desta obra, os protestos de minhas gratidão na constância da minha saúde”.

1935

85. *O pacto de retrovenda e o direito de resgate.* — Côrte de Apelação do Estado de São Paulo. Comarca da Capital. Apelação Cível n. 21.701. Sociedade Territorial Estação de São Bernardo Limitada vs. Sociedade Anônima para Venda no Brasil dos Produtos Michelin. — 54 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1935.

86. *As Pilulas Xavier e as anemias verminosas.* — *Questão de marca de fábrica.* — Côrte de Apelação de São Paulo. Comarca da Capital. Recurso crime n. 6.941..

Ernani Lomba vs. João Gomes Xavier. — 94 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1935.

87. *O casamento religioso de efeitos civis.* — 184 págs. — Tipografia Siqueira. Sales Oliveira & Cia. Ltda. — São Paulo, 1935.

I. Da Secção — *Livros novos, de O Estado de São Paulo*, de PLÍNIO BARRETO:

“A Constituição Federal declarou que o casamento será civil mas permitiu que fôsse celebrado perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrariasse a ordem pública ou os bons costumes. O casamento assim realizado produzirá os mesmos efeitos que o civil desde que, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da opposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja êle inscrito no registro civil. Este será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidade para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. A Assembléia Legislativa, para completar o texto constitucional, fez uma lei que regulasse o casamento e que estabelecesse penalidades para a transgressão de seus preceitos. Não se imagina a celeuma que essa lei provocou. Na Assembléia combateram-na vários juristas e o chefe do executivo acabou vetando-a. Por que êsse barulho? Porque, tratando-se do ato matrimonial, o projeto dispôs que a solenidade se realizaria na Igreja ou templo, ou outro local designado ou admitido, pelo celebrante, a portas abertas, perante testemunhas, parentes, ou não, dos contraentes e na forma do rito da religião adotada. Esse dispositivo pareceu inconstitucional ao presidente da República. Com êle meteu-se o legislador na vida íntima das religiões, o que não é permitido pela Constituição. Regular o ato da celebração do casamento religioso, dispôr a respeito das circunstâncias que devem cercar a cerimonia religiosa, declarou um ilustre deputado na Assembléia, é promover a relação de dependência cuja manutenção com qualquer culto ou igreja o art. 17, n. III, da Constituição, veda à União.

“A essas observações, inclusive as do veto, replicou o relator da Comissão de Justiça, o deputado paulista, sr WALDE-

MAR FERREIRA, que, além, de sacramento ou cerimônia religiosa, o casamento é ato jurídico. Enquadrado no sistema do direito civil brasileiro, compete à lei ordinária, certamente, disciplinar a celebração do casamento religioso, determinando as formalidades desta, contanto que não invada a parte litúrgica da solenidade, nem a dificulte ou restrinja de qualquer modo. Estabelecendo essas formalidades, o poder público não legisla sobre o direito desta ou daquela confissão religiosa, nem estabelece com ela relação de aliança ou dependência. Se a Constituição permitiu a ministros de confissões religiosas celebrar o casamento e deu a essa celebração efeitos jurídicos, a lei ordinária, prescrevendo disposições e determinando formalidades, tendentes a aumentar a segurança jurídica do casamento, não impõe às confissões religiosas providências que lhes restrinjam a liberdade de culto ou lhes afetem o ritual, mas apenas colabora com elas em prol do interesse público, para cercar de maiores garantias o ato matrimonial. Se a Constituição manda que a lei ordinária estabeleça penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento, reconheceu implicitamente que a lei ordinária pode estabelecer preceitos atinentes ao ato matrimonial. Não é verdade que a lei haja regulado o ato religioso da celebração do casamento. Fez apenas exigência de certas formalidades exteriores para a sua celebração, destinadas a imprimir-lhe publicidade e autenticidade. A parte puramente religiosa do ato foi respeitada. Ficou a cargo do celebrante.

“Lendo-se com atenção o projeto, os debates e o veto presidencial, chega-se à conclusão de que o vício de inconstitucionalidade, de que o acoimaram, não o sofre o projeto. Com as providências, que determinou, nenhuma incursão praticou na parte litúrgica da cerimônia. Não se podia recusar ao legislador a faculdade de estabelecer preceitos atinentes à celebração do ato, que fôsem aplicados tanto ao casamento civil como ao religioso. O casamento no Brasil continúa a ser civil ainda quando celebrado por sacerdote e é a lei civil que traça as formalidades a que deve obedecer. O sacerdote só entra em cena para substituir o juiz de paz, no momento de celebração. Nesse momento, em vez de seguir o rito da lei civil, segue o da sua confissão religiosa. Foi essa a única concessão de acôrdo com as normas traçadas pela lei civil. As formalidades, que o projeto exigiu, para a cele-

bração do casamento, são de interêsse geral. Dizem respeito à ordem pública. Se entrarem em conflito com o rito de qualquer confissão religiosa, é porque êsse rito contraria a ordem pública e, nessa hipótese, a confissão religiosa não poderá gozar do favor constitucional da celebração de casamentos. A intervenção de sacerdotes no ato da celebração é um favor às confissões religiosas, mas êsse favor não altera o caráter civil do contrato. Dá-lhe apenas um ligeiro colorido de sacramento. Curiosa seria a instituição civil do casamento se, precisamente, no ato capital, que é a celebração do matrimônio, a lei civil nada pudesse estabelecer para assegurar a autenticidade do ato, isto é, suas condições essenciais para a sua validade. Outros pontos do projeto provocaram controvérsias. Mas o ponto principal foi êsse. E num volume sob o título — *O casamento religioso de efeitos civis*, o sr. WALDEMAR FERREIRA expõe, metodicamente, com a habitual clareza, tudo quanto houve na Assembléia a êsse respeito, reproduzindo, na integra, várias peças e discursos. O leitor que se queira enfronhar bem no assunto, encontrará nêsse volume tudo de que necessite para completo conhecimento da matéria.”

II. De *Apollinaris*, de Roma :

“Cum ex art. 146 Constitutionis Brasiliae graves quaestiones sint circa relationem inter matrimonium religiosum et civilem actum, Exc.mus W. FERREIRA legem quamdam proposuit, qua haec res omnino regeretur, variique casus aptum norma invenirent; propositam vero legem etsi a coetibus legislativis approbatum, praeses Reipublicae vetuit, ita ut adhuc promulgata non sit.

“Exc.mus W. FERREIRA, hoc volumine dum exponit et illustrat suas propositiones, accuratis commentariis et explanationibus, refert etiam varia fata quae apud legislativos coetus et postea apud Reipublicae praesidem lex proposita passa est”.

1936

88. *A renovação judicial dos contratos de locação de prédios ocupados por estabelecimentos comerciais.* — Côrte de Apelação de São Paulo. — Comarca da Capital.

Agravo de petição n. 4.518. Daniel Dhelomme vs. Sales Oliveira & Cia. Ltda. — 87 págs. — Tipografia Siqueira. São Paulo, 1936.

1937

89. *O estado de assembléia e o estado de guerra.* — Separata da *Revista da Faculdade de Direito* da Universidade de S. Paulo, vol. XXXIII, onde não chegou a publicar-se por imposição da ditadura fascista, juntamente com trabalho de JUAN CARLOS REBORA, professor da Universidade de La Plata, Republica Argentina. — 21 págs. — São Paulo, 1937.

1938

90. *O loteamento e a venda de terrenos em prestações.* — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais.* — São Paulo, 1938.

Primeiro volume — *Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937.* — *Texto e comentários.* — 309 págs.

JUAN CARLOS REBORA, professor da Faculdade de Direito e Ciencias Sociais da Universidade de La Plata, assim se exprimiu sobre êste volume:

“Looor a sua gran obra de jurista!

“Veo que la casación de sus poderes de diputado no ha restado ni un adarme a su capacidad de acción o a su entusiasmo de organizador. Y celebro que la demonstración me haya sido ofrecida por un nuevo trabajo de legislación, en que ha brindado V. a su país y especialmente al bienestar de las clases modestas la contribución de su experiencia y de su sabiduría.

“Yo pienso que en la madurez de la vida, floridamente alcanzada por V., las grandes obras no son solamente los tratados extensos y eruditos. Una iniciativa, una solución, un golpe de tímón pueden cobrar en ciertas circunstancias los perfiles de una gran reforma social. Y así, del punto de

vista de su significación y transcendencia, yo comparo su proyecto de 9 de junio de 1936, con sus mejores obras, que tanto respeto me merecen, y doy a la elaboración ulterior, expresada en las ampliaciones y comentarios que su nuevo libro encierra, el valor de una magnífica realización de estadista.

“*O loteamento e a venda de terrenos em prestações* es materia que ha sido considerada aquí por diversos proyectos presentados al Congreso, de los cuales ninguno ha sido con franco aplauso. El problema ha preocupado tanto que una corporación administrativa llamada Comisión Nacional de Casas Baratas decidió provocar, a mediados de 1936, o sea justamente cuando V. presentaba su proyecto, una Conferencia en que se debatiría el asunto (la cual no llegó a reunirse) y me tocaba a mí, como presidente de una de sus secciones, presentar un nuevo proyecto. Con esto quiero decirle que he debido informarme de todo lo que sobre la materia existe y que no conozco nada tan enjundioso y tan original como su trabajo, cuyas dificultades, además puedo medir. La felicitación que le lleva esta carta manifiesta mi mucha admiración y mi franco aplauso”.

Segundo volume — *Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938.* — *Texto e comentários.* — 156 págs.

Na secção — *Livros novos*, que por muitos anos manteve n’ *O Estado de São Paulo*, bordou PLÍNIO BARRETO estas considerações a propósito dêste segundo volume:

“Ao decreto-lei que, em dezembro de 1937, dispôs sobre o loteamento e venda de terrenos em prestações, dedicou o professor WALDEMAR FERREIRA largo e substancioso comentário de que, faz alguns mêses, dei noticia nestas colunas. Aquêlê decreto foi regulamentado por outro em setembro do ano passado. Entende o dedicado professor que ficaria incompleto o trabalho iniciado se também não comentasse êsse novo decreto. E, na verdade, ficaria. Muitas alterações de fundo trouxe o decreto de setembro de 1938 ao decreto de dezembro de 1937. No conflito entre êles qual deve prevalecer, uma vez que o segundo teve por intuito apenas regulamentar o primeiro? Se se tratasse de legislação feita no regime constitucional de outróra, não haveria dúvida alguma de que, em caso de conflito entre o regulamento e a lei, o que devia prevalecer era a lei. No regime atual, em que o

Executivo está investido de poderes legislativos, esse conflito, praticamente, não existe. Se o regulamento modifica a lei o que deve prevalecer é o regulamento. As datas é que decidem, pois o poder que expediu o regulamento tinha competência para alterar a lei. Dar-se-á apenas nessa hipótese um erro de técnica pela mistura que no regulamento se estabelece entre disposições de caráter normativo e disposições de caráter regulamentar.

“O professor WALDEMAR FERREIRA aponta e critica as alterações que o regulamento introduziu na lei. Essa crítica é antecedida de outra sobre a função legislativa e regulamentária em face da carta política de 1937. As duas ordens de crítica confirmam o conhecimento seguro do assunto que o ilustre professor já havia denunciado no primeiro volume e a independência e coragem do seu espirito. Os problemas jurídicos que os novos decretos suscitam são em número elevado. O sr. WALDEMAR FERREIRA estuda os principais e as soluções que sugere são, quase sempre, bem fundamentadas”.

91. *Ação de dissolução de sociedade.* — Tribunal de Apelação de São Paulo. Comarca da Capital. Agravo de petição n. 2.884. Manuel Ferreira Carneiro vs. Ary Rebello de Lima e João de Quadros Junior. — 116 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. — São Paulo, 1938.

92. *Código das sociedades comerciais.* — 401 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1938.

Do aparecimento deste livro *O Estado de São Paulo* deu esta notícia:

“A parolagem excessiva dos parlamentos desmoralizou-os. Todavia, fóra do recinto, longe da tribuna, há nêles uma zona de trabalho intenso e fecundo. E’ a zona onde funcionam as comissões. São disso atestado irrefutavel, no que concerne à extinta assembléia brasileira, os dois volumes de trabalhos parlamentares que o professor WALDEMAR FERREIRA acaba de publicar. São quase todos trabalhos feitos nas comissões.

“O primeiro, a que deu o título — *Código das sociedades comerciais*, começa por um estudo sobre essas sociedades.

Esse estudo, provocado por um projeto que remodelava as sociedades anônimas, tomou as proporções de um código. O texto é acompanhado de anotações que o esclarecem e justificam.

“A êsse trabalho segue-se uma análise dos contratos de compra e venda de coisas móveis a prestações, assunto de que, há muitos anos, o ilustre professor havia tratado em artigos de revista. Apareceu, na Câmara, na última assembléia legislativa, um projeto de lei estabelecendo nórmas para os contratos dessa natureza. Esse projeto deu ensejo ao sr. WALDEMAR FERREIRA para rever a matéria e traçar extensa análise do projeto.

“Nêsse estudo encontram-se observações muito interessantes sôbre o pacto de reserva de dominio, sôbre a convenção de locação no contrato de compra e venda a crédito e sôbre outros aspectos dêsse instituto.

“O sr. WALDEMAR FERREIRA condena tanto o projeto cujos defeitos aponta, como o substitutivo que, pela imprensa, propugnou o sr. PHILADELPHO AZEVEDO, distinto professor na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. Combateu-os ambos porque, a seu ver, viriam a favorecer a má fé dos compradores e proscreever dos contratos de compra e venda a crédito o pacto de reserva de propriedade. Mais do que isso! desfazia-se de pleno direito o contrato de compra e venda, o qual se resolveria, pela móra do comprador, no de locação.

“Examina, depois, o professor WALDEMAR FERREIRA o projeto de criação dos cartórios dos síndicos judiciais, atacando-o com vigor.

“A organização das sociedades de economia coletiva, sociedades que têm sido, infelizmente, uma fonte inexaurível de escandalos e prejuizos, deu-lhe ensejo para um estudo minucioso do assunto e para o oferecimento de uma série de sugestões de carater prático, destinadas a proteger a boa fé do público contra a esperteza dos que exploram a economia popular.

“Fecha o volume um trabalho sôbre a proibição de fornecimento de informações e publicidade de títulos protestados. Nesse trabalho o sr. WALDEMAR FERREIRA combate a idéia, que chegou a concretizar-se em projeto de lei, de se proibir o fornecimento de informações sôbre títulos levados a protesto, antes que o protesto seja tirado. O que prejudica o comerciante, friza êle, não é a divulgação de ter

sido o título levado a protesto. O que o prejudica é não haver efetuado o pagamento no dia do vencimento. A divulgação da impontualidade não acarreta perigos. Antes só vantagens traz para o comércio, principalmente em vista dos efeitos de ordem econômica e jurídica da mesma decorrente. Com a proibição da publicidade se tornaria impossível o protesto quando o devedor não fosse encontrado. Como fazer o oficial a intimação por edital, se a lei lhe proíbe o fornecimento, de qualquer maneira ou forma, de indicações, informações, certidões ou listas de títulos ou letras, antes de lavrados os respectivos instrumentos de protesto?"

93. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho.* — Volume primeiro. — 269 págs. — São Paulo Editora Limitada, 1938.

Sumário:

Introdução. — Capítulo I, As primeiras leis sociais brasileiras. — Capítulo II, O Patronato Agrícola. — Capítulo III, Os Tribunais Rurais. — Capítulo IV, Os contratos coletivos do trabalho. — Capítulo V, O sindicato ou associação profissional.

Primeira parte — A justiça do trabalho. — Capítulo I, As Comissões Mistas de Conciliação. — Capítulo II, As Juntas de Conciliação e Julgamento. — Capítulo III, A Justiça do Trabalho na Constituição da República. — Capítulo IV, a Justiça do Trabalho e o mecanismo judiciário do regime. — Capítulo V, A competência da Justiça do Trabalho. — Capítulo VI, O anteprojeto. — Secção I, A organização judiciária. — Secção II, O processo do trabalho. — Capítulo VIII, As conclusões. — Apêndice: I, A exposição de motivos do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. — II, O anteprojeto governamental da Justiça do Trabalho.

94. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho.* — Volume Segundo. — 580 págs. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1938.

Sumário:

Segunda parte — Decreto lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939. Organiza a Justiça do Trabalho.

Apêndice — I, Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939. — II, Decreto-lei n. 1.346, de 15 de junho de 1939. — III, Notas bibliograficas. — IV, Índices alfabeticos.

— Em *Tribunales del Trabajo. Derecho Procesal del Trabajo*, publicado pelo Instituto da Diretoria do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, da Republica Argentina (Santa Fé, 1941), escreveu o professor MARIANO R. TISSEB-BAUM presidente daquele Instituto:

“El profesor de la Facultad de Derecho de San Pablo, Brasil, DR. WALDEMAR M. FERREIRA, ha publicado una obra de mérito relevante, con motivo de la organización de la justicia del trabajo en el Brasil.

“La elaboración del actual sistema judicial del trabajo ha concitado la colaboración de numerosos juristas en cuanto a las opiniones que previamente se emitieron en la encuesta que organizó el gobierno antes de dar forma definitiva al proyecto de ley, y al comentario que posteriormente a su sanción se ha expresado en diversas publicaciones. Entre ellas se destaca en modo evidente, la del Dr. WALDEMAR M. FERREIRA y como fruto de la misma, surgió el libro de la presente nota.

“La obra se compone de dos tomos aparecidos em años sucesivos, razón por la cual comprenden estos aspectos diversos. En el primer tomo se encara el estudio del anteproyecto sometido al Congreso, en el año 1937, y en el segundo tomo, se comenta el decreto ley del año 1939 que instituye la justicia del trabajo.

“El Dr. FERREIRA a modo de prefacio, formula algunas referencias sobre los antecedentes del actual régimen legal de la justicia del trabajo, consignando las iniciativas, los mensajes y el discurso pronunciado por el autor en la Cámara de Diputados en el año 1937 en el rebate producido con motivo de la discusión del proyecto remitido por el gobierno.

“Recife el autor el proceso de la elaboración del proyecto sometido al parlamento, hasta que sobrevino el golpe de Estado de 1937 y posteriormente el decreto ley del año 1939 que organiza la justicia del trabajo, en base a un anteproyecto elaborado por una comisión especial designada por el gobierno.

“El tomo primero comprende en un análisis esquemático el panorama jurídico y social del Brasil antes de la

vigencia del decreto ley de 1939 citado y se exponen con tal motivo las primeras leyes sociales que contemplan el problema del trabajo rural enunciándose la institución del patronato agrícola, la organización de los tribunales rurales de San Pablo — los primeros que se instituyeron en el Brasil — en base a la organización paritaria de los mismos, hasta que se sanciona la Constitución del año 1934 en que se constitucionaliza el principio de la justicia del trabajo en forma separada de la justicia común.

“La convención colectiva del trabajo es objeto de un capítulo especial en que se desarrolla su naturaleza jurídica y su vinculación con la organización profesional en punto a la función y atribuciones que le corresponden, dada la circunstancia de su conexión con las cuestiones inherentes a los conflictos colectivos del trabajo.

“Se inserta más adelante el informe u opinión emitida por el autor en su carácter de presidente de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el mensaje presidencial y el anteproyecto de ley sobre organización de la justicia del trabajo que ha sido comentado elogiosamente por el jurisconsulto OLIVEIRA VIANA al calificarlo como “un curso sintético de la legislación social y derecho procesal del trabajo”.

“En el citado informe u opinión se analiza el carácter de las comisiones mixtas de conciliación vinculadas con la naturaleza jurídica del convenio colectivo, las funciones de las juntas de conciliación y juzgamiento en razón de la competencia para dirimir los litigios del trabajo, las cuestiones y debates suscitados con motivo de la incorporación del precepto de la justicia del trabajo en la Constitución del año 1934, el procedimiento de la misma, los fundamentos que se enuncian en la exposición de motivos y las disposiciones que se consignan en el anteproyecto de ley, en cuanto a la organización de de la justicia y as las normas procesales para la solución de los conflictos individuales e colectivos del trabajo.

“Finaliza el primer tomo con las conclusiones que a modo general formula sobre la justicia del trabajo, transcribiéndose la exposición de motivos y anteproyecto de ley que el P. E. del Brasil sometió al Congresso en el año 1936.

“El segundo tomo de la obra del Dr. FERREIRA aparecida un año despues del primeiro, en 1939 y cuando ya se habia dictado el decreto ley del mismo año que organiza la justicia

del trabajo, se dedica fundamentalmente al comentario del decreto ley citado.

“Precisamente el autor formula una exposición sobre el concepto del derecho judicial o derecho procesal y luego comenta artículo por artículo el decreto ley de Mayo de 1939. Se analiza así las referencias, doctrina, en procura de una justa interpretación jurídica y social, de las disposiciones y atribuciones del mencionado decreto ley, de las funciones y atribuciones de las Juntas de Conciliación y Julgamiento y Jueces de derecho; de los Consejos Regionales del Trabajo, de los funcionarios auxiliares de la justicia del trabajo de las atribuciones de ésta a través de la competencia de los organismos citados, del procedimiento, tanto para los conflictos individuales como colectivos del trabajo, de la ejecución de las sentencias, recursos y penalidades por incumplimiento.

“En la última parte del tomo se comenta en igual forma el decreto ley de Junio de 1939, que organiza el Consejo Nacional del Trabajo, con la institución de las dos Cámaras: de trabajo y de previsión social, consignando la competencia de estos organismos y las normas procesales consiguientes.

Tal es el contenido de los dos tomos, y cabe destacar que, sin ser el Dr. WALDEMAR FERREIRA especialista en la materia del trabajo pues su inclinación jurídica lo ha llevado al cultivo de la ciencia jurídica comercial, la obra constituye un tratado de suma importancia que se destaca no solo por el análisis que formula el autor en sus comentarios, sino, por la amplia versación que revela del tema que encara, abonado con el conocimiento de una amplia bibliografía y la información precisa de los antecedentes que invoca.

“Puede afirmarse que la obra del Dr. WALDEMAR FERREIRA resulta indispensable para un preciso y cabal conocimiento de los antecedentes y de la organización y funcionamiento de la justicia del trabajo en el Brasil”.

95. *O direito insurrecional do acionista.* — Tribunal de Apelação do Estado de São Paulo. Comarca da Capital. Apelação cível n. 5.012. Antonio Izar vs. Coronel Vicente Soares de Barros. — 127 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*, 1939.

96. *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*. — Volúme segundo — O comerciante. — 393 págs. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1939.

I. Na *Revista de Jurisprudência Argentina*, de Buenos Aires, JULIO C. RODRIGUES ARIAS escreveu:

“E aparecido el tomo segundo de esta obra que comprende en el presente libro el estudio del comerciante como sujeto de la actividad mercantil. Inicia el autor su tratado determinando en primer término los elementos que configuran la naturaleza jurídica del comerciante, punto en que se detiene a considerar los diversos sistemas doctrinarios y positivos de calificación del comerciante: el sistema subjetivo, el sistema mixto, el sistema del Código portugués de 1883, el de 1888, el sistema del Código alemán, el sistema formalista, el sistema del Código español de 1885 y el sistema brasileño (capacidad jurídica y profesión comercial).

En el capítulo siguiente el professor FERREIRA estudia las condiciones de reglamentación profesional del comercio, los requisitos de su ejercicio (nombre, edad, nacionalidad, domicilio y crédito público), la firma o razón social y su registro, e Registro de comercio y la Juntas comerciales. A continuación se ocupa de la clasificación de los comerciantes, según sus actividades, y de las obligaciones profesionales que le corresponden (registro de sus operaciones, balance anual y archivo de documentación).

En capítulo especial, de gran interés jurídico, trata del ejercicio del comercio por los relativamente incapaces (los menores, la mujer casada y los que se encuentran en estado de interdicción). En cada uno de estos casos lleva su análisis al mínimo detalle con el ánimo de poner en claro estas discutidas cuestiones. En este orden de ideas estudia también la prohibición del ejercicio del comercio y su fundamento en cuanto concierne al empleado público, a las corporaciones “manos muertas” y al clero, al fallido, a los corredores oficiales, a los rematadores, a los empleados de comercio, a los cónsules, etc. Asimismo examina en este capítulo, el último del libro, la cuestión que se plantea por el ejercicio del comercio por las mujeres de los afectados por la interdicción en ese sentido.

Para terminar considera las restricciones convencionales, resultantes de un contrato de compraventa de un negocio, por ejemplo, cuando el vendedor pacta con el comprador y se compromete a no ejercer el comercio en ciertas circunstancias y condiciones.

Este trabajo, realizado por el professor FERREIRA, contiene un nutrido material bibliográfico y documental, lo que, unido al admirable método y claridad de estilo del autor, hacen de la obra un ejemplar valioso y una contribución notable al estudio de las ciencias comerciales. Es lástima la falta de un índice bibliográfico y de disposiciones legales, de gran utilidad para la consulta.”

II. Eis como PLINIO BARRETO noticiou, na sua antiga secção — *Livros novos, d'O Estado de São Paulo*, de 5 de agosto de 1939, o aparecimento dêste volume:

“Vai pelo segundo volume o *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro* que o professor WALDEMAR FERREIRA está publicando. Nêste volume o ilustre professor expõe toda a teoria relativa — ao *Comerciante*. Sabe-se que não falta a êsse professor a qualidade primacial nos que se dedicam ao ensino, que é a clareza. A matéria é distribuída com rigor lógico e a exposição é feita em linguagem singela, sem demasias de erudição, ao alcance de todas as inteligências. A doutrina do texto é reforçada, frequentemente, por anotações em que se recolhe o que de mais expressivo fornece a jurisprudência dos tribunais. Para que se tenha uma idéia do que, nêsse particular, é o livro, vou citar um caso. Procurando caracterizar o comerciante pela prática dos atos comerciais, o Sr. WALDEMAR FERREIRA sustenta que basta a pratica de atos de comércio contínua e habitualmente, no exercicio permanente e estavel da atividade intermediária mercantil para que se verifique a existência do comerciante. Dessa prática resulta o habito. Decorre dele, da sua continuidade, a profissão. E esta atribui ao agente a qualidade de comerciante. Adverte, porém, logo a seguir, que nem todos os atos dão êsse resultado. Produzem-no os atos de comércio por natureza, *re ipsa*, por si mesmos comerciais. A prática de atos de comércio por conexão ou dependência, e mesmo por força ou autoridade de lei, a ninguem confere qualificado mercantil. Comerciante não é, exemplifica, o que tiver o habito de depositar as suas economias em banco e efetuar os seus pagamentos por via de chéques. Nem o que.

para servir amigos ou mesmo a sociedade de que faça parte, em dado momento se vir na necessidade de avalizar inúmeros títulos bancarios, por ela aceitos, emitidos ou sacados. O exemplo veio-lhe a proposito porquanto, na prática, algumas duvidas têm surgido a respeito. Em nota ao pé do texto, cita um caso elucidativo. Foi o que se deu, no Rio, sobre o endosso de vários títulos de crédito de uma sociedade commercial, feito pelo gerente. Falida a sociedade, os credores requereram, também, a falência do sócio comanditário, sob fundamento de que, endossando os títulos, exerceu ato de commercio e ficou sendo comerciante. A alegação foi aceita pelo juiz em longo despacho que o sr. WALDEMAR FERREIRA combate. Com as transcrições que faz da sentença e do acórdão, deixa êle o leitor habilitado e formar opinião sobre o assunto.

“A nós, jornalistas, interessam, no livro, as páginas em que o distinto professor mostra quando o jornalista é comerciante e quando não é. A sua doutrina a êsse respeito é a mesma de CESARE VIVANTE. “A publicação de jornal não tem caráter commercial quando o seu proprietário o emprega a seu serviço pessoal, na propaganda dos seus pontos de vista scientificos, politicos ou religiosos; se o exercita, porém, na fórmula de empresa commercial, empregando a obra de numerosos colaboradores, dividindo-os segundo as varias atitudes, ajustando os subsidios e capitais alheios para a compra de direitos autorais, de máquinas tipograficas para o efeito da publicidade e o que fôr mais, a publicação do jornal pôde considerar-se ato de comércio”. Nesta última hipótese a empresa jornalística é mercantil e comerciante é o jornalista que a explore, seja o jornal noticioso ou critico, doutrinário ou político, religioso ou social.

Dos multiplos assuntos que, com o intuito de caracterizar o comerciante, trata o sr. WALDEMAR FERREIRA, quero destacar, ainda, o que se refere à posição do marido e da mulher nas sociedades commerciaes. Pode a mulher ser sócia do marido em tais sociedades? A questão é controvertida e não existe na lei impedimento expresso. O sr. WALDEMAR FERREIRA toma um partido médio. Será permitida a sociedade mercantil entre os cônjuges se o contrato não entrar em conflito com o regime nupcial, se não ofender o poder marital e se não lesar os direitos dos filhos do primeiro leito. Todas as vezes que o contrato social implicar modifi-

cação no regime de bens do casamento, a sociedade entre os cônjuges não deverá ser permitida.

“Todos os seus modos de ver, o sr. WALDEMAR FERREIRA os sustenta com argumentos precisos, e não os sustenta jamais com excesso de palavras. A sobriedade na argumentação é uma das suas virtudes; e essa virtude concorreu, de certo, para o prestígio que o professor adquiriu entre os alunos. As qualidades didáticas dêsse tratado fazem lamentar que, tão cedo, se encerrasse a carreira do professor”.

1940

97. *Compêndio de Sociedades Mercantis*. — Doutrina, formulário e texto do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940. — 644 págs. — Livraria Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro e São Paulo, 1940.

Da *Revista del Colegio de Abogados de La Habana* (Cuba), ano IV, Abril-Junio 1941, vol. IV, pág. 140, é êste estudo crítico do professor ERNESTO DIHIGO, da Faculdade de Direito da Universidade de Havana:

“Con esta obra nos ofrece el distinguido mercantilista y profesor brasileño una nueva versión de parte de otra suya publicada por vez primeira en 1919: *el Manual del Comerciante*, que ha logrado alcanzar dos ediciones más, una en 1923 y otra en 1929. Agotada ya esta última, dispúsose el autor a preparar la cuarta, con las modificaciones necesarias; pero, según el mismo expresa, el capítulo sobre las sociedades mercantiles se alargó tanto, que fué preciso consagrarle un tomo separado, que es éste que ahora tenemos el placer de comentar. Los hechos de la vida jurídica por una parte, y las nuevas leyes mercantiles del Brasil, por otra, dieron un material abundante y de interés, material que, cuidadosamente estudiado, habilmente distribuido e inteligentemente analizado por el profesor FERREIRA, constituye el contenido del libro.

“No es un tratado de sociedades mercantiles, tal como estamos acostumbrados a concebir esa classe de obras, sino un libro que, em forma orgánica y metódica, estudia muchos de los problemas que puede ofrecer ese sector del derecho mercantil. Casi un centenar de cuestiones, muchas de ellas

abarcando aspectos diversos, comprende el libro, cuestiones que, para mayor claridad, han sido agrupadas formando los diferentes capítulos que integrarían un tratado sobre sociedades.

“La obra está escrita en un estilo claro y atractivo. Tiene la doble ventaja de ser asequible por la forma sencilla de su exposición, al mero comediante que quiera ilustrarse sobre los problemas que le afecten, y de conservar al propio tiempo gran interés para el jurisconsulto, pues en ellas encontrará las opiniones autorizadas del autor. Este revela, en todos los momentos, sólida preparación y gran sentido jurídico, que lo llevan a enfocar y resolver con justeza los problemas que se plantea. El libro contiene, además, modelos de escrituras de las diversas clases de compañías y el texto del decreto-ley 2.627, ya aludido. La bibliografía citada, como era de esperarse, dada la índole de la obra, es escasa, y se contrae, en su mayor parte, a producciones brasileñas.

“Prueba de que el autor sigue cerca el movimiento jurídico contemporáneo, la encontramos en las páginas del prólogo en que hace referencia a la transformación sufrida por las compañías anónimas en Alemania, particularmente por la ley de 30 enero de 1937, que restó importancia a las asambleas de accionistas y robusteció la posición de los órganos ejecutivos, como reflejo de los cambios políticos ocurridos en dicho país, a virtud de los cuales quedó abolida la democracia y entronizados la dictadura y el totalitarismo.

Ese hecho sintomático fué la culminación de un largo proceso evolutivo, la cual, en 1933, consagró interesante monografía el Professor JOAQUIM GARRIGUES de la Universidad Central (Madrid). Las ideas democráticas del siglo XIX, cuya influencia en el derecho privado fueron admirablemente estudiadas por GEORGES RIPERT en 1936, hicieron que las anónimas se organizaran siguiendo los mismos principios en que se inspiraban las asambleas y entidades públicas dominadas por el criterio mayoritario. Es natural que, al cambiar la organización de algunos pueblos de Europa, el cambio se reflejara en el derecho privado, y que la crisis, de la democracia, primero, y su total supresión después, hayan trascendido al régimen de las compañías anónimas. El Estado regido por un sistema de principios dictatoriales, de modo insensible tiende a suprimir toda manifestación democrática,

aunque sea en las asambleas de una compañía anónima, mucho más si la corriente socialista ha llevado a concebir esa clase de entidades como un órgano del grupo social.

“El Profesor FERREIRA tiene una destacada personalidad en su país, no solo en el campo intelectual, sino también en el de vida pública, en la que ha ocupado altas posiciones oficiales. Su producción jurídica se inició en 1919, con la publicación de varios estudios, uno de los cuales fué el *Manual del Comerciante* antes citado y se ha mantenido de modo continuo desde entonces, dando a luz, entre otras, las siguientes obras que lo acreditan como uno de los primeros mercantilistas de nuestra América: *Sociedades por Cuotas* (1919-1925), *Código de Sociedades Comerciales* (1938), *Curso de Derecho Comercial* (1927) *Tratado de Derecho Mercantil Brasileño* (1934) etc. En 1925 comenzó su carrera profesoral, como docente libre, en la propia Universidad de São Paulo, en la que hoy desempeña la cátedra de derecho mercantil”.

1941

98. *Renovação judicial de arrendamento*. — Supremo Tribunal Federal. São Paulo. Recurso extraordinário n. 5.470. Martini, Leonardi & Cia. Ltda. vs. Real e Benemerita Sociedade Portuguesa de Beneficência. — 32 págs. — Tipografia Siqueira. Sales Oliveira & Cia. Ltda. — São Paulo, 1941.

1942

99. *Compêndio de Sociedades Mercantis*. — Segunda edição revista e aumentada. Livraria Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro e São Paulo, 1942.

Volume primeiro — *Sociedades de Pessoas*, — 527 págs.

Volume segundo — *Sociedades Anonimas*. — 509 págs.

Volume terceiro — *Sociedades Anônimas*. — 438 págs.

Sobre esta nova edição aduziu EDUARDO J. COUTURE, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideo, êstes comentários:

“Este compendio ya no es compendio sino tratado. El compendio es la historia, el precedente, como quien dice la aurora de este esplendoroso día. El libro ya es tratado de la mejor especie y calidad, sencillo y pulcro, de largas vistas y minuciosa información.

“Yo me atrevería a decir que por la promisoría conciliación entre las líneas esquemáticas del tratado y la abundancia y sentido práctico de los ejemplos, podría asimilarse a los *case book* de los autores americanos. Sólo que su libro tiene, además, le espléndida visión sistemática y la preocupación fundamental de los problemas.

“Como es natural esta impresión mía fluye de la comparación que he tenido el gusto de hacer entre la primera y segunda edición. El libro ha crecido como la bola de nieve y estoy seguro que seguirá creciendo para felicidad suya y bienestar de los abogados del Brasil.

“Además, hay, por último, un punto que no quiero silenciar: es la forma tan sutil como ud. puede conciliar el carácter brasileño y universal, al mismo tiempo, de su libro. El panorama universal. Su utilidad, por ejemplo, en nuestro panorama nacional no oscurece en ningún momento el gran país es evidentísima.”

100. *Fixação do aluguel na renovatória judicial de arrendamento.* Tribunal de Apelação de São Paulo. — Primeira Câmara. — Comarca da Capital. — Processo n. 15.169. — Sales Oliveira & Cia. Ltda. vs. Daniel Dhelome. — 32 págs. — Tipografia Siqueira. — São Paulo, 1942.

1944

101. *A inadmissibilidade da execução de sentença pelo próprio recorrente.* — Tribunal de Apelação de São Paulo. Comarca da Capital. Embargos n. 21.230. Daniel Dhelomme vs. Sales Oliveira & Cia. Ltda. — 13 págs. — Industria Siqueira. — São Paulo, 1944.

De Jurisprudencia Argentina, de Buenos Aires, ano VII, de 10 de setembro de 1945:

“Trátase de un fallo del Tribunal de Apelación de San Pablo sobre aplicación de ley de alquileres, que estabiliza los mismos al importe de lo percibido en 31 diciembre de 1941. El dictor FERREIRA expone las razones de las dos embargados, locatários, y de las acciones de renovación de contrato y de consignación de los alquileres.

“Sostiene que en caso ocurrente no se efectua la ejecución de la sentencia por simple registro del mandado, y que no basta su transcripción pura y simple. Considerado ilíquido el *quantum* de los alquileres y, juzgada la acción de consignación de los mismos, solo la liquidación judicial decidirá desde quando tiene el recurrente derecho al aumento de precio de la locación”.

102. *Instituições de Direito Comercial*. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1944.

Primeiro volume — *Proêmio*. — *O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil*. — 509 págs.

Na secção — *Resenha de livros*, de *Verbum*, ano I, tomo I, fasc. 2, de setembro de 1944, das Faculdades Cotólicas do Rio de Janeiro, deu conta o Professor GUESTEUPIRES da publicação deste volume:

“O Professor WALDEMAR FERREIRA tem o privilégio de ultrapassar os limites do tempo ou as contingências da capacidade mental de trabalho.

“Consegue fazer a divisão das horas de cada dia entre um movimentado escritório de advocacia, uma cátedra exercida com assiduidade e uma produção constante de livros de direito comercial.

“Só neste ano as letras jurídicas lhe ficam a dever duas valiosas contribuições: o primeiro volume do *Tratado das Debêntures*, de que faremos um comentário oportunamente, e esta primeira parte das *Instituições*, de que ora nos ocupamos.

“Neste volume inicial, aquêle Professor trata do *Proêmio*, do *Estatuto do Comerciante* e do *Estatuto da Sociedade Mercantil*.

“No prefácio o autor declara, modestamente, que êsse novo trabalho é apenas um “curso sumário e sintético, de natureza didática.”

“Anuncia que aproveitou, na feitura dêsse livro, dando-lhes maior desenvolvimento, as notas de suas preleções do último triênio.

“Quando fôsse apenas isso, não temos, no momento, um compêndio que sirva para a orientação dos estudantes nesta difícil matéria do curso.

“Na realidade, porém, as *Instituições de Direito Comercial* do Professor WALDEMAR FERREIRA transcendem de muito essa simples diretriz de um curso didático.

“O livro serve para os estudantes de todas as idades, ministra as primeiras noções aos principiantes, nas Faculdades de Direito, mas constitui também manancial precioso para advogados e juizes pela sistematização de vasto cabedal de conhecimentos indispensáveis à vida cotidiana do comércio e do fôro.

“No *Proêmio*, estudam-se o conceito e a formação histórica do direito comercial, seus elementos característicos e suas divisões, o conteúdo dêsse ramo do direito privado, suas fontes e metodologia.

“O Título segundo cuida do *Estatuto do Comerciante*, desdobrando-se em três capítulos, com as seguintes epígrafes: a configuração jurídica do comerciante, a regulamentação profissional do comércio e as obrigações profissionais do comerciante.

“O Título terceiro estuda o *Estatuto da Sociedade Mercantil*, iniciado com a análise da personalidade jurídica e dos tipos de sociedades, descrevendo, como sociedade-tipo, a de nome coletivo, e, em seguida, as variantes dêsse espécime.

“Passa a resumir magistralmente, num só capítulo, tudo quanto de essencial se possa dizer quanto às sociedades por ações.

“Encerra êsse título e, com êle o primeiro volume da obra, descrevendo a sociedade de capital variável, isto é, a sociedade cooperativa.

“Chega-se, com pesar, ao fim dêsse primeiro volume. Lamenta-se que a obra ainda não esteja completa. Grande é a expectativa pelos volumes que se devem seguir.

“Têm, afinal, os nossos estudantes de direito um guia e uma orientação sistemática para suas investigações e para seus primeiros passos nessa difícil e utilíssima disciplina”.

Segundo volume — *O estabelecimento comercial. As operações mercantis e os títulos de crédito.* — 699 págs.

103. *Tratado das Debênturas.* — Primeiro volume. — 385 págs. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1944.

Na secção bibliografía da *Revista de Derecho, Jurisprudencia e Administración*, de Montevideo, traçou o Dr. JOGRE PEIRANO FACIO êstes comentarios:

“Es preciso conocer la escasa bibliografía que existe en la literatura ibero-americana sobre el tema de los Debêntures para apreciar debidamente el esfuerzo que significa la publicación de este tratado, cuyo primer timo comentamos. Por eso, sus estensos desarrollos explayados con el estilo, empero conciso del autor, revisten un interés singular.

Este primer volumen se divide en tres partes fundamentales.

En la primera se exponen las nociones cardinales de los empréstitos por emisión de obligaciones negociables, destacándose sus características generales (origen, historia, particularidades económicas y jurídicas y estado de la legislación sobre el tema). Subintra luego en el plan de la obra el capítulo que inicia el estudio del “mecanismo de la operación”, es decir, del conjunto de actividades jurídicas y técnicas que es preciso realizar para emitir las obligaciones negociables. Finalmente, en la tercera parte se trata de las consecuencias a que da lugar la inobservancia de los debidos requisitos y formalidades prescritos para la emisión de las obligaciones. Estas dos últimas partes se hallan íntimamente vinculadas, puesto que el autor, con tino singular, ha enfocado la una y la otra como lo sano y lo patológico en el proceso de la emisión de los “debentures”. Acompañan al texto, por vía de apéndice una recopilación de la legislación brasileña sôbre el punto y numerosos formularios.

Aún cuando el derecho positivo sobre el que trabaja el Dr. FERREIRA presenta particularidades que no son de recibo en nuestro ordenamiento jurídico (v. g.: el carácter necesariamente privilegiado del título “debenturístico”; la imposibilidad de que existan “debentures” nominativos,

etc.), se contiene en la obra gran acopio de elementos referibles a problemas que son de mucho interés en nuestro derecho y que, sobre todo, será indispensable tener en cuenta el día en que dicte la ley básica en la materia (p. ej.: problemas relativos a si el Directorio puede, por autorización de simples cláusula estatutaria, disponer la emisión de “debentures”; a la situación en que se encuentran los empréstitos externos frente a las disposiciones legales nacionales; a la importante teoría de las nulidades en materia de “debentures”; etc).”

Não ficou nisso o jurista uruguáio. Dirigindo-se ao autor do livro, em carta, ainda teceu considerações deste naipe:

“Su libro me parece — estimado profesor — sencillamente magnífico. Hace poco, por circunstancias que Vd. ya conoce, tuve oportunidad de revisar la bibliografía nacional y extranjera sobre obligaciones negociables. Créame — porque soy sincero — quando le digo que no abrigo la menor duda al pensar que su obra constituirá una etapa fundamental en el estudio de la materia, y que devendrá libro de consulta obligado para todos los que deseen conocerla a fondo.

“La novedad de algunos temas que Vd. trata (v. g.: la “debenture” mixta, o convertible en acciones), la minuciosidad con que han sido tratados los temas más importantes, que da a su obra el inmenso valor práctico de un tratado de jurisprudencia, y la altura con que Vd. se desenvuelve afinando algunos conceptos doctrinarios, dan a su tratado una jerarquía intelectual que rara vez se encuentra en la literatura jurídica ibero-americana.

“Me parece que la parte culminante de su obra es la última, en que trata de las sanciones a la inobservancia de los requisitos necesarios para la emisión de los debentures. Creo que Vd. ha dado en el “clavo” en esta materia tan difícil de nulidades, y me parece que no es mucho atrevimiento decirle que considero que el magnífico desarrollo que se inicia en la pág. 225 de su obra le compromete a escribir una monografía sobre la *“Teoría general de las nulidades en materia de Debentures”*.

1945

104. *Apelação Cível n. 24.500.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Banco da América S. A. vs. Favorita Ltda. — Parecer. — 51 págs. — Linográfica. — São Paulo, 1945.

105. *A adjudicação de bens imóveis em processo de inventário de espólio.* — Supremo Tribunal Federal. Estado de São Paulo. Recurso extraordinário n. 8.427. Dr. José de Alcântara Pepe vs. Dr. Mario Mauro. — Parecer. — 38 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. — São Paulo, 1945.

106. *A sublocação parcial do prédio do estabelecimento comercial e a indenização por sua tomada.* — Tribunal de Apelação de São Paulo. Comarca da Capital. Apelação Cível n. 24.550. Rothschild Loureiro & Cia. Ltda. vs. Banco Industrial do Brasil, S. A. — 48 págs. — Tipografia Brasil. — São Paulo, 1945.

107. *Os direitos e obrigações do comprador do prédio sujeito a propriedade industrial.* — Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. Banco Industrial Brasileiro, S. A. vs. Rothschild Loureiro & Cia. Ltda. — 24 págs. — Tipografia Brasil. — São Paulo, 1945.

108. *Instituições de Direito Comercial.* — Terceiro volume — *A indústria da navegação marítima e aérea.* — 336 págs. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1945.

1946

109. *Instituições de Direito Comercial.* — Quarto volume — *A falência.* — 442 págs. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1946.

I. Da *Revista de Derecho, Jurisprudência y Administración* de Montevideo, dirigida pelo Professor EDUARDO J. COUTURE, ano XLV, n. 1, de 1947, p. 27:

“Los lectores de esta *Revista* conocen el comentario que el DR. JORGE PEIRANO FACIO ha dedicado al *Tratado das Debênturas* que el Professor WALDEMAR FERREIRA de la Universidad de São Paulo há publicado hace muy poco tiempo y del que se diera cuenta en t. 42, p. 128.

“Poco más de un año después el eminente Profesor brasileño entrega al público el 4.º volumen de sus *Instituciones de Derecho Comercial*, dedicado especialmente al tema de la quiebra. Mediante esta obra se lleva adelante una iniciativa de verdadera significación para el Derecho Comercial y en honor a la verdad debe decirse que pocos escritores se hallan, hoy por hoy, dentro del panorama científico americano, como para afrontar una empresa de esta índole. WALDEMAR FERREIRA tiene publicados los dos volúmenes de su *Tratado* y los tres volúmenes de su *Compendio de Sociedades Comerciales* y sus *Instituciones de Derecho Comercial*. Centenares de estudios especiales constituyen una verdadera cantera en la cual el Maestro de la Universidad de São Paulo puede extraer los materiales necesarios para una obra de esta naturaleza.

“A un libro de *Instituciones* no se llega sino después de un largo proceso de preparación. Aunque parezca mentira es más facil escribir un tratado que unas instituciones. En el primero están todos los materiales; en el segundo deben estar los mejores materiales. La selección, la condensación y la limitación son los grandes méritos de una obra de esta índole a la que no puede llegar un profesor sino después de árduas instancias de preparación y de estudios.

“En este volumen relativo a la quiebra, el autor comienza estudiando la evolución del instituto en el derecho brasileño, la naturaleza jurídica del estado de falencia y los sujetos involucrados en la misma. Se continúa con el estudio de la quiebra en sus aspectos procesales, analizándose la declaración judicial y el proceso de la quiebra, así como los efectos de la sentencia en cuanto al falido y a sus acreedores.

“Se examina a continuación la verificación de crédito, la administración de la masa, la posibilidad de acuerdo entre el fallido y sus acreedores mediante los procedimientos del concordata y la liquidación del patrimonio mediante realización del activo con el pago a sus acreedores. Concluye el volumen analizando los problemas conexos a la quiebra: la rehabilitación, los delitos inherentes a la quiebra dictada por los jueces extranjeros”.

II. “N’A *Tarde*, da Bahia, de 27 de abril de 1946, e em sua secção *Juizos & Tribunais*, fêz GILBERTO VALENTE êstes comentários:

“Nenhuma publicista, no Brasil, tem enriquecido mais as suas letras jurídicas que o comercialista pátrio, professor WALDEMAR FERREIRA. Não há, no direito comercial, recanto mais escondido em que a argúcia e a inteligente cultura do conhecido mestre de São Paulo não tenha feito uma pesquisa minuciosa. Os seus tratados, sentindo todos êles a influência das novas orientações do direito no campo da evolução mundial, registram com segurança e clareza a controversia e os pontos pacíficos na discussão de um tema de direito.

“CARVALHO DE MENDONÇA, que foi um dos maiores juristas patrios, comercialista de singular relevo tem o seu continuador em WALDEMAR FERREIRA, embora bem distintas sejam as duas formações culturais. Enquanto o primeiro reflete uma época de amadurecimento mais tranquila, no campo da investigação dos intrincados problemas, que no Brasil sofriam todavia a inquietude de um INGLEZ DE SOUZA, mais avançado nas teses, incompatíveis, às vezes, com o sentido conservador das regras de direito que regiam as relações de mercância, WALDEMAR FERREIRA encontra a ebulição da época atômica, em que certos tabús são destruídos e contestados. Ao publicista do direito que registra a evolução da doutrina, está sempre atrás da face a seqüência dos fenômenos jurídicos, a clareza é o primeiro dos predicados. Justamente êsse, WALDEMAR FERREIRA prima em revelar em seus trabalhos. Agora, acaba de dar a lume o quarto volume de *Instituições de Direito Comercial*, dedicado ao estudo do instituto da falência e da nova lei, aliás defeituosíssima lei, últimos arrancos da ditadura legisferante, cheia de revelações

totalitárias. O trabalho do emérito professor piratiningano mostra que a sua investigação não se queda, mesmo quando presta os mais relevantes serviços, com civismo, de que também é professor, à Pátria, como na campanha de democratização promovida pela U. D. N.”

110. *O crime de falsidade e seus elementos.* — Tribunal de Apelação de São Paulo. Comarca da Capital. Recurso criminal n. 14.696. José Lopes dos Santos vs. Sebastião Gomes Alexandre. — 48 págs. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. — São Paulo, 1946.

111. *Instituições de Direito Comercial.* — Segunda edição revista e aumentada. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1947.

Primeiro volume — *Proêmio. O estatuto do comerciante e da sociedade mercantil.* — 573 págs.

Segundo volume. — Primeiro tomo — *O estabelecimento comercial.* — 445 págs.

I. É da autoria do Professor JEAN ESCARRA, da *Faculdade de Direito de Paris*, esta crítica, da secção bibliográfica da *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, ano I (1948), vol. 1, pág. 206:

“Le savant professeur brésilien, à qui l'on doit de nombreux et importants travaux sur le droit commercial de son pays, publie la deuxième édition de ses *Institutions de Droit Commercial*, dont la première avait paru 1944-1945. Ces deux volumes qui seront suivis de trois autres, contiennent l'introduction générale, l'étude du statut du commerçant, des sociétés commerciales et du fonds de commerce. Si l'on tient compte du rapide développement économique du Brésil et de l'immense avenir de ce pays, la connaissance de ses institutions commerciales est d'un intérêt évident. Aussi bien les universités brésiliennes font-elles à l'étude du droit commerciale la place qui lui revient: trois années de cours, au lieu des quelques mois accordés aux commercialistes français pour exposer cette matière à leurs

étudiants. L'ouvrage de M. W. FERREIRA contient un tableau complet et à jour du droit brésilien. L'auteur est très averti de la doctrine étrangère et ses commentaires font également honneur à sa science juridique et a ses connaissances pratiques. On notera dans ces volumes d'intéressants indications sur l'évolution du droit commercial brésilien, une présentation vivante de la figure juridique du commerçant, le commentaire détaillé du décret-loi n.º 2.627, du 26 septembre 1940, sur les sociétés anonymes, enfin un étude particulièrement bien venue de la garantie des droits de propriété industrielle".

II. De *Sociedades Anónimas*. *Revista de Derecho Comercial y del Trabajo*, ano III, n. 22 (Montevideo 1948, pág. 79) é esta apreciação do Professor SAGUNTO F. PEREZ FONTANA, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideo:

"El Profesor WALDEMAR MARTINS FERREIRA, que en el momento actual es el más grande de los comercialistas brasileños, publica segunda edición, notablemente revisada y aumentada, de sus *Instituições de Direito Comercial* que por primeira vez apareció en el año 1944.

"El volumen primero está destinado al estudio de los problemas generales de derecho con referencia al comercial, su naturaleza, contenido y fuentes del mismo, así como el estatuto del comerciante, con los acostumbrados prefacios.

"Del de la primera edición destacamos, por tener siempre actualidad para nosotros, las referencias que hace el autor a la enseñanza del Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de San Pablo donde regía un sistema igual al vigente en nuestro país, o sea desarrollar toda la materia en sólo dos cursos.

"WALDEMAR FERREIRA pregó para que se modificara ese sistema y obtuvo que la enseñanza del Derecho Comercial se desarrollara en tres cursos. Para facilitar su estudio a los estudiantes, publicó la primera edición de la obra que comentámos.

"El autor considera que el derecho comercial es un derecho especial en el sentido de que es peculiar a los comerciantes, pero además autónomo, con materia propia,

institutos peculiares y principios generales, inconfundibles.

“Refiriéndose al problema de la unificación del derecho privado reproduce in extenso la nota pasada por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS al Gobierno Imperial, con fecha 20 de septiembre de 1867, proponiendo dictar un Código General comum a las materias comprendidas en los Códigos Civil y de Comércio y además un Código Civil que se compondría de tres libros solamente, los que se refirirían a los efectos civiles, a las personas y a los derechos reales. La propuesta del gran jurisconsulto no fué aceptada. Pese a ello nos parece muy bien que el autor haya dado a conocer este interesante documento, destacando que fué TEIXEIRA DE FREITAS uno de los primeros sostenedores de la tesis de unidad del derecho privado.

“Al tratar de los llamados actos de comércio, WALDEMAR FERREIRA expone claramente su opinión contraria a la teoría de los actos mistos: “el acto es un solo y por lo mismo uno y íntegro”.

“El tomo I del volumen segundo está destinado al estudio del establecimiento comercial, dedicando el capítulo primero a los presupuestos del mismo, sua naturaleza jurídica, los conceptos de establecimiento principal, agencias, filiales y sucursales y elementos que lo integran, tratando en distintas secciones del nombre comercial, de la llamada propiedad comercial y de la industrial, y la garantía de los derechos de la propiedad industrial, rubros que comprende de todo lo referente a las marcas, patentes, comentando el Código de la propiedad industrial (decreto-ley n. 7.903 de fecha 27 de agosto de 1945).

“Trata también el autor de los elementos inmateriales, de la venta y prenda del establecimiento y de su administración.

“Escapa a los límites de una nota bibliográfica la consideración particularizada de los capítulos de ambos volúmenes, y de su vasto contenido.

“El autor expone los caracteres principales de los diversos institutos que estudia, e a pesar del carácter de la obra, lo hace con amplia exposición de las doctrinas más modernas y la legislación más reciente.

“Con su estilo característico, compuesto de frases breves y cortantes y afirmaciones categóricas que revelan el carácter combativo del autor y la firmeza de sus convicciones, tanto en el campo científico como en la lucha por la afirmación de los principios democráticos de los que el Profesor WALDEMAR MARTINS FERREIRA es un ardiente defensor, realiza una obra de gran interés para los estudiosos del Derecho Comercial.

“Las *Instituições de Direito Comercial* llenan perfectamente la finalidad que se propuso el autor al escribirlas, expresadas en el prefación de la primera edición. Los estudiantes encontrarán en esa obra los principios fundamentales de los diversos institutos que comprende el Derecho Comercial, expuestos con claridad y con amplia información legislativa, no sólo brasileña sino extranjera.

“Sin recargar las citas, la obra contiene una rica información bibliográfica referida principalmente a los autores más modernos sin descuidar las obras clásicas de Derecho Comercial”.

1948

112. *Instituições de Direito Comercial*. — Segunda edição revista e aumentada. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1948.

Segundo volume. — Segundo tomo — *Os contratos mercantis e os títulos de crédito*. — 502 págs.

Publicou *Sociedades Anónimas*, *Revista de Derecho Comercial*, editada pelo professor SAGUNTO F. PEREZ FONTANA, de Montevideo, ano IV (1949), n. 32, p. 35, esta nota:

“Proseguendo la reedición de su conocida obra, el Profesor WALDEMAR MARTINS FERREIRA dedica este segundo tomo del segundo volumen a los contratos comerciales y los títulos de crédito.

“En el capítulo primero trata de los contratos en general, sus características y forma; de los contratos por correspondencia; la oferta al público y la declaración unilateral de la voluntad; el silencio en la formación de los contratos; los contratos tipos y la adhesión contractual y la prueba de los contratos comerciales.

El capítulo segundo está dedicado a los títulos de crédito y su naturaleza jurídica; la literalidad de los títulos de crédito y la autonomía obligacional; las distintas clases de títulos de crédito: nominativos, a la orden y al portador, la convertibilidad de unos en otros y el endoso de los títulos de crédito.

“A continuación el autor trata de los contratos en particular y de los títulos de crédito que con ellos se relacionan. En esa forma estudia paralelamente los contratos y los títulos de dinero agrupando bajo ese título, en el capítulo tercero, al contrato de cambio y la letra de cambio y el vale (nota promisorio); el contrato crediticio, la disponibilidad de fondos y el cheque; el contrato de mutuo y los debentures. El capítulo cuarto comprende los contratos y los títulos representativos de mercaderías, a saber: compraventa y la “duplicata o conta assinada”, instrumento este último típico del derecho brasileño, creado originariamente con una finalidad puramente fiscal y que está destinado a hacer efectivo el cobro de las mercaderías vendidas. La “duplicata” es frecuentemente citada en nuestro medio por los partidarios teóricos del conforme obligatorio y decimos teóricos porque, cuando se concretan proyectos y se piden opiniones, la mayoría los recraza por el temor a la doble imposición fiscal y a la pérdida de clientes desde que los comerciantes son reacios a firmar documentos mediante los cuales se les puede llevar fácilmente a la quiebra. Juntamente con el transporte trata del conocimiento y el billete de pasaje; con el depósito, los títulos expedidos por los almacenes generales y el billete de mercaderías, imitación de las órdenes de granos “ordines di derrate” de la derogada legislación italiana y que, según el autor, no ha tenido fortuna en su país.

“Dedica el capítulo quinto a los llamados contratos de servicios: el mandato y la comisión, y el capítulo sexto a los contratos de garantía, rubro bajo el cual agrupa a la fianza, el derecho de retención, la prenda y el seguro, terminando el volumen con el capítulo destinado a la prescripción.

“El volumen de la obra del distinguido Profesor de la Facultad de Derecho de San Pablo, de la que oportunamente dimos cuenta, es una nueva demostración del alto

valor intelectual de su autor, así como del dominio de la materia que trata i su inquietud por conocer y exponer, no solamente la legislación más reciente sino también las doctrinas más modernas expuestas en las distintas manifestaciones de la literatura jurídica”.

113. *Instituições de Direito Comercial*. — Segunda edição revista e aumentada. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1948. Quarto volume — *A falência*. 604 pags.

Da *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, de Paris, ano I (1948), pág. 780, é esta nota do Professor JEAN ESCARRA:

“Nous avons signalé la publication des premiers tomes de cet important ouvrage (cette *Revue*, n. 251, pag. 206) La deuxième partie du tome II est consacrée aux contrats commerciaux et aux titres de crédit. En ce que concerne la nature juridique de ces derniers, l'auteur adopte la conception germano-italienne de l'obligation née du titre lui-même et indépendante des contrats sous-jacents. D'intéressants développements sont donnés dans ce volume sur le contrat d'ouverture de crédit, le compte courant, l'émission d'obligations. Quant au tome IV, il est entièrement consacré à la faillite, dont le professeur FERREIRA présente une remarquable synthèse. On lira avec intérêt les indications fournies (par. 319, p. 34-48) sur la législation brésilienne en vigueur, législation dont le monument le plus récent est un décret-loi n° 7.661, du 21 juin 1945, auquel notre collègue ne ménage pas ses critiques. Signalons également les développements consacrés aux diverses variétés de concordats reconnues par le droit brésilien: concordat préventif, concordat suspensif. Tout le volume est un important contribution aux recherches de droit commercial comparé. Les tomes I, II (1re et 2e partie) et IV des *Instituições de Direito Comercial* contiennent l'ensemble du droit commercial terrestre. Le tome III, dont la 2e édition est en préparation, sera consacré au droit commercial maritime”.

114. *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*. — Segunda edição revista e aumentada. — Livraria Editora Freitas Bastos, — Rio de Janeiro e São Paulo, 1948.

Volume primeiro — *A historia e a doutrina do Direito Mercantil.* — 389 págs.

Volume segundo — *A teoria dos atos de comércio.* — 385 págs.

Volume terceiro — *O comerciante.* — 393 págs.

A respeito desta nova edição manifestou-se em carta, o Professor Dr. RAYMUNDO L. FERNANDEZ, da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires:

“Tuve el placer de recibir su tratado de derecho comercial, obra extraordinaria que en mi concepto iguala y aun supera a ese monumento de la literatura jurídica de su país que es el *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, que Vd. con tanta justicia elogia. He leído detenidamente su obra, admirando la erudición de que hace gala, puesta de manifiesto en la exposición de estilo claro y preciso, indicando con minuciosidad los antecedentes históricos y jurídicos de las instituciones mercantiles y del derecho positivo vigente; la crítica que Vd. hace de las leyes y proyectos anteriores y de la legislación en vigor y el estudio detenido de los institutos, denota su gran dominio de la materia.

“Lo felicito sinceramente, estimado doctor, y con toda efusión, porque su trabajo es magnifico, y unido a su multiple y medulosa producción jurídica, en su casi totalidad sobre derecho mercantil, lo revela como el primer comercialista brasileño de la actualidad.

“Me he enterado también de las vicisitudes de orden personal y político que debió suportar en el período de la dictadura, por sus firmes convicciones democráticas y su acción en pro de la libertad, por lo cual yo, amante también de la ley, de la república y de la democracia, le envío mi mas cordial felicitación. Sus conferencias en Lisboa, en esos días aciagos, son hermosas piezas oratorias, de bello estilo y gran profundidad jurídica.

“El conocimiento más amplio de sus actividades y su producción intelectual, que ya conocía en parte por la lectura de algunas de sus obras, entre otras el volumen relativo a la falencia, de sus *Instituições de Direito Comercial*, ha aumentado considerablemente mi simpatía hacia su persona, al comprobar que no sólo es un jurista descollante

y un trabajador incansable sino también un ciudadano integérrimo, democrata a carta cabal”.

1949

115. *Instituições de Direito Comercial*. — Segunda edição revista e aumentada. — Livraria Editora Freitas Bastos. — São Paulo, 1949.

Terceiro volume — *A indústria da navegação marítima e aérea*. — 460 págs.

I. Depara-se na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, de Paris, vol. II, ano 2º (1949), pág. 428, este comentário do Professor JEAN ESCARRA:

“Avec ce volume s’achève la publication de la 2ème édition de l’ouvrage de notre collègue de S. Paulo dont nous avons signalé la valeur et l’importance (cette *Revue*, 1948, n° 251, p. 206; n. 121, p. 789). Le livre que nous venons de recevoir traite simultanément de la navigation maritime et de la navigation aérienne. La tendance à assimiler les deux sortes de navigation tend à se repandre. Déjà l’Italie s’est donné, en 1942, un Code de la navigation applicable non seulement à la navigation maritime et à la navigation aérienne, mais aussi à celle qui s’exerce sur les eaux intérieures. Les transports routiers et ferroviaires demeurent seuls soumis aux règles du droit commun du contrat de transport. Cette méthode appellerait une ample discussion, dont les éléments sont fournis par W. FERREIRA dans le paragraphe 251 de son livre. Le navire et l’avion font l’objet de deux chapitres parallèles et leurs procédés respectifs d’exploitations sont traités suivant le même parallélisme. Un même chapitre traite du contrat de transport maritime et aérien. Les “événements de mer et d’air”, l’abordage, l’assistance, le sauvetage, les avaries et les assurances sont ensuite étudiés. Les deux derniers chapitres traitent du prêt à la grosse et de l’hypothèque maritime et aérienne”.

II. Redigiu o Professor MARIO ROTONDI, da Faculdade de Direito de Pavia, esta nota bibliográfica para a *Rivista del Diritto Commerciale*, ano XLVII (Milão, 1949), pág. 167:

“Abbiamo altra volta richiamato l'attenzione del lettore sull'importante sviluppo che gli studi privatistici hanno avuto nel Sud-America, ed abbiamo anche messo in guarda dal ritenere che la presente fiuritura sbocci improvvisa e senza precedenti. Nel caso del Brasile questa opinione sarebbe tanto più ingiustificata, perché vorrebbe dire dimenticare che già nel corso del passato secolo il Brasile ebbe giuristi della statura di TEIXEIRA DE FREITAS, di RUI BARBOSA, giuristi, che farebbero onore a qualsiasi paese ed ebbero, massime il primo, visioni, per il loro tempo, veramente percorritrici. Ad essi e ad una lunga schiera di giuristi, ancor troppo noti tra noi, si deve il livello veramente notevole della cultura giuridica brasiliana, quale noi possiamo apprezzare di qui, e più nei personali contatti con colleghi eminenti in tutti i rami delle discipline giuridiche, se si ha avuto, come chi scrive, la fortuna di visitare — accoltovi con indimenticabile cortesie — i principali centri culturali del Brasile.

“Tra i continuatori di questa illustre tradizione di giuristi è l'autore di quest'opra che se intitola modestamente *Istituzioni di diritto commerciale*, anche se per l'ampiezza dello svoglimento, e l'approfondimento della trattazione, l'opra appare come un vero e proprio trattato.

“Per quanto l'unificazione del diritto delle obbligazione, con abolizione di un codice di commercio, abbia avuto fautori in Brasile, prima ancora che in Europa e la proposta di questa unificazione fosse fatta dal TEIXEIRA DE FREITAS — incaricato ufficialmente dalla riforma del codice civile con quasi quattro lustri di anticipo sulla celebre proluione del VIVANTE, e tale tendenza si continui nella dottrina successiva con INGLEZ DE SOUZA, BRASILIO MACHADO, ALFREDO VALLADÃO, CARVALHO DE MENDONÇA, fino al progetto del codice delle obbligazione della commissione composta da OROZIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, il WALDEMAR FERREIRA, che da parte sua non è fautore dell'unificazione, in conformita comunque del sistema vigente, circoscrive la sua trattazione a quegli istituto che sono compresi nel vigente codice di commercio e che tradizionalmente gli si ricollegano. Il primo volume, dopo un ampia introduzione generale, tratta della condizione giuridica del commerciante e delle società commer-

ciali; il secondo — diviso in due tomi — dell'azienda commerciale, dei contratti e dei titoli di credito. Il terzo volume tratta della navigazione marittima e aerea. L'opera si chiude col vol. IV sul fallimento.

Se la natura dell'opera non consente di entrare in dettagli, riteniamo che soprattutto al lettore europeo particolari interesse presenti la prima parte del vol. II, in cui se tratta della teoria generale dell'azienda — concepita come *universitas* — dei suoi elementi, dei segni distintivi, dell'avviamento e della concorrenza sleale. Questa trattazione — che tocca i problemi di più vivo interesse anche nella più recente letteratura europea — dà il segno nell'organica impostazione dell'opera, della modernità e del rigore dogmatico della costruzione del WALDEMAR FERREIRA. Ma questa trattazione interessa lo studioso europeo anche perchè in questa materia si ebbero importanti contributi originali nella dottrina brasiliana — come il noto scritto di RUI BARBOSA c. d. cessione dell'avviamento — e perchè il Brasile possiede un testo organico di legge sui brevetti, i marchi, i disegni e la concorrenza sleale (decreto 29 giugno 1934, n. 24507) e alla tutela di questi diritti tanta l'importanza è riconosciuta, che la stessa costituzione non manca di farne cenno.

“Nell'insieme si tratta di opera di notevole importanza che entra nella letteratura commercialistica internazionale”.

116. *Compêndio de Sociedades Mercantís.* — Terceira edição revista e aumentada. — Livraria Editora Freitas Bastos. — Rio de Janeiro e São Paulo, 1949.

— Volume primeiro — *Sociedades de pessoas.* 589 págs.

— Volume segundo e volume terceiro — *Sociedades anónimas.* — 1.155 páginas.

Da *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, vol. II (Paris, 1949), pág. 574:

“Nous avons déjà signalé plusieurs volumes du savant professeur brésilien, notamment ses *Instituições de Direito Comercial* (*Revue*, 1948, p. 206, n. 251, et 798, n. 121); le présent ouvrage est relatif aux sociétés commerciales. Le premier volume est consacré aux sociétés de personnes; le

second qui comprend deux tomes comporte l'étude des sociétés anonymes et spécialement du décret-loi n.º 2.627, du 26 septembre 1940.

“Des tables copieuses: tables alphabétiques à la fin du premier et du troisième tome; table par articles du décret-loi du 26 septembre 1940 à la fin du 3.º tome; tables analytiques en tête de chaque tome, permettent une utilisation facile de l'ouvrage qui, outre sa portée scientifique et didactique a également une utilité pratique par les formules d'actes insérées à la suite des chapitres qu'elles concernent”.

117. *El problema del trabajo en la Constitución Brasileña de 1946.* — Separata da *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, da Universidade do Litoral, n. 56-57. Tradução do Dr. ALFREDO J. RUPRECHT. — 22 págs. — Santa Fé, República Argentina, 1949.

* * *

Pareceres, artigos de doutrina, notas bibliográficas, conferências, monografias sem número nem conta depararam-se nos seguintes periódicos e revistas:

— *Revista de Comércio e Indústria*, publicação mensal do Centro do Comércio e Industria de São Paulo, depois Associação Comercial de São Paulo (1915 a 1921);

— *Os Anais Forenses*, direção de ALMACHIO DINIZ (Rio de Janeiro, 1915);

— *Revista Juridica*, ed. da Livraria Francisco Alves (Rio de Janeiro, 1916 a 1922);

— *Revista Brasileira de Legislação e Jurisprudência*, dirigida por AFFONSO DIONYSIO GAMA (São Paulo, 1924 a 1925);

— *Revista de Direito Comercial*, direção de ADAMASTOR LIMA (Rio de Janeiro, 1931);

— *Revista Acadêmica*, da Faculdade de Direito de Recife (Recife, 1930 e 1934);

— *Pandectas Brasileiras*, dirigidas por EDUARDO ESPINOLA (Rio de Janeiro, 1928);

— *Revista dos Tribunais*, Publicação oficial dos Trabalhos do Tribunal de Justiça de São Paulo (1917 a 1948);

— *Revista da Faculdade de Direito*, da Universidade de São Paulo (1926 a 1949);

— *Revista Judiciária*, Publicação dos Trabalhos do Superior Tribunal de Pernambuco (Recife, 1934);

— *Espirito Santo Judiciário* (Vitória, 1936);

— *Direito Aplicado*, dirigida por PEDRO VERGARA e PRADO KELLY (Rio de Janeiro, 1936);

— *Revista Judiciária*, dirigida por SYLVIO MARCONDES (São Paulo, 1936);

— *Revista do Trabalho* (Rio de Janeiro, 1937);

— *Justiça*, de Porto Alegre (1939);

— *Revista Forense* (Rio de Janeiro, 1947 a 1949);

— *Direito*, ed. da Livraria Freitas Bastos (Rio de Janeiro, 1940 a 1949);

— *Mensario Forense*, de Belo Horizonte, ano I, vol. II, pag. 1, setembro de 1948.

— *Revista da Ordem dos Advogados*, de Portugal (Lisboa, 1947 e 1948);

— *Revista da Ordem dos Advogados*, Secção de São Paulo (São Paulo, 1948 a 1949);

— *Revista de Derecho Comercial*, publicação do Instituto Argentino de Direito Comercial (Buenos Aires, 1948)

— *Sociedades Anônimas*, *Revista de Derecho Comercial*. Montevideo, ano V, n. 50, de julho de 1950;

— *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milão, ano XLVII, setembro e outubro de 1950, n. 9-10;

— *Revista de Derecho Privado*, Madrid, ano XXXIV, n. 404, novembro de 1950.

Inúmeros folhetos, contendo arrazoados forenses, têm sido publicados, editando pareceres de WALDEMAR FERREIRA, entre os quais:

— *Um caso de habilitação de herdeira*, razões do advogado AURELIANO GUIMARÃES, na comarca de Brotas, Nova Era, Empresa Editora (São Paulo, 1923);

— *Falência de Azevedo, Irmão & Cia*, da comarca de Araguari, Estado de Minas Gerais. — Tip. Aurora. (Araguari, 1925);

— *Por causa de uma fazenda*, alegações do advogado ABRAHÃO RIBEIRO, em ação de Gilberto Sales vs. Dr. Jorge Dumont Vilares, comarca de São Paulo. — Secção de Obras d'O Estado de São Paulo, 1926.

— *Sociedade anônima. Convocação da assembléia pelos próprios acionistas. Formalidades substanciais*. Memorial do advogado NOÉ AZEVEDO. — Secção de Obras d'O Estado de São Paulo. — São Paulo, 1927.

— *Apelação n. 17.371*, Tribunal de Justiça de São Paulo. Egidio Brasileiro França vs. José Pecora. — São Paulo Editora Ltda. 1929.

— *Renovação de registro de marca*. — O caso da balança "Howe". — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais* (São Paulo, 1929).

— *Do uso exclusivo da marca de cerveja Malzbier*. — Supremo Tribunal Federal. Apelação cível n. 6.864. Companhia Antartica Paulista vs. Companhia Cervejaria Brahma. — Tip. do *Jornal do Comercio*. — Rio de Janeiro, 1938.

— *Da citação "ad domum" e sua propriedade no caso Mendes Lima & Cia. vs. Granja Coimbra*. — Memorial do advogado ANTIÓGENES CHAVES. Graficos Bloch. — Rio de Janeiro, 1939.

— *Embargos n. 6.643*, da Capital. Tribunal de Apelação de São Paulo. — Memorial do advogado JORGE DA VEIGA. Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. — São Paulo, 1940.

— *Embargos Civeis n. 5.869*, Supremo Tribunal Federal, alegações do advogado ANTONIO MERCADO JUNIOR. Banca Francesa e Italiana per l'America del Sud vs. Fazenda Nacional. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1939.

— *Embargos Infringentes n. 1014*. — Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, Comarca de Porto Alegre. C. Torres & Cia. vs. Alberto Torres. Alegações do advogado OSWALDO VERGARA. Oficinas Gráficas da Livraria do Globo (Porto Alegre, 1939).

— *Promessa de compra e venda*. Fôro de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Alegações do advogado GLICERIO ALVES. Inácio Corrêa de Sá vs. Viuva Aristoteles Afonso Agra de Jesus. Ed. da Livraria do Globo. Porto Alegre, 1940.

— *O direito de renovação do registro de marcas de fábrica e de comercio*. — Supremo Tribunal Federal. Apelação n. 6.937. Razões dos advogados LOPES DA COSTA. Enoch Morgan's Sons & Co. vs. Cia. Produtos Quimicos Fábrica Belém. — Empresa Gráfica da *Revista dos Tribunais*. São Paulo.

— *Sociedades anônimas. Das ações ao portador; sua preexistência aos títulos que as representarão; sua subsistência independentemente desses títulos, enquanto não emitidos; sua circulação como coisa incorpórea, enquanto não emitidos os títulos*. Alegações do advogado LUIZ NAZARENO DE ASSUMPÇÃO. São Paulo, 1945.

— *Mandado de segurança requerido pela Companhia Antartica Paulista*. — Estabelecimento Grafico Phoenix. São Paulo.

— *Estas terras do rio Batalha*. — Um grilo que a Justiça de Pederneiras faz questão de vitalizar. — Memorial dos advogados MILTON CASTRO FERREIRA & PAULO VALE. —

Emprêsa Gráfica da Revista dos Tribunais. — São Paulo, 1948.

Existem ademais vários outros pareceres publicados pelos interessados em vários jornais do país.

* * *

Deputado federal por São Paulo, na legislatura de 1935 a 1937, e presidente da Comissão de Constituição e Justiça, teve WALDEMAR FERREIRA intensa atividade assim nesta Comissão como no plenário da Câmara dos Deputados. Discursos, pareceres, emendas, projetos, substitutivos e outros trabalhos parlamentares encontram-se nos vários volumes do *Diário do Poder Legislativo* daquele triênio e nos respectivos *Anais da Câmara dos Deputados*.

D O U T R I N A

Usufruto de acções, de partes e de quotas sociais

Barbosa de Magalhães

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Da Academia das Ciências de Lisboa.

*Ao prezado Amigo e eminente Colega
Professor Dr. Waldemar Ferreira.*

1 Dentre os variados problemas, a que a figura do usufruto dá lugar, avultam, pela sua importância e pela maior frequência com que ultimamente têm surgido, os que respeitam às acções, partes ou quotas sociais (1).

São problemas complexos, porque a sua solução depende, não apenas do sistema e das disposições legais relativas ao usufruto, como também do sistema e das disposições legais relativas às várias espécies de sociedades — por acções, em nome colectivo e por quotas.

Geralmente, os que têm preocupado os legisladores e os tratadistas são os que se referem ao usufruto de acções e de quotas; mas certo é que, embora mais restritamente, por força da lei, e menos frequentemente, por força das circunstâncias, podem as partes sociais ser objeto de usufruto.

Dizemos mais restritamente, por força da lei, referindo-nos às disposições que, como a do art. 161 do Cód. Com. português (2) fazem depender a cessão das partes sociais do consentimento de todos os sócios.

1. Quem ainda tiver dúvidas sobre a possibilidade do usufruto de acções pode ver o problema tratado com desenvolvimento por SANCHEZ TORRES em *Usufruto de acciones de sociedades mercantiles*, (Madrid, 1946), pág. 11 e seg.

2. Todas as vezes que citamos disposições de Códigos ou de outros diplomas legais sem indicação dos países a que respeitam, queremos referir-nos aos portugueses.

Esta disposição atendendo à sua redacção genérica e o fim, que a ditou, é applicável à constituição do usufruto de uma parte social quer por contrato oneroso ou gratuito, quer por disposição testamentária.

Mas, dado o consentimento nela exigido, pode o usufruto constituir-se; e pode ainda, por fôrça da lei, ser constituído sobre uma parte social.

Sem falar no caso do usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores (Cód. Civ., art. 145), aos quais podem caber, por successão legítima, partes sociais, pode dar-se este caso: — se o sócio, sendo casado, falecer sem deixar ascendentes, nem descendentes, e tiver irmãos ou sobrinhos, fica, por fôrça da lei (Cód. Civ., art. 2003 § ún.), o cônjuge sobrevivente usufrutuário dos bens da herança; e se entre os bens, que a constituem, existir uma parte numa sociedade em nome colectivo, o cônjuge fica tendo o usufruto dessa parte social.

Isto, porém, raramente poderá acontecer, por isso que, salvo estipulação em contrário, as sociedades em nome colectivo dissolvem-se pela morte de qualquer dos sócios (Cód. Com., art. 120, §§ 1.º e 5.º).

Neste caso, a disposição legal é pouco conforme com a natureza especial destas sociedades — *intuitus personae* —, mas certo é que, se por fôrça do pacto social a sociedade se não dissolve pela morte do sócio, a lei tem de se aplicar.

Foi atendendo a essa natureza especial das sociedades em nome colectivo que, como temos sustentado (3) e já se tem julgado (4), o conjuge do sócio de uma sociedade em

3. *Gazeta da Relação de Lisboa*, t. 33, pág. 171.

4. Acórdão da Rel. de Lisboa de 24 de Março de 1917 e do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Maio de 1917, na cit. *Gaz.*, t. 33, pág. 170 e 171.

O Ac. da Rel. de Lisboa de 19 de 1938 (na cit. *Gaz.*, t. 51, pág. 315) julgou, com o nosso aplauso, que, em inventário consequente a

nome colectivo não é sócio, embora a parte social seja comum de ambos os cônjuges, mas, neste caso de comunhão, pode ela considerar-se limitada pela natureza especial das referidas sociedades pelas normas legais que as regularu, e, no caso de usufruto, essa limitação não é possível.

Mas não será sócio todo e qualquer usufrutuário duma quota social?

Este problema, que se afigura fundamental, não se põe apenas quanto ao usufruto de partes sociais, mas também ao de acções e de quotas.

2 Antes de o discutirmos, observemos que, se os problemas relativos ao usufruto de acções, partes sociais e quotas têm o seu aspecto geral e se para a sua solução há que atender a princípios gerais de direito e a considerações de ordem doutrinal, certo é que a solução de uns e outros depende essencialmente das normas legais reguladoras quer do usufruto, quer das sociedades comerciais.

O que também é certo é que, geralmente, essas disposições são deficientes e há então que suprir as lacunas da lei.

E um problema geral surge aqui: — podem os interessados, nos respectivos pactos sociais, regular a seu arbítrio o usufruto das acções, partes sociais, ou quotas, determinando por exemplo, qual dos dois, nu-proprietário ou usufrutuário, é sócio, ou se o são ambos, qual deles pode intervir nas assembleias gerais, qual deles tem o direito de preferência no caso de emissão de novas acções, etc.?

Se o problema é geral, a sua solução não pode ter um carácter de generalidade, pois, como é fácil de ver, depende das disposições imperativas da lei sobre o usufruto e sobre o exercício dos direitos sociais.

divórcio, não é admissível licitação pela ex-cônjuge mulher na quota que o marido tem numa sociedade por quotas e que lhe deve ser encabeçada, desde que no pacto social se estipulou que as quotas não podem ser transmitidas sem consentimento da sociedade, que tem o direito de opção.

Não procuramos, pois, dar-lhe solução aqui, dizendo apenas que há que respeitar o princípio da autonomia da vontade em tanto quanto o permitam os princípios gerais de direito, a natureza do contracto-instituição, que é a sociedade, e as normas legais reguladoras das diversas espécies de sociedades.

Pode considerar-se raro o caso de o pacto social regular num ou noutro ponto o usufruto de acções, partes sociais e quotas (5). No entanto é natural que, a pouco e pouco, se vá tornando mais frequente.

Quanto às legislações, se algumas, como a brasileira, a suíça e a italiana, contêm normas, em que se procura solucionar um ou outro problema, outras há que são absolutamente omissas.

Na legislação portuguesa, o Cód. Com. e a lei das sociedades por quotas de 11 de Abril de 1901 guardaram silêncio sobre o assunto, mas o velho Cód. Civ., no seu art. 2237, dispõe, quanto ao usufruto de acções de companhias, que o usufrutuário não pode levantar o respectivo capital senão para o inverter nos dois casos mencionados e com o consentimento do proprietário, ou seu suprimento judicial.

3. O usufrutuário de uma acção, de uma parte social, ou de uma quota é sócio?

Geralmente o problema não é resolvido pelas legislações, nem é posto nem discutido pelos Autores; apenas uma ou outra legislação o resolve (6), e um ou outro

5. Nos estatutos da sociedade portuguesa Empresa de Navegação Mercante vê-se esta disposição: — “Art. 30 — Cada acionista, membro da assembleia geral, terá um voto por cada grupo de 25 acções até ao limite legal. — § ún. — Os acionistas, que forem meros usufrutuários só terão direito a votar nas assembleias ordinárias; nas assembleias extraordinárias competirá o voto aos proprietários dessas acções”.

6. Cod. Civ. ital. de 1942, art. 2352. Dec.-lei brasileiro n.º 2672, de 26 de Setembro de 1940, art. 111 § 4.º, um e outro considerando sócio apenas o nu-proprietário.

tratadista se lhe refere (7); mas em Portugal já dele se compararam a jurisprudência e a doutrina.

Decidiu que o usufrutuário não é sócio o Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Abril de 1890 (8) e com esta decisão concordou o Prof. JOSÉ TAVARES (9).

Mais recentemente assim decidiu também o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1947 (10), mas da decisão discordou o Prof. ANSELMO DE CASTRO (11).

Aquele 1º. Ac. recaiu sobre o seguinte problema: — tendo uma sociedade realizado uma nova emissão de acções e, dando os respectivos estatutos o direito de preferência aos accionistas, esse direito cabe ao nu-proprietário ou ao usufrutuário?

O Ac. decidiu que cabe ao proprietário, aduzindo os seguintes argumentos: a) a preferência é dada aos accionistas, mas os usufrutuários não o são, porque só o proprietário pode dispor das acções; porque de alguns arts. dos estatutos se vê que é assim; e porque não é a posse, mas sim a propriedade, que confere a qualidade de accionista; b) foi o proprietário que desembolsou o capital, ou o adquiriu por transmissão e, porisso, a preferência cabe a ele e não ao usufrutuário, que tem apenas um direito temporário e eventual ao dividendo.

JOSÉ TAVARES entende que o usufrutuário não é sócio e não pode, por isso, exercer os direitos de sócio proprietário. Mas entende também que este princípio geral sofre as restrições necessariamente resultantes dos direitos aos dividendos de lucros, que lhe pertencem nos termos dos arts. 2202 e 2205 do Cód. Civ.

(7) SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 72, que considera sócios o nu-proprietário e o usufrutuário, e EZCURDIA (artigo publicado na *Guipuzcoa Económica*, de Maio de 1946, citado por SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 186), que considera sócio apenas o nu-proprietário.

(8) No *Direito*, t. 23, pág. 398.

(9) *Sociedades e empresas comerciais*, 2ª. ed., pág. 545.

(10) *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, t. 7º., pág. 184.

(11) *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, t. 3º., pág. 66.

O 2º. Ac., que decidiu que o usufrutuário de uma quota não pode requerer a dissolução da sociedade, não aduz pròpriamente argumentos, faz apenas afirmações: — O simples usufrutuário não pode legalmente considerar-se sócio; sócios são apenas os donos das quotas sociais; o usufrutuário é apenas dono dos rendimentos, que a quota produzir; não tem a propriedade de qualquer parte do capital social; dos termos dos arts. 2188 e 2189 do Cód. Civ. apenas se pode concluir que o usufrutuário dos rendimentos duma quota social goza da propriedade plena sobre esses rendimentos e nada mais; não é proprietário da quota ou de parte dela; e, não o sendo, não é sócio; o direito de propriedade da quota não se dividiu por efeito de o usufruto dos seus rendimentos ficar pertencendo a outra pessoa; ficou apenas limitado; os direitos, que o art. 2206 do cit. Cód. confere ao usufrutuário, são apenas sobre os rendimentos, e não sobre a quota.

O Dr. ANSELMO DE CASTRO limitou-se a dizer, contra a decisão do Ac., que ela peca por exagero na forma e na substância e que o usufrutuário é sócio, pois lhe cabem todos os actos da gestão normal da sociedade, livremente, bem como a iniciativa dos actos, que excedem essa gestão quando tendam a evitar a perda do capital, actos que poderá praticar mediante procedimento judicial; e invoca a doutrina francesa que, em geral, só ao usufrutuário reconhece qualidade para tomar parte nas assembleias gerais ordinárias ou extraordinárias, inclusivamente quando visem a modificação dos estatutos.

Contra a tese dos Acs. podem invocar-se os preceitos dos arts. 2188, 2189, 2206, 2219 e outros do cit. Cód. segundo os quais, sendo o usufruto uma propriedade imperfeita, o usufrutuário goza, pelo que toca a essa fração, do direito de propriedade plenamente, salvas as restrições estabelecidas na lei, ou no título constitutivo da mesma propriedade; e ainda o usufrutuário tem o direito: — de per-

ceber todos os frutos naturais, industriais e civis que a coisa produzir; “de gozar das cousas inerentes à coisa usufruída”; de gozar pessoalmente da coisa, emprestá-la, arrendá-la ou alugá-la e até alienar o seu usufruto; e de usar de todos os meios, que competem ao proprietário, para ser mantido no seu usufruto.

Os Acs. limitam os direitos do usufrutuário aos rendimentos, quando a lei lhe confere o gozo de todos os direitos inerentes à coisa usufruída e esta é a acção, a parte social, ou a quota, e não apenas os *rendimentos* — expressão esta a que os Acs. nem sequer atribuíram um significado determinado.

O usufrutuário é tão sócio como o proprietário, pois que a acção, a parte social, ou a quota pertencem a ambos; — ambos são sócios, porque a um e outro competem alguns dos direitos e obrigações, que a lei confere e impõe aos sócios.

Adaptando ao caso a terminologia legal, pode dizer-se que ambos são proprietários imperfeitos.

Mas daqui resulta que não é pela circunstância de se considerarem ambos sócios, ou de se considerar sócio apenas o nu-proprietário, que podem solucionar-se os problemas relativos aos direitos e obrigações, que a um e outro — ao nu-proprietário e ao usufrutuário — competem.

O Cód. Civ. italiano de 1942, no seu art. 2352, attribuindo ao usufrutuário o direito de voto e o direito de opção, quando ele exista, pelo pacto social, na emissão de novas acções, dá a designação de *sócio* apenas ao nu-proprietário.

Se, pois, se argumentasse dizendo que, porque o usufrutuário não é sócio, só tem os direitos que a lei expressamente lhe atribue, ele não teria, na Itália, direito ao dividendo!

Não é por ser sócio que o usufrutuário tem direitos e obrigações em relação à acção, parte social ou quota, que usufrue; é por ser usufrutuário.

É bem de ver, pois, que não é nem de uma nem de outra dessas doutrinas que derivam elementos para a solução dos aludidos problemas; — que o princípio directivo e orientador no seu estudo e resolução não é o ser sócio apenas o nu-proprietário, ou o ser sócio também o usufrutuário.

4. É nos princípios gerais reguladores do usufruto que esse princípio se deve ir procurar.

E não é difícil encontrá-lo — ao usufrutuário competem os direitos e obrigações que respeitam ao uso e fruição da coisa — da acção, da parte social ou da quota; — ao proprietário competem os direitos e obrigações respeitantes à nua-propriedade da coisa.

Na aplicação deste princípio é que deverá ter-se em conta a natureza de cada uma das espécies de sociedades — por acções, em nome colectivo e por quotas — e ainda certas normas especiais reguladoras do usufruto, como seja a do art. 2.240 do Cód. Civ., segundo a qual o usufrutuário é obrigado a avisar o proprietário de qualquer facto de terceiro, de que tenha notícia e que possa lesar os direitos do proprietário; se o não fizer, responderá por perdas e danos.

Mas esta mesma norma pode sofrer restrições quando, por exemplo, se trate de assuntos a serem decididos pela assembleia geral; como todos os sócios devem ser convocados para a respectiva reunião, o proprietário, se a lei não confere apenas ao usufrutuário o direito de intervir e votar nas reuniões de sócios, poderá, por si, defender os seus legítimos interesses.

Isto mostra que a invocação daquele princípio directivo e orientador nem sempre basta para chegar a conclusões concretas e certas; ele não é chave que possa abrir todas as portas; é um instrumento que deve sempre ser utilizado para, com os outros elementos, permitir que se atinjam resultados aceitáveis.

E se há uns direitos e obrigações, que cabem ao usufrutuário, e outros que cabem ao nu-proprietário, outros há que cabem a ambos.

Assim, ao passo que os direitos consignados nos n.ºs. 1 e 2 do art. 119 do Cód. Com.: — a haver a parte do dividendo dos lucros que lhe competir *pro rata temporis* — dia a dia, em proporção do tempo que dura o usufruto (Cód. Civ., art. 2205), e a escolher os administradores e tomar-lhes contas — competem ao usufrutuário os dos n.ºs. 3 e 4 do mesmo art. — examinar a escrituração e os documentos correspondentes às operações sociais e fazer as reclamações ou propostas, que julgar convenientes — e as obrigações impostas nos n.ºs. 3 e 4 do art. 118 do Cód. Com. — exercer cargos sociais e prestar contas do exercício do mandato social — competem a ambos, podendo cada um exercer esses direitos e cumprir essas obrigações só por si, sem necessidade do concurso do outro.

Consequentemente, qualquer deles tem o direito de, com outros sócios, requerer um inquérito social, nos termos do art. 149 do Cód. Com. e 1531 do Cód. de Proc. Civ.

Quando, nos casos em que a lei o permite, os sócios podem receber durante algum tempo juro certo (Cód. Com., art. 182 § 2.º), é óbvio que esse juro pertence ao usufrutuário (12).

Mas se a lei permite ou impõe um certo reembolso de capital (13), óbvio é também que as quantias reembolsadas pertencem, em propriedade ou em usufruto respectivamente, ao nu-proprietário e ao usufrutuário.

(12) Contra, com o erróneo fundamento de que não representam lucros da sociedade, reconhecendo aliás que se trata de "*un derecho pariente al dividendo*", SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 64.

(13) O Dec. de 21 de Outubro de 1907, ao regular a constituição das sociedades mútuas de seguros, estabelece que o pacto social deve indicar a importância do capital de garantia e as condições da sua amortização.

A este cabe também o gozo das regalias especiais que algumas sociedades dão aos sócios, por exemplo, as reduções de preços das entradas nos espectáculos públicos dados pelas respectivas emprêsas.

Duas considerações ainda, relativas ao critério geral com que devem ser encarados estes problemas, convém ter presentes: — uma é que a legislação fiscal, inspirada por idéias peculiares e desprezando a técnica e mesmo os princípios jurídicos, não deve, em regra, ser invocada para a solução desses problemas (14); — outra é que a doutrina de que as questões entre proprietário e usufrutuário, porque o usufruto é elemento desintegrador da propriedade normal, devem, em caso de dúvida, decidir-se a favor da plenitude da propriedade (15) só deve ser aceita com ressalva de, tendo em conta o título constitutivo do usufruto — contracto gratuito ou oneroso, testamento e lei — se atender às regras legais e doutriniais sobre interpretação.

5 Dentre os problemas relativos ao usufruto de acções, partes sociais e quotas, uns há que são comuns às três referidas espécies de sociedades, embora possam ter soluções diferentes em relação a cada uma, e há outros que são próprios, ou exclusivos de uma ou outra delas.

Não temos a pretensão de versar aqui todos esses problemas; ocupar-nos-emos apenas de alguns, dentre os mais importantes, quer dos que são comuns a todas, quer dos que apenas a umas ou outras respeitam.

O primeiro, que se nos depara e alguns legisladores têm resolvido ou procurado resolver e que mais discutido

(14) AMBROISE COLIN, *De la notion du revenu en matière de législation fiscale*; CROIZAT, *La notion de fruit en droit privé et la notion de revenus en droit fiscal*; SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 81.

(15) SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 97 e Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 25 de Junho de 1943, por ele citada.

têm sido pelos tratadistas, é o da intervenção dos usufrutuários ou dos proprietários nas reuniões de sócios.

Claro é que, se se partisse do princípio de que o usufrutuário não é sócio, o problema teria sem hesitação uma resolução negativa, a não ser nos países, cujas legislações o resolvem por forma expressa em sentido diferente.

Mas esta circunstância mostra que o caso não é tão simples como poderá parecer.

Muito ao contrário, é tão complicado que são numerosas as soluções que os autores e as legislações lhe têm dado.

6 Antes de as expormos e apreciarmos, cumpre ter em atenção o caso especial do usufruto de acções, em que há a considerar duas hipóteses: — a de serem as acções nominativas e a de serem ao portador.

Se porém, a lei, dispuser que, no caso de usufruto de acções ao portador, o proprietário tem o direito de exigir que a sociedade lhe passe um outro título representativo do usufruto, ou que converta os títulos ao portador em nominativos com a indicação de que estão sujeitos ao usufruto (16), já as duas hipóteses se equivalem.

Se a lei não conceder esse direito, a posse da acção, quer nominativa, quer ao portador, pertence ao usufrutuário.

Mas se a acção fôr nominativa, o ónus do usufruto deve constar do título, por meio de endosso e averbamento, e do livro de registo de acções (Cód. Com., 168).

E, portanto, embora a acção esteja na posse do usufrutuário, o proprietário pode, em relação à sociedade, exercer os direitos, que lhe competirem como tal, sem que a

(16) Antigo Cód. italiano, art. 498; o art. 2025 do Cód. Civ. italiano de 1942 dá ao usufrutuário de uma acção nominativa o direito de exigir que lhe passem um título especial representativo do usufruto.

sociedade possa alegar ignorância, ou possa negar-se a reconhecer-lhe essa qualidade.

Se a acção fôr ao portador, como está em poder do usufrutuário, o proprietário, sempre que pretenda exercer algum dos direitos, que lhe competem, tem, não só de provar o ónus do usufruto, mas ainda de apresentar o respectivo título.

Como, a maior parte das vezes, isto não será possível, segue-se que o usufrutuário tem de cumprir a obrigação, que lhe impõe o art. 2240 do Cód. Civ., de avisar o proprietário de qualquer acto de terceiro, de que tenha notícia e que possa lesar os direitos do proprietário, respondendo, se o não fizer, por perdas e danos.

E terá sempre de responder para com o proprietário por todos os prejuizos, que lhe causar.

É de recordar que o usufrutuário de uma acção ao portador não só pode legalmente alienar o seu usufruto, mas também pode ilegalmente vender a própria acção. Certamente responde pelo abuso praticado, mas essa responsabilidade não se poderá efectivar quando o usufrutuário não tenha bens suficientes, e se tiver sido dispensado de prestar caução, ou não lhe tiver sido exigida.

Seja como fôr, é óbvio que, para que tanto o proprietário como o usufrutuário possam exercer cabalmente os direitos, que respectivamente lhes competirem, deve a lei conferir a um e a outro titulos representativos da nu-propriedade e do usufruto.

Não os havendo, como, repetimos, é ao usufrutuário que cabe a posse da acção. O exercício dos direitos do proprietário para com a sociedade será muito precário, a não ser que entre ele e o usufrutuário haja razoável entendimento.

Também nos parece que a sociedade deve permitir a um e outro o exercício dos respectivos direitos, desde que seja feita a prova de que certos titulos ao portador.

estão sujeitos a usufruto e desde que sejam apresentados os títulos, ou por outra qualquer forma a sociedade possa assegurar-se de que da sua permissão nenhum prejuizo lhe advirá ou advirá a terceira pessoa.

É frequente dispôrem os estatutos das sociedades por acções que os títulos ao portador devem ser depositados na própria sociedade ou em determinado estabelecimento de crédito, com certa antecedência para que o sócio possa intervir nas assembleias gerais.

Se o usufrutuário faz o depósito, bem está. Se o não faz, não poderá o proprietário obrigá-lo e não poderá intervir na respectiva assembleia geral.

Segundo o art. 1081 do Cód. Civ. alemão, a posse da acção ao portador onerada de usufruto pertence, em conjunto, ao usufrutuário e ao proprietário e a posse dos coupons de dividendos pertence ao usufrutuário, e, segundo o art. 1082 do mesmo Cód. se assim fôr pedido pelo usufrutuário ou pelo proprietário, deve a acção ser consignada num depósito público, com a condição de que não poderá ser exigida senão pelo usufrutuário e pelo proprietário conjuntamente, podendo também o usufrutuário exigir que seja depositada no Banco do Império, ou num outro qualquer lugar escolhido de acôrdo por ele e pelo proprietário.

Alguns autores francêses (17) entendem que o usufrutuário é obrigado a fazer conhecer ao proprietário os n.ºs. dos respectivos títulos, mas ALBERT WAHL (18) diz que é duvidoso o valor teórico desta exigência, que não vê qual seja a sua utilidade e que a sua sanção é nula. Em certos casos, em que o próprio título constitutivo indica esses n.ºs. tal exigência é escusada e, nos outros, é insufficiente.

(17) Citados por ALBERT WAHL, *Traité th. et prat. des titres. au porteur*, vol. 2.º, n.º 1154.

(18) Lug. cit.

O que nos parece é que deverá o usufrutuário de acções ao portador ser obrigado a depositá-las na própria sociedade, não só sob pena de responder por perdas e danos, mas ainda, no caso de se poder fazer perante ela a prova de que certos títulos estão sujeitos a usufruto, não permitir que o usufrutuário exerça os direitos, que lhe competem, sem que deposite no cofre social os respectivos títulos.

É de harmonia com as considerações, que acabamos de fazer, que devem ser entendidas as que se seguem sobre os direitos de intervir e votar nas reuniões das assembleias gerais.

7 Focando agora estes problemas, vejamos que soluções lhes têm sido dadas e se, além delas, outras poderão melhor corresponder ao devido respeito pelos legítimos interesses do nu-proprietário e do usufrutuário.

a) Há quem entenda (19) que nem um nem outro podem votar, porque, sendo o direito de voto exclusivo, a acção está dividida e só a plena propriedade dela pode justificar o exercício de tal direito — doutrina esta que nos parece escusado refutar pela sua manifesta improcedência, pelos prejuizos, a que daria lugar, e pelo abandono a que tem sido votada;

b) Sustentam uns autores que a representação das acções nas assembleias deve pertencer exclusivamente ao proprietário: — LYON CAEN ET RENAULT (20), ROUSSEAU (21), ARTHUYS (22), JOSÉ TAVARES (23), PEREIRA DE VASCONCE-

(19) BIERMANN *Sachsenrecht*, 1.^a ed., citado por SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 176.

(20) *Traité de droit com.*, vol. 2.^o, n.^o 845.

(21) *Des soc. com. françaises et étrangères*, n.^o 2326.

(22) *Traité des soc. com.*, t. 2.^o, pág. 37.

(23) *Soc. e empresas com.*, 2.^a ed., pág. 544.

LOS (24), RAFAELLI (25), ALBERT WAHL (26), GARRIGUES (27), DERNBURG (28), etc.

Esta tese, aliás sustentada por numerosos e autorisados autores, não está de harmonia com o regime legal do usufruto, e despreza os direitos inerentes ao gozo da coisa usufruída, sendo manifestamente insuficiente a limitação, que alguns autores pretendem que se estabeleça ao direito do proprietário — de não prejudicar o usufrutuário.

Mas PEREIRA DE VASCONCELOS reconhece que, na prática, a sua opinião não é seguida; e ALBERT WAHL, referindo-se apenas aos títulos ao portador, também reconhece que, na prática, é o usufrutuário que exerce o direito de intervir nas assembleias gerais sem que ninguém o possa impedir.

c) Sustentam outros que o usufrutuário e o proprietário devem proceder de acôrdo, indo só um deles à assembleia, como no caso de compropriedade, e que, na falta de acôrdo, devem os tribunais resolver (29); havendo quem acrescente que, se ambos se apresentarem na assembleia, o direito de votar deve ser recusado a um e a outro, e que, como a intervenção nas assembleias gerais, quer ordinárias, quer extraordinárias, é um acto de administração, deve, em princípio, e no caso de competição, ser esse direito reconhecido, de preferência, ao usufrutuário (30).

d) Outros ainda têm sustentado que nuns casos a representação das acções cabe ao usufrutuário e noutros

(24) *Manual das ass. gerais das soc. anónimas*, pág. 215.

(25) *Le société commerciale*, pág. 311.

(26) Ob. e vol. cit., n.º 1160.

(27) *Tratado cit.*, I, 2.º, pág. 958.

(28) *Bürgerliches Recht*, vol. 3.º, pág. 637.

(29) BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs des ass. gén. dans les, soc. par actions*, pág. 108; LAVASSEUR, *Soc. civ. et com.*, 5.ª ed., n.º 904; CLÉMENT, *Des pouvoirs des assem. gén. dans les soc. par actions*, n.º 10.

(30) HOUPIN ET BOSVIEUX, *Traité gén. des soc. civ. et com.*, vol. 2.º, n.º 1125.

cabe ao proprietário, mas dividem-se ao determinar quais os casos, em que qualquer deles, usufrutuário e proprietário, deve intervir: — opinam uns que o usufrutuário deve intervir nas assembleias gerais ordinárias e que o proprietário deve intervir nas assembleias gerais extraordinárias (31); outros opinam que um e outro devem ter o direito de voto, o usufrutuário quando se trate de problemas que respeitem à mera administração da acção, e o proprietário quando se trate de problemas, que respeitem à sua disposição ou à sua propriedade (32); CUNHA GONÇALVES entende que é ao usufrutuário que compete a intervenção em todas as assembleias gerais em que se não discuta assunto que respeite à propriedade das acções; quando qualquer deliberação a tomar lhe respeite, a representação das das acções compete a ambos, mas só um deles poderá votar conjuntamente, ou terá de votar um deles com o mandato do outro, por analogia do que a lei dispõe para o caso de compropriedade das acções (32); — o VISCONDE DE CARNAXIDE, considerando, como com razão o fazem muitos outros escritores, que em ambas as duas referidas espécies de assembleias podem ser afetados os direitos do usufrutuário e do proprietário, entende que o melhor critério, para não proteger um à custa da desproteção do outro, consiste em deixar os dois ser juizes do que lhes convém, os quais, certos de que a lei se não interpõe entre eles, terão de chegar ao melhor acôrdo para não abandonarem na assembleia a defesa da sua causa comum (34).

(31) THALLER, *Anuales de droit com.*, 1893. II, pág. 269, que depois, como a seguir veremos, mudou de opinião; PIC, *Sociétés commerciales*, n.º 1275, SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 182 e 194; SIVILE, *Traité des sociétés anonymes belges*, vol. 1.º, n.º 1182; etc.

(32) BEZARD-FOLGAS, *Traité du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, n.º 14; STAMMLER, citado por SANCHEZ TORRES, ob. cit., pág. 181.

(33) Com. ao Cód. Com., vol. 1.º, pág. 459.

(34) *Sociedades anónimas*, n.º 94.

Foi esta a solução adoptada pelo Dec.-Lei brasileiro n.º 2627, de 26 de Setembro de 1940, que, no seu art. 94, dispõe: — “No usufruto de acções, o direito de voto somente poderá ser exercido mediante prévio acôrdo entre o proprietário e o usufrutuário”. Esta disposição é inaceitável, por insuficiente. Como observa ALBERTO ASQUINI (35) a disposição do art. 10 do R. D. italiano n.º 1364, de 7 de Junho de 1923, que o art. 84 do Dec-lei brasileiro reproduziu, refletia a perplexidade da doutrina sobre o problema. Mas, como veremos adiante, a solução dada pelo art. 2352 do Cód. Civ. italiano de 1942 ainda reflete essa perplexidade.

e) Finalmente, outros, (36) com base na ideia defendida por GIRARD (37) de que a intervenção nas assembleias gerais é sempre um acto de administração, sustentam que ela compete apenas, e sempre, ao usufrutuário.

É esta a solução adoptada pela jurisprudência francesa (38), pelo art. 690 do Código suíço das Obrigações, que acrescenta que o usufrutuário é responsável para com o proprietário se não tomar os interesses deste em consideração, e pelo art. 2352 do Cód. Civil. italiano de 1942, que, todavia ressalva convenção em contrário.

quela responsabilidade será difícil de determinar e, por vêzes, não poderá efectivar-se integralmente.

A convenção contrária ressalvada nesse art. do Cód. Civ. italiano pode ser exarada tanto no pacto social, como no título constitutivo do usufruto; mas raro será vê-la exarada num ou noutro título. Além de que, raro será também que essa convenção dê ao problema uma solução melhor.

(35) *Usufrutto di quota sociali e di azioni*, na *Riv. di dir. com.*, t. XVI, 1947, pág. 12 e segs., *signanter* pág. 23

(36) THALLER, *Traité élem. de droit com.*, n.º 686; HOUPIN, *Traité des sociétés*, vol. 2.º, n.º 926; R. MICHEL, *Rec. Jur. des Sociétés*, 1924, pág. 136; PLANIOL, RIPERT e PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, vol. 3.º, n.º 807; etc.

(37) *Le droit d'assister aux assemblées générales*.

(38) CHAMBAZ-LEBLOND, *Précis des sociétés*, n.º 1317, pág. 374.

Em todo o caso, é de estranhar que esse Cód. não tenha, ao menos, feito distinção entre assembleias gerais ordinárias e extraordinárias, quando não quisesse ir mais longe e providenciar diferentemente para os casos de se tratar apenas de questões de mera administração e de questões interessando o próprio domínio da acção.

Com razão, pois, GASPERONI (39) criticou a disposição nesse sentido e não nos parece que seja de atender a desculpa dada por ALBERTO ASQUINI (40) dizendo que a lei preferiu uma disposição unívoca a uma disposição casuística, tendo presente que, entrando no campo das distinções, se deveria atender também às matérias da competência das assembleias extraordinárias, pois que nem todas as modificações do pacto social põem em causa o interesse do proprietário.

Certamente a simples distinção entre assembleias ordinárias e extraordinárias não é bastante, especialmente nos países, onde, como em Portugal, há divergências na doutrina sobre quando é que se podem considerar extraordinárias as assembleias e onde, se os estatutos não dispuserem o contrário, todos os assuntos susceptíveis de serem tratados numa assembleia geral extraordinária também o podem ser numa assembleia geral ordinária (Cód. Com., art. 179 § ún., n.º. 3.º.).

Mas parece-nos que o problema pode ter uma solução mais concreta, que adiante exporemos.

Por vezes o legislador terá de deixar à doutrina e à jurisprudência a solução de alguns problemas, mas só o deve fazer excepcionalmente, por impossibilidade ou por indiscutível conveniência e não apenas por comodidade.

Ainda no campo da doutrina, há a registar duas opiniões que fazem certas restrições à solução de pertencer ao usufrutuário o direito de intervir nas assembleias de sócios.

(39) *Le azione di società*, pág. 200.

(40) *Ob. e vol. cit.*, pág. 24.

ADRIANO ANTERO (41), depois de reconhecer que o problema não pode considerar-se resolvido pelo disposto no art. 168 § 2.º do Cód. Com., porque esse § se refere a hipótese diferente, qual é a de haver compropriedade, e depois de informar que, a fim de evitar complicações, nos estatutos de muitas sociedades se dispõe que, em caso de usufruto, serão as acções vendidas transferindo-se o usufruto para o respectivo produto, sustenta que é ao usufrutuário que assiste o direito de voto; e que, se a votação afecta simplesmente o usufruto, nada tem com isso o proprietário, mas, se pudér influir também na propriedade, como nem o proprietário nem o usufrutuário podem, só por si, transformar ou modificar o objecto do usufruto, segundo se deduz dos arts. 2.217 e 2.227 do Cód. Civ., devem combinar ambos o modo da votação; e acrescenta que — o usufrutuário é o que vota; mas não o deverá fazer, comprometendo a propriedade, sem acôrdo com o proprietário; se este não quiser concordar, o recurso, que assiste àquele, é votar contra tudo que possa comprometer a propriedade.

Com razão ADRIANO ANTERO considera inaplicável ao caso o disposto no § 2.º do art. 168 do Cód. Com., segundo o qual, no caso de compropriedade de uma acção, nominativa ou ao portador, a sociedade não será obrigada a averbar e a reconhecer a respectiva transferência enquanto os comproprietários não elegerem um de entre si que os represente para com a sociedade quanto ao exercício dos direitos e cumprimento das obrigações que lhes pertencem, por isso que, na compropriedade, em regra, os comproprietários têm os mesmos interesses, ao passo que, no usufruto, o usufrutuário e o proprietário têm, em regra, interesses diferentes, senão mesmo, por vêzes, antagónicos.

A norma do § 2.º do art. 168 pode, no entanto, ser aplicada quando o usufruto de uma acção, parte ou quota social, pertencer a mais de uma pessoa.

(41) *Comentário do Cód. Com. Português*, 2.^a ed., vol. 1.º, pág. 272.

A informação que ADRIANO ANTERO fornece, relativa à disposição dos estatutos mandando vender as acções, quando sejam objecto de usufruto, não a podemos confirmar, pois que nunca deparámos com ela nos muitos estatutos que temos examinado.

E, quanto à solução proposta, é, por demais, insufficiente.

VENEZIAN (42), partindo do princípio de que deve reconhecer-se ao usufrutuário de uma acção ao portador, como investido que está formalmente da sua propriedade, quantos direitos pode exercer o accionista com respeito à sociedade, sustenta que lhe cabe o direito de intervir nas assembleias gerais, sem que a sociedade lhe possa recusar ou possa admitir que o proprietário o exerça em concorrência com êle, mas sustenta também que, com respeito ao proprietário, tem o usufrutuário obrigação de abster-se de exercer as faculdades, de que está investido por virtude da posse do título, que possam alterar a substância do direito e responderá para com êle se lhe não participa a convocação para as respectivas assembleias e se lhe não proporciona a possibilidade de intervir, entregando-lhe temporariamente a acção (43).

Esta doutrina, salvo na parte relativa à referida abstenção, só é applicável, como é óbvio, ao usufruto de títulos ao portador.

8 Preferimos a doutrina da alínea *d*), na segunda das modalidades acima mencionadas, mas precisando a prova como investido que está formalmente da sua propriedade, de voto deve caber ao usufrutuário, ou ao proprietário.

Baseamo-nos, não só na natureza jurídica do usufruto, mas também nas disposições do Cód. Civ., que o regulam, e nas do Cód. Com., reguladora da matéria de sociedades.

(42) *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, n.º 299.

(43) *Usufrutto, uso e abitazione*, n.º 299.

Entendemos que tanto o proprietário como o usufrutuário podem usar do direito de intervir nas assembleias gerais; o usufrutuário, por isso que, nos termos do já cit. art. 2206 do Cód. Civ., tem o direito de gozar de todos os direitos inerentes à coisa usufruída, salvo aquêles que sejam incompatíveis com a natureza jurídica do usufruto, como é o da alienação da própria coisa usufruída, e o proprietário, porque, como se vê do art. 2240 do mesmo Cód., se os seus direitos estiverem ameaçados, pode agir para evitar a lesão e, conseqüentemente, pode reagir quando êles forem ofendidos.

Ora o direito de intervir nas assembleias gerais, assistindo, discutindo e votando e, conseqüentemente, o direito de requerer em juízo a suspensão e anulação das deliberações sociais, que forem contrárias à lei ou ao pacto social, não são por lei excluídos do espaço jurídico, em que o usufrutuário se pode mover, nem são prejudicados por aquela incompatibilidade.

Dispondo o art. 2240 do Cód. Civ. que o usufrutuário é obrigado a avisar o proprietário de qualquer facto de terceiro, de que tenha noticia, que possa lesar os direitos do proprietário, e que, se o não fizer, responderá por perdas e danos, claro é que implicitamente lhe impõe: — 1.º, que não lese êle próprio os direitos do proprietário; 2.º que os defenda, quando o proprietário não possa fazê-lo. Se, como já observámos, se trata de assunto a ser discutido e resolvido em assembleia geral, como para ela é convocado o nu-proprietário, o aviso do usufrutuário é escusado, embora êle o possa fazer, por mera cautela, ou quando tenha interesse, embora indirecto, em que o proprietário proceda na defesa dos seus direitos.

Na reunião da assembleia geral podem comparecer tanto o usufrutuário como o proprietário; ambos poderão discutir os assuntos que entenderem, pois que da discussão dos problemas relativos à administração pelo proprietário e dos relativos à propriedade pelo usufrutuário nenhum prejuizo poderá resultar, e será difícil pôr-lhe limite, mas

só um poderá votar — em regra o usufrutuário, ou o proprietário quando se tratar de deliberações que possam ofender o seu direito de propriedade, cabendo ao presidente da assembleia geral, com recurso para a própria assembleia, e da decisão desta para os tribunais, o decidir quando deve votar um ou outro.

Por esta forma serão resolvidas as dificuldades que na aplicação desta doutrina podem surgir e que não são tão graves que levem a pôr de parte a solução, que de todas é a mais jurídica e a mais equitativa.

Consequentemente, pois que com o direito de voto é conexo o da defesa judicial dos respectivos direitos, qualquer deles, o usufrutuário ou o proprietário, pode requerer, nos termos dos art. 146 e 186 do Cód. Com., a suspensão e a anulação das deliberações que respectivamente respeitam aos direitos e obrigações de cada um.

JOSÉ TAVARES, partindo da idéia de que o usufrutuário não é socio, entende que êle não tem esses direitos.

Mas entende também que, para garantir a satisfação plena do seu direito aos dividendos e lucros, pode o usufrutuário acionar a sociedade pelo emprego ilegal de uma parte dos lucros realizados, para pedir a determinação e fixação dos dividendos no tempo e pelo modo estabelecidos na lei e no contrato social, e pedir nas mesmas condições o pagamento da quota, que lhe pertence, e, enfim, para se opôr a qualquer outro acto que ilegalmente evite ou diminua a existência dos lucros a dividir.

Esta opinião é inaceitável, pois que por ela o usufrutuário teria mais direitos e não estava sujeito às restrições, que a lei confere e impõe ao nu-proprietário, dando lugar à insegurança das deliberações sociais, que a todo o tempo poderiam ser judicialmente atacadas e revogadas.

Nos países em que, segundo a lei, só o usufrutuário tem o direito de voto, o seu procedimento deve ser pautado pelas respectivas disposições legais, quando elas não se limitem a conferir-lhe aquele direito.

Assim, pelo art. 690 do Cód. suiço das obrigações, o usufrutuário responde para com o proprietário se não tomar os seus interesses em equitativa consideração — fórmula esta muito vaga, que não defende devidamente os interesses do proprietário e que colocará por vezes o usufrutuário numa situação difícil, dada a eventual incompatibilidade entre os seus interesses e os do proprietário.

O Cód. Civ. italiano limita-se, como vimos, a conferir o direito de voto ao usufrutuário resalvando, todavia, a convenção contrária.

Desta norma, e quando não haja tal convenção, assim como da conexão que existe entre o direito de voto e o de impugnar as deliberações ilegais, deduz ALBERTO ASQUINI (44) que o usufrutuário tem legitimidade para as acções tendentes a essa impugnação e que, no exercício dessas acções, ele age, porém, não só no interesse próprio, mas também como gestor do nu-proprietário, — que tem um interesse próprio na legalidade das deliberações sociais e desse exercício assume o usufrutuário a respectiva responsabilidade; e só na inércia do usufrutuário, o nu-proprietário poderá legitimar-se para o exercício dessas acções, nos termos do art. 1015 do Cód. Civ., sempre naturalmente no pressuposto de que o usufrutuário tenha estado ausente ou discorde da deliberação.

Tudo isto nos parece confuso e complicado. Achamos preferível as soluções, que, no silêncio da legislação portuguesa, acima propomos.

8 Outros problemas mais, relativos ao direitos do usufrutuário de acções, ou de partes, ou de quotas sociais, têm sido estudados por alguns autores.

PLANIOL, RIPERT ET PICARD (45), começando por assinalar as numerosas dificuldades da matéria, dão como fir-

(44) *Usufrutto di quota social e di azioni*, na *Riv. di dir. com.*, t. XVI, 1947, pág. 12 e segs.

(45) *Traité pratique de droit civil français*, t. 3.º, n.ºs 791 e segs.

memente estabelecido pela doutrina e pela jurisprudência francesas este princípio, que, em seu entender, deve ser aceite: os benefícios de uma empresa comercial ou industrial não são frutos “*par essence*”: tornam-se tais logo que, provindo de operações repetidas, têm sido transformados pela sociedade em rendimentos periódicos.

“Le caractère des bénéfices”, dizem êsses escritores, “dépend donc de l’aménagement que leur impose la société: elle en traite certains comme des fruits et les destine à la consommation; elle capitalise les autres et les incorpore à l’actif social. Par suite, l’usufruitier, jouissant de la chose qui forme l’object de son droit comme en jouissait le propriétaire, est tenu dès lors de respecter le pacte social qui va gouverner les rapports avec le nu-propriétaire, devra supporter les conséquences de cet aménagement, à la condition qu’il ait lieu en conformité du pacte social. Son droit portera sur les bénéfices auxquels la société attribuera le caractère de fruit; il ne s’étendra pas à ceux qui auront été l’object d’une capitalisation.

“Ce principe doit être appliqué aux différentes situations qui peuvent se présenter”.

E a seguir estudam vários problemas, chegando às seguintes conclusões:

a) que o usufrutuário tem direito aos dividendos, mas não às quantias tiradas dos lucros, em que sejam constituídas as reservas distribuídas pelos sócios, salvo as que tenham sido criadas para complemento de dividendos.

b) quando a sociedade, emitindo novas acções, estabelece um preço superior ao valor nominal das acções a pagar pelos novos accionistas, se as importâncias desse acréscimo de preço entram nos cofres da sociedade para constituir reserva ou aumentar as reservas existentes, nenhum direito tem a elas o usufrutuário; se são distribuídas pelos sócios, devem ser atribuídas ao proprietário e ao usufrutuário, àquele em propriedade e a este em usufruto.

c) quando, na emissão de novas acções, os antigos sócios têm o direito de preferência para a aquisição delas,

êsse direito não pertence ao usufrutuário, ainda mesmo que o proprietário não queira usar dele.

d) o usufrutuário tem o direito, na medida da sua parte, aos lucros realizados pela sociedade e postos como tais à disposição dos sócios, mas não tem direito algum sobre os lucros regularmente transformados em capitais, designadamente sobre as reservas constituídas em conformidade com as disposições estatutárias.

Referindo-se a estes vários problemas, CUNHA GONÇALVES (46), que, de uma maneira geral, aceita as soluções dadas por aquêles escritores, dizendo até que “ainda mesmo que uma parte dos lucros sociais tenha sido empregada em melhoramentos da empresa, será inadmissível qualquer pretensão do usufrutuário das acções, porque o acionista só tem direito à sua parte da soma destinada, no balanço anual, a ser distribuída como dividendo”, procura fundamentá-las, à face do nosso Cód. Civ., dizendo que os benefícios pecuniários, que não sejam dividendos, não são *frutos civis*, porque, diz, não têm as respectivas características; são acréscimos eventuais do capital empregado nas acções; falta-lhes a periodicidade própria dos rendimentos.

Essas características indica-as CUNHA GONÇALVES em nota ao art. 2202 do Cód. Civ. (47), dizendo que a noção de *frutos* tem como elementos a *separabilidade*, a *periodicidade*, a *reproducibilidade da substância* e a *inalterabilidade*, mas logo acrescenta que êstes elementos não têm caracter de absolutos, porque podem alguns faltar em certos frutos; e antes, ao anotar o art. 495 do mesmo Cód. (48), afirma que — “a palavra *frutos*, tanto em matéria de posse, como de propriedade, é empregada pelo legislador no amplo sentido de *todo e qualquer rendimento da coisa possuída, segundo o seu destino económico*, seja ou não periódica, que se possa obter *sem a destruição ou diminuição* dessa coisa.”

(46) *Trat. de dir. civ.*, vol. 11, pág. 415 e 416.

(47) *Ob. e vol. cit.*, pág. 374.

(48) *Ob. cit.*, vol. 3.º, pág. 613.

As contradições são evidentes, pois que o § ún. do art. 2202 dispõe que “os frutos naturais, industriais e civis serão qualificados nos termos do art. 495 § 3.º”.

Ainda, ao anotar êste mesmo art. 495 (49), CUNHA GONÇALVES considera frutos civis os lucros líquidos do estabelecimento comercial; ao anotar o art. 2202 diz que com razão se tem definido (VENEZIAN) frutos civis como “*toda a classe de rendimento, que se obtém de uma cousa ou de um direito, em virtude de um vínculo jurídico*”, e entende que o usufrutuário pode utilizar-se: a) de plantas de viveiro (art. 2213); b) de pedras de uma pedreira para as aplicar em reparações ou obras da cousa usufruída (art. 2213); c) da firma, nome, marcas, sinais, desenhos e modelos de um estabelecimento fabril ou comercial (art. 2214); de parte de um tesouro descoberto no terreno ou edifício usufruído (art. 2216) — o que tudo é também contraditório com aquela sua doutrina, que restringe os direitos do usufrutuário de acções ou de uma quota a receber os dividendos e as reservas constituídas para complemento dêles.

A noção, que o nosso Cód. dá, de frutos civis, não justifica as restrições que resultam daquêles elementos que CUNHA GONÇALVES lhes atribui, e as disposições do mesmo Cód. sobre os direitos do usufrutuário também não justificam, a nosso ver, a doutrina restrita que esse escritor adopta.

Mas foquemos separada e especialmente alguns dos mais importantes problemas que podem surgir, começando pelo das reservas que é o mais complicado.

10. Alguns Autores (50) sustentam que os preceitos do pacto social, que admitam ou imponham a formação de

(49) Ob. cit. vol. 3.º, pág. 615.

(50) PACIFICI-MAZZONI, *Distinzione dei beni*, n.º 377 e seg., e MANDUCA, no *Filangieri*, 1880, pág. 458, citados por VENEZIAN, *Usufruto, uso e abitazione*, vol. 2.º, n.º 299.

reservas com todos ou com parte dos lucros do exercício, não podem frustrar o direito essencial do usufrutuário aos frutos, que são constituídos pelos lucros a repartir pelos sócios, e que o pacto ou a lei, que ordenem a constituição de reservas, não podem ter outro efeito senão diferir a distribuição dos lucros, a percepção dos frutos; por conseguinte, não pode o usufrutuário da acção exercer o seu direito aos frutos impugnando a formação das reservas e pretendendo uma antecipação proporcional sôbre os lucros do exercício, mas pode, quando a sociedade se dissolver, exercer contra o proprietário o direito de ser compensado da parte correspondente das reservas que aumentam o valor da respectiva parte na sociedade; e, quando a sociedade se não dissolve durante o usufruto, pode esse direito ser exercido quando o usufruto terminar.

VENEZIAN (51) discorda desta doutrina, sustentando esta outra: — numa sociedade por acções não há a necessidade jurídica de que se dividam pelos sócios todos os lucros e não tem a natureza de renda (frutos) a porção que *legitimamente* se subtraia à divisão, pelo que o usufrutuário carece, em qualquer tempo, do direito de fazer sua a parte correspondente e tem que restituir, ao terminar o usufruto, a acção aumentada em proporção da importância, a que, com as reservas, ascender o activo social, e só quando a sociedade se dissolva durante o usufruto, êle receberá a acção valorizada, mas que terá de ser entregue ao proprietário quando o usufruto termine; à divisão dos lucros não podem subtrair-se *legitimamente* mais do que os necessários para constituir as reservas que a própria lei e os estatutos, que são lei para os sócios e seus representantes, mandem fazer; — quando a constituição de reservas não esteja prevista no pacto social, a sua criação, mesmo com o propósito de aumentar o crédito e a solidez da empresa e assegurar assim maiores lucros nos exercícios futuros, significa sempre um sacrificio dos interesses individuais.

(51) Lug. cit.

que a maioria não pode impor; contra a sua deliberação deve facultar-se aos interessados o direito de opposição e, especialmente, ao usufrutuário, que não tem compensação da privação actual na esperança de futuros lucros maiores.

Esse direito de opposição às deliberações que criam reservas não previstas pelos estatutos é atribuído aos sócios em geral, por vários autores e designadamente por VIVANTE (52), segundo o qual as cláusulas dos estatutos, ou, no seu silêncio, as disposições da lei determinam a medida em que cada accionista deve sacrificar a sua parte nos lucros ao futuro da empresa e, antes de acmentar este sacrifício por uma derrogação do pacto social, haverá que modificá-lo com as precauções prescritas na lei para proteger as minorias.

Alguns commercialistas, porém, ressalvam o caso de uma necessidade precisa e nitidamente determinada, que imponha a criação duma reserva para evitar uma crise financeira na sociedade.

Esta ressalva, como qualquer outra análoga, é contrária à lei, dá lugar ao arbitrio e pode causar prejuizo a alguns sócios.

E, desde que se entenda que a assembleia geral pode criar a reserva, sem ofender a lei ou o pacto social, nem sequer os sócios prejudicados poderão requerer a anulação da deliberação, salvo o caso de abuso de direito de que adiante trataremos.

Em França a opinião dominante era que a constituição de uma reserva extraordinária permanente, prejudicando a distribuição dos lucros pelos sócios, importava uma modificação substancial, que excedia os poderes da assembleia geral, e que só podia, portanto, ser deliberada pelo voto unânime dos sócios; últimamente, a maioria dos auto-

(52) *Traité de droit com.*, vol. 2.º, n.º 509, onde são citados, no sentido da sua opinião, a jurisprudência alemã e Autores alemães. Além desses, HOUPIN ET BOSVIEUX, ob. e vol. cit., n.º 1354. pág. 582; VISCONDE DE CARNAXIDE, ob. cit., pág. 414, etc., etc.

res, segundo informa PAUL PIC (53), entende que a assembleia geral pode deliberar a formação de uma reserva extraordinária fundando-se nas leis de 16 de Novembro de 1903 e de 22 de Março de 1913, principalmente nesta última, que consignou o princípio da soberania absoluta da assembleia geral, mas ressalva os casos de ser a deliberação eivada de fraude, ou ditada, não pelos interesses da sociedade, mas pelo desejo de ofender os direitos de certas categorias de interesses (portadores de partes do fundador, usufrutuários de acções, etc.).

Por outro lado, VIVANTE (54), também com outros autores (55), sustenta que o direito aos dividendos é um direito condicionado pela aprovação do balanço pela assembleia geral, que pode criar fundos de amortização e dar a quaisquer bens do activo um valor diferente, maior ou menor do que lhes tenha sido atribuído pelos administradores, sem ofender nem a lei, nem o pacto social; e, conformando-se com os preceitos legais, pode modificar os estatutos e neles afectar os lucros a novas reservas e até decidir que êles só sejam divididos de 2 em 2 ou de 5 em 5 anos, ou até mesmo só no fim da sociedade.

E' fundamentalmente a mesma a doutrina de ASQUINI.

Entende este escritor (56) que nesta matéria a assembleia é soberana e que a lei italiana só socorre o usufrutuário conferindo-lhe o direito de voto, com o qual pode defender os seus interesses; mas, acrescenta, esse seu voto perante uma maioria contrária é naturalmente inoperante.

Continua ainda dizendo que não há lugar a distinguir entre o caso de se accumularem os lucros pela constituição

(53) *Sociétés commerciales*, vol. 2.º, n.º 1193, pág. 679.

(54) Ob. e vol. cit., pág. 521 GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, vol. 1.º, pág. 276, etc. Contra: VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, pág. 163.

(55) Ob. e vol. cit., n.º 579.

(56) Ob. e lug. cit., 7, pág. 21.

de reservas legais ou estatutárias, ou por imposição de leis restritivas dos dividendos, e o da acumulação provir de reservas extraordinárias, deliberadas pela assembleia além dos casos previstos pela lei ou pelos estatutos, e ainda o das reservas ocultas por aumento dos valores do activo, por isso que a medida do direito de fruição do usufrutuário é a que resulta, não só directamente da lei e dos estatutos, mas também indirectamente dos poderes soberanos da assembleia, no que respeita aos lucros a distribuir. Só haverá a considerar, para lhe dar uma solução adequada, a hipótese de ser a deliberação restritiva do dividendo determinada, não por critérios objectivos adoptados no interesse da sociedade, mas com a intenção de limitar a fruição das acções pelos usufrutuários em favor do nu-proprietário. Nesta hipótese, haveria da parte da assembleia o exercício de poderes por uma *causa* não social, lesiva do direito do usufrutuário, e poderia dizer-se que a deliberação péca pelo vício de exesso ou desvio de poder, que é compreendido no vício de ilegitimidade *latu sensu*, podendo o usufrutuário pedir judicialmente a sua anulação.

Exceptuando a primeira, todas estas doutrinas pecam, não só por terem em conta apenas o regime legal ao funcionamento das sociedades — e nem sempre — desprezando o regime legal relativo ao usufruto e, designadamente, o relativo aos direitos do usufrutuário, mas também por não atenderem a que se trata de relações entre o usufrutuário e o proprietário, e não entre qualquer deles e a sociedade.

Outro vício comum a todas estas: — o considerarem que as deliberações sociais, pelas quais os lucros líquidos não são logo divididos pelos sócios, sendo-lhes dadas outras diversas applicações, têm a força bastante para alterar a natureza de *frutos civis*, que têm esses lucros.

Cabe dar lugar aqui, nesta resenha de soluções do problema das reservas, à dada pelo Ac. do Sup. Trib. de Just.

de 22 de Março de 1940 (51), que recaiu sobre o seguinte caso:—

Estando uma quota de 17.000\$00 sujeita a usufruto e tendo falecido o usufrutuário em 13 de Maio de 1944, os proprietários da quota intentaram uma acção contra a sociedade com os fundamentos e pedido seguintes: — que, tendo a sociedade deliberado, relativamente áquele ano, distribuir pelos sócios uma parte dos lucros correspondentes a 550% do capital social, lhes pertenciam 93.500\$00, em proporção do valor nominal da sua quota, mas que, como o usufrutuário tem direito, nos termos do art. 2205 do Cód. Civ., aos frutos civis em proporção do tempo que dura o usufruto, a eles autores pertenciam 59.267\$70 e o restante ao herdeiro do usufrutuário; mas que a sociedade, por solicitação deste, se negava a pagar-lhes essa importância de 59.267\$70 e que, portanto, pediam que ela fôsse condenada a pagar-lha.

A sociedade contestou reconhecendo a importância da dívida dos 93.500\$00, mas dizendo que, em face de uma reclamação do herdeiro do usufrutuário, tinha dúvidas sobre a quem ela era devida, e requereu que, nos termos do art. 352 do Cód. Proc. Civ., fosse ele notificado para deduzir o seu pedido em opposição ao dos autores.

Feita a notificação, o herdeiro do usufrutuário apresentou-se em juízo a formular o seu pedido nos seguintes termos: — que, durante bastantes anos, uma parte dos lucros apresentados no fim de cada exercício não era distribuída pelos sócios e era aplicada na constituição de fundos destinados a garantir um mais proficuo funcionamento da actividade industrial e que, em relação à quota captiva de usufruto, as importâncias, com que foram constituídos esses fundos, pertencem ao usufrutuário, pois são lucros;

57. Dêste Ac., proferido no recurso nº. 54207, em que eram rec. ANTONIO BORGES DA SILVA TELES e recorridos o Dr. LUIZ GONZAGA FREITAS MONTEIRO e outros, foram publicados apenas uns excerptos na *Vida Judiciária*, t 11, pág. 191.

-- que tais lucros acumulados tinham, no entanto, contribuído, pelo seu aproveitamento, para aumentar os rendimentos da sociedade e, por consequência, havia que distinguir, em cada verba de dividendo a distribuir pelos sócios, a parte fosse rendimento do activo social e a que tivesse advindo da massa de lucros não distribuídos; -- que aquela parte pertencia ao proprietário desde a morte do usufrutuário, mas que esta última, porque representa fundos, que pertencem na sua plenitude ao usufrutuário, a ele pertence também o respectivo rendimento; — que, consequentemente, pedia para lhe ser reconhecido o direito às “reservas” constituídas pelos lucros não distribuídos, isto é, à parte dos dividendos que se deva considerar como correspondente a esses “fundos”, a fixar em liquidação da sentença.

O Ac. julgou procedente o pedido dos proprietários e condenou a sociedade a pagar-lhes a quantia pedida e improcedente o pedido do usufrutuário, com os seguintes fundamentos: — que, para se julgar procedente o pedido do usufrutuário seria preciso admitir que os “fundos”, que ele próprio usufrutuário diz serem lucros não distribuídos em anos sucessivos, lhe teriam sido atribuídos, e teriam ficado na sociedade a constituir novas quotas a ele pertencentes em plena propriedade e com direito a participarem nas distribuições dos lucros futuros, mas que nada na lei autoriza tal conclusão; — que o art. 2202 do Cód. Civ. estabelece que o usufrutuário tem o direito de perceber todos os frutos civis que a coisa usufruída produzir e, segundo o § 3.º do art. 495 do mesmo Cód., frutos civis são as rendas ou interesses que dela provenham; — que o art. 20 da lei de 19 de Abril de 1901 estabelece que os sócios têm direito, salvo estipulação em contrário, aos lucros líquidos que resultem do balanço anual, deduzida a percentagem destinada à formação do fundo de reserva; — mas que o art. 10 do pacto social preceitua que para amortização da conta de maquinismos, serão em todos os anos creditados 5%, pelo menos, do seu custo, na conta de de-

terioração de máquinas, devendo a respectiva importância ser debitada à conta de lucros e perdas, e que o art. 11 estabelece que dos lucros líquidos se retirem, pelo menos, 5% para fundo de reserva, tendo os restantes lucros a aplicação que a assembleia geral determinar; — que assim foram legais as deliberações pelas quais os lucros, foram aplicados, tanto à constituição do fundo de reserva legal, como à amortização da conta de maquinismos, como a um mais profícuo aproveitamento da actividade industrial e que a distinção feita pelo usufrutuário não tem fundamento jurídico, porque todas as respectivas importâncias são produtos da actividade social, constituem “fundos” criados pela necessidade de assegurar a existencia e o desenvolvimento da sociedade, designadamente collocando-a em estado de se poder defender contra inevitáveis desgastes e contra as incertezas e contingências do futuro e de poder ir actualizando e melhorando os seus meios de produção, pelo que todas seguem a mesma trajetória, indo desde logo engrossar o activo social, no qual ficaram como que incorporadas; — que, porisso, não tem direito a elas o usufrutuário, que só o tem às rendas ou interesses provenientes da quota usufruida e só o são os lucros líquidos que a assembleia geral fez distribuir de harmonia com o estipulado no pacto social; — que não se diga que essa incorporação se traduz em puro detrimento do usufrutuário, pois este deve gozar a causa usufruida como o faria um proprietário prudente, nos termos do art. 2223 do Cód. Civ., e certo é que a sociedade, para se manter, tem de melhorar continuamente os seus meios e processos de trabalho, e de ocorrer às necessidades, que o progresso, com as suas exigências sempre crescentes, lhe impõe, de contrário na luta de concorrência, em que se vê envolvida com as suas congéneres, baqueia e perde-se; — e, finalmente, que esses melhoramentos, que são condições necessárias da sua conservação e que realiza applicando os fundos para isso destinados, além de manterem a sua laboração, ainda contribuem, como diz o próprio usufrutuário, para aumentar

os rendimentos da sua actividade industrial e, portanto, os dividendos que ao usufrutuário pertencem enquanto dura o usufruto.

Quizemos referir o próprio caso, sobre que foi referido o Ac., para salientar, não só a importância, que, em numerário, pode ter a solução do problema, mas também a ilegalidade e injustiça da que o Ac. lhe deu.

Conhecidos os seus fundamentos, apreciemo-los à face da lei portuguesa.

Em primeiro lugar, há a notar que o Ac. não fez a imprescindível distinção entre os fundos de amortização e as reservas e ainda as aquisições tendentes a desenvolver a actividade social.

Pior ainda — confundiu os “fundos” e as “reservas”, quando são coisas totalmente diferentes.

Em segundo lugar, o Ac. baseia-se no art. 2.202 do Cód. Civ. e no art. 495 n.º 3 do mesmo Cód. para decidir que o usufrutuário só tem direito às rendas e interesses da coisa usufruída, quando é certo que, pelo art. 2.206, o usufrutuário tem também o direito de gozar das coisas acrescidas, das servidões e, geralmente, de todos os direitos inerentes à coisa usufruída.

Em 3.º lugar, atendeu apenas ao regime legal das sociedades, constante das normas da lei e do pacto social, e não atendeu ao regime legal do usufruto.

E, a propósito, vem o renovar aqui a crítica feita à maioria das soluções anteriormente expostas: — não se trata de questões a decidir entre o usufrutuário, ou o proprietário, e a sociedade, mas sim entre eles dois.

A sociedade pode, dentro da lei e do pacto social, tomar as deliberações que entender quanto à aplicação dos lucros; mas o usufrutuário tem direito, em relação ao proprietário, de obter dele as compensações devidas quando essas deliberações ofendem os seus legítimos interesses, dando lugar a que o proprietário se locuplete à sua custa.

A actividade da sociedade não pode ser limitada pelo respeito dos interesses do usufrutuário, mas se dela re-

sulta a ofensa desses interesses em proveito do proprietário, cabe a este a obrigação de indenizar aquele de harmonia com o regime legal do usufruto, isto é, das disposições que regulam as relações entre ambos.

O próprio Ac. mostra isto mesmo, pois que, tendo a acção sido intentada contra a sociedade, foi chamado o usufrutuário para discutir com o proprietário a quem pertenciam os dividendos a distribuir.

Em 4.º lugar, o Ac. esqueceu ou desprezou importantes normas legais reguladoras do usufruto.

Dizendo o Ac. que o usufrutuário deve gozar da coisa usufruída como um proprietário prudente, como lho ordena o art. 2223 do Cód. Civ., parece querer indicar que é sobre ele apenas que recai o encargo de fazer as reservas e de suportar os prejuizos, que, por depreciação de valor, sofra a coisa usufruída.

Mas a dedução é errónea, porque não tem em conta outras disposições legais.

Nos termos do art. 2228, é ao usufrutuário que compete fazer as reparações ordinárias, isto é, as que, no ano em que fôrem necessárias, não excedam dois terços do rendimento liquido desse ano; e pelo art. 2229 é ao proprietário que incumbe fazer as reparações extraordinárias; e, se as não fizer, poderá o usufrutuário fazê-las à sua custa, se elas forem de utilidade real, exigindo o pagamento do valor que tiverem no fim do usufruto.

Portanto, as depreciações do activo, quer no balanço apareçam feitas directamente nos respectivos bens, que figurem no activo, quer apareçam feitas indirectamente pela constituição de fundos a inscrever no passivo, são suportadas pelo usufrutuário, pois que delas resulta que o dividendo (não os lucros) é menor.

Quanto a benfeitorias, e como tais se devem considerar as reservas estatutárias e livres e todas as aquisições e construções que aumentem o activo social, não é ao usufrutuário que compete fazê-las. E como a socie-

idade as faz com os lucros, que não são distribuídos, pertencem ao usufrutuário.

A lei não diz que só pertencem ao usufrutuário os lucros, que a sociedade atribuir à acção, ou quota, mas sim os interesses, que elas produzirem. E esses interesses são todos e não apenas os que a assembleia dos sócios deliberar distribuir.

Além disso — convém repetir — ao usufrutuário pertence também a fruição das cousas usufruídas e de todos os direitos a elas inerentes, como prescreve o art. 2206.

O Ac., falando em “melhoramentos, que são condições necessárias da conservação da causa”, confunde benfeitorias com reparações, que a lei nítidamente separa, estabelecendo regimes diferentes para umas e outras (conf. art. 495 e 499); dedicou-se a fazer uma retórica fácil em lugar de se ater aos princípios e normas legais.

Pela decisão do Ac., o proprietário locupletou-se com melhoramentos feitos à custa do usufrutuário — o que não é, nem legal, nem justo.

11 Tem o usufrutuário, além do direito de receber a parte correspondente dos dividendos, que, por fôrça da deliberação da assembleia da sociedade, fôrem distribuídos, o de receber quaisquer outras quantias, eventualmente distribuídas pelos sócios, ou capitalizadas, que sejam representativas de lucros.

Sendo o direito ao dividendo condicionado pela aprovação do balanço, o usufrutuário só tem direito a receber da sociedade a título de dividendo, a parte correspondente aos lucros, cuja divisão pelos sócios a assembleia tenha deliberado, mas, por sua vez, na aprovação do balanço e especialmente na divisão dos lucros, a assembleia tem de conformar-se com as disposições da lei e do pacto social.

Nas suas deliberações, a assembleia deve avaliar os bens, que constituem o activo da sociedade, e, a não ser em casos especiais, em que a lei estabeleça regras para essa ava-

liação, depende ela do puro arbítrio da assembleia; como o usufrutuário pode intervir na respectiva reunião, discutindo e votando, nela defenderá os seus direitos e pugnará preceitos da técnica contabilística e correspondendo à realidade, e por que se não criem fundos de amortização (58), ou se não aumentem os já criados por forma a que indevidamente se cerceiam os dividendos; se o não conseguir, como não poderá invocar ofensa de disposições expressas na lei ou no pacto social, não poderá requerer judicialmente a anulação das respectivas deliberações (cfr. Cód. Com., art. 146); mas, quando a sociedade se liquidar, ou no fim do usufruto, ele ou os seus herdeiros têm o direito de exigir do proprietário a respectiva compensação, com o fundamento nas disposições legais reguladoras do usufruto, e, *ex-abundantis* no princípio do não-locupletamento à custa alheia, nos países, em que a lei, ou em que a doutrina e a jurisprudência, como em Portugal, o consideram de aplicação geral e não apenas de aplicar nos casos especificados na lei (59).

Quanto à constituição de reservas (60), há ainda, em 1.º lugar, que atender às disposições da lei e do pacto social.

Todas as sociedades anónimas e por quotas têm de constituir a chamada reserva legal (Cód. Com., art. 191; Lei de

58. Consideramos aqui fundos de amortização ou de depreciação as quantias que são inscritas no passivo para compensar as desvalorizações que normalmente vão sofrendo certos valores do activo; em lugar de se diminuir no activo o valor desses bens, criam-se no passivo esses fundos. O resultado é o mesmo.

59. GUILHERME MOREIRA, *Inst. de dir. civ.*, vol. 1.º, pág. 621; CUNHA GONÇALVES, *Trat. de dir. civ.* vol. 4.º, pág. 731; *Gaz. da Rel. de Lisboa*, t. 46, pág. 9; Acs. do Sup. Trib. de Just. de 14 junho de 1935 e de 2 de junho de 1940, na *Gaz. da Rel. de Lisboa*, t. 49, pág. 198, e t. 54, pág. 190; etc.

60. Consideramos aqui reservas — as quantias, que são inscritas no passivo para compensação de futuros prejuizos ou depreciações eventuais.

11 de Abril de 1901, art. 34); mas a algumas sociedades de natureza especial, como as de seguros, impõe a lei outras reservas; aquela e estas, embora aumentem o activo social com o fim de ocorrer a eventuais necessidades futuras, pelo que o usufrutuário poderá ainda aproveitar-se delas, se o usufruto durar alguns anos, são constituídas com os lucros que deixaram de ser distribuídos pelos sócios, de forma que o usufrutuário, ou os seus herdeiros, têm o direito de, no fim do usufruto, ou quando se proceda à liquidação da sociedade, exigir do proprietário a respectiva compensação.

Além das reservas legais, pode haver, e há, frequentemente, reservas impostas ou permitidas no pacto social, geralmente denominadas *estatutárias*, em referência aos *estatutos* das sociedades anónimas; e quanto a elas, quando o pacto social seja anterior à constituição do usufruto, deve aplicar-se a doutrina que acabamos de formular quanto às reservas legais.

Depois da constituição do usufruto, podem, em alteração do pacto social, feita em conformidade com a lei, ser impostas novas reservas; nas assembleias, em que seja deliberada essa reforma e a criação dessas reservas, pode o usufrutuário pugnar pela defesa dos seus direitos; mas, se não conseguir evitar essas reservas novas, ele ou os seus herdeiros têm o direito de, no fim do usufruto, ou quando a sociedade liquide, exigir do proprietário a respectiva compensação.

Se a assembleia geral deliberar criar uma nova reserva, que não seja imposta nem pela lei, nem pelo pacto social, entendemos, com VENEZIAN, que o usufrutuário pode, como qualquer sócio, requerer judicialmente a anulação da respectiva deliberação com fundamento na violação das disposições da lei e do pacto social, que traçam os limites dentro dos quais a assembleia geral pode mover-se pelo que respeita à distribuição dos lucros líquidos.

Em regra, no pacto social determina-se a aplicação que devem ter os lucros, ou dão-se à assembleia poderes, mais ou menos latos, para fazer essa aplicação.

Sempre que a assembleia geral ofenda tais disposições do pacto social, o usufrutuário tem o direito de requerer a anulação e a suspensão das respectivas deliberações, nos termos dos art. 146 e 186 do Cód. Com.

Quando, porém, o pacto social contenha cláusulas tão latas que permitam à assembleia geral fazer aquisições, que aumentem o activo social, o usufrutuário ou os seus herdeiros têm, no fim do usufruto, ou quando da liquidação da sociedade, o direito de compensação, a que já nos temos referido.

Como a compensação só pode ser exigida do proprietário, é óbvio que só no fim do usufruto, ou quando se proceder à liquidação da sociedade, pode ser exigida, pois ele não pode ser obrigado a dar uma compensação de valores, que ainda não recebeu.

Daqui resulta uma maior dificuldade na prova dos fundamentos de facto, por que deve ser pedida a compensação e pode resultar que esta não seja completa — quando o usufrutuário não tenha podido suprir a falta do que devia receber e não recebeu.

Quere dizer — o não ter recebido, na altura própria, o que lhe competia pode causar ao usufrutuário um transtorno de que não poderá depois ter compensação bastante.

Mas esses inconvenientes não podem evitar-se.

Na compensação haverá que ter em conta as considerações feitas relativamente a reparações ordinárias e extraordinárias e a benfeitorias e também o aproveitamento que o usufrutuário ainda possa ter tirado, durante a vigência do usufruto, das reservas e outras aplicações que tenham sido dadas aos lucros.

Resta-nos fazer uma ressalva importante em relação aos casos em que a assembleia dos sócios proceda a desva-

lorização e crie ou aumente fundos de amortização ou de reservas, cuja criação o pacto social permita.

Tôdas estas faculdades são atribuidas à assembleia tendo em atenção os interesses da sociedade e para que possam ser acautelados e defendidos.

Se, porém, as deliberações que, no uso dessas faculdades, forem tomadas, tiverem por fim servir, não o interesse social, mas o interesse de alguns sócios, ou prejudicar os interesses de uns em benefício de outros, são inquinadas de vício, que as torna nulas.

Bem pode supor-se, por exemplo, que uma oligarquia de sócios ricos, dominando na assembleia, aumente as amortizações e crie ou aumente os fundos e as reservas, prejudicando ou diminuindo a distribuição do dividendo, com o fim de produzir a baixa na cotação das acções, ou a desvalorização das quotas, e de conseguir a sua aquisição por baixo preço, lesando altamente os outros sócios.

Haverá então um abuso de direito.

E nos países em que, como em Portugal (61), a doutrina e a jurisprudencia admitem a chamada *teoria do abuso de direito*, podem os sócios, e, no caso, o usufrutuário, requerer a anulação das deliberações, que estejam inquinadas desse vício (62).

12 O problema relativo ao direito de opção, de preferência, na subscrição de novas acções tem sido solucionado por algumas legislações, como a brasileira e a italiana.

O já cit. dec.-lei brasileiro n.º 2627, dispõe, no § 4.º do seu art. 11, que esse direito, se não fôr exercido pelo “accionista”, poderá sê-lo pelo usufrutuário.

O art. 2352 do Cód. italiano confere-o ao “sócio” (proprietário), acrescentando que, se ele não fizêr o pagamento da quantia devida pelo menos três dias antes do respectivo

61. TITO ARANTES, *Do abuso do direito*; *Gaz. da Rel. de Lisboa*. t. 54, pág. 219, nota; etc.

vencimento, o seu direito será vendido, por sua conta, por intermédio de um agente de câmbio, ou de um instituto de crédito.

A doutrina do decreto brasileiro é muito simples, mas nem é conforme ao regime legal do usufruto, nem tem em devida conta os legítimos interesses do proprietário e do usufrutuário.

No entanto, a conceder o direito de opção só ao proprietário, deve, ao menos, seguir-se, contra a opinião de alguns autores (63), a solução que o dec. brasileiro dá — de o conceder ao usufrutuário quando o proprietário não o queira exercer.

E, ainda à face do dec. brasileiro, parece-nos que o proprietário poderá ceder o seu direito, e só se o não exercer, ou não ceder, é que ele pertence ao usufrutuário.

Essa cessão pode representar um valor importante, quando, como frequentemente acontece, as acções são emitidas ao par, isto é, pelo seu valor nominal, sendo maior o valor real das acções antigas quando a nova emissão se realiza.

A disposição do art. 2352 do Cód. Civ. italiano não está redigida com clareza, tendo dado lugar a interpretações divergentes.

Geralmente, tem sido interpretada como concedendo apenas ao proprietário o direito de opção, acrescentando um ou outro autor que é concedido em compensação de ser concedido ao usufrutuário o direito de voto (65).

63. Segundo CHARPENTIER, cit. por HOUPIN ET BOSVIEUX (obr. e vol. cit. pág. 583), a criação de reservas será legítima se a assembleia proceder de acordo com o interesse colectivo, sem abusar do seu direito.

64. Vide o n.º 11.

65. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e com.*, vol. 2.º pág. 157; GASPERONI, *Le azioni de società*, pág. 201; LORDI, ob. e vol. cit., pág. 283; Sent. do Tribunal de Roma de 12 de Abril de 1943, na *Riv. de dir. com.*, 1944, 2.º, pág. 128.

Mas ALBERTO ASQUINI (66) discorda desta interpretação, sustentando que, sendo o direito de opção geralmente concedido para compensar os antigos sócios da depreciação que as antigas acções sofrem com a emissão de acções novas quando o preço da emissão é inferior ao valor efectivo das acções antigas, ele pertence ao proprietário e ao usufrutuário; — o art. 2.352 apenas regula o modo de exercício do direito de opção; a sua disponibilidade compete ao accionista nu-proprietário, que tem a disponibilidade da acção e que, entendendo subscrever as novas acções, deverá pagar a respectiva importância até três dias antes do vencimento; se o não fizer, é vendido o seu direito de subscrição, por sua conta, por intermédio de um agente de câmbio ou de um instituto de crédito; realizando-se esta venda, o usufrutuário tem, por aplicação de regime legal do usufruto, direito a que este passe para o produto da cessão; se o proprietário subscrever as novas acções, o usufruto só pode recair sobre uma quota de cada acção nova, correspondente à desvalorização que sofrem as as acções em favor das novas, a qual será aproximadamente igual ao valor que no mercado tenha obtido o direito de subscrição; quando não haja esse mercado, como quando as respectivas acções não estão cotadas na bolsa, esse valor deverá ser fixado por avaliação, a menos que o proprietário chegue a um acôrdo, que pode ser, por exemplo, o de dividirem as novas acções numa determinada proporção.

A construção é engenhosa, cabe dentro da letra do art. 2352 e está de harmonia com o regime legal de usufruto, atendendo tanto aos legítimos interesses do proprietário como do usufrutuário, pelo que merece aceitação, mesmo nos países em cuja legislação não haja norma legal correspondente à do cit. art. do Cód. italiano.

Mas a última parte, porque é muito complicada, poderá com vantagem ser substituída pela solução preconizada

66. Ob. e lug. cit., pág. 30.

por GARRIGUES (67): — na falta de acordo, pagar a usufrutuário (anualmente, acrescentamos nós) ao proprietário o juro do capital empregado na aquisição das novas acções.

Idêntica a esta solução, mas insuficiente, é a apresentada por CHAMBAZ-LEBLOND (68), que nos diz o seguinte: — “Le droit de souscription n’est pas un fruit de l’action, car il lui manque le caractère essentiel du fruit, à savoir la périodicité; c’est un accessoire du capital que appartient par voie d’accroissement au nu-proprietaire, mais qui reste soumis à la jouissance de l’usufruitier. En cas de vente de ce droit, l’usufruitier peut prétendre aux revenus du prix; si le droit est utilisé, actions nouvelles sont gravées d’usufruit”.

CHAMBAZ-LEBLOND não diz expressamente a quem cabe escolher entre a subscrição ou a cessão do respectivo direito, mas depreende-se que é ao proprietário; a última afirmação é que não é suficientemente clara. Dizendo que o pagamento das novas acções é um encargo das acções oneradas com o usufruto, não diz em que proporção o encargo deve ser suportado pelo proprietário e pelo usufrutuário e é este ponto mais difícil de resolver.

SANCHES TORREZ (69) faz longas considerações jurídicas e extra-jurídicas para chegar à conclusão de que em todos os casos (emissão ao par, abaixo do par para o subscritor, ou com prémio para este) a preferência na subscrição deve caber ao nu-proprietário, mas, se este o não exercer, pode o usufrutuário exercê-lo; num e noutro caso não há lugar a qualquer compensação de um para com outro.

Quanto à cessão do direito de subscrição, sustenta que só cabe ao proprietário, sem que o usufrutuário tenha qualquer direito sobre o preço da cessão.

67. *Tratado de derecho mercantil*, 1-2, n.º 346.

68. *Précis des sociétés*, pág. 453.

69. Obr. e vol. cit.

Todas estas soluções nos parecem menos respeitadoras do regime legal do usufruto e nada equitativas.

13 Quando o aumento de capital seja mediante a distribuição gratuita de novas acções em proporção das antigas, há, quanto a nós, lugar a fazer uma distinção importante: — se as novas acções representam apenas lucros acumulados, que constituem reservas, ou representam uma distribuição de dividendos disfarçados, devem pertencer ao usufrutuário, que tem direito a todos os frutos, que a coisa usufruída produzir; — se representam apenas valorização do activo resultante de várias circunstâncias de ordem económica, como as que respeitam à valorização da moeda, de certas mercadorias, ou da propriedade imóvel, então as novas acções, correspondentes às antigas oneradas de usufruto, oneradas ficam também.

Haverá, no entanto, que atender, nos dois primeiros casos, à data da constituição do usufruto, tendo o usufrutuário direito apenas às acções correspondentes às reservas constituídas posteriormente.

GARRIGUES (70) dá as mesmas soluções, mas limita a primeira a representarem as novas acções reservas *livres*, e informa que da jurisprudência do Supremo Tribunal de Espanha se deduz: — 1.º que os benefícios obtidos pelas acções são produtos, confirmando-se neste ponto a qualificação de frutos industriais; — 2.º que esses benefícios obtidos por causa das antigas acções não podem considerar-se como accessão delas, que corresponda à sua propriedade; — 3.º que a complexidade do usufruto de acções não autoriza o intérprete a contrapor simplesmente o direito ao dividendo e os demais direitos de fruição derivados da posse das acções, limitando àquele o conteúdo normal do usufruto; o usufrutuário tem direito, não só ao dividendo-

70. Obr. e vol. cit., pág. 777.

mas também a tudo o que, sob qualquer outra forma, represente um fruto.

Segundo o critério do Supremo Tribunal, pertence ao usufrutuário tudo o que a sociedade distribua “*em forma*” de dividendo, e “*por via*” de dividendo”.

Todavia GARRIGUES informa ainda que num aresto mais recente, o Supremo Tribunal considera como frutos e, portanto, como cabendo ao usufrutuário, as novas acções, quer o aumento de capital se faça com reservas, quer com entrada de numerário nos cofres da sociedade.

Pelo que dissemos no n.º anterior, se vê que, com GARRIGUES, discordamos da doutrina do aresto, quanto a este ultimo caso.

O art. 2442 do Cód. Civ. italiano supõe o aumento de capital com a parte disponível das reservas e fundos especiais inscritos no balanço ou por meio de novas acções, ou mediante aumento de valor nominal das acções em circulação. No 1.º caso, acrescenta, as acções da nova emissão devem ter as mesmas características das que estão em circulação e devem ser distribuídas gratuitamente e proporcionalmente pelos accionistas.

ALBERTO ASQUINI (71) observa que o aumento de capital mediante a utilização de reservas pode ser considerado como uma distribuição extraordinária de lucros — e tal é o ponto de vista do Fisco italiano — e, então, em tal ordem de ideias, poder-se-ia ser tentado a sustentar que, na medida em que se utilizam para operação reservas provenientes dos lucros obtidos durante o período do uso fruto, a valorização das acções ou as acções gratuitas da nova emissão devem pertencer em plena propriedade ao usufrutuário; mas, afinal, acha esta tésese excessiva, pois abrangeria os aumentos de capital derivados de simples valorização monetária, que são os mais frequentes actualmente.

(1. Lug. cit., *signanter* pág. 27.

O que para ALBERTO ASQUINI é óbvio é que pertence ao usufrutuário gozo dos novos títulos distribuídos gratuitamente ou das antigas acções valorizadas.

Mas a tese mais equitativa e mais em harmonia com as normas reguladoras do usufruto é a que defendemos, e que deve ser adoptada, quando a lei não dê expressamente outra solução ao problema.

A aplicação da que apresentamos atende à diferença que há entre os dois casos — em que o aumento do capital depende da utilização das reservas, ou da valorização de verbas do activo.

Quando o aumento resulte ao mesmo tempo daquela utilização e desta valorização, pode haver dificuldade em a aplicar, mas essa dificuldade não deve ser motivo para a pôr de parte e substituir por uma solução menos boa.

14 Se quando se constitue o usufruto, as acções ainda não estão integralmente pagas, a quem compete realizar o pagamento das prestações vincendas?

Prevalece a opinião de que compete ao proprietário (PLANIOL, GARRIGUES, SANCHEZ TORRES, etc.), mas VENEZIAN entende que cabe ao usufrutuário.

A nós, parece-nos manifesto que não pode ser, nem só ao proprietário, nem só ao usufrutuário, porque ambos aproveitam com a integralização do capital.

A obrigação deve competir a ambos; mas em que termos?

O art. 2352 do Cód. Civ. italiano de 1942 solucionou também este problema, preceituando que deve o usufrutuário fazer o pagamento com direito a restituição no fim do usufruto.

Não nos parece boa a solução; importa um encargo para o usufrutuário, sem a devida compensação, visto que aquela restituição não é com juros (72).

72. ASQUINI, ob. e vol. cit., pág. 36.

ALBERTO ASQUINI, que a julga conforme aos princípios, supõe a hipótese de o usufrutuário não fazer o pagamento e entende que, applicando-se, por analogia, o preceito do art. 1010 daquele Cód., pode o proprietário fazer o pagamento, debitando o usufrutuário pelos juros durante o usufruto, ou fazer vender a acção transferindo o usufruto para o produto.

Quanto a nós, a obrigação do pagamento deve caber ao proprietário, com o direito a receber anualmente do usufrutuário os juros da respectiva quantia. Ao usufrutuário, o direito de receber os dividendos, quando os houver.

Se, porém, o proprietário não fizer o pagamento, deve poder fazê-lo o usufrutuário, ficando êle ou os seus herdeiros com o direito a receber do proprietário a respectiva importância, com juros no fim do usufruto.

A este 2º. caso também poderá dar-se outra solução análoga à dada pelo § 2º do art. 170 do Cód. Com. no caso de um subscriptor primitivo ser obrigado a realizar algum pagamento por conta de uma acção de que já não seja proprietário: — fazendo o usufrutuário o pagamento, a acção ficaria sujeita ao usufruto apenas na proporção correspondente às partes do capital pago antes e ficaria pertencendo em plena propriedade ao usufrutuário na parte correspondente ao capital por êle desembolsado.

Mas a primeira solução parece-nos mais simples.

Se nenhum deles efectuar o pagamento e se a acção, nos termos da lei ou do pacto social, fôr vendida pela sociedade, o produto de venda ficará pertencendo a ambos, respectivamente em nua-propriedade e em usufruto.

Se da falta de pagamento por ambos resultar para a sociedade o direito a qualquer indemnização, por ela devem ambos ser responsáveis solidariamente.

O que acabamos de dizer applica-se ao caso de, nas sociedades por quotas, estas não serem logo integralizadas.

Quando a sociedade delibere dar por liberadas as acções, completando com reservas o que falta para integralizar o

capital, tem o usufrutuário direito a ser compensado pelo proprietário.

15 Ainda segundo a lei portuguesa das sociedades por quotas, assim como segundo algumas outras legislações, no pacto social dessas sociedades pode estabelecer-se a obrigação para os sócios de entrar com prestações suplementares além das necessárias para pagamento integral das quotas respectivas (Lei de 11 de Abril de 1901, art. 17).

Duma maneira geral, deve aplicar-se a esse caso o que ficou dito quanto à falta de pagamento de prestações tendentes a integralizar o capital; há, todavia, que ter em conta o disposto no art. 18 da cit. Lei, segundo o qual, se a obrigação de efectuar prestações suplementares não fôr restrita a uma quantia determinada, pode o sócio exonerar-se dessas prestações pondo a sua quota à disposição da sociedade.

Este direito de saída por qual deles pode ser exercido? Pelo proprietário, ou pelo usufrutuário?

Entendemos que qualquer deles o pode exercer; todavia, se for exercido pelo proprietário, poderá o usufrutuário satisfazer a prestação em dívida, ficando com a propriedade plena de respectiva importância; se fôr exercido pelo usufrutuário e a prestação for paga pelo proprietário, ficar-lhe-á a respectiva importância pertencendo em plena propriedade.

16 Soluções análogas se devem tomar nos outros casos, em que seja conferido ao sócio o direito de saída.

ALBERTO ASQUINI (73) entende que, importando o uso de tal direito um acto de disposição, só o proprietário tem esse direito, ficando ao usufrutuário o direito de fazer

73. Ob. e lug. cit., *signanter*, pág. 25.

transferir o usufruto para a importância que resultar da liquidação da quota ou parte social.

Mas o proprietário, exercendo o direito de saída, não dispõe apenas da propriedade, dispõe também do usufruto; e não o pode fazer sem o consentimento do usufrutuário; este é que pode dispôr do usufruto (Cód. Civ. art. 2207) e essa disposição abrange manifestamente a transferência do usufruto de uma coisa para a outra.

17 Quanto ao direito, que a sociedade possa ter, de excluir um sócio, os casos em que ele pode ter lugar variarão muito consoante as respectivas disposições da lei e do pacto social.

Sendo a lei omissa, haverá que atender à especialidade de cada caso para lhe dar a solução conveniente. Apenas, de uma maneira geral, se poderá dizer que, em regra, a exclusão abrangerá tanto o proprietário como o usufrutuária; mas, se apenas for motivada por facto de um deles, o outro terá o direito de ser indenizado pelo que deu causa à exclusão.

18 Dissolvida a sociedade, há lugar à sua liquidação e nesta, pagos os débitos, o saldo deve ser repartido pelos sócios na proporção da parte que lhes for devida (Cód. Com., art. 138).

Mas o que corresponda a uma parte social, a uma quota, ou a uma acção em usufruto, pertence ao nu-proprietário, ou ao usufrutuário, ou a ambos?

Como o art. 2241 do Cód. Civ. diz que o usufruto acaba pela perda total da coisa usufruida, salvo no caso previsto no § 1.º do art. 2246 (usufruto do edificio para cujo seguro o usufrutuário tenha concorrido), parecerá, à primeira vista, que, dissolvida a sociedade, se perdeu a coisa usufruida — a parte, quota social, ou acção — e se extinguiu o usufruto.

Mas não é assim. A coisa não se perdeu totalmente, a não ser que na liquidação nada ficasse para distribuir pelos sócios.

Se alguma coisa ficar, para ela se transfere o usufruto, e, sendo assim, a parte correspondente desse saldo deve pertencer ao nu-proprietário e ao usufrutuário.

Isto, em regra. Podem, porém, supor-se, como supõe ALBERTO ASQUINI, estas três hipóteses: a) a quota de repartição de saldo é quasi igual ou inferior ao valor nominal da parte ou da quota social, ou da acção; neste caso, a regra é aplicada sem lugar a dúvida; b) essa quota é superior ao valor nominal por efeito de valorização do activo; neste caso, também a regra é aplicável; c) a superioridade resulta de reservas acumuladas ou de bens adquiridos com lucros; neste caso, esse escritor italiano sustenta que a mesma regra se deve aplicar, porque os lucros foram capitalizados por deliberações da sociedade e, portanto, o usufrutuário não tem direito ao aumento do valor resultante dessa capitalização.

Discordamos da solução dada a esta 3.^a hipótese, não obstante ser também apresentada por outros autores italianos (75), pelas razões atrás aduzidas quando tratámos propriamente do problema das reservas (ns.^o 10 e 11)

23 Há ainda um problema melindroso, relativo ao usufruto de partes sociais, que nem por ser de grande raridade deve ficar no olvido.

Referimo-nos ao que resulta da responsabilidade ilimitada e solidária, mas subsidiária, dos sócios de sociedades em nome colectivo.

Como é sabido, há vários sistemas legislativos quanto ao momento e à forma de efectivar essa responsabilidade.

74. Ob. e vol. cit., pág. 22.

75. VENEZIAN, ob. cit., vol. 2.^o, pág. 57; MESSINEO, *Titoli di credito*, vol. 2.^o, pág. 285; GASPERONI, ob. cit., pág. 201.

A legislação portuguesa adoptou o sistema latino, estabelecendo que é preciso que o capital da sociedade seja executido, isto é, que a sociedade já não tenha bens, para que os sócios respondam pelas obrigações sociais.

A determinação de quando é que se pode considerar executido o capital social é um problema de solução fácil, que o art. 825 do Cód. de proc. Civ. veio complicar (76); mas aqui o que nos interessa saber é a quem cabe essa responsabilidade para com os credores, executido o capital social.

Não é na legislação sobre sociedades, que podemos encontrar a solução, mas sim, talvez, na reguladora do usufruto.

Dizemos *talvez*, porque na legislação portuguesa não a encontramos.

Não nos parece que seja de invocar, nem o art. 2228, que trata das reparações ordinárias indispensáveis para a conservação da coisa usufruída, nem o art. 2229, que trata das reparações extraordinárias, nem o art. 2234 que regula a hipótese de sobre a coisa hipotecada recair uma hipoteca.

Tão pouco será de considerar que a exigência dessa responsabilidade dos sócios resulta da dissolução da sociedade, porque embora seja feita essa exigência e seja satisfeita, a sociedade pode continuar.

Mas, do disposto no art. 2206, segundo o qual o „usufrutuário tem o direito de *gozar* de todos os direitos inerentes à coisa usufruída” se poderá e deverá deduzir que também deve participar de todas as obrigações a ela inerentes, ressalvadas aquelas que por lei, especialmente e *in totum*, competem ou só a ele, ou só ao proprietário (confr. arts. 2238 e 2239).

76. Veja-se o nosso artigo — *A responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais e o art. 825 do Cód. do Proc. Civ. na Gazeta da Relação de Lisboa*, t. 54, pág. 65.

Assim sendo, essa responsabilidade deve recair sobre ambos e, sem dúvida, solidariamente em relação aos respectivos credores.

O que é duvidoso é a medida em que, nas relações entre si, cada um deve participar dessa responsabilidade.

Encontramos ainda na lei a solução do problema.

Para efeitos jurídicos (não fiscais), o usufruto vitalício tem, em relação à sua nua-propriedade, um valor, mais ou menos determinado: — o art. 607 n.º 5 do Cód. do Proc. Civ. dispõe que o valor do usufruto se obtém multiplicando por 10 o rendimento anual, podendo, porém, o produto ser aumentado ou diminuído, conforme a duração provável do respectivo direito.

Se o usufrutuário é novo, de meia idade, ou de idade avançada, assim o usufruto poderá, com maior ou menor probabilidade, durar mais ou menos; o aumento, ou diminuição daquele produto, quando não fôr determinado por acôrdo, poderá e deverá sê-lo utilizando-se as tábuas de que se servem as companhias de seguros para determinar as rendas vitalícias.

Se o usufruto é temporário, o que é muito menos frequente, o produto será aumentado ou diminuído consoante a duração do usufruto.

Desta solução, que apresentamos, duas deduções há a fazer: — *a*) que os credores têm maior garantia; em lugar de um só têm dois patrimónios a responder pelos respectivos débitos; — *b*) que, declarada a falência da sociedade, deve nos termos do art. 1324 do Cód. de Proc. Civ., ser declarada também a falência tanto do proprietário como do usufrutuário.

24 Cremos ter versado, não todos, mas, ao menos, os mais importantes e fundamentais problemas suscitados pela constituição do usufruto em acções, partes ou quotas sociais.

Os que ficaram sem referência especial poderão ser solucionados utilizando o princípio directivo acima indicado e atendendo, nem apenas ao regime legal sobre sociedades, nem apenas ao regime legal sobre usufruto, mas atendendo, em justa medida, a um e outro, de forma a que os direitos e obrigações de cada um dos titulares dos direitos da nu-propriedade e do usufruto sejam equitativamente distribuídos.

L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale (*)

Mario Rotondi

Professore Ordinario di Diritto Commerciale
nella Università di Pavia e nell'Università
Cattolica del S. Cuore di Milano.

1. Il problema della "imitazione servile" in senso tecnico. — 2. La giurisprudenza e la dottrina tedesca e italiana. — 3. La imitazione servile e la Convenzione internazionale: l'art. 10 bis. — 4 Illiceità della imitazione servile. — 5. La repressione dell'imitazione servile non significa equiparazione alla invenzione brevettata. — 6. Conclusione.

1 Tra gli svariati problemi che in materia di concorrenza sleale si pongono nei paesi industrialmente più progrediti, ve n'è uno che per la sua importanza pratica, e per

(*) Il presente articolo ha particolare riferimento al concetto di concorrenza sleale introdotto nella Convenzione internazionale di Parigi alla Conferenza dell'Aja del 1925 (art. 10 bis) (rimasto sostanzialmente inalterato nella revisione della Conferenza di Londra del 1934), e al Codice civile italiano che riproduce con poche varianti la stessa norma (art. 2598). — Per il diritto brasiliano credo che l'ipotesi considerata in questo articolo potrebbe rientrare nella sanzione comminata dall' art. 178 n. III del Decreto Lei n.º 7.903 del 27 agosto 1945. Comunque riterrei applicabile la generica e comprensiva formula dell art. 178 — Parágrafo unico, ai fini del risarcimento dei danni.

la sua delicatezza teorica, pare dover reclamare in modo particolare l'attenzione dello studioso.

Il problema che si pone è questo: se la fabbricazione di un prodotto è coperta da un brevetto, la produzione che sia fatta da altri che non sia il titolare del brevetto o un suo autorizzato è certamente illecita, ed espone chi la compia alle gravi sanzioni civili e penali che le varie legislazioni comminano per la contraffazione. Ma se il prodotto non è coperto da privativa, sarà sempre lecita la sua produzione, anzi la sua riproduzione scrupolosamente fedele, senza il consenso e senza un compenso a chi ha speso denari, tempo, fatiche spesso ingentissimi per arrivare alla messa a punto di quel prodotto industriale?

La giurisprudenza ha ormai largamente ammesso che, ove l'imitazione dei caratteri esteriori del prodotto sia fatta per ingenerare confusione — o quando, anche indipendentemente da questo specifico scopo la confusione dei prodotti si renda possibile — l'attività del concorrente possa essere interdetta, e obbligo possa essergli fatto di differenziare la sua produzione per evitare equivoco o sviamento della clientela.

Ma quando la confusione sia esclusa, dovrà per ciò solo — in mancanza della protezione assoluta che deriva da un brevetto — considerarsi lecito il riprodurre magari con un semplice artificio meccanico il prodotto che fu faticosamente e costosamente realizzato da un altro?

Dato il carattere della produzione industriale moderna, che è diretta alla creazione di tipi *standard*, dati i requisiti rigorosi della invenzione brevettabile, che escludono molte realizzazioni tecniche della protezione del brevetto, si comprende come il problema che si pone sia di eccezionale importanza pratica e si sia ormai ripetutamente posto alla giurisprudenza di diversi paesi.

Giova riconoscere che la soluzione lascia perplessi.

L'incertezza della soluzione è tale, che un autorevolissimo scrittore come il PIOLA-CASELLI dopo di avere, come

privato dottore, qualificata la imitazione servile dei modelli altrui “uno sfruttamento commerciale evidentemente ingiusto” (1) intervenendo come Procuratore Generale a prendere le conclusioni avanti la Suprema Corte di Cassazione in una causa che rimase celebre, ha creduto di andare in contrario avviso (2).

Io sono personalmente convinto che l'imitazione “*servile*” del prodotto altrui, anche non protetto da privativa, debba essere condannata, sembrandomi ripugnare agli usi onesti dell'industria (art. 10 bis della Convenzione internazionale dello sfruttamento dei risultati del lavoro altrui (3). Ma credo che difficilmente — e fin qui è bene — la giurisprudenza possa arrivare alla condanna di una imitazione di un prodotto non brevettato — normalmente lecita certo — senza una esatta precisazione giuridica della sua qualifica di “servile”.

Il precisare tale concetto per perseguire in ogni sua forma l'immoralità nei commerci è lo scoppo delle righe che seguono. L'applicarlo sarà compito della giurisprudenza, che nella dialettica dei contrastanti interessi fissa via via, con funzione altamente progressista, il principio del vero, e, quindi, del giusto.

2 La dottrina e la giurisprudenza germanica, che più hanno avuto occasione di occuparsi del problema — forse per il rigore dell'esame preventivo che restringe in Germania i limiti della brevettabilità — hanno ammesso in vari casi che un prodotto, anche non coperto da privativa, non si possa lecitamente riprodurre se non entro i limiti

(1) v. *Le così dette imitazioni servili nel sistema di protezione della proprietà intellettuale*, in *Annuario di diritto comparato*, VII, Parte III, 1923), p. 269.

(2) v. *Giur. Ital.*, 1938. 1. 1. 433 in nota a Cass. 17 febbraio 1938.

(3) v. i miei precedente scritti in *Giur. Ital.* 1937. 127; *Riv. di Dir.* 1938. II. 99;

(4) *Diritto industriale*. ediz., Milano, 1942, p. 43 e segg.

necessari al funzionamento tecnico; cioè entro i limiti della invenzione (cioè della soluzione del problema tecnico) — in quanto questa non è tutelata dal diritto di esclusiva.

Tutto il resto, abbia semplice importanza formale od estetica, abbia utilità tecnica accessoria, se non è tutelato dalla privativa, e se della tutela mediante brevetto non ha neppure il presupposto — (se manca, vorremmo aggiungere con maggior rigore teorico, e seguendo la migliore dottrina, la *res* e la caratteristica difesa del diritto reale assoluto sull'invenzione — può avere però la tutela indiretta di natura non reale ma obbligatoria, fondata sulla repressione della concorrenza sleale.

La dottrina tedesca ha illustrata la casistica, ponendo in luce come la giurisprudenza del *Reichsgericht* derivi il principio della illiceità dal carattere servile della imitazione (*sklavischer Nachbau*), e richiamandosi allo sfruttamento illecito delle fatiche e delle spese altrui (*Ausbeutung fremder Muehe und Kostenaufwendung*) (4). E sulla imitazione servile è sorta tutta una letteratura (5).

Secondo la precisa definizione dell'ISAY deve intendersi per imitazione servile (*sklavischer Nachbau*) “quella in cui vengono copiate fedelmente nella forma e nelle dimensioni anche quelle parti della macchina le cui forme e dimensioni sono indifferenti pel funzionamento tecnico della macchina e per di più sono riprodotte con esattezza, nella forma e nelle dimensioni della macchina prodotta dal primo

(4) v. *Reichsgericht* 19 de marzo 1932; 12 febbraio 1929; 18 ottobre 1933 in REIMER, *Wettbewerbs und Warenzeichenrecht*, Berlino, 1935. II. p. 528 — 538.

(5) cfr. CALLMANN, *Der Unlautere Wettbewerb*, Mannheim 1929, p. 120; e le monografie del SELIGSOHN, del CAHN, dello SPIELMANN, dell' Osterrieth, del BENJAMIN, del FRIETZE, dell' ALLFELD e di altri, e specialmente dell' ISAY, *Der Nachbau patentfreier Maschinen*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1926, p. 83 e 253.

fabbricante, anche quando forma e dimensioni possono, entro larghi estremi, essere liberamente variate” (6).

E dopo aver ricordata la decisione del *Kammergericht* del 3 dicembre 1924, che distingue appunto la riproduzione servile in sè, dalla riproduzione ai fini di creare confusione sull'origine del prodotto pur ritenendole entrambe illecite — l'ISAY passa ad illustrare come la riproduzione servile sia riconosciuta illecita anche nel diritto inglese e nordamericano — (con famoso precedente delle macchine Singer) — per concludere che, se qualche diversità di punti di vista si può ravvisare nella giurisprudenza di questi paesi in confronto di quella germanica, anche per essi è “principio antico del diritto comune quello per cui ciascuno dev'essere difeso nei frutti del proprio lavoro e del proprio ingegno...” In una fattispecie decisa dall'*Oberlandesgericht* di Dresda (7) alcuni apparecchi separatori di latte denominati Alfa-Separatoren, erano stati imitati servilmente dal convenuto fino all'ultimo millimetro e messi in commercio sotto il nome di Hema Separatoren.

In altra fattispecie sottoposta all'esame del *Kammergericht* (8) erano state servilmente imitate le macchine originali Multigraph-Senior e Multigraph Junior ed erano state vendute col nome Dapag-Major e Dapag-Minor.

Particolarmente nella prima specie il giudice d'appello avrebbe forse potuto ammettere il pericolo di confusione, ma non lo ha fatto e ha piuttosto sostenuto che la imitazione sarebbe stata lecita soltanto nei limiti nei quali lo richiedesse la realizzazione dell'idea di invenzione (caduta già nel dominio pubblico) non nei confronti di tutto quel complesso di dettagli costruttivi che rende servile l'imitazione. Nello stesso senso ha deciso il *Kammergericht* nella decisione surricordata dicendo che, anche senza il pericolo

(6) *op. cit.*, p. 83

(7) v. *Musterschutz und Wettbewerb*, XXIV. 5.

(8) v. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1925. 42.

di confusione, la imitazione servile di una macchina non tutelata o non più tutelata dalla legge speciale, non sarebbe senz'altro lecita; tale imitazione sarebbe piuttosto una offesa grave ai buoni costumi se un concorrente sfruttasse in questa maniera le fatiche e le esperienze altrui, in quanto il loro impiego non è richiesto necessariamente dallo scopo della macchina in questione (9).

Nè la dottrina italiana è rimasta estranea al problema: basta ricordare il contributo di ALBERTO PARRELLA (10) che, attraverso esauriente esame della giurisprudenza italiana, tedesca e anglo-americana sulla imitazione servile, conclude per il carattere illecito di essa, indipendentemente dallo stesso concorso dell'elemento subbiiettivo della colpa, e come attentato all'avviamento obbiettivo dell'azienda.

“Come nella complessità dei fenomeni morbosi, l'indagine clinica deve adeguarsi per sottigliezza di analisi alla più insidiosa risorser del male, onde aprestare i rimedi meglio adatti — ammonisce questo autore (11) — così nella varietà dei fenomeni sociali l'indagine giuridica deve pareggiare per penetrazione di ricerche, tutte le più ingegnose escogitazioni dell'egoismo, onde porre in essere le reazioni più idonee a contrastare le oscure aggressioni alla vita civile”.

Il contributo prezioso della giurisprudenza in questa delicata materia, attinta ad una sagace e profonda disamina del caso, ha condotto ad una affermazione di grande portata che ha sconvolto ed abbattuto tutte le vecchie posizioni mentali, ed ha designato nella copia servile del prodotto dissociata da ogni elemento concomitante, il mezzo più pericoloso per attraversare il libero gioco delle com-

(9) cfr. anche la sentenza del *Kammergericht* in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1927.823.

(10) *Il divieto della copia servile nel sistema di difesa privata della proprietà industriale*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Roma, 1933, Vol. III, p. 17 segg.

(11) *op. cit.*, 17

petizioni industriali. Ed il suo maggior merito è stato quello di aver chiarito alla evidenza come e perchè la repressione della copia servile, possa anche sopravvivere al venir meno della difesa del marchio e delle privative in genere (12).

Nè diversamente il PIOLA-CASELLI occupandosi proprio della imitazione servile, indipendentemente dal pericolo di confusione sull'origine del prodotto, scriveva: "che la teoria del divieto della imitazione servile non vada confusa con la teoria generale del divieto di quella forma di concorrenza che si esplica con mezzi atti a rendere equivoca la provenienza del prodotto, risulta, anche da altre applicazioni che in questa teoria sono invocate, così, per es., nella nota questione della protezione della "moda di Parigi", Dopo i tentativi fatti specialmente in occasione della revisione di Roma della Convenzione di Berna, di proteggere la moda nella categoria delle opere dell'ingegno che contempla le "opere d'arte applicate all'industria", si è invocata in recenti congressi l'arma del divieto della concorrenza sleale, considerando come sleale, la imitazione servile della moda di Parigi, fatta su modelli copiati... In questo caso, non si tratta evidentemente di equivoco di provenienza industriale. Infatti la provenienza artistica è chiara; ma è chiaro da essa è diversa la provenienza industriale; il cliente sa bene che il modello è di Parigi, ma che è fabricato dal suo sarto. Le difficoltà tecniche speciali che si frappongono per realizzare in questi casi una privativa regolare, con relative formalità di depositi di disegni o modelli, sembrano appoggiare e giustificare la invocazione della teoria del divieto delle imitazioni servili, per impedire uno sfruttamento commerciale che è evidentemente ingiusto (13).

(12) v. *op. cit.* p. 18

(13) Cfr. *Annuario di diritto comparato*, vol. VII, Parte 3.^a, (1933) p. 269.

Anche nella giurisprudenza italiana il principio già non ha mancato di trovare riconoscimento.

Così il Tribunale di Milano, con sentenza 6 ottobre 1928 (14) affermava costituire concorrenza illecita: “il copiare il dispositivo e gli elementi di dettaglio dell'impianto concorrente — (notisi che si trattava di un impianto complesso di cui i singoli obbiettivi coperti da eventuale privativa non costituivano, che una piccola parte!) — quando anche non brevettato, e l'appropriarsi le particolari istruzioni di funzionamento dell'impianto stesso.”

E non diversamente, ravvisando concorrenza sleale nella imitazione servile, insegnava la Suprema Corte con sentenza 26 gennaio 1932, (15), che chiariva anche come la imitazione servile riesca determinabile nella particolare somiglianza di un prodotto con altro determinato, a differenza che con tutti gli altri della stessa specie, la quale sentenza del Supremo Collegio dava modo alla Corte di Milano, adita in sede di rinvio, di precisare gli estremi della imitazione sleale con particolare riguardo all'abuso di disegni e conoscenze derivanti da precorsi rapporti contrattuali (15).

Il nuovo ricorso della soccombente non serviva che a far ribadire a Sezioni Unite l'ormai pacifico ammaestramento: (17) “Si sostiene dal ricorrente, rappresentando l'opinione di una certa tendenza dottrinale, che sia incompatibile la repressione della imitazione sia pure servile di un prodotto quando questo sia diventato di dominio pubblico, o perché quel prodotto non sia brevettabile o non sia stato brevettato, o perchè sia scaduto il termine di durata del brevetto. E che non possa tale repressione:

(14) in *Riv. dir. comm.*, 1932. II. 598.

(15) in *Foro Ital.*, 1932. I. 868.

(16) iv. App. Milano 20 maggio 1932, in *Foro Ital.*, 1932 I. 1274.

(17) v. Cass. S. U. 8 giugno 1933 Pres. D'AMELIO, Est. PARRELLA, in *Foro Ital.*, 1933, 1.857.

costituire una restrizione della libertà industriale così illimitata nel modo e nel tempo, da sovrapporsi al regolamento legale della privativa in guisa da tenderlo praticamente assorbito da essa e vuoto di pratico contenuto...

“La Corte non si indugiò oltre a designare le fonti di questa sua concezione giuridica, ma è agevole riconoscere che essa fece anche un riferimento alla teoria dell'atto illecito quale era stato già adombrato nella decisione della Cassazione.

“Il ragionamento si riannoda al principio generale del divieto della concorrenza sleale, ed una fonte ancora più specifica può riscontrarsi nell'art. 10-bis della Convenzione dell'Aja, ratificata col R. D. 10 gennaio 1926 n. 810 convertito in legge il 29 dicembre 1926 col n. 271 ed entrata in vigore al 1° giugno 1928, norma che considera atto di concorrenza sleale qualsiasi atto contrario agli usi onesti del commercio e qualsiasi atto capace di ingenerare la confusione dei prodotti. .”

Anche successivamente, con sentenza 1 dicembre 1933 (18) il Supremo Collegio riaffermava che costituisce illecita concorrenza il riprodurre servilmente la forma esteriore di un prodotto altrui”.

E il DI FRANCO, commentando la stessa decisione (19) concludeva: “allorchè manchi la privativa, la imitazione sarà lecita entro i limiti di detti elementi intrinseci — (cioè quelli indispensabili per la funzione del prodotto) — mentre sarà sempre reprimibile come atto di concorrenza sleale ove si estenda anche alla copia servile” (20)”.

(18) v. *Giur. Ital.* 1934. 1. 1. 16.

(19) v. *Foro Ital.*, 1934. 1. 1526.

(20) Il Tribunale di Milano con sentenza 22 novembre 1934 (*Mon. Trib.* 1935.36) pur con riferimento all'elemento della confondibilità, dice “è da ritenere inoltre che il proposito malizioso e quasi fraudolento è insito nella stessa servilità dell' imitazione, allorchè questa si concreta nella imitazione di ogni dettaglio esteriore, anche insignificante o puramente ornamentale”.

3 Nè si dica che la imitazione servile è illecita soltanto in quanto sia strumento malizioso per determinare una confusione di prodotti. Già più volte è stata sventata la assurda teoria che la confusione sia l'unico mezzo possibile della concorrenza sleale (21) e non si può esitare conseguenzialmente a ritenere che la imitazione servile può essere mezzo di sleale concorrenza anche indipendentemente dallo scopo di creare confusione fra prodotti, soprattutto in quanto diretta nei confronti di un acquirente singolo, per bisogni peculiari del quale il prodotto è realizzato. Essa appare il prototipo di quegli atti contrari agli “*usi onesti dell'industria*” troppo spesso dimenticati, ma espressamente richiamati dall'art. 10-bis della Convenzione internazionale accanto agli “*usi onesti del commercio*” (22).

Senonchè da molti si concepisce l'imitazione servile come atto di concorrenza sleale solo in quanto atta a determinare confusione sull'origine dei prodotti, e si riferiscono gli infiniti casi di imitazione delle caratteristiche esteriori della confezione di un prodotto — bottiglie, involucri, carta di avvolgimento, astucci, etc. — di cui si vale spesso il concorrente sleale. Ma il prolema non finisce là: quasi che si potessero portare tutte le questioni di concorrenza sleale sul tavolo del pizzicagnolo; quasi

(21) V. sentenza 22 gennaio 1936, in *Foro Ital.* 1936. 1. 683.

(22) Secondo il testo riveduto a Londra l'art. 10 bis dice: “1. Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale — 2. Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. — 3. Notamment devront être interdits: 1.º tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; 2.º les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent”.

che non esistesse imitazione se non per gli involucri di un surrogato di caffè!

In ciò si palesa una visione singolarmente angusta ed errata della concorrenza sleale per imitazione servile.

L'imitazione servile è atto di concorrenza sleale, e come tale repressa indipendentemente da ciò, e pel solo fatto che costituisce illegittima appropriazione del risultato del lavoro, altrui, e quindi lesione di quello che con denominazione ormai corrente, si è detto *avviamento obbiettivo* dell'azienda, il cui titolare (23) attraverso la realizzazione di un prodotto tipico complesso, vede naturalmente la possibilità di uno smercio futuro che non deve essere compromesso dalla sleale manovra di terzi che pretendono di mietere dove non hanno seminato!

Quando sulla base dell'art. 10 bis della Convenzione internazionale si pretende di limitare la concorrenza sleale alle due forme della confusione e delle notizie false atte a screditare, si legge male l'articolo. Se queste due categorie di illecito sono espressamente previste e represses, esse non sono, come bene si palesa dalla lettera ("*Notammente devront être interdits...*") che una esemplificazione del più generale principio che condanna: "*ogni atto contrario agli usi onesti del commercio e dell'industria*".

Se la concorrenza sleale è la disonesta aggressione dell'avviamento del concorrente, giova ricordare che *avviamento* non è sinonimo di *clientela*. Diremmo che

(23) Sulla mia concezione dell'avviamento e sulla sua distinzione in *avviamento obbiettivo* (qualità dell'azienda dovuta ai singoli elementi materiali e immateriali e alla loro organizzazione) e *avviamento soggettivo* (dovuto alle qualità del titolare dell'azienda) vedi i miei precedenti scritti: *Trattato di diritto industriale*, Padova, 1929, Vol. I, p. 153 segg.; *Il diritto industriale*, Milano, 1942, p. 57 segg.; *Riv. dir. comm.*, 1928. I. p. 277 segg.; p. 463 segg.; 1929. I. p. 125; *La nature juridique de l'achalandage*, in *Annales de droit commercial*, 1930, p. 1, 299 ultimo: *El "avviamento" en la teoria general del fondo de comercio*, in *La Ley* del 18 settembre 1948.

questa non è che un riflesso esterno del primo, il quale è costituito da quella particolare speranza di lucri futuri che deriva ad un'azienda dai suoi stessi elementi obbiettivi, e dalla bontà tecnica e commerciale della sua organizzazione. Se l'imitazione servile può ledere la clientela, in quanto fonte di confusione sull'origine del prodotto, essa, anche senza che confusione nè derivi, è attentato all'avviamento che è frutto dell'altrui lavoro.

L'importanza e la complessità di questo lavoro, dal punto di vista tecnico e commerciale, il valore economico rilevantissimo dei suoi risultati, è in relazione non solo alla difficoltà dei problemi tecnici risolti, ma agli sforzi per il primo collocamento commerciale con garanzia di durevole impiego e di sempre più larga diffusione dopo superata la difficoltà dell'adozione.

Anche la unicità dell'acquirente — (quando cioè un prodotto sia realizzato per le specifiche esigenze di un sol cliente p.es. nel caso che fu più famoso in Italia quello della creazione di tipi di carri destinati ai diversi servizi militari per la motorizzazione dell'esercito) (24) se può quindi escludere la confusione, non esclude però il pericolo e il danno della imitazione servile, tanto più in quanto si tratti di un prodotto realizzato secondo le esigenze specifiche di quell'acquirente che può essere indotto ad abbandonare il suo primo fornitore e a rivolgersi al nuovo che, non avendo sostenuti le spese di preparazione potrà fare una terribile concorrenza di prezzi.

Ben più che nella semplice possibilità di confusione sull'origine del prodotto, che può determinare lo sviamento della clientela, si ha in questo caso la *sottrazione precisa e voluta di un cliente determinato, che è fatto anche più direttamente contrario agli "usi onesti del commercio"* e indebito sfruttamento delle spese, degli studi altrui, diretti

(24) v. le sentenze della Corte d'Appello di Genova 7 luglio 1937, in *Riv. dir. priv.* 1938. II. p. 1 con nota GOLDSCHEIDT, e Cass. 17 febbraio 1938 in *Riv. dir. priv.* 1938. II. 89.

ad assicurarsi un cliente avendo trovato il modo di soddisfare le specifiche esigenze.

4. Si è già rilevato come l'origine di questa teoria che vuol repressa come illecita l'imitazione servile, ed è legata ai più moderni sviluppi della tecnica, si ritrovi nella dottrina e nella giurisprudenza germanica. Ed è anche chiaro che ciò dovesse essere, in relazione al singolare rigore con cui nell'ordinamento tedesco si addiviene, previo scrupoloso esame preventivo, alla concessione dello attestato. Quanto meno riesce possibile ottenere, come in altri sistemi, facili brevetti, tanto più è sentita la necessità di assicurare una difesa a quelle attività inventive che non potessero andare coperte dal legale monopolio del brevetto. Si sono con precisati alcuni concetti perchè il principio sia contenuto nei giusti limiti. Il concetto è ben nettamente precisato e chiarito dagli stessi vocaboli: non si parla dagli scrittori tedeschi di "*true Aehnlichkeit*", ma si dichiara illecito: "*der sklavische Nachbau*"!

Somiglianza anche fedele, non è *imitazione*, e tanto meno *imitazione servile*. La imitazione è lo sforzo intenzionale per conseguire somiglianza e la stessa imitazione non è la imitazione servile ("*der sklavische Nachbau*"!) L'accento logico di questa locuzione, cade sul servile ("*sklavische*").

Fedele è una qualità, spesso una lode: servile è aggettivo di disprezzo. La fedeltà porta una divisa od una toga, il servilismo porta una livrea. Noi saremo fedeli ad un giuramento, ad una promessa ad un affetto: servili mai!

Ora il carattere tipico della imitazione servile, consiste precisamente in ciò: che la imitazione diventa riproduzione meccanica del complesso e dei dettagli, da cui esula "ogni elemento di elaborazione individuale" (come dice la Cassazione italiana nella sentenza 19 febbraio 1935 (25), — senza che l'imitatore sia neppure in grado di scerverare

(25) v. *Foro It.* 1935. I. 774.

l'essenziale dall'accessorio, quello che è così perchè deve essere così, e quello che è così, ma che potrebbe essere altrimenti, senza che l'imitatore si sia reso conto del perchè l'oggetto imitato od un congegno abbiano determinate caratteristiche. L'imitatore servile copia quello che è; così, come è; il congegno viene imitato per evitare lo studio, lo sforzo, le spese, di chi quel risultato ha già conseguito.

Questo è proprio e caratteristico della imitazione servile, dove la qualifica di *servile* holla appunto una imitazione senza dignità e senza intelligenza.

In questo concetto della imitazione servile, il carattere di illecito è indubbiamente implicito, come attentato all'avviamento della azienda del concorrente, così come è implicita la riprovazione morale come di atto "contrario agli usi onesti del commercio" e più propriamente a quegli usi onesti dell'industria troppo dimenticati, ma richiamati espressamente dall'art. 10 bis della Convenzione internazionale.

La concorrenza sleale è diretta a reprimere ogni attentato all'avviamento del concorrente, e l'avviamento va inteso come quella possibilità di lucri futuri che deriva non solo dagli elementi singoli componenti l'azienda, ma dalla sua stessa organizzazione, la clientela è solo una delle manifestazioni esteriori dell'avviamento sia essa clientela attuale già acquisita alla azienda sia essa solo potenziale (26).

Ora la imitazione servile è attentato diretto ai risultati di quella organizzazione industriale che costituisce parte precipua dell'avviamento di una azienda produttiva, in quanto chi servilmente imita si appropria quelle possibilità di lucri futuri che sono inerenti alla conseguita soluzione di un problema tecnico, e indirettamente si appropria quindi gli studi, gli sforzi, le spese necessarie per arrivare a quel risultato. Per tale motivo l'imitatore servile

(26) v. i miei scritti già ricordati e soprattutto: *Diritto industriale*, p. 415 segg.

compie anche un attentato alla clientela, e non solamente alla clientela possibile o potenziale, ma a quella clientela attuale della azienda concorrente che ha già conosciuto ed apprezzato un tipo ed a quel vuol restare fedele.

Se è illecita quella imitazione che può indurre in errore, che può sviare una possibile clientela, tanto più illecita è la imitazione in quanto tenta di sostituire presso il cliente o i clienti del concorrente, il prodotto da lui faticosamente realizzato, con quello che non è se non la meccanica, sfacciata copiatura del primo. Come fonte di confusione, la imitazione crea il pericolo di un danno, può distogliere, sviare per la strada il possibile cliente, ma la imitazione servile, intesa come si è detto, crea di per sè inevitabilmente il danno; ogni cliente, ogni affare che per tale via si è acquisita, è direttamente strappato al concorrente: cosa tanto più sleale, se il prodotto sfacciatamente copiato è offerto a domicilio ed all'unico possibile cliente, ed è offerto — come talora accade — da chi prestò la propria opera rinumerata alla realizzazione di quei prodotti che ora vuol soppiantare. Nel caso già ricordato di cui si è occupata la giurisprudenza italiana, era la fabbrica che aveva eseguiti sui disegni avuti da un cliente i vari tipi di carri destinati ai vari usi dell'esercito che, avendoli riprodotti per proprio conto, si era offerta di eseguirli e li aveva eseguiti in grande scala quando l'amministrazione militare aveva bandito appalti per tali ingenti forniture (27).

La confusione potrà sviare il cliente: la imitazione fatta in questa forma equivale ad andare a prendere il cliente del concorrente là dove si trova, per sottrarlo a chi già lo aveva conquistato coi suoi sforzi e con la bontà delle sue realizzazioni.

Il carattere illecito della imitazione servile tanto più si appalesa poi quando l'imitazione è fatta nei confronti non di chi genericamente ha realizzato un prodotto, ma

(27) v. App. Genova 7 luglio 1937 e Cass. 17 febbraio 1938, sopra cit.

«da chi si è preoccupato della soluzione di un problema specifico su espressa richiesta di un committente, che doveva anche essere l'unico possibile acquirente.

Il carattere illecito della imitazione viene qui indubbiamente in luce sotto un altro riflesso. La imitazione cioè, costituisce in questo caso un illecito obbiettivo, anche indipendentemente dal concorso dell'elemento subbiettivo, e dal fine doloso, e rende per ovvio riflesso, indubbiamente sleale la concorrenza attuata con questo mezzo che è di per sè obbiettivamente illecito, come violazione del diritto d'autore che la più parte delle legislazione positive riconosce, sui progetti e sui disegni d'ingegneria. (28).

Come sarebbe indubbiamente illecita l'opera di chi si offrisse per tradurre in esecuzione il disegno della costruzione o del piano regolatore di altro architetto, quando beninteso il committente non se ne sia espressamente assicurata la disponibilità, ma l'abbia ordinato solo facendo balenare la speranza della futura esecuzione, od abbia corrisposto solo un tenue compenso per spese materiali, tanto più è da ritenere illecita la imitazione nel caso in cui le ideazioni tecniche e costruttive non solo avevano preso corpo in un progetto di massima od in un disegno, ma si erano concretate fin nei più minuti particolari in unità espressamente destinate a costituire dei prototipi o dei modelli! Se è illecito copiare un progetto altrui, tanto più illecito sarà copiare un modello già realizzato, quel prototipo che nella moderna produzione industriale in serie, contiene in sè potenzialmente, l'imenso valor di tutta la produzione futura.

La imitazione servile è quindi sempre e di per sè, e tanto più in questo caso, un atto di concorrenza sleale.

(28) Per la legge italiana del 22 aprile 1941 n.º 633 si riconosce all'autore di progetti di lavori di ingegneria che costituiscano soluzioni originali di problemi tecnici, oltre al diritto esclusivo della loro riproduzione, il diritto ad un equo compenso a carico di coloro che realizzino il progetto tecnico a scopo di lucro e senza il suo consenso (art. 99.)

5. Nè si dica che attraverso la dottrina della repressione della imitazione servile, si estende arbitrariamente la tutela caratteristica del brevetto arrivando alla conseguenza, che si qualifica come assurda, di concedere a prodotti o meccanismi non brevettati e non brevettabili, una tutela pari per intensità, e più duratura di quella che è concessa con conferimento del brevetto.

E' evidente l'equivoco. Altra è la tutela dell'invenzione brevettata, altra è la difesa contro la concorrenza sleale.

La tutela della privativa è limitata nel tempo, ma ha come unico presupposto la esistenza di un valido brevetto, e come conseguenza la possibilità del sequestro e della distruzione dei prodotti contraffatti, oltre al risarcimento dei danni eventuali, e le possibili rigorose sanzioni penali: essa non richiede prova di colpa o di dolo (29).

L'azione per concorrenza sleale, che discende dalla imitazione servile, non è circoscritta nel tempo, ma è subordinata per il suo esercizio alla dimostrazione del dolo, anche se questo è implicito nella imitazione che presuppone la intenzionalità (30).

Del resto, la diversità della tutela conseguibile attraverso l'azione di contraffazione e quella di concorrenza sleale si manifesta sotto un ben chiaro profilo. L'attestato

(29) Com'è noto l'azione di concorrenza sleale è sorta nella giurisprudenza come azione di risarcimento, fondata sul principio generale della responsabilità extra contrattuale, e, come diceva il nome, in relazione ad un comportamento doloso nell'esercizio del commercio. L'azione acquistò poi una ben più vasta funzione ed estensione, con uno scopo non più solo di repressione e di risarcimento danni ma di inibizione, e per tale aspetto e a tali fini i presupposti soggettivi della colpa o del dolo non apparvero più indispensabili. Ciò non toglie che certe attività di concorrenza si reprimano in quanto intenzionali e dolose come sarebbe nel caso della imitazione servile, là dove la semplice casuale somiglianza non darebbe luogo a repressione o a inibizione, diversamente da quello che si verificherebbe p. es. per omonimia, anche non intenzionale, di ditta.

di privativa garantisce il monopolio della invenzione nei confronti di chiunque arrivi *anche con sforzi propri e prettamente originali allo stesso risultato*, l'azione di concorrenza sleale non garantisce che altri possa arrivare indipendentemente a conseguire lo stesso risultato che non fu coperto da privativa, ma garantisce che altri non si avvalga degli studi, degli sforzi e delle spese del concorrente, realizzando attraverso una meccanica riproduzione, lo stesso prodotto. Se ci fosse concesso di ricorrere ad una metafora suggerita dalla stessa etimologia della concorrenza, e dal carattere agonistico delle competizioni commerciali, vorremmo dire che il brevetto sbarra definitivamente la strada verso il raggiungimento di quella realizzazione industriale che ne è coperta: se il brevetto non c'è la strada è libera a tutti, ma nessuno presuma di farsi rimorchiare da altri concorrenti, chi lo tentasse sarebbe nella gara squalificato o penalizzato; fuori di metafora, cadrebbe sotto le sanzioni di legge.

In queste conseguenze, checchè si dica *ex adverso*, non c'è niente di assurdo o di mostruoso. Sono concetti che rispondono alla più ovvia coscienza etica e giuridica, nè mancarono di avere eco in giudicati; nè si obietti che un tal principio non sia nella coscienza degli industriali e dei commercianti: nelle coscienze degli uomini onesti e degli onesti commercianti — e sono gli uomini onesti quelli che decidono in materia di concorrenza — per fortuna nostra, sì!

Proprio un esempio suggerito dal PIOLA-CASELLI, cade perfettamente in termini, quello dei modelli di sartoria.

Chi acquista o si fa fare da una sartina il vestito sul modello realizzato da una delle grandi case di mode francesi o italiane sa benissimo di non acquistare dall'originario creatore. Nessun pericolo di confusione vi è sull'origine del prodotto, ma non per questo si ritiene meno illecito il fatto di copiare i modelli di sartorie altrui, ed indipendentemente dallo stesso deposito nelle forme richieste dei mo-

delli di fabbrica, la copiatura si ritenne repressa dalle leggi civili e dalla leggi penali.

Ma restando nel campo delle costruzioni automobilistiche, vorremmo sapere quale sia quel giudice o quella persona onesta che riterrebbe lecito da parte di una casa concorrente la servile imitazione di un qualsiasi tipo di vettura via via messo a punto e lanciato dalle grandi case di produzione di automobili, che pure, di regola non sarà brevettabile ne coperto, comunque, da uno specifico diritto di privativa!

6. Per concludere, adunque l'imitazione di un prodotto non brevettato non è perciò solo sempre ed incondizionatamente lecita, essa diventa illecita anzitutto quando — qualunque sia la natura del prodotto — l'identità delle caratteristiche esteriori del prodotto sia intenzionalmente voluta ed idonea a creare confusione sull'origine del prodotto: caso questo assai frequente nella giurisprudenza.

Ma è illecita l'imitazione se altresì quando, trattandosi di una realizzazione industriale organica e complessa, essa si estenda in modo servile a tutti i dettagli, in guisa che il concorrente imitatore si approprii i risultati di quel lavoro complesso e dispendioso che conduce, attraverso la combinazione degli elementi svariati — brevettati o meno — alla creazione del tutto in corrispondenza alle esigenze di un particolare scopo.

Particolare carattere di illiceità riveste poi l'attività del concorrente in quei casi in cui l'imitazione si porta su prodotti che furono studiati, messi a punto e realizzati in definitivi modelli ai fini di una produzione standardizzata secondo le esigenze peculiari di un singolo cliente; su quei prodotti che non sono fine a sè stessi, ma *prototipi* o *modelli* diretti ad uno sfruttamento successivo attraverso quelle ordinazioni in serie che sono assicurate dalla buona riuscita degli esperimenti.

Se la imitazione servile è giustamente repressa in quanto può, determinando confusione, sviare una potenziale clientela del concorrente agendo sulla massa indistinta, del pubblico, tanto più pericolosa, dolosa, illecita e da severamente reprimersi, è quella imitazione che porta ad offrire all'unico possibile cliente quel prodotto che per lui — proprio per lui, e solo per lui — altri ha, per precedenti rapporti intercorsi, faticosamente e dispendiosamente realizzato.

In questo caso il creatore del prodotto imitato, è ben più che un commerciante un progettista. Egli ha dedicato il suo studio alla soluzione di problemi specifici a lui sottoposti ed il suo studio, le sue spese, le sue fatiche, non potranno essere ripagate che dalla successiva esecuzione, nella produzione in serie.

Il concorrente che a questo punto si insinua tra chi ha risolto il problema sottopostogli e sta per trarne i frutti, e l'unico possibile acquirente, compie atto squisitamente sleale e certamente contrario a quegli "usi onesti in materia di industria o di commercio" che la Convenzione dell'Aja richiama come decisiva discriminante d'ogni attività lecita o illecita sul terreno della libera competizione commerciale. E ciò anche a prescindere dal diretto ed abusivo impegno di segreti o disegni del concorrente, dallo storno di collaboratori, dalla denigrazione o dalle altre circostanze che, mentre di per sè configurano nuove responsabilità a titolo di concorrenza sleale, possono particolarmente colorire l'illecito della imitazione servile.

Naturaleza de la sentencia de segunda instancia

Eduardo J. Couture

Professor de la Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales de la Universidad de
Montevideo.

1. Planteo

¿Cual es la naturaleza jurídica del fallo de segunda instancia? — ¿Constituye una unidad con el de primera instancia o, por el contrario, es independiente de aquél? Cuando confirma, ¿su contenido es declarativo o constitutivo? Cuando revoca, ¿sus efectos son autónomos o se hallan ligados al fallo de primera instancia?

La doctrina acostumbra a examinar estos problemas como una prolongación de otro que, tradicionalmente, se denomina “naturaleza jurídica de la sentencia sometida a impugnación”. Sobre este último existe tal cantidad de trabajos que todo resúmen es aquí imposible.

Sin perjuicio de ir refiriendo las mas importantes de esas contribuciones a lo largo de este estudio, nos proponemos examinar la naturaleza del fallo de segunda instancia frente a un caso particular. Nos servimos así de un ejemplo, para llegar a consideraciones generales de doctrina. Vale decir, la inversa del camino habitual.

La delicadeza del caso nos impone esta inversión.

Utilicemos el siguiente ejemplo:

Un marido, inmediatamente después de dictada la sentencia de divorcio en su favor, adquiere por compraventa un bien raíz. Apelada esa sentencia por el cónyuge, se resuelve la segunda instancia por sentencia confirmatoria de la primera instancia. Se trata de saber si el bien adquirido pertenece exclusivamente al marido o si pertenece a la sociedad conyugal.

Si la sentencia de segunda instancia surte efectos para el futuro y no tiene retroactividad alguna, el bien adquirido es de carácter ganancial y debe dividirse entre marido y mujer. Si, por el contrario, la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primera, retrotrae sus efectos a la fecha en que fué dictado el fallo de primera instancia, el bien adquirido es propio del marido y no debe compartirlo con su esposa.

El punto es de extrema dificultad y ha sido considerado muy diversamente por la doctrina. La incertidumbre que depara es una consecuencia natural de esa dificultad.

Tratemos, pues, de examinarlo con la mayor lucidez posible.

2. Breve panorama de doctrina.

La naturaleza del fallo de primera instancia pendiente de apelación ha preocupado reiteradamente a la doctrina. Conviene tener en cuenta quanto se ha dicho sobre este particular, porque constituye un antecedente necesario para nuestra investigación.

La sentencia de primer grado, dice PAVANINI (1), ha sido considerada como una decisión sometida a condición

(1) PAVANINI, *Contributto allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova, 1937, p. 33. Análogas esquematizaciones pueden hallarse en los estudios de COLOMBO, *Naturaleza jurídica dela sentencia sometida a recurso* en *Rev. D. Pr.*, 1947, I, p. 488 y FAIREN GUILLEN, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*, en *Rev. D. Pr. esp.*, 1949, p. 297.

resolutoria (2), o a condición suspensiva (3), o a revocación (4); sea como un elemento que con el concurso de otro elemento (el transcurso del término) llegará a ser una declaración del derecho (5), — sea finalmente y en términos más generales, como una providencia completa y eficaz pero no definitiva, que podrá llegar a ser destruída por la eventualidad de la nueva sentencia (6).

Este complicado panorama de doctrina requiere alguna ordenación.

El autor citado lo resume así:

“Las varias tesis relativas a la condición de la sentencia — sujeta a impugnación, pueden reducirse sustancialmente a dos grandes categorías; una, considera la sentencia sometida a impugnación como una situación jurídica que llegará a ser la sentencia de la causa sólo cuando, con el transcurso de ciertos términos, resulte imposible un pronunciamiento de segundo grado; otra, sostiene que la sentencia del juez se encuentra desde el principio provista de normal eficacia imperativa, salvo que sea declarada inexistente cuando una nueva sentencia de apelación modifique total o parcialmente los efectos” (7).

(2) KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*, ps. 71 y 72; el mismo, *Zivilprozessrecht*, p. 354; MORTARA, *Commentario*, t. 4, p. 117; CASATI, nota de jurisprudencia en *Rivista di diritto civile*, 1912, p. 866.

(3) VASSALLI, *La sentenza condizionale*, n. 31; CALAMANDREI, *La cassazione civile* t. 2, p. 198; BETTI, *Diritto processuale civile*, p. 644.

(4) ROCCO (U), *L'autorità della cosa giudicata*, p. 252.

(5) CHIOVENDA, *Principii*, p. 925; el mismo, *Istituzioni*, t. 2, p. 105; MENESTRINA, *Il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado* en *Riv. D. P.*, 1928, II, p. 211; CRISTOFOLLINI, *Efficacia della sentenza nel tempo*, en la misma revista, 1935, I, p. 302; CASTELET, *Natura giuridica della sentenza soggetta a gravame*, en *Foro Italiano*, 1933, I, p. 609.

(6) CARNELUTTI, *Lezioni* t. 4, n. 311; BIONDI, *I poteri del giudice di inibitoria*, publ. en *Studi Sassaresi*, p. 21 del extracto.

(7) PAVANINI *op. cit.*, p. 33.

Tratemos de ver lo que existe de exacto en estas dos proposiciones.

3. Una distinción necesaria.

Conviene comenzar haciendo una distinción que evite tratar como si fuera uno solo, dos problemas diferentes.

Esta distinción consiste en considerar, por un lado, el caso de la sentencia de primera instancia durante el plazo (en nuestro derecho, de cinco días) dentro del cual puede interponerse el recurso de apelación. Por otro lado debe examinarse, como asunto diferente, la sentencia de primera instancia cuando ha sido deducido contra ella el recurso de apelación y se halla pendiente de fallo la segunda instancia.

Son dos situaciones distintas, de consecuencias también distintas. Conviene añadir que este problema tiene una gran significación en legislaciones que, como la francesa y la italiana, tienen el procedimiento de ejecución provisoria de la sentencia. Esta circunstancia obliga a los autores a considerar el tema acudiendo a cada instante a esta institución. Diferente es la situación en derechos como el nuestro que no tienen ejecución provisional de la sentencia de primera instancia.

Tratemos, pues, de examinar muy brevemente el caso especial de la sentencia durante el término en que puede ser apelada, ya que es ésa una situación relativamente fácil, que conviene descartar de antemano, para evitar que interfiera en el exámen de la sentencia de segunda instancia.

Durante el término de cinco días dado para apelar, la sentencia es un acto jurídico cuya eficacia depende de la actitud que asuma el litigante a quien el fallo perjudica. Durante ese término existe un estado de suspensión de los efectos.

Si no se introduce el recurso, la suspensión cesa y la sentencia pasa en cosa juzgada. Si el recurso se interpone, se crea un estado de cosas que luego será examinado.

Pero, por el momento, mientras se halla pendiente el término para apelar, el acto jurídico se halla en suspenso.

Esa suspensión es a plazo y a condición. El plazo es el señalado en la ley; la condición, es la de que no se interponga el recurso.

Como todos los actos pendientes de condición suspensiva, si la condición no se cumple, el acto se tiene como puro y simples desde su fecha.

El problema de la retroactividad es, pues, en este caso, relativamente fácil de resolver. Si la sentencia fuere consentida, sus efectos se computan a partir de la fecha en que es notificado el fallo a las partes (9). Se produce así una retroactividad de los efectos propios de la sentencia ejecutoriada.

En el ejemplo arriba propuesto, si el bien inmueble fuere adquirido por el esposo durante los cinco días posteriores a la notificación del fallo y éste quedare ejecutoriado por ausencia de apelación, deve reputar-se que la sociedad conyugal quedó disuelta al notificarse la sentencia a las partes. El inmueble fué incorporado al patrimonio del adquirente fuera de la vigencia de la sociedad conyugal.

Distinta sería, en cambio, la situación que surgiría en lo que atañe a la retroactividad, si dictada una sentencia de divorcio ad vinculum de primera instancia, el cónyuge vencido muere durante el término para apelar. ¿Cabrá admitir, en ese caso, que el matrimonio ha sido disuelto?

No, en nuestro concepto. La acción de divorcio es personalísima y se sobreesee por la muerte de uno de los cónyuges. Si uno de los esposos tenía aún derecho a

(8) C.c. 1421; "*cum enim semel conditio extitit perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset*": ley 11,1,4, — L. 20, *Digesto*.

(9) No decimos hasta el día de su fecha puesto que hasta la notificación puede ser modificada por el juez: art. 486: C. P. C. Cfr. en este volumen el estudio — *Ampliación y rectificación de sentencia*.

interponer un recurso legal, y murió pendiente el plazo para ejercerlo, su situación es análoga a la que surge en el caso de muerte durante el curso de la instancia. La retroactividad es consecuencia del consentimiento del fallo apelado, vale decir de no haber realizado voluntariamente el acto de impugnación. Ese consentimiento no existe, ni puede presumirse, en caso de muerte.

4. Naturaleza del fallo de segunda instancia, confirmatorio del de primera.

Descartada la situación que surge cuando la sentencia de primera instancia queda ejecutoriada, examinemos la situación cuando ha sido interpuesto el recurso de apelación.

Interpuesto el recurso, el estado de suspensión continúa: *appellatione pendente nihil innovandum*.

Esta suspensión dura lo que dura la segunda instancia. Pero confirmado el fallo, se produce una homologación de la sentencia de primera instancia por acto del superior.

El fallo de primera instancia viene a quedar así como esos actos del derecho civil supeditados a confirmación. Si el acto es confirmado se han reunido los dos elementos: la voluntad originaria y la voluntad confirmatoria. Si no es confirmado, si ha fallado uno de los elementos, el acto no produce efectos.

La sentencia de primera instancia es una voluntad jurídica originaria que puede valer por sí sola si no se introduce el recurso de apelación; pero introducido el recurso, es una voluntad jurídica originaria sometida a confirmación por el superior. En consecuencia, sólo la voluntad originaria a la que se suma la voluntad confirmatoria, produce la cosa juzgada.

Estas ideas adquieren una particular significación no bien se examinan desde el punto de vista del contenido

de la segunda instancia dentro de los procesos de origen hispánico en América.

Como es sabido, las legislaciones europeas, particularmente la francesa, la alemana y la italiana, concibieron la segunda instancia como un verdadero proceso de revisión de toda la primera instancia. En el derecho alemán se llegó a hablar de “una segunda primera instancia” para significar este carácter de revisión plenaria del fallo de primera instancia. La legislación española, por el contrario, nunca concibió una segunda instancia que fuera una repetición de la primera, sino que, por el contrario, limitó el contenido de la segunda instancia a una revisión del fallo de primera instancia. No se procuró dentro de ese sistema legal, reparar los errores cometidos en la primera instancia por las partes, sino tan sólo revisar el fallo para determinar su justicia o injusticia. Como es sabido, las reformas europeas de 1933 en Alemania, de 1935 en Francia y de 1940 en Italia, inclinaron aquellos sistemas al de la legislación española que nosotros hemos heredado (10).

Siendo así, siendo la segunda instancia un proceso de revisión de la sentencia de primera instancia, es necesario admitir que el fallo de primera instancia no queda completo hasta tanto no se ha cumplido la instancia de revisión, abierta por el recurso. El vencido tiene derecho a provocar la revisión del primer fallo por el superior y no puede decirse que el proceso jurisdiccional quede cumplido hasta tanto esa etapa no se halle agotada.

Distinta sería la situación si, en lugar de tratarse de un recurso de apelación, se tratara de un recurso extraordinario de nulidad notoria o, en las legislaciones en que esto es posible, de un recurso autónomo de nulidad.

La sentencia que se pronuncia en esos casos, no confirma la sentencia impugnada. Se limita a rechazar el

(10) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 209.

recurso o la impugnación de nulidad; y entonces el acto queda válido desde el día de su expedición. Todo sucedería en ese caso, como si la impugnación no se hubiere producido.

Pero tratándose de apelación, el acto jurídico que es la sentencia queda, en todos sus efectos, sometido a confirmación; y sin la confirmación, no es virtualmente sentencia. Para decirlo con el lenguaje exacto de CHIOVENDA, debe definirse como un acto jurídico que puede llegar a ser sentencia.

No parece admisible, frente a este sistema, la tesis de que la sentencia quede sometida a condición suspensiva o resolutoria. La función jurisdiccional se realiza en dos instancias ligadas entre sí por el principio de unidad de la relación procesal. El fallo de primera instancia es solamente una parte de esa unidad. La unidad completa la constituye la yuxtaposición de la primera y de la segunda instancia.

El fallo de primera instancia no tiene valor si no logra su aprobación por un tribunal. El fallo de segunda instancia no tiene significación si no tiene ante sí, como antecedente necesario, el fallo de primera instancia.

El mismo léxico de nuestros tribunales invita a pensar así. Nuestros jueces no acostumbran, en el fallo de segunda instancia, a decir: “Se rechaza el recurso de apelación declarándose infundado”. Si así lo dijeran, podría pensarse que la sentencia ha sido mal apelada y que el recurso debe tenerse por no interpuesto dejándose las cosas tal como estaban el día del fallo de primera instancia. Por el contrario, nuestros fallos de segunda instancia dicen siempre, “se confirma” (o eventualmente, “se revoca”) la sentencia apelada. Esta terminología forense subraya el carácter constitutivo de la segunda instancia.

Resumiendo, pues, esta otra parte da nuestra exposición: la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera constituye, en sí misma, un acto de homo-

logación o, como lo dice su propia denominación, de confirmación. Ella integra conjuntamente con el acto confirmado u homologado, una unidad jurídica inseparable. No hay, en consecuencia, retroactividad, y los efectos nacen a partir del momento en que el proceso de la voluntad jurídica queda completo mediante la unión del acto confirmado y del acto confirmatorio.

5. Naturaleza del fallo de segunda instancia, revocatorio del de primera.

¿Pero cuál es la situación si el fallo de segunda instancia revoca?

No podremos hablar, en ese caso, de un acto jurídico compuesto de dos etapas, una sujeta a confirmación y otra confirmatoria. Si el ordenamiento procesal admite, como en caso del derecho uruguayo, una tercera instancia en determinadas condiciones, entonces el segundo fallo renueva el planteo del primero y queda a su vez supeditado a confirmación. Pero si no existe tercera instancia, como ocurre en la mayoría de las leyes procesales vigentes y en muchas situaciones de nuestro propio derecho, entonces el fallo de segunda instancia hace cosa juzgada por sí solo, sea cual fuere el contenido del fallo de primera instancia.

No puede hablarse, entonces, de acto de confirmación, complementario del acto confirmado. Debe hablarse de acto autónomo, que produce sus efectos a pesar de su carácter revocatorio.

Esto es, efectivamente, así. Pero ese acto, aparentemente autónomo no quedaría explicado sino estuviera ligado al de primera instancia por el principio de unidad de la relación procesal. La sentencia de segunda instancia no produce efectos por sí sola; los produce en razón de constituir un pronunciamiento sobre la sentencia de pri-

mera instancia. Su carácter revocatorio es sólo una contingencia en la vida del proceso. Siempre se tratará de una sentencia de segunda instancia, surgida en razón del recurso interpuesto contra la de primera. Sin esta sentencia de primera instancia y sin el recurso de apelación, la sentencia de segunda instancia no tendría explicación alguna.

Convengamos, pues, en que la razón de ser del fallo de segunda instancia es el fallo de primera instancia. No puede decirse que produce efectos con abstracción del fallo de primera. Por el contrario, confirmatorio o revocatorio, el fallo de segunda instancia constituye una unidad con el fallo de primera instancia. Los efectos del de segunda, acogiendo o rechazando la demanda, prevalecen sobre los efectos del de primera; pero no pueden prevalecer sin el fallo de primera, del cual son una continuación necesaria y el cual es un antecedente también necesario.

En conclusión: el fallo de segunda instancia, ya sea confirmatorio o revocatorio del de primera, es siempre constitutivo de efectos jurídicos. Estos se logran en ambos casos merced a la unidad que liga ambos fallos; si los dos son de idéntico sentido; el de segunda es un acto homologatorio y de confirmación; y si son de diferente contenido, prevalece el de segunda, por imperativo de la ley; pero siempre en subordinación al fallo de primera instancia, sin el cual no puede existir el de segunda.

6. Irretroactividad de la sentencia de segunda instancia.

Siendo las cosas de este modo, y siendo el fallo de segunda instancia de carácter constitutivo, sus efectos se producen para el futuro y no existe retroactividad de los mismos hacia el pasado.

En los actos jurídicos de carácter declarativo, el acto no altera la situación anterior: solamente la declara. Los efectos existen, pues, desde el momento en que se produjo el acto ulteriormente declarado. Por el contrario, en los actos de carácter constitutivo, aquellos que crean derechos que no existían antes de su realización, los efectos se producen a partir del acto creativo (11).

La sentencia de segunda instancia no escapa a estas reglas; y habiendo admitido su carácter constitutivo, cabe concluir que sus efectos no tienen retroactividad a la fecha de la sentencia de primera instancia, produciendo sus efectos hacia el futuro.

Dictada la sentencia de divorcio de segunda instancia, no puede suponerse que sus efectos se retrotraen hacia la de primera instancia. Por el contrario, el matrimonio queda disuelto solamente a partir de la sentencia de segunda instancia.

Distinta sería la solución en los casos de sentencias de mera declaración o de condena. Pero esto no ocurre en razón de la naturaleza de la sentencia de segunda instancia, sino en razón de la naturaleza del derecho que en el proceso se está debatiendo.

En efecto: según hemos tenido oportunidad de exponerlo en otro lugar (12), las sentencias de mera declaración tienen una retroactividad total. Cuando se declara judicialmente adquirida la propiedad por prescripción, la sentencia que declara adquirido el dominio retrotrae sus efectos al día en que, transcurridos los treinta años de posesión útil, se consumó la usucapión. La retroactividad es total y la sentencia se limita a declarar la existencia de un

(11) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 184; asimismo, *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva* en estos *Estudios*, II, p. 313.

(12) *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 181.

derecho ya existente en el patrimonio del actor con anterioridad a la demanda (13).

Por su parte, las sentencias de condena retrotraen sus efectos al día de la demanda. Esto no acontece, en nuestro derecho, según hemos intentado demostrarlo en la anterior oportunidad aludida, por razón de justicia, sino por razón de especiales argumentos de derecho positivo que así lo establecen.

En cambio las sentencias constitutivas, tal como la de divorcio que venimos examinando, proyectan sus efectos hacia el futuro. El matrimonio subsiste hasta la sentencia ejecutoriada y el divorcio proyecta sus consecuencias para el futuro y no para el pasado.

7. Conclusión

Dentro de nuestro derecho positivo la solución expuesta adquiere particular consistencia, por virtud de algunos argumentos y razones que expondremos a título de conclusión.

Conviene colocar en un primer plano la disposición del art. 170 del Código Civil.

Dice esta disposición: “Comienzan entre los cónyuges los efectos de la separación desde el día en que pasare en autoridad de cosa juzgada la sentencia pronunciada en el juicio respectivo”.

A estar a este texto es “el día en que pasare en autoridad de cosa juzgada la sentencia” el que determina los efectos jurídicos de la misma. Ese día no es sino el día de la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la

(13) Cfr. *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva e Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires 1939 T. II p. 366.

primera o el día de la sentencia de tercera instancia. Los términos de la ley parecerían escritos con el propósito de no dejar equívocos sobre este asunto.

En segundo término habría que incluir, siempre dentro de nuestro derecho positivo, la disposición del art. 490 C. P. C.. Según dicha disposición las sentencias adquieren autoridad de cosa juzgada “cuando la ley no permite en el pleito, otra instancia o recurso ordinario”. Quiere decir que los términos del texto legal parecerían conducir a la idea de la no retroactividad de la sentencia de segunda instancia. Si la cosa juzgada se opera desde el momento en que un fallo no admite recurso ulterior, la fecha de éste es la que fija el derecho. Cuando hay dos sentencias conformes, o disconformes, pero esta última no susceptible de recurso alguno, no es la fecha del fallo de primera instancia la que hace la cosa juzgada, sino la del segundo.

Siendo así las cosas, hallámos frente a una sentencia doblemente constitutiva (constitutiva en cuanto sentencia de segunda instancia y constitutiva en cuanto sentencia de divorcio) los efectos se proyectan hacia el futuro y el inmueble adquirido durante la segunda instancia pertenece a la sociedad conyugal y no al cónyuge que lo adquirió a su nombre.

Se dirá, acaso, que la solución es injusta si es que el marido ha adquirido el inmueble con el fruto de su trabajo posterior a la separación de hecho de ambos conyuges. Pero para contestar esta objeción, cabe advertir que ella se refiere a la justicia de nuestras leyes y no a la justicia de nuestras interpretaciones. Como es sabido, a diferencia del derecho argentino que atribuye efectos jurídicos a la separación de hecho de los cónyuges, nuestras leyes no le atribuyen efecto jurídico a la separación. La sociedad conyugal se disuelve solamente por muerte o por sentencia y los bienes adquiridos dentro de ella son nece-

sariamente comunes, salvo el caso de subrogación o las nuevas soluciones aportadas por la ley 10.783.

El cónyuge que adquirió el bien inmueble antes de la cosa juzgada sabía o debía saber que la ley atribuía a esos bienes un carácter ganancial. Y siendo así, los riesgos inherentes al acto de adquisición han resultado asumidos por él.

Por otra parte, y para concluir con un argumento de hecho al que debemos atribuir importancia práctica, sabe subrayar que, salvo que se trate de un caso de adquisición instantánea del dinero necesario para comprar el inmueble, lo que cabe presumir es que ese dinero se hallaba en el patrimonio de la sociedad conyugal al tiempo de la sentencia de primera instancia, dado que el curso de la segunda instancia no es muy prolongado. El cónyuge que tenía ese dinero a su disposición debía a su otro consorte la restitución de su cuota indivisa en ese dinero. La participación en el inmueble, no es, pues, otra cosa que un sucedáneo de la participación en dinero necesario para adquirirlo.

Examinadas así las cosas, se comprende todavía que la solución es menos injusta de lo que parece a primera vista.

La doctrina parece también ponerse del lado de la justicia.

La familia: concepto y elementos

(Fragmento del “Tratado de Derecho de familia”,
em preparación)

Dr. Enrique Díaz de Guijarro

Ex-profesor de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires

A) DEFINICIÓN

1 *Enunciación.* — La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

2 *Características.* — Esta definición contempla los dos elementos esenciales del núcleo familiar: El biológico y el jurídico. Desenvuelve el concepto esquemático expuesto por CICU, para quien “la familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad” (1). De las palabras del maestro italiano, es fundamental la locución “vínculo jurídico”; y por eso la recogemos para señalar su diferencia con el vínculo biológico y proyectarla, en seguida, sobre la plenitud de las relaciones derivadas de la comunicación intersexual y de la

(1) CICU, *El derecho de familia*, traducción del italiano por Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, p. 27.

filiación: Fórmulas que consideramos más precisas y comprensivas que la “consanguinidad y afinidad”, situaciones en que hallamos sólo los efectos de la unión de los seres humanos y no ésta misma, que es la base de la constitución del núcleo y consiguiente causa de los vínculos familiares en sus diversas dimensiones. Además, cuando decimos “vínculos jurídicos emergentes de la relación” — introducido abarcamos tanto el matrimonio tradicional como el matrimonio anómalo o por equiparación introducido por la Constitución cubana de 1940 e imitado en otros países — y como todas las gradaciones que brinda el amparo del concubinato; tanto la relación conyugal como el parentesco por afinidad que es su consecuencia. Y cuando expresamos “vínculos jurídicos emergentes de la filiación”, involucramos tanto el nexo biológico — con sus varias categorías legales — como la adopción que lo suple por obra de la voluntad.

B) ELEMENTOS DEL NUCLEO FAMILIAR

a) El vínculo biológico:

3 *Estado natural.* — La unión sexual, como fenómeno humano, determina vínculos biológicos entre los componentes de la pareja y con respecto a sus hijos, originando un estado natural que existe con independencia del que resulta de los preceptos reguladores de esas situaciones. De acuerdo con el vínculo biológico, todas las relaciones intersexuales son idénticas, del mismo modo que la consanguinidad carece de diferenciaciones: Se es madre y padre, se es hijo, se es hermano, etc., porque se han producido los fenómenos biológicos correspondientes. La ley natural representa el elemento primario de la familia.

b) El vínculo jurídico:

4 *Estado legal.* — Como fenómenos humanos, la relación intersexual y la filiación están sujetas a una estructura normativa — estado legal —, que varía en el tiempo y en el espacio, y en cuya virtud surgen condiciones y calificaciones: La unión será matrimonio o concubinato; la filiación, legítima o ilegítima; el parentesco, reconocido o desconocido.

5 *Correlación con el vínculo biológico.* — La dificultad mayor que ofrece la regulación de la familia se encuentra en la necesidad de correlacionar el vínculo biológico con el vínculo jurídico; necesidad que se supedita, sin embargo, a capitales postulados morales y religiosos. Como el fenómeno humano desborda los moldes legales, como las concepciones ideológicas evolucionan y como las costumbres suelen ser dispares según el país y la época, resulta la mutabilidad del vínculo jurídico emergente de la comunicación intersexual y de la generación, con el consiguiente cambio en las formas constitutivas de la familia o en la existencia — o extensión — de los derechos de sus integrantes. He aquí la fuente de la atenuación creciente del repudio a la filiación ilegítima: Primero, con la investigación de la paternidad natural; después, con la supresión de las categorías de hijos sacrílegos y mánceres; luego, con la equiparación de los adulterinos a los naturales; y, por último, con la desaparición de toda diferencia. El ciclo se va cumpliendo, aunque desaparejamente. Pero lo cierto es que el fenómeno biológico impulsa al jurídico y quiere nutrirlo vitalmente, esto es, con la misma y propia sustancia natural.

6 *El vínculo jurídico como elemento calificado y condicionado.* — Con todo, es evidente que sobre el vín-

culo biológico — elemento primario y natural — priva el vínculo jurídico — elemento calificado y condicionado — que se contrapone a la indiferenciación natural. El vínculo jurídico, por lo tanto, es el decisivo para un concepto de la familia como institución.

7 *El vínculo biológico como presupuesto básico.* — Es menester destacar, tal como resulta de la definición, que el vínculo jurídico emerge de la relación intersexual y de la filiación, verdaderos presupuestos básicos de los que no cabe prescindir en ningún instante, porque si es posible que un vínculo biológico carezca del correlativo vínculo jurídico — por negarlo la ley ante la transgresión de sus principios de organización del núcleo —, en cambio es imposible que se admita un vínculo jurídico sin que pre-exista el vínculo biológico: La ley puede restar efectos a la realidad; pero no atribuir realidad. En el orden de las aplicaciones prácticas, este concepto es esencial en materia de filiación, pues no se concibe que se la declare judicialmente sin previa demostración del nexo biológico. Adviértase que estas afirmaciones no significan desconocer la adopción, puesto que su carácter sustitutivo implica la inexistencia del vínculo biológico o la negación del vínculo jurídico cuando media aquél, y se proporciona esta vía para tornar legítimo, adoptivamente al hijo ilegítimo.

c) Concordancias y discordancias entre los vínculos biológicos y jurídicos:

8 *Tendencias.* — La organización normativa de la familia tiende a producir la coincidencia de los vínculos biológico y jurídico, esto es, encuadrar el fenómeno humano dentro del fenómeno legal. Por una parte, como regla que recoge una aspiración natural, derivada de los

lazos consanguíneos y afectivos, como también del consustancial principio de cohesión del núcleo; y, por otra, como medio necesario para realizar el orden social, mantener las buenas costumbres y preservar la moral.

Diversos aspectos hemos de señalar.

9 Concordancia pura. — Es la que se produce cuando el vínculo jurídico corresponde al vínculo biológico. Puede acaecer desde el momento inicial en que se constituye la relación o con posterioridad. En el primer supuesto, estamos en presencia de un vínculo biológico objetivado simultáneamente como vínculo jurídico, p. ej.: Matrimonio, filiación legítima, filiación natural con reconocimiento inmediato; y en el segundo, de un vínculo biológico que asume, por circunstancias sobrevinientes, valor de vínculo jurídico, p. ej.: Filiación natural establecida por reconocimiento mediato o por declaración judicial, unión de hecho que se torna en matrimonio y hace inaplicable la exclusión hereditaria del art. 3573 del cód. civ. (2) para el viudo de quien — estando enfermo y por la misma enfermedad fallece dentro de los treinta días siguientes a las nupcias, adopción del propio hijo ilegítimo (art. 4, inc. b, ley N° 13.252).

10 Concordancia impura. — Se presenta cuando el vínculo biológico no guarda la debida correlación con el vínculo jurídico que lo configura, p. ej.: Filiación legítima o natural que encubre una adopción de hecho.

11 Discordancia pura. — Sucede cuando el vínculo biológico no trasciende al plano jurídico y queda fuera de su ámbito: 1° Porque lo impide la inacción humana,

(2) Todo artículo que se cite sin otra indicación, en lo sucesivo, pertenece al Código Civil.

cuando deliberadamente no promueve el emplazamiento jurídico que corresponde o cuando, por mera pasividad, deja transcurrir el tiempo sin hacerlo, p. ej.: Hijo sin reconocer, para ambas hipótesis; 2º porque no hay medios para demostrar el presupuesto biológico cuando se reclama el vínculo jurídico, p. ej.: Acción de filiación rechazada por falta de prueba; y 3º porque la ley desconoce aptitud al vínculo biológico para concretarse en vínculo jurídico, p. ej.: Prohibición de investigar la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (art. 326) y de indagar la paternidad y maternidad adulterinas o incestuosas (arts. 341 y 342).

12. *Discordancia impura.* — Se origina cuando el vínculo biológico corresponde al vínculo jurídico creado en contra de las disposiciones legales, por lo cual la relación está sujeta a una causa de nulidad, como en el matrimonio contraído a pesar de los impedimentos dirimentes. Aunque se trata de una relación no querida por la ley, es susceptible de efectos (arts. 87 e 89, ley de matrimonio civil), como también de consolidación si pasa el tiempo dentro del cual se acuerda la acción de nulidad o se extinguen los titulares de la misma (art. 86, L. M. C.). Por eso decimos que la discordancia es impura, desde que se prevén circunstancias que la vencen, lo que no ocurre, en cambio, con la discordancia pura, de términos inconciliables.

13. *Conflictos; necesidad de superarlos.* — Este bosquejo sobre las concordancias y discordancias entre los vínculos biológico y jurídico, demuestra cuán notables son los esfuerzos necesarios para consumar la coincidencia de esos elementos esenciales del núcleo familiar. Los problemas que suscitan son enormes y reconocen doble causa: Humana y legal. Así, cuando el hombre excede los básicos moldes normativos de la familia y cuando la ley niega efectos

a la relación de origen extramatrimonial o los restringe. Toda una lucha se entabla para orientar al hombre hacia aquellos moldes y, en el otro plano, para procurar que la ley no desconozca la realidad y brinde las soluciones adecuadas para lograr el equilibrio o restablecerlo. Esta es la cuestión más grave, porque el orden social carece de solidez si la ley marcha por distinta senda que la vida. Como elocuentísimos ejemplos, ahí están, en nuestra realidad, la inexistencia de divorcio absoluto, con su derivación en millares de divorcios en el extranjero “in fraudem legis”; y la negación absoluta de madre y padre a los hijos adulterinos (art. 342), con su parcial remedio en jurisprudencia pretoriana. Discordancias agudas, pues, entre lo humano y lo legal, cuya presencia no significa que la norma haya de ajustarse exclusivamente a la conducta del hombre, pero sí que, para regularla, deba recibirla en todas sus manifestaciones, lo que es ineludible cuando se trata de la familia y de acompañar con armonía su evolución. La discordancia, incluso, es índice de disconformidad con el régimen imperante, cuando se repite en forma de sostenido fenómeno, como en el recordado caso de los divorcios en el extranjero con subsiguientes nupcias que, socialmente, se aceptan o toleran. En esas situaciones es menester reajustar la correlación normativa entre los vínculos biológico y jurídico, en la medida en que sea posible, para conducir al equilibrio y suprimir o atenuar los irregulares efectos que determina la discordancia señalada. Es que, en materia de familia, y más que en ningún otro orden, la ley debe seguir de cerca al fenómeno social.

d) Emplazamiento en el vínculo jurídico:

14. *El acto voluntario como medio.* — La concordancia entre los vínculos biológico y jurídico se consuma por medio de un acto voluntario. El hombre lleva a la zona

jurídica la relación meramente humana, la configura dentro del régimen normativo y la emplaza en un estado de familia, con lo cual determina el funcionamiento automático de las relaciones jurídicas familiares previstas en la ley.

Si bien el contenido de la relación jurídica familiar no está sujeto a la voluntad humana — porque se halla presupuesto y actúa con dependencia del querer individual —, en cambio el emplazamiento en la relación jurídica familiar sí depende del arbitrio del hombre. El vínculo biológico, en efecto, no basta para establecer el vínculo jurídico, sino que debe concurrir la manifestación de la voluntad para que el hecho — lo biológico — asuma valor de acto — lo jurídico — y así concuerden ambos vínculos, en perfecta fusión objetiva.

15. *Formas de manifestación de la voluntad.* — La voluntad constitutiva del vínculo jurídico puede ser expresa o tácita, originaria o derivada, positiva o negativa: a) Es expresa en la celebración del matrimonio; tácita, en la admisión de la paternidad del hijo dado a luz por la esposa (art. 253); b) es originaria, en la inscripción del nacimiento de un hijo; derivada, en la legitimación por conocimiento, antes de casarse, del embarazo de la futura esposa (art. 322); c) es positiva, en la acción de reclamación del estado de cónyuge o de hijo; negativa, en la acción de nulidad de matrimonio, o de impugnación de legitimidad, o de repudio de la legitimación.

En las hipótesis precedentes y en todas las situaciones similares que originan el vínculo jurídico, existe libertad individual para determinar su surgimiento. Sólo después de su manifestación — y únicamente entonces — se concreta el vínculo jurídico familiar. Esto acaece, por ejemplo, tanto cuando se reconoce un hijo, como cuando éste logra la declaración judicial de filiación ante la omisión o la negativa paterna. El acto voluntario creador del vín-

culo jurídico familiar se mueve, pues, en dos direcciones: Una, espontánea, de cumplimiento natural, que busca encuadrar el vínculo biológico dentro del vínculo jurídico correspondiente, por acto propio de quien ha originado el hecho humano; y otra, compulsiva, que persigue igual fin, pero por acto de quien no provocó la relación biológica.

En ambas actitudes se desenvuelve el sentimiento natural que es base de la familia y de su cohesión. Aquellas persiguen realizar ese sentimiento; y al poner en juego la voluntad individual la dirigen en sentido familiar, con lo cual satisfacen el anhelo personal de emplazamiento familiar — uno de los fines fundamentales del hombre, que obedece a imperativos fisiológicos y éticos — y, simultáneamente, cumplen la exigencia social de vivir en familia adecuadamente organizada.

16. *Actos bilaterales y unilaterales.* — El acto voluntario que promueve el emplazamiento jurídico puede ser bilateral y unilateral: La bilateralidad es condición del matrimonio; pero no de la filiación, por lo menos en el instante en que se constituye.

17. *Vicios.* — Como todo acto voluntario, el emplazamiento en el vínculo jurídico familiar es susceptible de vicios y de las consiguientes acciones destinadas a invalidarlo.

18. *Carácter institucional, y no contractual, del acto voluntario.* — Aclaremos que la circunstancia de que la fusión de los vínculos biológico y jurídico se satisfaga por medio de un acto voluntario, es totalmente ajena a la concepción contractual: Las relaciones jurídicas familiares no son contractuales, ni siquiera cuando se forman por la coincidente y simultánea manifestación de la voluntad de dos personas, como en el matrimonio, como en el aceptado reco-

nocimiento de filiación, como en el allanamiento ante una acción de reclamación de estado. Correlativamente, tampoco participan de ese carácter las impugnaciones al vínculo jurídico. Es que el acto voluntario, en el orden familiar, representa mero tránsito a lo institucional: Emplazamiento dentro de un orden normativo preestablecido, cuyas características sobresalientes son la precisión con que están previstos los efectos personales — lo principal — y patrimoniales — lo secundario — de las relaciones que se creen por voluntad humana y el juego automático de tales efectos.

e) Extensión de los vínculos biológico y jurídico:

19. *Ilimitación y delimitación.* — Cuando destacamos que el fenómeno biológico impulsa al jurídico, con el propósito de nutrirlo vitalmente con su propia substancia (V. n.º 5), quedó implícitamente apuntada la diferencia que se produce en la extensión de ambos vínculos, como resultado de la gravitación propia e ilimitada de la relación biológica que, por no tener otra medida que la naturaleza, sobrepasa el emplazamiento jurídico, siempre sujeto a delimitación.

20. *Unidad del estado de familia: Vínculos jurídicos legítimos.* — En un primer orden, la diferencia de extensión es consecuencia de la calidad del vínculo jurídico, según la calidad de la originaria relación biológica: Matrimonial (art. 358) o extramatrimonial (art. 366). Aparecen, así, la familia legítima y la familia ilegítima o natural, conforme a las denominaciones corrientes, si bien — a nuestro juicio — la familia es una y dentro de ella existen vínculos jurídicos legítimos y vínculos jurídicos ilegítimos, hasta el punto de que quienes ostentan emplazamiento legítimo son sujetos de relaciones concretas con quienes lo tienen ilegítimo: Obligación de pasar alimentos a los hijos natura-

les a cargo de los herederos de los padres de aquellos (art. 331); vocación sucesoria de los hijos naturales con respecto a la herencia de sus progenitores, en concurrencia con su viuda o viudo, ascendientes legítimos, aunque en inferioridad de condiciones que los últimos (arts. 3578 a 3581); transmisión de los derechos hereditarios del hijo natural a sus descendientes — aun legítimos — por vía de representación (art. 3589); etc. Por eso, bien ha podido proclamarse el concepto unitario del estado de familia dentro de nuestro código civil (3).

En efecto, la realidad de los vínculos biológico y jurídico supera la pretensión del legislador de excluir a los parientes ilegítimos, declarando que “no hacen parte de la familia de los parientes legítimos” (art. 365, 1.^a parte), aunque en seguida reconoce — la fuerza de la doble realidad indicada — que “pueden, sin embargo, adquirir algunos derechos en las relaciones de familia, en los casos que este código determina” (art. 365, 2.^a parte), con lo cual torna inocua esa separación y admite, lo que es fundamental, que “las relaciones de familia” son genéricas y de una sola y única naturaleza: Esa adquisición de derecho funciona, precisamente, dentro de “las relaciones de familia”, concebidas como una categoría de vínculos jurídicos.

Incluso, en bien distinto orden de normas, pero al referirse a la familia como beneficiaria de las facultades emergentes del derecho real de uso y habitación — ya que la medida de ese derecho es la satisfacción de las necesidades del titular y de su familia —, VÉLES SANSFIELD estatuyó, en el art. 2953, que “la familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales”, sin discriminación de ninguna clase entre estos y presentándolos como componentes de la misma familia.

(3) SPOTA, *Tratado de derecho Civil*, Buenos Aires, t. 1, vol. 31 1948, p. 409, n.º 695.

Luego, cada persona es eje de una serie de vínculos familiares legítimos y puede serlo, simultáneamente, de vínculos familiares ilegítimos. Entre ambos no hay más que una diferencia de extensión, pues los primeros tienen latitud, mientras que los segundos son restringidos. Pero el emplazamiento en el vínculo jurídico de familia es uno, porque el vínculo biológico también es uno.

21. *Plenitud y relatividad del vínculo jurídico.* — En un segundo orden, la distinta extensión depende de la amplitud de realización de los efectos del emplazamiento jurídico, pues en los grados más cercanos de parentesco se cumplen plenamente, mientras que al irse alejando del núcleo central se atenúan, por lo cual su alcance es relativo, ya en cuanto a las consecuencias personales — carencia de derecho de oposición al matrimonio más allá del cuarto grado (art. 21, inc. 2.º, L. M. C.), ya en cuanto a las patrimoniales — inexistencia de obligación alimentaria entre colaterales, salvo entre hermanos (art. 367) —, con lo cual se advierte el fenómeno legal de concentración de los derechos familiares en un círculo reducido, aunque sin uniformidad, porque la extensión se supedita a la clase de facultad que se ejerce y a la mayor proximidad del vínculo. Por lo tanto, la plenitud del vínculo jurídico se encuentra en el grupo básico: Padres e hijos, en la doble relación ascendente-descendente y entre sí; en cambio, la relatividad aparece en cuanto el vínculo excede esa esfera. Esta diferencia se apoya sobre las bases de la cohesión del núcleo y de la proximidad afectiva que es inherente a la proximidad biológica.

22. *Innocuidad del emplazamiento jurídico.* — Finalmente, por acentuarse el fenómeno de concentración, como límite de la relatividad señalada, llega un momento en que se extingue su zona de actuación y en el cual hasta se pierde el último derecho emergente del emplazamiento en

la familia: La falta de vocación sucesoria más allá del sexto grado (art. 3585). En este orden, el vínculo biológico no tiene fuerza para sustentar el vínculo jurídico; de modo que el emplazamiento carece de contenido y no causa efectos personales ni patrimoniales. Cuando esto sucede, no cabe hablar de vínculo jurídico ni de familia en sentido estricto, porque la relación biológica es insuficiente para caracterizarla: La familia supone, por esencia, vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación, como expresamos en la definición inicial.

Derechos, funciones y libertades

Juan Carlos Rébora

Antiguo Profesor de La Facultad de
Derecho y Presidente de la Universidad
Nacional de La Plata

(Especial para la
REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE SÃO PAULO)

La propiedad, como afirmación de la criatura humana, es un hecho que se consume y establece. El comercio, como proyección activa de la misma criatura, es la propiedad en función. Una y otro son afecciones de la libertad.

Hace poco menos de cincuenta años, un eminente profesor francés y Decano de la Facultad de Derecho de Burdeos, arrastrado por corrientes de sentido socializante que sin atribuirle ostensiblemente finalidad política habrían podido decirse enlazadas a la concepción cardinal del fundador de la Sociología, aplicó sus grandes aptitudes de juriconsulto a poner de resalto cuánto había, en la propiedad, de *funcional*; cuánto, pues, desde el fondo de “la naturaleza de las cosas” llegaba hasta nosotros como un verdadero mandato impartido en términos de aplicar efectivamente lo nutritivo, a nutrición; lo habitable, a habitación; lo roturable, a cultivos. Con escasa diferencia de meses o de años, un arquitecto igualmente francés, había revolucionado los planos de edificación urbanística en un esfuerzo por adaptarlos a ciertas nociones, también *funcionales*, de proporciones, de precedencias y de interacciones necesarias. Ni el Profesor había imaginado, sin embargo, soluciones jurídicas que afectasen inflexiblemente

los objetos a destinaciones exclusivas e invariables, ni el Arquitecto había abrigado, por ejemplo, la intención de cegar, por vías de restauración de recias columnas espartanas, las fuentes de donde habían brotado los capitales floridos o las elegantes volutas. Ni el primero habría pensado en oponerse, con su noción de las funciones, a que las cosas afectadas al culto permaneciesen indemnes; ni el segundo habría visto con buenos ojos que la luz cruda de sus aberturas sin rebordes sirviera de pretexto para la supresión de los ventanales góticos, ni aún que la monotonía de sus blancos paredones diese fundamento a gestiones enderezadas contra los cielo-rasos de LEONARDO DA VINCI o contra los frescos de MEIOZZO DA FORLI.

Pero ni el uno ni el otro tuvieron por qué contar, de veras, en sus especulaciones, con la fuerza representativa del nombre, ni con el poder supletorio del vocablo: en este caso, del vocablo *funcional*. Palabra renovadora en el sistema de AUGUSTO COMTE; *palavra conceptuosa* en las obras del jurisconsulto bordelés; palabra descriptiva en el lenguaje del arquitecto parisiense, ninguno de los tres hubo de cuidarse de que el prosélito pudiera convertirla en palabra mágica, ni de que el filisteo — grano de muchedumbre — llegara a transformarla en palabra contun-dente y poco menos que en granada de mano. Para tales adherentes lo funcional que, por otra parte, no ha sido definido y que no conviene, acaso, que lo sea, es simplemente lo esotérico. Lo impenetrable. Lo misterioso y no importa, ya, que anti-comtiano. En todo caso, lo funcional será algo que anteriormente no haya sido y así, pues, la propiedad solamente podrá ser funcional cuando haya sido despojada de sus atributos y, por consiguiente, cuando haya dejado de ser propiedad.

Y es particularmente interesante comprobar que los desaprensivos adeptos de esta noción que parecería impresionarlos como si fuese enteramente nueva, invierten, al aplicarlo, el antejo de que creen disponer y, en conse-

cuencia, todo se les empequeñece. Por ejemplo, se detienen a conjeturar frente a una pradera inroturada, y sentencian que su mantillo de humus debe ser destinado a la siembra de patatas. Pero cuando las plantas han brotado, y cuando los plantadores han efectuado su cosecha, no saben, ya, que hacer ni con los productores ni con el producto, el cual, sin embargo, va a pasar en ese momento del orden estático al orden funcional, es decir, al del comercio, en el que WALDEMAR FERREIRA, eminente en todos los campos del derecho, se destaca como la más grande figura latinoamericana.

Del comercio dependerá, por consiguiente, que el producto natural llegue a donde se le necesite; que el producto natural llegue puntualmente; que el producto natural llegue en las mejores condiciones de conservación y de eficiencia. La función de almacenarlo, de clasificarlo, de distribuirlo y de alcanzar con él lugares próximos o lejanos en donde se le espera, tal vez, con ansiedad, es, comparada con la casi elemental de plantar patatas, tan significativa y tan compleja, que solamente el engeñecimiento determinado por la pasión política puede haberse traducido en que esta última sea reivindicada como un verdadero hecho social, mientras la anteriormente mencionada — la más ardua, la más inteligente y la más supeditada a motivos que pueden variar de un día para el siguiente y necesariamente varían con los cambios geográficos o políticos — o permanece en la penumbra, como conviene a la esgrima de los vocablos contundentes, o se ve obligada a debatirse bajo acusaciones de parasitismo, según las cuales ni aun en la penumbra debería permanecer. Y así, merced al inocente sortilegio que haya podido resultar de un pregón incontrolado, — el referente a la propiedad funcional, indubitadamente especificado como una objeción a la propiedad misma — toda la maravillosa fábrica del *crédito*, con hallarse por entero en el campo de las funciones y ser, ade-

más, lo más característico de la civilización moderna, puede ser invadido a mansalva con menoscabo de sus creaciones, las cuales habiendo nacido del ingenio y de la inspiración no pueden subsistir sino en la libertad.

De todos modos, el requerimiento que se formula por tales caminos está muy lejos de ser el único que ejerce presión sobre los caracteres de la propiedad, la cual, por consiguiente, está muy lejos de subsistir con los que le habían sido reconocidos, si, en la época de los Decenviros; de donde resulta que el fundamentar su procesamiento en la supervivencia de tales caracteres tal como lo hacen los eventuales abolicionistas, debe tener algo de inadvertencia y debe tener más, aún, de añagaza. La propiedad de nuestros tiempos, afirmanos, está muy lejos de ser lo que era la propiedad romana, y el acusarla de reduto absolutista no merece otra explicación que la del afán de situarla en posición desvantajosa, sin duda para atacarla con mayor alevosía. Y la discriminación que formulamos, verdadera respecto de todas las modalidades del respectivo derecho, lo es particularmente respecto de la propiedad industrial, hecho que, por otra parte, recorta de nuevo sobre la pared del recinto donde trabajamos, la noble silueta del respetado profesor paulista.

Véase, desde luego, lo que ocurre con el llamado “derecho de huelga”, actualmente reconocido por Constituciones americanas y europeas; y reconocido — lo que es muy importante — sin que nadie se haya esforzado excesivamente en establecer, para él, un contenido que acaso, de haber sido determinado, hubiera hecho evidente la gravitación que habría de corresponderle sobre las respectivas instituciones clásicas y antes que sobre otra alguna sobre la del derecho de propiedad.

El de huelga, pues, que por otra parte no ha necesitado, en otros países, de espaldarazo constitucional y directamente ha ocupado, por consiguiente, un lugar en la

vida jurídica de los mismos, no debe ser identificado, aun a despecho de sentimientos que tiendan a tal resultado, con un simple derecho a permanecer, por ejemplo, en la inacción. Pues por una parte no es sino norma jurídica guardada durante muchos siglos, la de que en las *obligaciones de hacer* el deudor no podría ser apremiado por la fuerza y, por otra, es un hecho incontrastable el de que la condición de proletario, es decir, de sujeto cuyo patrimonio se resume en su fuerza de trabajo, permite al asalariado romper todos los días su contrato con la empresa sin que de ello derivan consecuencias nocivas para él. Podría decirse, sin duda, que quedarían las consecuencias morales, fuente de reacciones contra la informalidad de aquel que sentara fama de despreocupado del cumplimiento de sus propios compromisos; pero hemos de hacer constar categóricamente que, al mencionar las huelgas, no nos referimos precisamente a la abstención individual y sí, en cambio, a la que revierte en abandono colectivo, generalmente realizado bajo la dirección de órganos sindicales que previamente habrán formulado pretensiones y que ulteriormente se habrán de esmerar en la tarea de convertir en provecho de sus afiliados los hechos determinantes de interrupción, como también en la de arrojar sobre los respectivos empresarios la responsabilidad que fluyere de los mismos.

Así, pues, el derecho de huelga no consiste tan solo en el derecho a la inacción. — ¿Y en qué consiste, entonces? — Consiste, sí, en interferir, por medio de la inacción, las actividades industriales de determinado centro de producción, o de diversos centros existentes en determinada circunscripción, o de ellos y sus afines, o de todos los centros de producción subsistentes en regiones más o menos vastas. Pero lo más importante, a los fines que perseguimos, es que la susodicha interferencia se operaría por acción de sujetos que no habrían adquirido ni tampoco hubieran po-

didó adquirir, a consecuencia del respectivo contrato de trabajo, el derecho de disponer de los bienes adscriptos a la industria que se interfiriera: inmuebles, maquinarias, instalaciones, materia prima; lo importante es que el empresario — individuo o asociación de individuos; sujeto simple o complejo; destinatario de la relación o representante del destinatario — aun hallándose investido normalmente, por la ley, de facultades de administración y de facultades de disposición que doctrinalmente le permitirían obrar como dueño y decidir como Señor, habría tenido que soportar la interferencia causada por la abstención que suponemos y habría tenido que resignarse a tolerar la paralización ni más ni menos que si las posiciones se hubieran trastrocado y la propiedad, pues, perteneciera a los interferentes. Las exhortaciones que le hubieran sido dirigidas, acaso para recomendarle templanza, acaso para infundirle alientos, no habrían cambiado el sentido trágico que revestiría, de todos modos, el desamparo resultante de la falta de protección a sus derechos de propietario. A derechos integrantes de una propiedad industrial, por consiguiente; derechos que según ha podido verse, ya, en países de economía agro-pecuaria, por el hecho de haber sido insumidos en primarias explotaciones ganaderas no estarían menos comprometidos que cuanto pueden estarlo — de jure o de facto — los que subsistan sobre plantas de quintaesenciada condición, como las de química, las de tejeduría o las de aeronavegación.

No podríamos avanzar en el presente desarrollo sin haber puesto en claro que no simpatizamos en manera alguna con el allanamiento que se habría operado, así, respecto de un derecho, el derecho de propiedad, que por nuestra parte consideramos como un atributo de la libre actividad del hombre; y que menos, aún, podríamos simpatizar con semejantes consecuencias cuando los hechos ocurridos estarían demostrando que el Estado, con su estudiada pasividad, se habría dejado arrebatar potestades

de presidente, de director y en suma, de regulador, que son inherentes a su irrenunciable condición de órgano específico de la realización del derecho. Para que el Estado estuviera en condiciones de legitimar los efectos inhibitorios de una declaración de huelga, es decir, para que al escatimar la protección que las leyes han prometido y normalmente deben al derecho de propiedad no quedara complicado en hechos de violencia inconciliables con su propia naturaleza, habría debido ser exigido, cuando menos, el concurso de condiciones junto a las cuales renaciese la juridicidad y en lugar de la violencia quedara caracterizado un nuevo *status*. Y cuando éste, es decir, cuando el nuevo status hubiera constituido una verdadera realidad jurídica, ¿respecto de quiénes se crearía y, además, desde cuando habría sido creado? ¿Quiénes serían, pues, y desde cuando, los que se habrían puesto en condiciones de imponer deberes negativos, de inacción, y de causar, así, interferencia en el ejercicio de derechos integrantes del patrimonio de otro?

I. a) Veinte jóvenes animosos y emprendedores se deciden a instalar en las costas del Atlántico-Sud grandes astilleros y, con la fe que los anima y el prestigio que los acompaña, obtienen rápidamente una suscripción de acciones que se eleva a 100.000.000 de dólares: ¿habrá alguien que pueda ponerles en el camino?. — b) Adquieren terrenos y obtienen concesiones, hecho lo cual, y afiebrados por afanes de realización, comienzan a extraer piedras que cargan en sus propios automóviles, para terminar llamando a cinco transeuntes y prometiéndoles cierta paga, por el trabajo de las horas de luz que aún quedan y la misma paga para el día siguiente. ¿Podrían estos cinco individuos declararse en huelga e interferir los trabajos de construcción de los grandes astilleros? ¿Podrían hacerlo si fueran cincuenta? podrían, si fueran quinientos? ¿si fueran cinco mil? c) Ha sido excavado el primero de los grandes di-

ques comprendido en el plan de construcciones, y llegan bombas que deven servir para expeler las aguas cada vez que se trate de carenar alguna nave; pero desgraciadamente el exiguo equipo encargado de instalarlas riñe con el capataz general y se resiste a recibir sus órdenes. ¿Podrían, los descontentos, declararse en huelga y producir con su declaración las graves consecuencias jurídicas a que nos hemos referido? — *d*) Cuatro diques han funcionado correctamente durante quince años y sin cambiar un solo empleado; pero en tales circunstancias se reanuda y termina rápidamente la construcción de los seis restantes, cuyo personal se declara en huelga al día siguiente de reclutado. ¿Sería legítimo que su decisión se sobrepusiera a la de sus compañeros y, sobre todo, que tales recién-venidos tuviesen, desde el primer día, vocación para avasallar las actividades de la magna empresa? — *e*) Los astilleros han sido terminados felizmente y llevan, ya, varios años de irreprochable funcionamiento. Un buen día los obreros, fascinados por decisiones de boycot, de origen internacional, resuelven abandonar el trabajo *sine die*. ¿Podría pretenderse, subsistente una sombra de organización jurídica, que los empresarios se abstuvieran de reivindicar su propiedad?

II. Un jardinero aprende el arte de componer ramilletes y, con la ayuda de su consorte y de su hijo, se especializa en la preparación artística de las flores y concluye por instalar un comercio y asegurarse una clientela. Con el andar del tiempo, ocupa a dos personas más, que trabajan bajo su dirección, sin rozamientos ni discrepancias. En caso de suspensión de actividades, resuelta por los floristas de la ciudad en que reside, ¿estará obligado a clausurar su casa? ¿No podría trabajar, como antes, con su mujer y su hijo?

III. Y en fin, y para no eternizarnos con supuestos infinitos: cuando la legitimidad de la interferencia debiese

ser admitida, ¿ por cuánto tiempo sería justo mantenerla? ¿cuál habría de ser, en caso que llegara, el momento en que se otorgaría restitución, al propietario?

Es evidente, para nosotros, que cuando se lograra reducir a fórmulas jurídicas hechos como los que nos ocupan, los cuales actualmente son de fuerza y se desarrollan en el campo del comercio y de la industria, todas las preguntas que dejamos formuladas y, con ellas, muchas otras, habrían sido debidamente satisfechas. Habría quedado de manifiesto, por consiguiente, la existencia de *un tolerado, cuando no acatado poder* de desvirtuar mas o menos transitoriamente el más característico de los atributos del dominio: el de emplear libremente la cosa que se tiene en propiedad; y habría surgido, correlativamente, cierto derecho a compartir la potestad que viejos textos de derecho civil siguen, sin embargo, declarando exclusiva, es decir, la de decidir sobre el destino de la cosa que se tiene en propiedad, bien que entre tanto no estuviera todavía determinado desde qué momento y dentro de qué circunstancias dicha potestad quedaría compartida. En otros términos: la sola destinación de un objeto o de una universalidad, a fines industriales susceptibles de realización mediante prestaciones de trabajo que hubieran de ser obtenidas de otras personas, puede representar, respecto del objeto o de la universalidad, el punto de arranque de una nueva situación en que los derechos del respectivo propietario hayan de combinarse con los derechos del trabajador. Y no será ocioso observar que, siendo razonable subordinar la eficiencia de estos últimos, a circunstancias de tiempo y de proporción según las cuales no todos los equipos de trabajadores estarían en iguales condiciones para causar interferencia en los derechos del respectivo propietario, ni todos los momentos podrían ser igualmente propiciatorios de posibilidades de interferir, ni todas las superposiciones de elementos — a partir de dos, y más, en cuanto a las

personas, y de uno, y más, en cuanto a los valores — ni todas ellas, pues, habrían de ser satisfechas con las mismas soluciones, éstas no podrían ser orientadas sino por la equidad que habría comenzado a distinguir, pues, entre el proletario y la materia beneficiada por su trabajo, cierta relación; la cual relación no podría dejar de ser considerada como *una verdadera proyección de la persona*, es decir, como una afección en que aparecerían paradójicamente confundidos en un mismo concepto y fundamento, el trabajo y la propiedad.

El ánimo del jurista de nuestros tiempos no puede, así, presenciar con impavidez la presión que se ejerce sobre instituciones cuya realidad se quería mantener oculta y cuya supervivencia se quería tergiversar. Se esconden, pues, en cuanto a la propiedad, los efectos de un activo proceso de desintegración. Se aventuran apreciaciones, correlativamente, sobre la pretendida inmovilidad de un derecho cuyo absolutismo se habría hecho, tanto como antisocial, odioso. En realidad, las afirmaciones según las cuales todas las cosas serían susceptibles del *jus abutendi* como lo es un puñado de arroz, o del *jus fruendi* como lo es un rebaño o una plantación, la del *jus utendi* como lo son las prendas de vestir, no son sino afirmaciones irresponsables, en el sentido de ser formuladas sin una verificación previa de su contenido real respecto de objetos que pueden no ser pasibles de extinción, o no pueden no serlo de reproducción, o pueden no serlo de diversa aplicación a las necesidades humanas. Y siendo así, estaríamos en presencia de un modo de relatividad que, por definición, se opondría a la respectiva concepción absolutista.

Por otra parte, aun en los buenos tiempos de acatamiento a las tradiciones romanas, las fórmulas a que éstas correspondían quedaban subordinadas a otras fórmulas. El Código Civil de la República Argentina, sancionado en 1869, sometía las aguas brotadas en los terrenos privados,

al derecho del propietario del fundo donde nacieren; pero en una oración incidental-adversativa, *de sentido estrictamente funcional*, se cuidaba de añadir que si las mismas aguas fuesen necesarias a la economía de algún pueblo vecino, habría lugar a expropiación por causa de utilidad pública. El mismo Código Civil declaraba extinguido el dominio de los particulares cuando la cosa sobre qué recayera fuese puesta fuera del comercio. El Código de Minería, desentendiéndose totalmente de la regla según la cual el dominio sobre los inmuebles se extendía a todo el espacio aéreo sobre el suelo y a todo el espacio bajo el suelo en líneas perpendiculares, declaraba de propiedad del Estado y nó del sujeto activo de la relación de dominio, los metales, las substancias fósiles y los combustibles minerales, es decir, materias acaso yacentes en los espacios que, no obstante, habían sido declarados como propiedad particular. Las concesiones ferrocarrileras urbanas y suburbanas han puesto en condición de expropiación, en unos casos, los terrenos requeridos por instalaciones principales o accesorias y, en otros casos, el subsuelo. Las de telégrafos y teléfonos han dado nacimiento a servidumbres que nadie ha resistido, aun cuando la instalación de cables y de postes produjera molestias sin cuento. La posibilidad de producir concentraciones con vistas a la regulación de los aprovisionamientos y con probabilidades de carestía y sufrimiento, ha dado pié a una legislación especial, llamada de los *trusts*, cuyas normas no solamente se oponen a las acciones abusivas sino que llegan a calificarlas como delitos y aun a riprimirlas con fortísimas sanciones. Y todo esto, en fin, *es funcional*, en virtud de un principio que se ha expresado, muy de antaño, en *Las Partidas* de ALFONSO EL SABIO, o sea en el más latinizante de todos los viejos códigos españoles, a saber: “Señorío, es poder que home ha en una cosa, de facer della et en ella lo que quisiere, *segunt Dios et según fuero*” (ley primera, del título 28, de

la Partida Tercera — Esta ley fué recomendada, en la nota que VÉLEZ SANSFIELD escribió al pié del artículo 2506, como una norma de interpretación). De tal modo, pues, la necesidad de circular por canales naturales y entre dos lugares diferentes; como la necesidad de que los centros urbanos tuvieran agua para la subsistencia de sus pobladores; como la necesidad de que la industria dispusiera de calor para levantar la presión de sus calderas y poner en movimiento sus rodajes; como la necesidad de tender en el espacio aéreo cables eléctricos o en el espacio profundo vías expeditas y como otras necesidades claramente merecedoras de obtener superposición respecto de los derechos privados, habían venido mereciendo, ya del Código Civil, ya de leyes especiales sancionadas en consonancia con sus preceptos, ser consideradas y atendidas. El “segunt Dios et según fuero”, del sapientísimo monarca de Castilla, había hecho las cosas mucho mejor que los officiantes del moderno *credo materialista, con reincidencia funcional*: había plegado todo su sistema normativo a la concepción humanitaria de una doctrina de amor y de misericordia para la cual — lo había dicho LUCAS, el evangelista — “más fácil cosa habría sido entrar un camello por el ojo de una aguja que un rico entrar en el reino del Señor”. Y cambiamos, en “rico”, al propietario.

No podemos abstenernos de redactar párrafo a parte, dado el volumen y la importancia de los intereses afectados, para los contratos de locación de inmuebles, que no son sino de temporaria enajenación del *jus utendi*: de un uso que el propietario debería tener, bien asegurado y garantizado, siempre que su derecho de propiedad fuera absoluto, como tendría que serlo para justificación del abolicionismo que lucha contra él. Unas veces por tratarse de propiedades urbanas y otras veces, al contrario, por tratarse de propiedades rurales, el Estado, como es notorio, suele intervenir, dentro de ciertas condiciones y ya

para reducir los precios, ya para congelarlos. Dentro de otras, semejantes o diferentes, prorroga los plazos; declara espontaneamente y siempre a cargo del dueño de la cosa, la tácita reconducción; desprende de la potestad del propietario, por entero, los atributos del jus utendi y, haciéndose titular del mismo por un plazo que será determinado de conformidad con ciertas circunstancias y prorrogado, acaso, muchas veces, lo traslada a manos del inquilino, tal vez por un plato de lentejas. Mientras los que se complacen en reeditar proclamas redactados un siglo ha, siguen desahogando sus afanes de polémica sobre un derecho real de propiedad que se obstinan en revestir de caracteres extraídos de las definiciones corrientes en el Bajo Imperio, la innegable verdad es que el derecho de propiedad ha sufrido — tanto en los países afectados por las dos conflagraciones como en algunos de los más estrechamente vinculados a sus economías — grandes reducciones que se operan como en los casos típicos de la economía de comando: aquí, porque la prórroga del contrato de alquiler es automática; allí, porque parecidos efectos derivarán eventualmente de pronunciamientos judiciales; acullá, porque la traslación de las obligaciones depende simplemente de gestiones administrativas o porque el compromiso de virtuales contratantes queda más que suplido por legajos que habrán de componer diversas oficinas. En todo caso, el traer a la composición, como un elemento que hubiera estado fuera del cuadro y que debería ser incorporado a él para que gravitase sobre los otros y los redujera y aplanara, la noción de funcionalidad, es cosa que ha de situarse más allá de la zona de regularidad y proporción que el ánimo del jurista reconoce como propia.

Pero hay en ello una falsa apariencia que el jurista no podría abstenerse de considerar, siquiera fuese para no quedar privado de voz, en una controversia que, sin duda alguna, le atañe. Lo que haya de sofisticado, según las

observaciones precedentes, en atraer a los primeros planos la idea de función y en subordinar a ella, no se sabría por qué sortilegio, todas las demás, puede ser todavía seriamente agravado por el añadido de un epíteto que obedecería a la misma técnica para hacer mérito, pues, de una función *social* o de un derecho *social*, como si independientemente del derecho y de la función que se invoca existieran otros, fuera de la sociedad. Esencialmente, cuando el hombre no pueda disponer de lo que le pertenece lo que más haya sufrido será la libertad.

Buenos Aires, julio de 1950.

Atos de comércio e contratos administrativos

Ruy Cirne Lima

Professor catedrático de Direito Administrativo e Ciência da Administração na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

1. Não obstante a diversidade das matérias, o Direito Administrativo e o Direito Mercantil denotam afinidades evidentes, quanto ao processo de formação, do qual histórica e logicamente, receberam, ambos, a sua estrutura atual.

Surge o Direito dos Mercadores em torno das jurisdições consulares (1), como o Direito da Administração em torno das jurisdições administrativas; e destinam-se, ambos, a regular formas determinadas de atividade: aquele, a mercancia, este, a administração pública.

Não admira, pois, que em ambos coincidam característicos fundamentais: a elasticidade, com que um e outro abrangem e empolgam os fatos; e a supletividade, com que se ajustam, ambos, às construções jurídicas, normativamente mais estáveis, e socialmente mais amplas, de outras disciplinas.

São ambos, na verdade, o Direito Mercantil e o Direito Administrativo, manifestações distintas de processos formativos semelhantes. Podemos, se desejarmos, reuní-los sob denominação comum, chamando-lhes, a ambos, “jus honorarium”. Do “jus honorarium”, a que já a propulsão ju-

(1) WALDEMAR FERREIRA *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, t. I. São Paulo, 1934, n.º 29, p. 125 e 134.

risdicional os assemelha, tiram êles os característicos da elasticidade e da supletividade, que tão intimamente os aproximam.

CORNÉLIO NEPOS pôde dizer de CATÃO, e assim demonstrar a admirável elasticidade do “jus honorarium”: “...multas res novas addidit in edictum” (2). Da supletividade dêste, à sua vez, PAPIANO: “jus praetorium... praetores introduxerunt... supplendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam” (3).

Tais característicos são, ainda hoje, necessitados rigorosamente pelo conteúdo mesmo de nossas duas disciplinas, como outrora o foram pela natureza própria do direito honorário. O Direito Mercantil e o Direito Administrativo regulam formas específicas de atividade: hão-de ser, portanto, supletivos aos demais ramos do direito que regulam, especificamente, outras formas de atividade ou, genêricamente, tôda a atividade jurídica não especialmente regulada. A seu turno, regular forma determinada de atividade não é a mesma cousa que regular as atividades de pessoa determinada. A firmeza de regulação que conviria à identidade duradoura da pessoa, desconviria ao curso vário e mutável de uma forma específica de atividade; reclama, esta, mobilidade e expansão ou, seja, elasticidade.

2. Das analogias entre o Direito Administrativo e o Direito Mercantil, a mais fecunda em consequências é, fora de dúvida, essa que resulta da compreensão das duas disciplinas, ambas restritas à regulação jurídica de formas peculiares de atividade. Trata-se aqui, realmente, de uma analogia de conteúdo, posto que formal, e não meramente de uma semelhança de origem; de uma conexão lógica, e não simplesmente histórica.

(2) CATO, 2.

(3) DIG., lib. I, tit. I, *de justitia et de jure*, fr. 7, § 1.

Com fundamento nessa analogia, é que pode e deve construir-se, por exemplo, no Direito Administrativo, a doutrina dos contratos administrativos, “ad instar” da doutrina dos atos de comércio, no Direito Mercantil.

3. Sorrirão, talvez, das proporções do intento os “doctores privati juris”, a quem o capítulo dos contratos de Direito Público Interno sói aparecer, antes como um campo de batalha, do que como base de construções jurídicas perduráveis.

A rigor, porém, o direito todo é um campo de batalha. O nosso velho GAMA advertia em seu tempo: “nihil tam iniquum quod careat alicujus doctoris opinione” (4). Escapa, por ventura, ao fragor das controvérsias ou à anomalia das singularidades, a doutrina do contrato no Direito Privado?

Não desconhecia o Direito Privado Romano relações bilaterais, oriundas do contrato (5)? Não se recusou, na França, à doação a natureza de contrato (6)? E já no século XIX, SCHLOSSMANN não negou que, do contrato, pudesse nascer a obrigação (7)?

(4) DECISIONES, Antuerpiae, 1735, lib. II, cent. III, dec. 202, n.º 3, p. 255: “ut etiam dicit RODERICUS SOAREZ, in allegatione 24” E antes de todos, CÍCERO (*De Divinatione*, 2,58): “nihil tam absurde dici potest quod non dicatur ab aliquo Philosophorum”

(5) DERNBURG, *Die Compensation nach römischem Rechte*, Heidelberg, 1854 § 8, p. 78: “die Grundsätze des römischen Obligationsrechts immer unverstündlich bleiben (müssen), so lange wir jene Ansicht von der Einheit der mehreren Obligationen aus einem Geschäft nicht aufgeben”; JHERING, *L'Esprit du Droit Romain*, trad. de O. de Meulenaere, t. IV, Paris, 1888, § 64, p. 195.

(6) GIORGE, *Teoria delle Obbligazioni*, t. III, Firenze, 1891, n.º 10, p. 12

(7) *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 273: “Eine Obligation entsteht niemals, sondern nur das Urtheil in uns, dass Jemand schuldig sei, und est ist unzweifelhaft das ein solches Urtheil sich in uns nicht bilden kann, wenn das Versprochene geleistet ist.” p. 104 e 105.

Se quisermos restringir-nos ao Direito Mercantil, do mesmo passo que BALDO postulava a equiparação, “inter mercatores”, do “nudum pactum” aos “pacta legitima” e aos contratos, para o efeito de gerar ação, TARTAGNI não limitava o surgimento da ação, em tais casos, aos juízos de equidade, estabelecidos por estatuto ou estilo (8)? E DUARENO não afirmava que, ainda entre mercadores, o “nudum pactum”, em caso nenhum, poderia produzir ação (9)? Não se vem discutindo, de resto, até o século XX, se a letra de câmbio é, ou não, um contrato (10)?

4. Cumpre, entretanto, reconhecemos que, no Direito Público e, em especial, no Direito Administrativo, as dificuldades do tema são, senão mais ásperas, seguramente, ao menos, mais dilatadas. Aqui, começa-se por perguntar: existe realmente, a figura do contrato no Direito Administrativo?

5. Conforme é sabido, faltava ao Direito Romano um conceito universal de contrato. A convenção das partes não constituía contrato obrigatório, enquanto não assumisse os caracteres de um dos tipos contratuais estabelecidos, ou da estipulação (11).

Não é definição de contrato o texto famoso: “pactio est duorum vel plurium in idem placitum et consensus” (12). Esse texto define, apenas, o acôrdo, um dos elementos do

(8) CARRARA, *La Formazione dei Contratti*, Milano, 1915,

(9) SAVIGNY, *Le Droit des Obligations* trad. de C. Gérardin e P. Jozon, Paris, 1873, t. II, § 76, p. 396.

(10) PONTES DE MIRANDA, *Letra de Câmbio*, Rio de Janeiro, s. d., n.º 3, d. 7 e 8.

(11) ORTOLAN, *Généralisation du Droit Romain*, n.º 201 e 202, *Explication Historique des Instituts*, Paris, t. I, p. 463; GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1901, p. 428, etc.

(12) Dig., lib II, tit. XIV, de *pactis*, fr. 1, § 2.

contrato, — ao demais, segundo BONFANTE, elemento tão pouco preeminente que o relêvo, a êle dado mais tarde, pode ser havido como uma novidade da jurisprudência (13).

Aceita a concepção romana, a existência da figura do contrato no Direito Administrativo é questão a ser resolvida em função do direito positivo, pela pesquisa casuística daquelas situações, em que ao contrato, ponto de cruzamento ideal de duas ou mais vontades, a lei atribui eficácia jurídica. Tal, a opinião de GUIDO ZANOBINI (14). Olvida, porém, o jurista italiano que, dessa forma, impõe ao Direito Administrativo um retrocesso no tempo, em contraposição a todos os demais ramos do direito.

Na verdade, a concepção romana do contrato desapareceu completamente do direito moderno. Saiu-lhe ao embargo, de um lado, o Direito Canônico, o qual, restabelecendo a eficácia do Direito Natural, enunciou solenemente o princípio de que todo acôrdo de vontades cria obrigações: “Jus Canonicum restituit jus naturae, et ex omni pacto actionem dedit” (15). Resistiu-lhe, de outro lado, o Direito Germânico, com a figura do “wadium” ou, em português, gádea (16), ao influxo do qual a “traditio cartae” veio a substituir a “stipulatio” romana (17). Certo, por precaução, incluía-se, ainda, em todos os atos, a cláusula romana da estipulação. Mas a “opinio juris”, que presi-

(13) Sulla genesi e l'evoluzione del “contractus”, *Scritti Giuridici Varii* t. III, Torino, 1926, nota I, p. 108.

(14) *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, Milano, 1936, p. 267; cf. 5.^a ed., t. I, Milano, 1947, p. 179.

(15) FERRARIS, *Bibliotheca Canonica, Juridica, Moral Theologica* t. II, Romae 1886, verb. “Contractus in Genere, n.º 74, p. 699.

(16) PONTES DE MIRANDA, *Dos Títulos ao Portador*, n. 12. *Manual do Código Civil Brasileiro*, de PAULO DE LACERDA, v. 16, t. I Rio Janeiro 1932 p. 77.

(17) BRUNNER — v. SHWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, trad. de J. L. Alvarez Lopez, Barcelona, 1936, § p. 46 e 47.

dia a todos os atos, não mais correspondia à convicção romana (18).

A essência do contrato é, já agora, o acôrdo das vontades; o Direito Natural retoma o lugar, que o velho direito positivo lhe arrebatara. POTHIER escreve, a propósito: “Os princípios de Direito Romano sôbre as diferentes espécies de pactos, e a distinção que faziam entre contratos e pactos simples, não sendo fundados no Direito Natural, mas desviados da sua simplicidade, não são admitidos em o nosso direito” (19).

Analisando o conteúdo dessa noção genérica de contrato e as relações jurídicas a que pode ela estender-se, o grande SAVIGNY opina, a seu turno, que “essas relações podem concernir ao Direito Internacional, ao Direito Público e ao Direito Privado, aplicando-se, a todos êsses casos, a idéia de contrato” (20).

Alçado, desta sorte, o contrato à esfera dos conceitos jurídicos superiores, tão próxima quanto sensível à influência da explicação e da estruturação filosófica do direito, nenhum dos grandes vultos da filosofia jurídica, dentre os mais dignos de menção, intenta relegá-lo à antiga inferioridade particularista. Neo-tomistas, como CATHREIN (21), néo-kantista, como STAMMLER (22), realistas, como GÉNY (23), positivistas, como DUGUIT (24), todos proclamam a

(18) BRUGI, *Istituzioni di Diritto Civile, Italiano*, Milano, 1907, p. 425 e seguintes.

(19) *Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*, trad. de Correa Telles, Rio de Janeiro, 1906, t. I, n.º 3, p. 4.

(20) Ob. cit., t. II, § 52, p. 147.

(21) *El derecho Natural y el Positivo*, trad. de A. Jardón e C. Barja, Madrid, 1926, p. 198.

(22) *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 275 e 282.

(23) *Science et Technique en Droit Privé Positif*, t. IV, Paris, 1930, p. 210.

(24) *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, Paris, 1927, § 65, p. 697.

transcendência do conceito de contrato, conceito comum ao Direito Internacional, ao Direito Privado e ao Direito Público.

Dever-se-á retornar, sôbre os passos dessa longa evolução, à concepção romana do contrato? Evidentemente não.

6. Aceita, todavia, a noção de contrato como noção genérica, extensível ao Direito Administrativo, surge a questão de saber se nela se hão-de abranger tão só os contratos das pessoas administrativas entre si, ou também os celebrados, segundo o Direito Administrativo, entre a pessoa administrativa e o particular

Aqui novamente se abre a controvérsia. Uma larga corrente de doutrina recusa-se a admitir a possibilidade de contrato, regido pelo Direito Administrativo, entre uma pessoa administrativa e um particular. Sob diversas formas, os seus representantes invocam, em abono dessa opinião, o mesmo e só princípio do equilíbrio contratual.

Traduz-se o princípio do equilíbrio contratual, já na igualdade perante a lei dos co-contratantes, já na equivalência, para a ordem jurídica, das respectivas vontades na formação do consenso. Ora, diz-se, o particular não é, perante o Direito Público, igual ao Estado. Entre o Estado, soberano, e o particular, súbdito, falar-se em igualdade é cousa inconcebível. Logo, não é possível, em Direito Público, admitir-se a idéia de um contrato entre o Estado, ou outra pessoa administrativa, e um particular. Tal, a argumentação, entre outros, de BORNHAK (25). A essa objecção, respondeu, de modo magistral, GEORG JELLINEK. Negou o ilustre professor de Direito Público que a subordinação do indivíduo ao Estado fosse ao ponto de excluir a posição do indivíduo, como pessoa, diante do Estado. E sinalando

(25) *Grundriss des Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1928, p. 35.

que tóda e qualquer pretensão do Estado, face ao indivíduo, deve assentar em um fundamento jurídico, concluiu que a limitação do poder do Estado pelo direito e o reconhecimento, pela ordem jurídica, da personalidade do indivíduo, criam, a éste, um “status libertatis”, não só de fato, como decorrência de sua natureza humana, mas própria-mente jurídico. Dentro nessa esfera de liberdade, o particular é, pois, juridicamente igual ao Estado (26).

Variante da argumentação, a que JELLINEK deu resposta admirável, é a doutrina nacional-socialista, adversa ao contrato do Direito Público entre o Estado e o particular, exposta pelo professor OTO KOELLREUTER. Na outrora chamada Nova Alemanha, a capacidade jurídica da pessoa, diante do Estado, ficara reduzida a um mero “status subjectionis”. A inserção do indivíduo na comunhão do povo dissolvia-lhe a personalidade na massa. A igualdade e a proporcionalidade, que devem guiar a ação do Estado em face da massa, excluíam, por consequência, a idéia de contrato entre o Estado e o particular, de vez que éste, pela singularização do contrato, viria, assim, a sobrepor, diante do Estado, a sua pessoa à massa (27).

7. Suposta a igualdade, perante o Direito Público, entre o particular e o Estado, não se esgota, porém, o problema. Há equivalência, perante o Direito Público, — pergunta-se, já agora, — entre a vontade do particular e a vontade do Estado, para a formação do ato jurídico?

ORESTE RANELLETTI, doutor insigne do Direito Administrativo, assim se exprimiu a respeito: “se o negócio é de Direito Público, o particular, agindo como tal, não pode concorrer com a sua vontade para a formação do mesmo.

(26) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg I. B., 1892, p. 78 e seguintes; cf. a 2.^a ed., Tübingen, 1905 p. 86 e seguintes.

(27) *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1936, p. 76.

Só um sujeito de Direito Público... pode formar um ato de Direito Público” (28). Salva, no entanto, a autoridade do jurista, o argumento não convence. Não existem vontades de Direito Privado e vontades de Direito Público. Tanto faz que a vontade seja manifestada pelo particular, como pelo Estado. Os seus efeitos dependem da norma jurídica, e não do sujeito. E’ certo que, para a conceituação do ato administrativo, a ordem jurídica reclama qualificação subjetiva: a pessoa administrativa como agente (29). Mas é visto que isso não exclui a possibilidade da participação do particular na formação do ato. Essencial à manutenção do conceito de ato administrativo é, apenas, que ao particular não seja dado praticá-lo por si só.

A alegada falta de equivalência entre a vontade do Estado e a vontade do particular sugere, ainda, outra ordem de argumentação. Tal é a que acena à ausência de discussão livre, entre o Estado e o particular, acêrca das cláusulas e condições dos contratos de Direito Público. Em regra, realmente, o Estado fixa, com antecedência, em leis, regulamentos, ou “cahiers de charges”, as estipulações do contrato. Ao particular incumbe aceitar ou rejeitar o contrato assim estruturado, mas aceitá-lo ou rejeitá-lo por inteiro. Não havendo livre discussão, poderá haver contrato (30)?

A essa objeção, responde o professor MÁRIO MASAGÃO: “E’ frequentíssimo, no domínio contratual mesmo de Direito Privado, estatuir uma das partes as normas, e a outra

(28) *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 1937, p. 149.

(29) *Nossos Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Pôrto Alegre 1939, § 9, p. 73; *nosso Direito Administrativo e Direito Privado*, Pôrto Alegre, 1950, p. 15.

(30) MORIN, *La Révolte du Droit contre le Code*, Paris, 1945, p. 23.

as aceitar, apenas. Nem por isso deixa de haver contrato. O passageiro não discute, na estação ferroviária, ao adquirir um bilhete, nem o preço, nem o horário, aos quais se submete. Estará excluído, na hipótese, o contrato de transporte? Os indivíduos que, à porta de um teatro, adquirem ingressos, não discutem o preço, a hora, a qualidade do espetáculo, previamente fixados pela empresa. Deixou, por isso, de haver contrato” (31)?

8. Após esta análise das principais controvérsias acêrca da possibilidade do contrato de Direito Público, entre uma pessoa administrativa e um particular, a conclusão a tirar está evidente: os contratos de Direito Público e (o que mais especialmente nos interessa) de Direito Administrativo, não só existem como figura jurídica, transcendente ao direito positivo, senão também podem celebrar-se, assim entre duas ou mais pessoas administrativas, como entre a pessoa administrativa e o particular.

Defronta-nos, agora, a dificuldade da determinação dos caracteres do contrato de Direito Administrativo. Por que caracteres se reconhece um contrato administrativo?

E', para logo, compreensível que o simples fato de ser um dos contraentes pessoa administrativa não é suficiente para caracterizar o contrato como contrato de Direito Administrativo. As pessoas administrativas celebram, por igual, contratos de Direito Privado e, até, de Direito Processual; algumas delas estendem a sua atividade contratual ao próprio Direito das Gentes.

Sôbre a matéria, as duas doutrinas mais difundidas nos vêm da França. A primeira procura caracterizar o contrato de Direito Administrativo pelo fim mediato a que tende, — um fim de serviço público. E' a teoria de

(31) *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, São Paulo, 1933, p. 81.

DUGUIT (32). A segunda, sem desatender ao elemento finalístico, ajunta-lhe, como complemento, o requisito da eleição do Direito Administrativo para reger o contrato, — eleição feita pela administração e aceita pelo particular. E' a teoria de JÈZE (33), que assim atribui ao Direito Administrativo, nêsse respeito, a feição de direito convencional, fundado sôbre o principio da autonomia da vontade.

Nenhuma das duas doutrinas é satisfatória. A de DUGUIT identifica a execução do serviço público com um dos atos, em que ela se decompõe, afim de caracterizar êsse ato ou, seja, o contrato celebrado pela administração, — não pelo seu fim imediato, — mas pelo fim a que se dirige a atividade, em que êle se insere. Êsse critério sômente seria verdadeiro, se tôda a atividade de execução dos serviços públicos fosse regida pelo Direito Administrativo. Nessa hipótese, realmente, desde que inserível naquela atividade, porque tendente a seu fim específico, o contrato, celebrado pela administração, tornar-se-ia, só por isso, um contrato de Direito Administrativo. Mas bem sabemos que não é assim: atos de Direito Privado podem ser praticados pelas pessoas administrativas na execução do serviço público.

Não escapou à penetração crítica de GASTON JÈZE o alcance da objeção. Demonstra-o a conjugação, que se verifica em sua doutrina, entre aquele elemento teleológico e o requisito que lhe apõe da eleição do Direito Administrativo para reger o contrato, feita pelos contratantes. Levada, porém, às suas últimas consequências, tal doutrina importaria a negação da existência de contratos de Direito Administrativo. Se a aplicação do Direito Administrativo a um contrato dependesse da eleição das partes, não seria,

(32) Ob. cit., t. II, Paris, 1928, § 27.^a p. 380.

(33) *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, t. III, Paris, 1926, p. 307.

evidentemente, o Direito Administrativo que imprimiria feição característica a êsse contrato. Segundo essa concepção, poderiam existir contratos regidos pelo Direito Administrativo; não poderiam existir, entretanto, contratos de Direito Administrativo.

9. Paira numa esfera mais alta a solução da dificuldade, entrelaçando-se com as próprias noções primeiras do Direito Administrativo.

O Direito Administrativo não é um direito fechado (34). Vemos, não raro, reguladas por outros ramos do direito, relações jurídicas, para as quais no Direito Administrativo se encontrariam moldes legais adequados. Assim, o Direito Administrativo regula a desapropriação. Mas se, para a consecução do bem que se lhe mostra necessário, o Estado recorre, porque é possível, a um contrato de compra e venda, as relações jurídicas que, dêsse modo, se estabelecem, são reguladas pelo Direito Privado. Na hipótese de desapropriação, entretanto, como a situação se desenha? O Estado é forçado, é compelido, não obstante quaisquer resistências dos particulares, a obter os bens, necessários como meios à execução da tarefa estatal: a utilidade pública o exige. Ao Direito Administrativo cabe, então, regular, “sub specie publicae utilitatis”, as relações jurídicas daí resultantes. Diversamente, se pode o Estado adquirir ao particular o bem, de que precisa, usando, para tal fim, a figura jurídica da compra e venda, às relações jurídicas consequentes não se poderia aplicar uma regulamentação, inspirada em considerações de utilidade pública, sem correspondência com a situação real. Aplicar-se-lhes-á, portanto, o Direito Privado.

(34) FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, § 2; O. MAYER, *Theorie des Französischen Verwaltungsrecht*. Strassburg, 1886, § 3, n.º 2, p. 18.

A aplicabilidade do Direito Administrativo supõe, relativamente ao Estado, um “deve”, e não um “pode”. É o natural consecutório da própria noção de administração pública, entre cujos característicos se conta o de encontrar-se vinculada, legalmente, obrigatoriamente, à realização do fim superior que lhe é proposto: a utilidade pública (35).

10. Esse “deve”, a que aludimos, como caracterizá-lo, porém, nos contratos de Direito Administrativo?

A resposta é simples. Aparecerá êle, segundo entendemos, quando, ao menos, um dos sujeitos e, ao menos, uma das prestações obrigacionais do contrato se encontrarem, legalmente, obrigatoriamente vinculados à finalidade característica da administração pública; isto é, quando, além se encontrar o sujeito, pela sua condição, vinculado mediatamente àquela finalidade, o objeto da ação se encontrar, de modo imediato, vinculado à mesma finalidade, fixando-se, destarte, em forma de “dever”, o que, em relação ao sujeito se formulava em termos de “poder”.

Para chegarmos, pois, a afirmar a existência de um contrato de Direito Administrativo, fôrça é que deparemos, no negócio jurídico contratual sob exame, as qualificações seguintes: a) no que concerne aos sujeitos, um, ao menos, há-de ser uma pessoa administrativa, como tal existencialmente vinculada ao fim característico da administração pública e, conseqüentemente, submetida ao Direito Administrativo; b) no que respeita ao objeto, — não o objeto da obrigação, mas o objeto de uma, ao menos, das prestações obrigacionais, — êste terá que ser: I) ou alguma coisa do domínio público, ou do patrimônio administrativo, como tal vinculada ao fim característico da administração pú-

(35) Nossa *Introdução ao estudo do Direito Administrativo Brasileiro*, Pôrto Alegre, 1942, § 2, p. 18 e seguintes; § 3, p. 34 e seguintes.

blica e, por igual submetida ao Direito Público; II) ou um fato que, diretamente, represente o exercício da própria administração pública ou atividade administrativa, como tal regido necessariamente pelo Direito Administrativo.

11. Foi, quanto nos consta, JEAN ROUVIÈRE quem, nesta matéria, pela primeira vez, assinalou, e incidentalmente, o paralelismo entre a classificação dos contratos de Direito Administrativo e a classificação dos atos de comércio (36). A analogia entre as duas classificações é, na verdade, a via a eleger para a solução do problema.

Tal como se procede no Direito Mercantil, impõe-se na nossa disciplina, para a caracterização do contrato de Direito Administrativo, o exame analítico dos elementos formadores da estrutura e do conteúdo do negócio jurídico, de sorte a apurar-se a pertinência, ou não, ao Direito Administrativo dos que lhe são substanciais em relação ao fim, a que se ordena, a saber: a pessoa, sujeito da obrigação, e a cousa, ou o fato, objeto da prestação.

Quando o sujeito da obrigação e a cousa, ou o fato, objeto da prestação obrigacional (37), se acham submetidos ao Direito Mercantil, apresenta-se-nos o ato de comércio por natureza (38). Semelhantemente, e pela forma que deixamos já exposta, o contrato administrativo por natureza. À sua vez, o direito positivo depara-nos, a par dos contratos administrativos por natureza, contratos administrativos por disposição de lei, “ad instar” dos atos de comércio artificiais. Tal é, em nosso direito positivo, o contrato de subenfitêuse de terrenos de marinha, assim definido pelo artigo 694 do Código Civil. Não é impossível,

(36) *Les Contrats Administratifs*, Paris, 1930, p. 45.

(37) WALDEMAR FERREIRA, *ob. cit.*, t. I, n.º 50, p. 278: “.. os bens de raiz têm sido excluídos da esfera mercantil”.

(38) WALDEMAR FERREIRA, *ob. cit.*, t. I, n.º 52, p. 288.

enfim, a existência de contratos administrativos por dependência ou conexão, — questão aberta para a doutrina, que só a legislação poderá resolver. Transcedente, porém, ao direito positivo é, apenas, o contrato administrativo por natureza; os demais são criações da lei.

12. Dentre os contratos correntemente havidos como de Direito Administrativo, destacam-se, pela frequência com que aparecem na vida do Estado e das demais pessoas administrativas, a concessão de serviço público e o contrato de obra pública. Nessas duas hipóteses, a classificação corrente é também a classificação exata. A concessão de serviço público e o contrato de obra pública são, realmente, contratos administrativos por natureza.

Na concessão de serviço público, um dos sujeitos é, sempre, o Estado, ou outra pessoa administrativa. Chama-se-lhe concedente. Pela concessão de serviço público, o concedente delega à outra parte, o concessionário, a execução de um serviço público. É a outorga da concessão. Aceitando-a, o concessionário assume a obrigação de executar o serviço concedido. Objeto, portanto, da prestação obrigacional, incumbente ao concessionário, é a execução do serviço público concedido, quer dizer, um fato que representa o exercício da própria atividade administrativa. Na expressão de VELASCO: “pode afirmar-se que o objeto do contrato é administrativo, quando a prestação afeta um serviço público” (38). Fora de dúvida, temos, pois, na concessão de serviço público, um contrato administrativo por natureza.

Certo, não é da essência da concessão a estrutura do contrato. Pode haver concessão, e não haver contrato. Em regra, porém, tratando-se da execução de serviços públicos, nos quais se faz necessária a aplicação de capitais,

(38) *Los Contractos Administrativos*, Madrid, 1927, p. 79.

além do esforço do concessionário, a concessão cosfuma vasar-se na forma do contrato (39).

13. No contrato de obra pública, igualmente, um dos sujeitos é, sempre, o Estado, ou outra pessoa administrativa. Mas que dizer do objeto das respectivas prestações obrigacionais? De um lado, a execução de uma obra; de outro, o preço convencionado. Onde, o elemento especificamente administrativo?

Devemos, desde logo, atender à peculiar estrutura do contrato de obra pública, evidente em sua formação histórica. À voz latina “locare” não se atribuía primitivamente significado técnico; indicava ela a ação material de pôr alguma cousa à disposição de alguém (40). Sôbre êste fundamento de fato, assenta a figura da “locatio conductio”, tanto sob a forma da “locatio rerum”, como sob a forma da “locatio operis”.

Uma e outra supõem que o “locator” coloque uma cousa (“rem locare”) à disposição do “conductor”; daquela, êste passa a dispor (“cum ducere”), para usá-la e gozá-la, ou para afeiçoá-la segundo a arte (41).

(39) Nossos *Principios* cit., § 19, p. 177.

(40) FUBINI, *Il Contratto di Locazione di Cose*, Milano, 1910, t. I, n.º 1, nota 1, p. 4.

(41) G. MAY, *Éléments de Droit Romain*, Paris, 1935, n.º 156, p. 358: “C’est, semble-t-il, le louage de choses qui sert de type au louage d’industrie. Or dans le louage de choses, le “locator” s’oblige à remettre au “conductor” une chose que celui prend (“cum ducere”) à l’effet d’en user et d’en jouir. Cette remise de la chose fut considérée comme le trait caractéristique du louage. On en conclut qu’il n’y aurait louage d’industrie que si les services promis consistaient dans un travail à effectuer sur une chose matérielle livrée par le maître de cette chose à celui qui doit accomplir le travail”; COSTA, *Storia del Dritto Romano Privato*, Torino, 1925, p. 398 e 399; ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, t. II, Paris, 1891, n.º 620a, p. 332; etc.

Tal é a estrutura, com que o Direito Romano concebeu o contrato de locação. Daí que na “*locatio operis*”, “locator” se chame ao dono da obra, e ao executor da obra se chame “conductor” (42) ou, por influência do Direito Público, estendendo-se a denominação do contrato de obra pública ao de obra privada, “redemptor” (43).

A denominação “redemptor”, — diga-se de passagem, — sinala a diferenciação entre o contrato de obra pública e o de obra privada. Chama-se ao executor da obra pública “redemptor operis”, pela mesma razão, talvez (44), por que LABEÃO chamava “redemptor pontis” ao contratador do pedágio de uma ponte (45), e PAPIANO, “redemptor vectigalium”, ao contratador de impostos (46). Como o contratador de impostos se substitui ao Estado na arrecadação dos tributos, o “redemptor operis” substitui-se ao Estado na execução da obra, de que se incumbe, tomando cada qual sôbre si uma tarefa estatal: resgatam-na; retoma o indivíduo o que se transferira ao Estado.

Conceituado dêsse modo o contrato de obra pública, objeto da prestação do dono da obra é uma cousa ou, quando menos, a delegação de uma tarefa que lhe compete, mas que abandona, pelo contrato, ao executor da obra (47). Em se tratando de obra pública, pertinente ao domínio

(42) A. PERES, *Praelectiones in Duodecim Libros Codicis Justiniani*, ad lib. IV, tit. LVX, nº 1, Opera Varia, Venetiis, 1738, t. I, p. 229.

(43) MOMMSEN, *Romisches Staatsrecht*, t. II, Leipzig, 1887, nota 2, p. 448.

(44) Contra, MOMMSEN, *loc. cit.*

(45) *Dig.*, lib. XIX, tit. II, locati conducti, fs. 60, § 8.

(46) *Dig.*, lib. L, tit. V, de vacatione et excusatione munerum, fr. 8, § 1.

(47) MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Bruxelles, 1891, t. 218, p. 248: “les Romains... donnent au maître la qualification de “locator”, parce qu’il met l’ouvrage à la disposition de l’autre contractant et lui abandonne l’entreprise...”

público ou ao patrimônio administrativo, assim a disposição da coisa como a da tarefa cabem privativamente à administração pública e se acham vinculadas aos fins desta, já que aos particulares é vedado modificar a destinação ou intervir na gestão do domínio público ou do patrimônio administrativo. Consequentemente, objeto da prestação do executor da obra é, no contrato de obra pública, pertinente ao domínio público ou ao patrimônio administrativo, um fato que representa o exercício por delegação de uma atividade administrativa, especificamente tal.

Assim concebido, inclui-se indubitavelmente o contrato de obra pública entre os contratos administrativos por natureza. Há, entretanto, contratos de obra pública, que são de Direito Administrativo por disposição de lei. A execução de obra pública, relativa ao patrimônio fiscal, de acordo com o que expusemos, não poderia dar origem a um contrato de Direito Administrativo por natureza. Segundo a tradição de nosso direito positivo, sem embargo, todos os contratos de obra pública, são havidos como de Direito Administrativo (48). Logo, os contratos de obra pública concernentes ao patrimônio fiscal, deverão reputar-se contratos administrativos por disposição da lei.

14. Guiados pelo débil fio da analogia, que apontamos, entre o Direito Mercantil e o Direito Administrativo, logramos chegar, destarte, ao termo de nosso estudo. Ponhamos-lhe como conclusão uma palavra de STAMMLER, quase um truismo, tão verdadeira quanto esquecida: Nada

(48) Lei de 29 de agosto de 1828, notadamente o artigo 6.

se pode entender isoladamente. E' sempre necessário comparar (49)!

Tal seja sempre, almejamos, quanto às relações entre o Direito Administrativo e o Direito Mercantil, a inspiração dos sabedores!

(49) Ob. cit., p. 779: "Aus sich selbst kann man nichts verstehen. Es ist immer nötig, die Gegenstände der Betrachtung mit anderem zu vergleichen und alsdann zuzusehen, wie sie einheitlich erfasst und festgehalten werden können."

Waldemar Ferreira e a Evolução Doutrinal do Direito Mercantil

Antônio Martins Filho

Professor Catedrático de Direito Comercial da
Faculdade de Direito do Ceará

Simple análise da evolução doutrinal do direito brasileiro, no decorrer dos três últimos decênios, faz de logo realçar a posição de excepcional relevância que assume a personalidade de WALDEMAR FERREIRA, na especialização a que afanosamente se dedica.

Evidentemente, o emérito professor da Universidade de São Paulo, sôbre constituir verdadeira expressão de cultura e de operosidade, é hoje o comercialista mais autorizado e o de maior projecção nas letras jurídicas nacionais.

A consagradora autoridade, que o consenso geral lhe reconhece, assenta os seus fundamentos basilares em duas circunstâncias essenciais. Ressalta a primeira da extensão admirável de sua obra, amplamente difundida e compulsada. Representa a segunda o equilíbrio e percuciência com que apreende e focaliza os múltiplos e complexos fenômenos atinentes aos novos rumos da atividade mercantil, fenômenos que, dinamizados pelas exigências da economia moderna, reclamam, de um lado, a disciplina jurídica correspondente e, de outro, a interpretação doutrinária adequada e consentânea com a finalidade do direito.

Em verdade, uma ordem econômica acentuadamente dinâmica não poderia ajustar-se a um ordenamento ju-

rídico retardatário ou estático. E' que a intensidade das relações da vida coletiva, manifestada através dos agentes da actividade industrial — na mais genérica accepção dêste termo — passa a exercer forte pressão sôbre o direito legisferado, de modo a que sejam supridas as lacunas e, pois, se harmonize a norma à realidade dos factos.

Desse modo, na sócio-esfera em que se expande a dinâmica jurídica avulta e se destaca a acção do doutrinador, em função da necessidade de plasmar novos institutos ou de adaptar os existentes às contingências ambientais, para o que muitas vezes é levado a romper com a tradição, desprezando razões de ordem científica e recorrendo a construções técnicas especializadas.

Nesse plano superior da elaboração doutrinária do direito, de influências decisivas no equilibrio e harmonia social, o Professor WALDEMAR FERREIRA merece em verdade o qualificativo de Mestre.

Através de um confronto isolado, praticamente realizável, qualquer de suas obras poderá assemelhar-se a outras que, igualmente, enriquecem a nossa literatura jurídica.

Analisadas, porém, no duplo sentido horizontal e vertical, assumem proporções inexcedíveis que justificam, sufficientemente, a posição de liderança em que ora se encontra o insigne comercialista brasileiro.

* * *

Não é o direito uma simples resultante do arbitrio ou manifestação expontânea dos quadros legislativos. Como bem acentuou J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, ele “se desenvolve no terreno social, num ambiente histórico em relação ao grau de civilização, aos usos e costumes, à organização política dos Estados” (1).

(1) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª. ed., vol. I. págs. 49 e 50.

Em consequência disso, a história do Direito Comercial brasileiro, atendendo-se às condições econômicas, políticas e sociais que, directa ou indirectamente, concorreram para a sua formação, poder-se-á dividir em quatro fases distintas.

Abrange a primeira o período anterior a 1850 ou seja o da “herança colonial” em que, do ponto de vista doutrinário, ocupa o primeiro plano o nome sempre lembrado de JOSÉ DA SILVA LISBOA, Visconde de Cairu. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, além de reflectir sólida cultura jurídica especializada e vastos conhecimentos da ciência econômica, é obra que assinala uma época e, sob determinados aspectos, ainda se conserva admiravelmente actualizada. *Regras da Praça*, coligidas logo após a abertura dos portos ao comércio das nações amigas, e somente publicadas em 1832, são apontadas como o primeiro trabalho jurídico de cunho genuinamente nacional.

A segunda fase histórica inaugura-se com a promulgação do Código Comercial do Império do Brasil e se estende até 1890. Já aí alguns trabalhos de doutrina merecem especial menção, notadamente o *Código Comercial anotado*, do CONSELHEIRO ORLANDO; os *Aditamentos ao Código Comercial*, do insigne TEIXEIRA DE FREITAS. *Seguros Marítimos e Contas Correntes*, de JOSÉ DA SILVA COSTA; *Marcas de Fábrica e Sociedades Anónimas*, de DÍDIMO DA VEIGA JÚNIOR; *Títulos ao portador*, de INGLÊS DE SOUZA e bem assim os opúsculos *Direito Cambial*, de SOUSA PINTO; *A letra de câmbio e Contratos e obrigações*, de LIBERATO BARROSO, etc.

Nesse período histórico, especialmente nos seus dias finais, prepondera decisivamente a influência da doutrina francesa, que assume maiores proporções em PARDESSUS, MASSÉ, DELAMARRE ET LEPOITIVIN, BESLAY, BOISTEL e, por fim LYON CAEN ET RÉNAULT.

Irrompe a terceira fase de evolução do Direito Mercantil brasileiro no ano imediato à proclamação da Repú-

blica e vai até ao advento da Revolução de 1930, época em que se observa, nos quadros nacionais, o início de uma nova ordem política, económica e social.

Na verdade, trabalho magistral de CARLOS DE CARVALHO de logo transformado no Decreto n.º 917, de 1890, além de revogar a Parte III do *Código de Comércio*, imprimiu orientação nova e de cunho científico ao instituto da falência, abrindo-se, em consequência, amplos horizontes e maiores perspectivas aos nossos doutrinadores.

Inaugurado tão auspiciosamente, pode-se afirmar, sem receio de contestação que esse terceiro período é precisamente o de maior importância e o mais decisivo no que tange à autonomia doutrinal do nosso Direito Mercantil.

Nele, com efeito, surgem ou se agigantam os nomes dos mais conspícuos comercialistas pátrios, notadamente SILVA COSTA, JOSÉ ANTÓNIO SARAIVA, RODRIGO OCTÁVIO, PAULO DE LACERDA, INGLÊS DE SOUZA, JOÃO ARRUDA, MAGARINOS TORRES, BENTO DE FARIA, ALFREDO RUSSEL, SPENCER VAMPRE e, mais tarde, WALDEMAR FERREIRA, ALMÁQUIO DINIZ, JOSÉ MARIA WHITAKER e outros.

Merece especial destaque, mercê de infatigável operosidade e de imensa erudição, a personalidade marcante de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, com o seu monumental *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Em verdade, jamais seria demasiado lembrar que esse emérito comercialista exerceu entre nós influência idêntica à de CESARE VIVANTE, na Itália.

A quarta e última fase evolutiva do Direito Mercantil brasileiro, abrangendo os dois tumultuários decénios que conduzem aos nossos dias, vai gradativamente se avantejando em relação às anteriores.

E' precisamente nesse período histórico que se destaca e toma vulto a obra do Professor WALDEMAR MARTINS FERREIRA.

Constituindo-se ponto central de irradiação de ensinamentos doutrinários, visto que envolve os mais variados aspectos da moderna concepção do direito mercantil, impossível seria analisá-la particularizadamente, num trabalho de síntese desta espécie.

Tentaremos, por isso, em traços rápidos e perfunctórios, salientar apenas algumas de suas facetas de maior relevância, à guisa de justa homenagem ao Mestre insigne.

Ao legislador do Código de 1850, no que tange ao instituto das sociedades comerciais, não seria possível disciplinar a espécie hoje conhecida sob a denominação de *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*.

E' que o princípio da limitação dos riscos, cujo processo evolutivo obedece a imperativos económicos inelutáveis, ainda se encontrava na fase ou estágio da sociedade anónima, então subordinada a normas bem rígidas e, pois, compatíveis com o espírito daqueles tempos.

Desse modo, não seria de esperar que nos antecipássemos a países de cultura jurídica multi-secular e de vida económica intensíssima, fazendo incluir, no sistema do Código, os lineamentos estruturais de um novo instituto que, aliás, só iriam aparecer doze anos depois, com o advento da lei inglesa de 7 de agosto de 1862.

No entanto, três anos após o seu aparecimento na Inglaterra surgiu entre nós a primeira tentativa favorável à implantação das sociedades de responsabilidade limitada, por iniciativa do então Ministro da Justiça, NABUCO DE ARAUJO.

Submetido o projeto de lei à consideração do Conselho de Estado, este o considerou prejudicial aos interesses nacionais e propôs a sua rejeição, com a qual se conformou o Imperador, pela resolução de 24 de abril de 1867.

“A admissão dessas sociedades — escreveu J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — romperia a tradição, perturbaria o nosso sistema e não traria outras vantagens mais positivas

além das que oferecem as sociedades anónimas e as comanditárias” (2).

Observe-se, de passagem, que o emérito comercialista, talvez por um apego exagerado à tradição, sempre se manifestou contrário ou reservado em relação à novidade legislativa, mesmo em época sobremodo propícia à sua inclusão no nosso direito positivo.

Mas, de qualquer forma, forçoso é reconhecer que a rigidez de certos princípios jamais terá força suficiente para tolher a marcha evolutiva dos institutos jurídicos reclamados pela ordem económica, os quais, uma vez vitoriosos, assemelham-se a actos de justificada rebeldia contra o tradicionalismo pré-existente.

Foi precisamente o que se verificou entre nós quanto ao instituto das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Transformada a nossa fisionomia sócio-político-económica pela decorrência de mais de meio século em relação à data em que se dera aquela tentativa consubstanciada no projecto de NABUCO DE ARAUJO, eis que se apresenta o momento psicológico favorável à adopção do novo tipo societário, já amplamente divulgado em outros países.

Em vista disso, quando o Deputado JOAQUIM LUÍS OSÓRIO apresentou à Câmara Federal, em sessão de 20 de Agosto de 1918, projeto de lei instituindo as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, passou o assunto a ser encarado sob um clima de indisfarçável simpatia e todas as possibilidades de rápida aprovação.

Submetido ao regime de urgência, de logo se transformou o projeto do parlamentar gaúcho no Decreto n.º 3.708, de 10 de Janeiro de 1919.

É de salientar que ao próprio JOAQUIM LUÍS OSÓRIO causou surpresa a circunstância de haver o seu trabalho

(2) Obr. cit., vol. III, pág. 58, *in* nota 1.

transitado pelas duas Câmaras Federais sem maior exame e discussão, aliás indispensáveis a uma inovação legislativa de tal ordem, para que lhe fossem supridas as falhas e lacunas, que são muitas.

Por feliz coincidência, naquele mesmo ano de 1919 estreou, como publicista, o Doutor WALDEMAR MARTINS FERREIRA. E o fez já manifestando as duas qualidades que, mais tarde, iriam caracterizar-lhe a personalidade de jurista — a extensão e a profundidade.

Manual do Comerciante — Os credores privilegiados e o direito de pedir a falência — A hipoteca naval no Brasil — O menor comerciante — Estudos de Direito Comercial — Sociedades por quotas — constituem o expressivo cartão de visita com que o novel comercialista ingressara na literatura jurídica do país, no decorrer de um ano apenas.

Desses seis trabalhos, em consonância com a ordem de idéias que vimos desenvolvendo, merece especial destaque o último enumerado, por dois motivos preponderantes.

Primeiramente, necessitava a nação conhecer as peculiaridades do novo instituto — sociedades por quotas — afim de que a lei, apesar das deficiências resultantes de sua apressada elaboração, pudesse realmente atingir a sua alta finalidade, quanto à sua aplicação imediata.

Depois, porque o Doutor WALDEMAR FERREIRA imprimiu ao seu trabalho orientação segura, baseada no profundo conhecimento de leis idênticas vigorantes entre outros povos e na melhor doutrina sobre o assunto, de molde a torná-lo grandemente útil aos homens práticos do comércio, aos profissionais da advocacia e bem assim aos aplicadores do Direito.

Defeituoso embora, o Decreto n.º 3.708, de 10 de Novembro de 1919, vem ensejando maiores possibilidades à expansão do comércio honesto, sempre que os seus agentes procurem beneficiar-se com a limitação dos riscos inerentes à mercancia.

Por outro lado, o advento do novo instituto é bem uma demonstração de que as realidades da vida social jamais se deixarão jugular pela couraça de certas teorias falsamente revestidas de uma suposta imutabilidade. Com efeito, os princípios não se podem superpor aos factos. Estes, pelo contrário, determinam o aparecimento das leis novas, cabendo aos doutrinadores interpretá-las cientificamente, para a sua perfeita aplicação.

A obra *Sociedades por quotas*, do Prof. WALDEMAR FERREIRA, teve o grande mérito de assegurar a eficácia do novo instituto, no âmbito do nosso direito positivo.

Constitui o seu maior elogio o facto, aliás raro entre nós, de haver circulado em quatro edições no ano de 1919, em quinta e última, no de 1925, com os acréscimos e revisões considerados indispensáveis ou oportunos, pelo seu autor.

* * *

De como foram recebidos pela crítica especializada os trabalhos de estreia do Professor WALDEMAR FERREIRA nos dá ciência o comercialista de maior relevo na época, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, quando, reportando-se aos *Estudos de Direito Commercial*, assim se manifesta:

“Não se trata de um livro escrito com outros livros, mas de uma obra original, recomendável pelo profundo conhecimento, revelado pelo autor, das nossas leis comerciais e dos princípios científicos que as informam, pelos conceitos assentados com segurança e simplicidade e ainda pela exposição amena, sempre em boa linguagem, das mais intrincadas e difíceis questões teóricas e práticas”.

Essas judiciosas referências, firmadas por mestre de tão alto saber, explicam perfeitamente as razões por que alguns livros de estreia do incipiente publicista passaram a circular em sucessivas re-edições.

Com efeito, além do êxito editorial de *Sociedades por quotas*, a que já fizemos menção, o *Manual do Comerciante* — colecção de pareceres originariamente divulgados em revistas especializadas e, em 1919, enfeixados em volume — logrou tiragem duplicada em 1923 e mais uma outra, maior em quantidade de exemplares e acrescida em conteúdo, no ano de 1929.

Antes disso, porém, já se havia tornado acentuada e fecunda a actividade científica de WALDEMAR FERREIRA, como estudioso dos problemas concernentes ao Direito Mercantil, no âmbito ilimitado de sua elaboração ou interpretação doutrinária.

Com a dissertação — *O menor comerciante* — submeteu-se, em 1920, ao concurso para professor substituto da secção de Direito Comercial da renomada Faculdade de Direito de S. Paulo, assumindo, em 1925, a regencia interina da primeira cadeira dessa disciplina, de que, aliás, já possuía o título de livre docente.

De suas actividades iniciais no magistério, para o qual de logo manifestou irresistível inclinação, poderemos formular ideia bem nítida através da leitura de sua obra *Curso de Direito Comercial*.

Correcção e simplicidade de linguagem, segura exposição metodológica, clareza de raciocínios e completo domínio da matéria — predicados essenciais ao mister de professor — são virtudes que ressaltam em toda a extensão desse compêndio, que abrange dois alentados volumes, ambos publicados em 1927.

Nesse mesmo ano, deu ainda à publicidade, duas obras de real merecimento — *Da responsabilidade civil da massa falida por culpa dos seus representantes e Sociedades comerciais irregulares*.

Nessa última monografia, hoje considerada obra rara, focaliza questões as mais importantes e debatidas, no terreno movediço das controvérsias doutrinárias.

De início são levantadas as seguintes interrogações:

- a) As sociedades irregulares são pessoas jurídicas e os sócios de responsabilidade ilimitada são pessoas distintas da pessoa jurídica: sociedade?
- b) Como se justifica que a falência da sociedade importe, *ipso facto*, a falência daqueles sócios?
- c) Da responsabilidade dos sócios solidários pelas dívidas sociais: é uma responsabilidade solidária ou subsidiária?

As várias teses, consubstanciadas nesta síntese, são coordenadas em dez capítulos, todos expostos em linguagem clara, precisa e concisa, sob o influxo de processo metodológico admirável.

Importa salientar que o autor não se limita a sua exposição pura e simples, nem tão pouco se contenta com o reproduzir conceitos já expendidos, através de teorias uniformes ou divergentes.

Ao contrário disso — que lhe seria bem comodo — prefere o trabalho exaustivo de verdadeiro cientista, isto é, expõe, investiga, analisa, documenta e, por fim, chega a conclusões próprias e consentâneas com a lógica do direito.

Sociedades comerciais irregulares, portanto, é obra que merece ser lida e meditada por todos os estudiosos do Direito Mercantil, pois, além de versar problemas os mais completos e de esgotar a matéria, revela um excepcional equilíbrio doutrinar, qualidade que muito credencia ao seu ilustre autor.

* * *

Professor, advogado e jurisconsulto, com a vantagem de reunir os atributos de crescente notabilidade em qualquer desses sectores, WALDEMAR FERREIRA teria inevitavelmente

de fazer realçar as suas qualidades personalíssimas, entre as quais o hábito do trabalho metódico, ininterrupto e construtivo, em constantes lucubrações a serviço do Direito Mercantil.

É hoje, em função disso, o mestre por excelência, a cujos ensinamentos todos recorrem, com o mesmo afã com que os sedentos se aproximam das aguas límpidas da fonte.

A simples enumeração de suas obras de doutrina, tanto mais numerosas quanto mais profundas, é bem uma demonstração altiloquente e expressiva da mais fecunda operosidade.

Efectivado na cátedra de professor por Decreto de 24 de Outubro de 1927, dai por diante novos triunfos lhe estão reservados, em diferentes campos de actividade a que se devota.

Questões de Direito Comercial — 1.^a série, 1929 — sôbre ser livro de clínica jurídica, em seu próprio dizer, é também apreciável condensação de ensinamentos os mais diversos applicáveis à solução de casos concretos.

A nova lei de falência e a sua elaboração, S. Paulo — 1930; *O comércio marítimo e o navio*, S. Paulo — 1931; *O conhecimento do transporte ferroviário*, S. Paulo — 1932 — são outros valiosos títulos que se incorporam ao património bibliográfico do notável publicista.

Democrata por temperamento e convicção, não se tem excusado ao dever cívico de exercer, em toda a sua amplitude, os inalienáveis e legítimos direitos de cidadão.

E sempre o fez com a valentia moral peculiar aos grandes espíritos, tornando nítidas e insofismáveis as suas atitudes e decisões.

De sua incisiva co-participação nos destinos da alta política nacional e da maneira desassombrada por que sempre se devotou à cultura cívica do País, dí-lo eloquentemente o já ter sido exilado no Exterior, em virtude de haver parti-

cupado activamente do Governo Revolucionário de S. Paulo, no ano histórico de 1932.

Observe-se, no entanto, que o político jamais destruiu o jurista inato que nele reside.

Efetivamente, no seu repouso *forçado* em Portugal, ali realizou, no Salão dos Actos Grandes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, uma série de conferências para mestres e discípulos, as quais, em 1933, a Tip. da Empresa do Anuário Comercial da bela metrópole lusitana enfeixou em volume, sob a epígrafe de — *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*.

“Foram, as cinco conferências, modelo de precisão” — declara o professor Dr. ABEL DE ANDRADE, insigne Director daquela tradicional Escola Jurídica.

“WALDEMAR FERREIRA — acrescenta — disciplinou com largo e feliz espírito de generalização todos os problemas do direito mercantil.

“Inteligência clara, argumentação perspicaz, transparência de forma, exposição didáctica, modo de dizer atraente, técnica jurídica perfeita, discreta ilustração das teses, integração rigorosa dos institutos de direito mercantil nas respectivas e sucessivas condições económicas e políticas do Brasil, não sei, ao certo, o que mais elegantemente avulte nas conferências do Dr. WALDEMAR FERREIRA.

“E a graça artística, as descrições sugestivas, o relêvo pictoral de tantas aquarelas dispersas gentilmente pela grave exposição doutrinária do professor de direito!”

Além da transcrição desses períodos lapidares, exarados à guisa de prólogo a uma bem articulada síntese do conteúdo das conferências de WALDEMAR FERREIRA, não resistimos ao desejo de reproduzir palavras que, sobre *As diretrizes do direito mercantil brasileiro*, escreveu o Conselheiro Dr. MARTINS DE CARVALHO — Príncipe dos Advogados de Portugal:

“Distingue-se o abalisado conferente pela magnífica disciplina a que, como professor, que é na massa do sangue, — consegue submeter os mais vastos assuntos, pela desenganada facilidade em arredar minudências parasitárias, fazer sobressair o substancial, e arraigá-lo duma vez na memória dos que o ouvimos.

E é para notar que este soberbo poder de síntese do professor eminente anda ao compasso de admiráveis dons de “eloquente, seguro e fecundo advogado”, conforme as expressões dum dos mais famosos escritores de Quinhentos.

Se as conferências do professor Dr. WALDEMAR FERREIRA foram monumentais lições de direito brasileiro, foram também admirável lição, a portugueses, de patriotismo português”.

Esses consagradores julgamentos, proferidos por nomes de tão alta cultura e saber, já seriam o suficiente para amenizar os dissabores do exílio a que fora condenado o grande comercialista pátrio, mercê da prepotência de um Governo Ditatorial.

Quis, porém, o destino conceder-lhe mais ainda. E o fez de modo a enaltecer os seus méritos e a encher de justo orgulho a cultura jurídica do Brasil.

Efetivamente, houve por bem a douta Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ao concluir WALDEMAR FERREIRA o curso de conferências ali realizado, conferir-lhe o grau de doutor *honoris causa*.

São do professor Dr. JOSÉ CAEIRO DA MATA, Magnífico Reitor da Universidade de Lisboa, as palavras que se seguem:

“Nos actos mais solenes das antigas Universidades os professores não se limitavam a aparecer com o traje comum académico. Desde muito cedo, a imposição das insignias correspondentes ao supremo grau universitário — capelo, barrete com borla e anel — mais simples na Sor-

bonne do século XIII, mais luxuoso nas Universidades da Península, sobretudo a partir do século XVII, constituia uma das mais festivas e mais solenes manifestações da vida académica.

Nesta festa de hoje, a Universidade de Lisboa confere a V. Exa.: o barrete, reminiscencia do antigo capelo de ramos e bácoro e de louro entrelaçados, à qual CAMÕES alude no Canto III dos *Lusíadas*, na estrofe 87, e que é o símbolo da coroa triunfal dos notáveis trabalhos científicos de V. Exa.; o capelo representa bem o esplendor da sua alta e notabilíssima cultura; o anel é o símbolo da nossa, dora-avante estreita confraternidade científica. Ao lado dos nomes dos eminentes Professores DUGUIT, JOSSE-RAND e LAMBERT, o nome de V. Exa. fica indelévelmente inscrito nos anais da velha Universidade de Lisboa.”

* * *

Regressando do exílio, onde lhe fora tributada a mais expressiva homenagem a que um cientista pode aspirar — o reconhecimento do mérito pelos homens de mérito — WALDEMAR FERREIRA de logo reatou o fio de suas múltiplas actividades interrompidas, na cátedra de professor universitário, na banca de advogado militante e nas competições político-partidárias.

Trouxe também, da Europa, a par de consoladoras recordações, o firme propósito de elaborar uma obra sistematizada e ampla, isto é, um grande tratado sobre a matéria jurídica de sua predilecção.

Essa nova preocupação deve ter sido directamente influenciada pelo estímulo resultante das honrarias de que foi alvo e ainda, ou principalmente, pela advertência discretamente enxertada na parte final da bela página de crítica do eminente professor Dr. BARBOSA MAGALHÃES, que a seguir reproduzimos:

“WALDEMAR FERREIRA, quer como professor, quer como advogado, é um verdadeiro e autêntico comercialista que alia à cultura própria jurídica a cultura do economista, ao poder de síntese o espírito de observação e análise.

É este o depoimento dos seus numerosos livros, onde com igual competência e brilho são tratadas as questões puramente jurídicas e as questões de ordem técnico-comercial, e que vai ser confirmado pelas conferências, cujas súmulas revelam o espírito superior do jurisconsulto. Baseado no estudo da vida e através das instituições jurídicas, WALDEMAR FERREIRA eleva-se aos momentosos problemas da política jurídica e social.

Orientado por VIVANTE e ROCCO, o Dr. WALDEMAR FERREIRA conhece a fundo os institutos económicos, que o direito comercial rege; e como comercialista erudito não ignora a vida comercial em todas as suas manifestações.

WALDEMAR FERREIRA, sem prejuízo da cultura jurídica geral, que possui em alto grau, conseguiu especializar-se como poucos; tem sido sempre professor de direito comercial, tem advogado sempre no foro comercial; tem escrito exclusivamente sobre direito comercial, sobre questões jurídico-comerciais, que versa com profundidade de conhecimentos e com critério superior.

Em contacto permanente com a realidade da vida e com as obras dos mais notáveis comercialistas de todo o mundo, o seu espírito está admiravelmente preparado para dar o maior rendimento.

Se ainda não produziu um grande tratado de direito comercial, nos seus numerosos e excelentes livros tem acumulado os materiais necessários para essa obra, que — permita-se-nos dizê-lo — tem obrigação de fazer, para definitiva consagração do seu nome e para grande proveito de todos nós.”

O desejo impreterível de corresponder a tão delicado apelo, a plenitude de energias criadoras aliada à posse de

copioso e seleccionado **cabedal bibliográfico** indispensável à feitura de um trabalho daquele vulto, ensejaram, ao comercialista pátrio, a publicação do primeiro volume do *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, em outubro de 1934.

Neste primeiro tomo, a que outros deveriam seguir-se, ainda conseguiu enfeixar as matérias concernentes ao conceito de comércio e suas divisões; definição e característicos do direito comercial e seu desenvolvimento histórico; fontes do direito comercial brasileiro e, por último, o conteúdo do direito comercial.

Mas, a título de justificativa à interrupção do esforço iniciado, relembra o autor, anos depois, que o homem põe e Deus dispõe.

Se isso é exato, certo é também que, mais uma vez, as actividades do político perturbaram as pesquisas do jurista, interceptando-lhe o trabalho tão auspiciosamente começado.

É que, em 1935, WALDEMAR FERREIRA tomou assento na Câmara Federal, como representante do Estado de S. Paulo.

Na presidência da Comissão de Constituição e Justiça, para que fora escolhido, não se contentou apenas com o estabelecer e dirigir a ordem dos trabalhos a ela affectos. Deles participou assiduamente, a igual dos mais eficientes dos seus pares, até mesmo versando assuntos inteiramente estranhos à sua especialização.

O casamento religioso de efeitos civis, substancioso volume que publicou em 1935, é bem uma demonstração da proverbial operosidade e vasta erudição do mestre insigne.

Foi porém interrompida a sua carreira de político militante, com o advento do golpe ditatorial, de 10 de novembro de 1937, de que resultou o fechamento da Câmara Federal.

Não obstante, ainda em consequencia de sua actividade parlamentar, enriquecera-se a nossa bibliografia juridica

com o aparecimento dos seguintes trabalhos, todos dignos de um grande mestre:

a) *O loteamento e a venda de terrenos em prestações*, 1.º e 2.º volumes — S. Paulo, 1938, nos quais é explanada e discutida a matéria consubstanciada em projecto de sua autoria, convertido no Decreto-lei n.º 58, de 15 de setembro de 1937 e regulamentado pelo Dec. n.º 3079, de 15 de setembro de 1938;

b) *Código das sociedades comerciais*, S. Paulo — 1938, de cujo projecto foi relator e ainda:

c) *Princípios de legislação social e de direito judiciário do trabalho*, constituídos de dois volumes, no primeiro dos quais (S. Paulo, 1938) defende ideias e princípios que, na qualidade de relator do projecto governamental, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, houve por bem adoptar, em vários pontos divergindo do autor do projecto e logrando vencê-lo, após acaloradas discussões de ordem doutrinária. No 2.º volume, já editado na vigência das leis que instituíram a Justiça do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho (Liv. Editora Freitas, S. Paulo — 1939), procede o autor à exegese de cada um dos artigos do texto legal, à luz de concepções doutrinárias as mais autorizadas e acrescidas de conclusões próprias e originais, mercê de um processo de percuciente investigação científica.

Ainda naquele ano de 1939, quando, por mais um acto de força dos donatários momentâneos do Poder, foi afastado compulsoriamente do exercício de sua cátedra de professor, a que depois voltaria “também à sua revelia, como dela saíra e a despeito de suas inalteráveis convicções democráticas” — naquele mesmo ano, dizíamos, publicou WALDEMAR FERREIRA o segundo tomo do *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*.

Já em vias de conclusão o terceiro, destinado ao estudo das sociedades comerciais, eis que surge o Decreto-Lei n.º

2.627, de 26 de Setembro de 1940, estabelecendo nova disciplina às sociedades por acções.

Em virtude disso, teve o mestre de refundir e actualizar o seu trabalho, daí advindo o *Compêndio de Sociedades Mercantis*.

À primeira edição, que circulou em 1940 e cujos originais foram entregues ao editor apenas 22 dias decorridos da promulgação da lei, seguiu-se uma outra em três volumes, no ano de 1942 e, por último uma terceira, cuidadosamente revista e aumentada, em 1949.

A propósito deste compêndio assim se expressou o conceituado jurista cubano, professor ERNESTO DIHIGO, da Universidade de Havana:

“No es un tratado de sociedades mercantiles, tal como estamos acostumbrados a concebir esa clase de obra, sino un libro que, en forma orgánica y metódica, estudia muchos de los problemas que puede ofrecer ese sector del derecho mercantil. Casi un centenar de cuestiones, muchas de ellas abarcando aspectos diversos, comprende el libro, cuestiones que, para mayor claridad, han sido agrupadas formando los diferentes capítulos que integrarían un tratado sobre sociedades. De especial interés son las páginas dedicadas a las compañías anónimas, no sólo por los temas en ellas tratado, sino también porque son un comentario al decreto-ley brasileño número 2.627, de 26 de septiembre de 1940, que regula esa clase de sociedades.

La obra está escrita en un estilo claro y atractivo. Tiene la doble ventaja de ser asequible, por la forma sencilla de su exposición, al mero comerciante que quiera ilustrarse sobre los problemas que le afecten, y de conservar, al propio tiempo, gran interés para el jurisconsulto, que acudirá siempre a sus páginas con fruto, pues en ellas encontrará las opiniones autorizadas del autor. Este revela, en todos los momentos, sólida preparación y un gran

sentido jurídico, que o llevan a enfocar y resolver con justeza los problemas que se plantea” (3).

Acrescidas, assim, as letras jurídicas nacionais, com trabalho de tamanha magnitude, contudo é de notar que, até ao aparecimento de sua segunda edição de 1942, ainda nos ressentíamos da ausência daquele grande tratado que WALDEMAR FERREIRA *estava na obrigação de elaborar*, na oportuna e sutil advertência do jurista lusitano.

E’ que o *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, iniciado em 1934 e, pela segunda vez, interrompido em 1940, não ultrapassara ao segundo volume que, como o primeiro, rapidamente se esgotara.

Actualizar e concluir essa obra seria tarefa difficilima, dada a pletora de novos decretos que então se promulgava. “Tudo aconselha que se deixe para outros dias trabalho de tanta responsabilidade e que reclama grande esforço e maior serenidade” — pondera judiciosamente o mestre. “A parada impõe-se. Não ha atenção capaz de resistir ao afã de por em dia o legislado. Nem os fichários bastam. As alterações se sucedem. Não era, em tais circunstâncias, propício prosseguir em obra, que pressupõe estabilidade jurídica, sistemática e duradoura, que deve ser” (4).

Premido por tais fatores, deu início à elaboração de suas *Instituições de Direito Comercial* que, a despeito do carácter de “curso sumário e sistemático, de cunho didático” que inicialmente pretendeu imprimir-lhes, é hoje o grande tratado que estava a dever a mestres e discípulos afeiçoados ao estudo da ciência do direito.

(3) *Revista del Colegio de abogados de La Habana* (Cuba), apud WALDEMAR FERREIRA, *Compêndio de Sociedade Mercantis*, 3.^a ed., vol. I, págs. 35 e 36.

(4) WALDEMAR FERREIRA — *Instituições de Direito Comercial*, Prefácio da 1.^a ed., pág. 14.

Antes, porém, de apreciarmos alguns aspectos dessa obra impõe-se-nos o dever de mencionar um outro trabalho do ilustre mestre, em consonância com o critério cronológico que vimos adotando.

Referimo-nos ao *Tratado das Debênturas*, cujo primeiro volume foi trazido à publicidade em 1944.

Constituem as debênturas — ou obrigações ao portador — uma classe específica de títulos de crédito expedidos em série, por sociedades anónimas, comanditárias por acções e bem assim pelas que lhes são equiparadas — mediante uma garantia comum.

Utilizando-se desse engenhoso sistema creditório, ditas empresas poderão adquirir os recursos pecuniários de que necessitam, já para possibilitar maior amplitude ao âmbito de seus negócios, já para resolver dificuldades financeiras que possam advir, já para conseguir o encampamento de empresas congêneres e, assim, evitar-lhes a concorrência.

Em casos tais, o aumento de capital por meio de nova emissão de acções tornar-se-ia desvantajoso, pela conseqüente diminuição de dividendos aos respectivos acionistas.

Por outro lado, a aquisição de numerário por meio de empréstimos bancários — via de regra concedidos a curto prazo — ainda não resolveria satisfatoriamente o problema, eis que reformas sucessivas teriam de ser processadas, até que a empresa reajustasse a sua situação económico-financeira e prescindisse do auxílio de capitais estranhos.

Daí as vantagens decorrentes do empréstimo por meio de emissão de títulos ao portador ou debênturas — verdadeiro contrato especial de mútuo, pois que o montante da importância mutuada, acrescida de juros correspondentes, é fragmentado em pequenas parcelas, representadas por títulos negociáveis, cujo resgate se irá operando paulatinamente, mediante um processo gradual de amortização, na forma previamente estabelecida.

Assuntò pouco versado e de escassa bibliografia, se bem que de enorme relevância para o mundo capitalista, é bem de ver a grande utilidade do *Tratado das Debênturas*, do professor WALDEMAR FERREIRA, que, apesar de ainda não concluído, já preenche sensível lacuna em nossa literatura jurídico-comercial.

* * *

Anunciando o aparecimento de quatro volumes das *Instituições de Direito Comercial*, o eminente jurista Dr. EDUARDO J. COUTURE, Professor da Universidade de Montevideo, inseriu em sua crítica os períodos que se seguem:

“A un libro de *Instituciones* no se llega sino después de un largo processo de preparación. Aunque parezca mentira, es más fácil escribir un tratado que unas instituciones. En el primero están todos los materiales; en el segundo deben estar los mejores materiales. La selección, la condensación y la limitación son los grandes méritos de una obra de esta índole a la que no puede llegar un profesor sino después de árduas instancias de preparación y de estudios” (5).

Essas interessantes observações ajustam-se perfeitamente à obra do comercialista patricio.

Em verdade, não se trata de mera reprodução de trabalhos anteriormente publicados, dos quais as *Instituições* muito diferem, tanto na forma quanto na substância.

Planificadas inicialmente em três volumes, correspondentes às três séries em que a disciplina jurídica do comércio é ministrada na Faculdade de Direito de S. Paulo — abrangem hoje cinco tomos refertos de material seleccio-

(5) *Apud* Waldemar Ferreira — *Instituições de Direito Comercial*, 2ª. ed., vol. 4º., pág. 7.

nado, lógicamente urdido e cuidadosamente analisado, à luz de um método expositivo racional e seguro.

Linguagem amena de frases curtas e incisivas; completo expurgo do supérfluo para que realce o essencial — são outras tantas peculiaridades que avultam nas *Instituições de Direito Comercial*, imprimindo-lhes um cunho de específica originalidade.

Em vista disso, não lhes tem regateado encomios a crítica especializada, notadamente a estrangeira.

São de autoria do comercialista francês JEAN ESCARRA, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, essas judiciosas considerações:

“L’ouvrage de M. W. MARTINS FERREIRA contient un tableau complet et à jour du droit brésilien. L’auteur est très averti des travaux de la doctrine étrangère et ses commentaires font également honneur à sa science juridique et à ses connaissances pratiques. On notera dans ces volumes d’intéressants indications sur l’évolution du droit commercial brésilien, une présentation vivante de la figure juridique du commerçant, le commentaire détaillé du décret-loi n. 2.627, du 26 septembre 1940, sur les sociétés anonymes, enfin une étude particulièrement bien venue de la garantie des droits de propriété industrielle”. (6)

Nesse mesmo diapasão se faz ouvir a voz autorizada do Dr. SAGUNTO F. PEREZ FONTANA, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideo:

“El autor expone los caracteres principales de los diversos institutos que estudia, y a pesar del carácter de la obra, lo hace con amplia exposición de las doctrinas más modernas y la legislación más reciente.

Con su estilo característico, compuesto de frases breves y cortantes y afirmaciones categóricas que revelan el

(6) *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris — 1948, vol. 1, pág. 206.

carácter combativo del autor y la firmeza de sus convicciones, tanto en el campo científico como en la lucha por la afirmación de los principios democráticos de los que el Profesor WALDEMAR FERREIRA es un ardiente defensor, realiza una obra de gran interés para los estudiosos del Derecho Comercial.

Las *Instituições de Direito Comercial* llenan perfectamente la finalidad que se propuso el autor al escribirlas, expresadas en el prefación de la primera edición. Los estudiantes encontrarán en esa obra los principios fundamentales de los diversos institutos que comprende el Derecho Comercial, expuestos con claridad y con amplia información legislativa, no sólo brasileña sino extranjera.

Sin recargar las citas, la obra contiene una rica información bibliográfica referida principalmente a los autores más modernos sin descuidar las obras clásicas de Derecho Comercial” (7).

* * *

Se nomes tão ilustres e de alta projecção internacional assim se manifestam, razões assistem aos juristas nacionais em reconhecer, na obra excepcional do comercialista brasileiro, as virtudes do autêntico cientista e as qualidades personalíssimas do Mestre.

E’ que as *Instituições de Direito Comercial*, sôbre constituirem precioso repositório de ensinamentos utilíssimos, excedem de muito aos fins didáticos a que se destinam e passam a reflectir, de maneira inconcussa, a inestimável contribuição pessoal do Professor WALDEMAR MARTINS FERREIRA à evolução doutrinal do nosso Direito Mercantil.

(7) *Apud* WALDEMAR FERREIRA — *Instituições de Direito Comercial*, 2ª. ed., 3º vol., págs. 7 e 8.

Política criminal sem preocupações metafísicas (*)

Noé Azevedo

(Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

As concepções filosóficas e jurídicas sobre a organização e a defesa da sociedade evoluem, como tudo neste mundo, mas essa evolução está subordinada a um processo muito lento. Mesmo no direito penal, onde as mutações são mais rápidas, as idéias novas só se impõem depois de discussões, que se prolongam por decênios e avançam pelo século adentro.

Assim, a passagem do classicismo para o positivismo já vai consumindo três quartos de século. Desde os tempos mais remotos assinalados pela história do progresso humano, a reação dos grupos sociais, ou da sociedade já definitivamente organizada, contra o crime sempre se manifestou por uma tendência punitiva, consistente na imposição ao delinqüente de um mal mais ou menos equivalente ao que êle causara à sua vítima direta, ou ao corpo social.

(*) Aula de encerramento do ano letivo de 1950 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Função educativa “versus” função punitiva

Chega-se agora a uma fase em que grandes criminalistas começam a cogitar francamente da abolição de toda idéia punitiva nessa reação. De há muito, já, as conferências e congressos penais e penitenciários vêm afirmando que a finalidade principal da pena deve ser educativa, visando a reforma do delinqüente e a sua readaptação ao meio social. Mas os grandes criminalistas da atualidade começam a se impressionar com o fracasso das tentativas que a ciência penitenciária tem feito no sentido de reunir duas finalidades conflitantes, naquilo que modernamente se chama de tratamento dos delinqüentes. O remédio que o velho direito penal prescrevia para êsse tratamento era a pena. Mas a pena, através da sua longa história, veio sempre desempenhando uma função degradante, tendente a eliminar ou segregar o criminoso da sociedade e a atrair contra o mesmo a repulsa da gente ordeira e honesta.

Por isso, o pensamento novo, visando imprimir a êsse tratamento penal uma função educativa, que importaria mais em um benefício do que num sofrimento para o condenado e que, em vez de carrear para o mesmo a antipatia da comunidade social, deverá provocar um sentimento de solidariedade humana, constitui um ideal de realização muito difícil, enquanto mantiver êsse propósito de reunir finalidades contraditórias em sua atuação.

Em nosso estudo sôbre “A Socialização do Direito Penal”, feito em 1927, mostramos que as reformas penais até então propostas eram orientadas pelo pensamento da Escola Positiva, de pôr em primeira plana o delinqüente e em segunda o delito. O tratamento penal não devia consistir na dosagem de um mal a ser infligido ao delinqüente, proporcional ao que êle causara. O seu objetivo

principal tinha de ser o da reeducação do criminoso e sua conseqüente reintegração no ambiente social.

O projeto Ferri fôra organizado com essa dupla finalidade. Na sua exposição de motivos, o Ministro Mortara dizia o seguinte:

“A defesa da organização jurídica contra o delito deve ser praticada não só com medidas de sábia e previdente prevenção, como também por meios repressivos. Êstes devem ser adaptados com claro discrimine a um duplo fim. Para a maioria dos delinqüentes ocasionais, que não tenham sido impelidos ao crime por motivos ignóbeis, convém estudar e aplicar um tratamento humanitário, capaz de preservá-los da reincidência e de facilitar-lhes a reabilitação e a volta pronta a útil cooperação no convívio social.

“Para a criminalidade de caráter verdadeiramente habitual, convém as medidas idôneas para eliminar do meio honesto êsses elementos pervertidos, que nêle exercitam fatalmente uma ação desagregadora e perversiva.

“Experiência de trinta anos prova a insuficiência da legislação atual para êsse árduo escopo; é pois oportuno sujeitá-la uma larga revisão, a fim de que a defesa contra a delinqüência habitual se coordene racionalmente com um sistema geral que leve em conta principalmente as condições pessoais do delinqüente, mais que as da materialidade dos atos delituosos.”

A contradição nos códigos penais

O projeto Ferri foi substituído pelo denominado Rocco, no qual se nota a presença das duas preocupações contraditórias. O Código Penal italiano de 1930, resultante dêsse projeto, realizou a fusão das duas escolas. Quis ser, ao mesmo tempo, um Código repressivo e preventivo. Baseou

a repressão na imputabilidade moral, dosando as penas pela intensidade do dolo. Fundou a prevenção na periculosidade revelada pelo delinqüente através do delito, e cuidou de combater essa periculosidade não sòmente com a pena, mas também com as medidas de segurança.

Adotamos êsse sistema, em nosso Código de 1940. Vários outros Códigos modernos instituíram as medidas de segurança. Mas o que se observa, nestes vinte anos de experimentação, é uma verdadeira involução do instituto das medidas de segurança, que — talvez pela falta de estabelecimentos adequados para o seu cumprimento — conservaram os mesmos característicos de tratamento aflitivo das penas pròpriamente ditas. Em vez do sistema penal evoluir, transformando-se em tratamento benéfico do delinqüente, com predominância das medidas de segurança, como que regrediu, notando-se uma reação, de natureza marcadamente penal, em duas fases.

A fôrça dos preconceitos

Isso provém da circunstância de que a sociedade ainda não conseguiu vencer milenária antipatia despertada pelos delinqüentes, nem mudar a atitude de hostilidade que sempre manteve para com os mesmos, sendo êsses preconceitos mais fortes do que os impulsos humanitários despertados pelos novos credos filosóficos.

Entretanto, com relação aos delinqüentes menores, as leis de quase todos os povos civilizados já consagraram um sistema predominantemente tutelar e do qual já se pode considerar abolida, tanto na teoria como na prática, tôda idéia de punição.

Naquele trabalho de 1927, fazíamos as seguintes considerações e sugestões:

“Por que é, então, que os Códigos de Menores já não cogitam de penas, contentando-se com prescrever medidas que, amparando os menores delinquentes e abandonados, realizem o escopo da defesa social?

“Não é difícil a explicação. A evolução de tôdas as idéias encontra sempre resistência nos preconceitos arraigados na mentalidade do público, pelas práticas ou usos tradicionais. Mas as idéias-fôrças vão rompendo as dificuldades. E, para transpor os escolhos, as correntes sempre se encaminham para os pontos mais fáceis de romper. O lado sentimental tem sempre uma influência decisiva na propagação das novas doutrinas. Tôda a legislação social moderna tem aparecido de envolta com manifestações de ordem sentimental. Ora são as mulheres que trabalham em oficinas, que despertam a comiseração, exigindo medidas protetoras para o seu estado; ora são os menores que inspiram leis que impeçam a sua exploração nas fábricas; e ora são os desprotegidos da fortuna, ameaçados pelos senhorios de ficar ao relento, que tangem com a sua penúria a corda sentimental dos legisladores, determinando a promulgação das chamadas leis do inquilinato. São sempre os fracos que despertam êsses sentimentos piedosos, em atenção aos quais cedem os homens de princípios. E’ o sentimentalismo que rompe os preconceitos. Não fôsse o lado sentimental e as novas doutrinas sôbre o tratamento dos menores ainda não teriam triunfado sôbre os preconceitos da velha escola.”

Aplicação ampla da teoria da periculosidade

“Em relação aos menores, já se faz a mais ampla aplicação da teoria da periculosidade. Tanto os que já cometeram faltas ou crimes, como os que ainda não delin-

quãram, ficam sujeitos às medidas de proteção e amparo, criadas pelo legislador. Internam-se tanto os menores delinqüentes como os abandonados, que se acham em estado perigoso.

“Não há razão científica que determine procedimento diverso em relação à periculosidade dos maiores. O que o novo direito penal tem em vista é a defesa da sociedade contra a ação de indivíduos perigosos. Pouco importa que êles já tenham delinqüido ou não; desde que se revele por qualquer modo a periculosidade, deve o Estado tomar as necessárias medidas de precaução, dando aos indivíduos perigosos o tratamento necessário para evitar que venham a causar danos aos seus semelhantes.

“A resistência contra essa ampliação do conceito da periculosidade, oposta pelos escritores que ainda se sentem presos aos dogmas do classicismo penal, é a manifestação mais evidente do individualismo da velha escola. O Estado não tinha direito de punir ou de sujeitar a qualquer tratamento um cidadão que não houvesse cometido falta alguma. O absoluto respeito à liberdade do indivíduo é um dos dogmas filosóficos do direito individualista. Sem que o cidadão cometa alguma falta ninguém pode tocar na sua pessoa, nem obrigá-lo a fazer aquilo que não seja do seu agrado.

“Mas êsse individualismo já não existe no mundo contemporâneo. As idéias socialistas vão penetrando dia a dia no direito de todos os povos. O que se dá com relação ao direito privado, verifica-se também no campo de ação do direito penal. Assim como no direito civil e no direito comercial o interêsse social vai prevalecendo sôbre as prerrogativas individuais, também no direito penal a necessidade da defesa social impõe o sacrifício da liberdade dos indivíduos, mesmo quando êstes não tenham cometido falta alguma que justifique a ação do Estado.

“Esta não é determinada pela falta do indivíduo, mas pela sua periculosidade. A doutrina que transformou o procedimento penal dos menores em tratamento há-de operar igual transformação quanto aos adultos.

“Assim como se trata de menores perigosos, quer sejam delinquentes, quer se achem simplesmente abandonados ou em estado perigoso, também se há-de tratar dos adultos que se revelam perigosos, quer pela prática de um delito, quer por uma circunstância qualquer, pois não é a falta ou crime que justificam a ação ou reação do Estado, e sim a necessidade da defesa social.”

Opiniões recentes: Congresso de Haia

Transcrevemos estas páginas porque o assunto que elas focalizam foi objeto de teses discutidas no Congresso Penal e Penitenciário de Haia e no Congresso de Criminologia de Paris, realizados em agosto e setembro do corrente ano.

Na Holanda, discutiu-se a seguinte tese:

“Certaines expériences faites dans le traitement de la jeunesse délinquante ne devraient-elles pas être étendues au traitement des délinquants adultes?”

Foi relator geral o professor Giuliano Vassalli, da Universidade de Gênova, que se baseou nos relatórios parciais do Prof. Nico Gunzburg, da Bélgica; de Kai Borgsmidt, da Dinamarca, de Glenn M. Kendall, dos Estados Unidos, de Jean Pinatel, da França, de Falcone Lucifero e Guido Colucci, da Itália, de W. P. J. Pompe, da Holanda, de Margery Fry, da Inglaterra, de Gunnar Thurén, da Suécia, e de H. R. Gautschi, da Suíça.

A conclusão votada pela 4.^a Seção do Congresso e aprovada pela Assembléia Geral, em sua substância, reza o seguinte:

“A Seção constata que, nos dois domínios — Luta contra a criminalidade dos adultos e luta contra a delinqüência juvenil — uma evolução gradual se opera, tendendo a substituir o tratamento punitivo pelo corretivo, na luta contra a criminalidade e a delinqüência. Por diversas razões, progressos mais substanciais têm sido realizados, nesse sentido, no domínio do tratamento da juventude. Eis por que é desejável inspirar-se nos métodos de tratamento da juventude para daí tirar sugestões e orientações aplicáveis ulteriormente na luta contra a criminalidade. A Seção entende que muitos dos adultos são suscetíveis de se beneficiar com a formação e com as possibilidades reservadas nos vários países aos menores somente. Não é porque um jovem ou uma jovem sejam de maior idade aos olhos da lei que devam ser condenados a uma forma de prisão que arrede tôda probabilidade de educação, de formação e de reforma. Em particular, a Seção entende que as experiências adquiridas no domínio da delinqüência infantil, no que concerne à constituição do “dossier” da personalidade, aos sistemas de prova (“probation”), à liberdade vigiada e ao perdão judiciário, deverão ser aplicadas igualmente no domínio da criminalidade dos adultos.”

A idéia predominante nos relatórios parciais é a de considerar os jovens delinqüentes sujeitos aos benefícios da legislação de menores, não só os de menos de 18 anos, como todos os que ainda não atingiram a maioridade legal, sendo que alguns dos relatórios propunham mesmo a aplicação desse regime tutelar a todos os delinqüentes de menos de 25 anos.

Se correremos as estatísticas criminais de todos os países do mundo, veremos que a maioria dos delinqüentes é formada por jovens dessa idade. E, assim sendo, temos como vencedora aquela idéia, manifestada em 1927, de se aplicar a política criminal dos menores também aos adul-

tos, sujeitando-os a um regime tutelar eminentemente preventivo e caracterizado por medidas protetoras, providências benéficas, e não por penalidades, substituindo-se os cárceres, as prisões, as penitenciárias e até mesmo os reformatórios do antigo sistema, por escolas, organizadas de acôrdo com os métodos pedagógico-científicos, e estabelecimentos de tratamento físico, moral e mental de todos os internados ou abrigados.

Congresso de Criminologia de Paris

No Congresso de Criminologia de Paris, o Professor argentino Oswaldo Loudet focalizou o problema do estado perigoso sem delito, mostrando que a parte mais fecunda da doutrina da periculosidade ficara sem nenhum efeito, em virtude das disposições dos novos Códigos, que só permitem a aplicação de medidas de segurança “post delictum”. O respeito às liberdades individuais, apregoado por cento e cinqüenta anos de democracia, ainda não permitiu que a liberdade do cidadão seja restringida, sem que êle tenha dado causa a isso, por um procedimento que importe em infração da lei penal, quer pela prática de um crime, quer pela de uma contravenção reveladora de periculosidade.

Ainda que se diga que as medidas de segurança não constituem pena e que devem representar um benefício para o paciente, o fato é que elas importam em restrições da liberdade, ora pelo internamento em casa de custódia e tratamento, ora em manicômio judiciário ou, ainda, em colônias agrícolas e outros estabelecimentos, redundando tudo em modalidades novas de aprisionamento.

Estranhava o professor argentino essa resistência da doutrina e da prática, contra a implantação de métodos de tratamento que devem ser realizados de maneira a con-

jugar o objetivo da defesa social com o da cura do próprio paciente, quando ela seja possível, ou com o de uma assistência caracterizadora da mais perfeita solidariedade humana, quando se trate de incuráveis ou de indivíduos absolutamente inadaptáveis ao meio social.

Sendo um psiquiatra, habituado a observar o que ocorre no setor da sua especialização, não podia explicar por que é que os legisladores, até agora, não permitiram o internamento de indivíduos manifestamente perigosos, em virtude de constituição psicopática, afecção mental ou devastação cerebral produzida pelo álcool ou entorpecentes, antes que os mesmos tenham praticado algum malefício, pois que, tratando-se de pessoas irresponsáveis, não se pode basear em sua culpa a reação da sociedade ou a providência a ser tomada.

Assim como se internam nos hospícios e sanatórios milhares de indivíduos, que aí são conservados durante anos seguidos e às vêzes por tôda a vida, com base em simples prescrições dos médicos da família e dos psiquiatras dos estabelecimentos, sem que êsses indivíduos tenham praticado infrações das leis e regulamentos, poderiam ser adotadas medidas de segurança, independentemente da verificação de crimes ou de contravenções, a ser feita de maneira solene por sentenças das autoridades judiciárias.

Para evitar abusos, poder-se-ia redigir um Código preventivo, estabelecendo normas, meticolosas e precisas, para fundamentar o diagnóstico do estado perigoso, a ser verificado pelos psiquiatras e declarando pelas autoridades judiciárias.

Resistência passiva contra a prevenção

Nada mais lógico e razoável. Entretanto, observa-se uma resistência dificilmente removível contra essas medi-

das, tendentes a promover a defesa da sociedade pela via preventiva, em vez de se valer o Poder Público dos velhos métodos e processos da justiça repressiva, que não consegue reparar o mal já praticado nem prevenir o mal futuro, por ser hipotético o poder intimidativo das penalidades.

Essa resistência é explicada pela fôrça tremenda da inércia que se observa na evolução das instituições sociais, inércia que se manifesta pela subsistência das velhas idéias e preconceitos, subsistência essa que provém, muitas vêzes, de interêsses que viriam a ser contrariados com o advento de novas práticas.

Assim, quanto à prisão, perduram os preconceitos de que os sofrimentos que a mesma inflige aos condenados concorrem não só para a sua reabilitação, pela expiação do mal praticado, como ainda exercem influência intimidativa de ordem geral, afastando da senda delituosa inumeráveis delinqüentes em estado potencial.

Os penitenciariastas modernos confessam a impossibilidade de se reunirem no tratamento dos criminosos os dois efeitos contraditórios visados pelos códigos ainda em vigor, isto é, o de punir e o de reabilitar o delinqüente. As penas, entretanto, vão sendo lentamente eliminadas da política criminal contemporânea.

Donnedieu de Vabres, no seu pequeno grande livro “La Justice Pénale d’aujourd’hui”, faz uma enumeração de penas que êle classifica como penas do passado, por terem sido abolidas diante da repulsa manifestada pelos sentimentos dos povos civilizados contra a sua crueldade. Assim, estão extintas as penas corporais, as mutilações, as marcas a fogo, os açoites e outras práticas infamantes. Mas entre essas penas corporais ainda se conservam as de morte e de prisão.

Abolição da pena de morte

Quanto à primeira, diz o grande professor francês que a sua evolução se assinala por uma acelerada marcha para a supressão. Nota que, ao lado do movimento abolicionista, que levou muitos Códigos a suprimi-la de uma vez, há uma tendência marcada para a sua restrição, nas legislações que ainda a conservam. E' prescrita com extraordinária parcimônia para poucos crimes, de gravidade extrema. E, mesmo com relação a êsses delitos, ela é aplicada cada vez menos pelos tribunais. Quando imposta, ainda fica sujeita às comutações pelo Poder Executivo.

Faz uma estatística dessa aplicação, na França e em outros países, com o que se evidencia a asserção de que dentro em breve a pena de morte será também uma das penas do passado.

A pena de prisão

Quanto à pena de prisão, o movimento abolicionista vem ganhando numerosos adeptos, tomando agora um impulso que se pode dizer decisivo. A seu respeito, pode-se descrever também aquela marcha acelerada para a supressão, que caracteriza a evolução da pena de morte, segundo a feliz imagem do professor francês.

Os inconvenientes da prisão foram postos à mostra, em primeiro lugar, quanto às prisões em comum e, em segundo, quanto às prisões de curta duração.

Para evitar os malefícios da promiscuidade que se observava nas antigas prisões em comum, inventou-se o sistema celular, que durante muito tempo prendeu a atenção do mundo. Para desmoralizar a pena de curta duração, bastou o libelo genial traçado por Anatole France, no

seu “Crainquebille”. De há muito, porém, já vinham os penalistas cuidando da sua substituição. Na própria França, surgiu nos fins do século passado, a lei Béranger, sobre o “sursis”, cuja finalidade precípua está em evitar o recolhimento à prisão dos delinquentes primários condenados a penalidades que não chegam para produzir hábitos de vida morigerada, mas são mais do que suficientes para corromper delinquentes ocasionais. Como disse certa vez Plínio Barreto, em frase de sabor anatoliano, entra para a cadeia um inocente e daí sai, ao cabo de poucos meses, criminoso nato. .

Os inconvenientes da prisão curta

Ainda agora, constituiu objeto de estudo no 12.º Congresso Penal e Penitenciário a seguinte tese:

“Les courtes peines d’emprisonnement et leur remplacement par d’autres mesures (mise à l’épreuve, amende, travail à domicile, etc.)”

O relatório geral foi feito pelo penitenciário Hardy Göransson, da Suécia, tendo como fontes informativas os estudos apresentados por Pierre van Drooghenbroeck, da Bélgica, Jaroslav Pauk, da Tchecoslováquia, Jorgen Trolle, da Dinamarca, Yvonne Marx, da França, Arturo Santoro, da Itália, N. Muller, da Holanda, Johannes Andenaes, da Noruega, Gerhard Simson, da Suécia, A. Luisier, da Suíça, Herman Mannheim, da Inglaterra, e Joseph P. Murphy, dos Estados Unidos.

Discutido o assunto na 3.ª Seção, ofereceram seus numerosos componentes as seguintes conclusões para deliberação da Assembléia Geral:

“O 12.º Congresso Penal e Penitenciário constata, uma vez mais, os graves e numerosos inconvenientes das curtas penas de prisão. Condena o uso muito freqüente e indife-

renientemente aplicado de tais penas. Emite voto no sentido de que o legislador recorra o menos possível a estas penas e que os juizes tratem de aplicar, sempre que possível, medidas de ordem diferente, já existentes em vários países, tais como a condenação condicional, a liberdade vigiada (“épreuve” ou “probation”), a multa, a advertência judiciária, etc.”

Contra as longas penas de prisão

Mas não se limitaram os congressistas a notar os inconvenientes da prisão curta. Chamaram também a atenção para as graves conseqüências das prisões longas. Assim, o próprio relator geral pontuava, na conclusão de seu trabalho:

“As prisões para a execução de longas penas apresentam, quase sempre, um equipamento insuficiente, tanto no que concerne ao pessoal como no que se refere a locais apropriados e “atéliers” necessários ao trabalho. O valor da formação profissional e da educação do caráter, que a pena de longa duração pode proporcionar, parece vir sendo exagerado. As dificuldades, que encontra todo aquêlê que sofreu uma pena dessa natureza, para conseguir trabalho, quando de sua liberação, e meios para prover a própria subsistência, são fartamente conhecidas. Sua família fica quase sempre em situação econômica extremamente difícil, durante a sua permanência no presídio.”

Esses e muitos outros inconvenientes da prisão longa já se vêm fazendo sentir há bastante tempo, levando os legisladores a adotar medidas tendentes a diminuí-los. O mais vulgarizado é o da liberação condicional, instituto que adotamos e regulamentamos desde 1923 e que foi grandemente ampliado em 1940, de modo a permitir que se reduzam as prisões longas à metade, quanto aos delinqüentes primários, a três quartas partes, quanto aos reinci-

dentes. E ao mesmo passo que, por via desse instituto do livramento condicional, se substitui quase que metade da duração das prisões longas pela liberdade vigiada, trata-se de fazer com que a prisão seja cada vez menos prisão.

Modernização do regime presidiário

O isolamento, que para os penitenciariistas do sistema pensilvânico seria o melhor fator de regeneração, encontra hoje repulsa generalizada, não permitindo o nosso Código que ele seja superior a três meses. E tanto os congressos científicos como as assembléias legislativas vão inventando meios de tirar da prisão o caráter de instrumento de segregação social. Em lugar das prisões urbanas, muradas e gradeadas, constróem-se as penitenciárias agrícolas, nas quais desaparece a idéia de reclusão. E hoje estão na moda as chamadas prisões abertas, em que os condenados ficam presos pela palavra, isto é, por um compromisso de honra, e não pela brutalidade das muralhas intransponíveis e das grades de aço.

Chega-se mesmo à perfeição de ser dispensado até o serviço de guarda por policiais ou funcionários da administração pública. Nos Estados Unidos, rescindiram-se, com indenizações vultosas, contratos que a administração pública havia firmado para a construção de penitenciárias segundo os planos de “major security”, sendo substituídas por “farm-prisons” e pela organização de equipes de sentenciados para trabalhar na construção de estradas e até no serviço de extinção de incêndios nas florestas.

Na Califórnia, onde funciona a colônia agrícola de Chino, dormindo cêrca de 800 sentenciados em barracões de aço transportáveis, e onde também trabalham várias turmas volantes em obras públicas, gastou o Estado, durante um biênio, apenas 76 dólares na recaptura de alguns

raros fugitivos, ao passo que economizou vários milhões, deixando de construir prédios de cimento armado.

Informam Barnes e Teeters que o Govêrno da Pensilvânia rescindiu, em 1938, o contrato que havia feito para a construção da “Pennsylvania Alcatraz”, que custaria mais de quatro milhões de dólares e que fôra planejada em regime de absoluta segurança, pagando cêrca de um milhão de dólares de indenização aos arquitetos. Em Nova York, ficou também sem acabar a “Green Heaven Prison”, que estava orçada em sete milhões e setecentos mil dólares. E em um folheto publicado em 1942, pela New York Community Service Society, com o título de “Prisions Cost Too Much”, essa penitenciária foi apontada como “an expensive monument on the wrong road.” (“New Horizons on Criminology”, ed. 1944, pág. 954.)

As instituições abertas

O Congresso Penal e Penitenciário de Haia também se manifestou sôbre uma tese relativa a êste assunto, concebida nestes têrmos:

“Dans quelle mesure les institutions ouvertes sont-elles appelées à remplacer la prison classique?”

Numerosos estudos foram apresentados, e a 2.^a Seção, em cujos debates tivemos ocasião de tomar parte, formulou uma definição de instituições abertas e enumerou as suas vantagens, em sete substanciosos itens. Destacamos apenas os seguintes:

“Para os fins da presente discussão, consideramos que o têrmo “estabelecimento aberto” designa um estabelecimento penitenciário no qual as medidas preventivas contra a evasão não são constituídas por obstáculos materiais, tais como muros, fechaduras, grades ou guardas suplementares. A característica essencial de uma instituição aberta

deve residir no fato de se exigir que os prisioneiros se submetam à disciplina da prisão sem uma fiscalização estreita e constante, consistindo o fundamento do regime em inculcar no prisioneiro o sentimento da responsabilidade pessoal.

“As principais vantagens do sistema são as seguintes:

“a) melhoria da saúde tanto física quanto mental, dos sentenciados;

“b) as condições do internamento podem-se aproximar bem mais do gênero de uma vida normal do que as de um estabelecimento fechado;

“c) a tensão da vida penitenciária normal é aliviada e torna-se mais fácil manter a disciplina, raras vezes havendo necessidade de penas disciplinares;

“d) a ausência de um aparelhamento físico de repressão e de aprisionamento, aparelhamento êsse substituído pelas relações de confiança entre o prisioneiro e o pessoal, em vez de afetar a concepção anti-social dos internados, suscita condições propícias a um desejo sincero de readaptação;

“e) os estabelecimentos abertos são econômicos, tanto do ponto de vista das construções como no que concerne ao pessoal.”

Aí temos, em todos os fatos que acabamos de enumerar e nessas conclusões do 12.º Congresso Penal e Penitenciário, a demonstração de que a prisão, na qual se concentra de modo principal a ação repressiva dos Códigos modernos, é uma pena que apresenta inconvenientes muito maiores do que as vantagens e contra a qual se volta a própria política criminal contemporânea, que procura por todos os meios e modos circunscrever os seus efeitos deprimentes sobre a personalidade dos reclusos e trata de inventar subs-

titutivos para essa espécie de panacéia do direito penal clássico.

A noção de pena posta em cheque

Olof Kinberg, o famoso professor da Universidade de Estocolmo, autor de uma série de livros sobre direito penal e criminologia, entre os quais se destaca “Basic Problems of Criminology”, publicado em 1935 e que desde 1936 vimos citando nesta Casa, relatou perante o Congresso de Criminologia de Paris a tese intitulada: “La Prison Facteur Criminogène.” Nêsse trabalho, reafirma ainda uma vez a sua posição de antagonista da prisão como instrumento de combate ao crime e como meio de defesa social. Faz referência à lei sueca de 1945, na qual os estadistas daquele país de instituições sociais modelares procuraram reduzir a prisão ao mínimo possível, criando escolas-prisões, estabelecimentos abertos de trabalho, tanto urbanos como rurais, substituindo as prisões curtas por multa e advertência, bem como pela liberdade vigiada. E não foge ao ataque de frente à pena em si mesma, como fazem Barnes e Teeters, e os numerosos pensadores e criminalistas citados pelos decididos autores de “New Horizons on Criminology”. Como remate a tais considerações, diz o pensador sueco:

“Chega-se à conclusão de que a própria noção de pena constitui obstáculo a uma política criminal racional e realista. Em lugar da noção de pena, é necessário colocar a noção de proteção: de um lado, proteção da gente honesta, contra os ataques criminosos; de outro lado, proteção contra uma evolução criminal nas pessoas que são impedidas para a delinqüência por sua própria natureza ou por circunstâncias compressoras.

“Eliminar a noção de pena do sistema de idéias que tem guiado até agora a política criminal prática equivale

a produzir uma revolução de idéias. Mas as revoluções no mundo do pensamento produzem-se lentamente, quando não são impulsionadas por fortes mutações na vida econômica ou política. E' verdade que não faltam à política criminal aspectos econômicos, mas êles são pouco conhecidos do grande público. Sem temor de exagerar, poder-se-ia ao contrário sustentar que a política criminal constitui terra desconhecida para os políticos; e daí a convicção de que a noção de abolição de pena, na política criminal, será ainda demorada.

“Entretanto, é necessário fazer algo para melhorar o atual estado de coisas, que verdadeiramente não é satisfatório. Foi o que fizemos em nosso país, pela lei sôbre a execução da pena, votada em 1945. Seu traço fundamental está numa redução das medidas que limitam a liberdade de ação dos internados.”

Proposições radicais

Passa depois Olof Kinberg a descrever as medidas adotadas naquele país, para que a prisão ofenda o menos possível a liberdade e sobretudo o sentimento de dignidade humana, que deve ser reavivado e fortificado, quanto possível, em todos os sentenciados. E termina oferecendo à consideração dos congressistas duas proposições radicais para a transformação da política criminal, acompanhadas de outras, para o estado transitório de transformação paulatina do sistema penal em sistema de tratamento benéfico dos criminosos, capaz de propiciar a readaptação do maior número possível à comunidade social.

As proposições radicais são estas:

“1.^a Para criar uma política criminal realista e racional, é necessário eliminar da mesma todo elemento metafísico.

“2.^a O conceito de pena retributiva, sendo um conceito impregnado de emoções de ordem metafísica, constitui um obstáculo à realização de uma política criminal efetiva, e por isso deve ser eliminado.”

Aí temos o grande criminalista nórdico, informado pelo pensamento de um dos países de maior progresso nas ciências e nas realizações sociais, a salientar, em 1950, a contradição entre as finalidades que os penalistas e os estadistas, desde o fim do século passado, procuram atribuir à pena e tratam de realizar pelos sistemas penais que têm sido baldadamente experimentados. Se o tratamento criminal deve ter como finalidade a reeducação do delinqüente e a sua recondução ao meio social, é preciso escoimar êsse tratamento de medidas que dificultem a realização dêsse desiderato. A pena, especialmente a de prisão, produz uma degradação da personalidade e traz consigo uma série de conseqüências, cada qual delas mais prejudicial aos objetivos fundamentais de reeducação e de criação de hábitos sociais em criaturas que já demonstraram certa tendência para a vida anti-social.

Charles Dickens, depois de visitar, em 1842, a Penitenciária de Filadélfia, onde se observava o regime de isolamento, mostrou-se horrorizado com aquêlê processo de desagregação da própria alma dos indivíduos. Considerou aquêlê verrumar lento e diário dos mistérios do cérebro um mal incomensuravelmente pior do que tôdas as torturas físicas. Parecia-lhe que nada de saudável e de bom poderia criar essa solidude tão contrária à natureza, e acrescentou que até um cachorro se sentiria acabrunhado e embrutecido sob a sua influência.

Três quartos de século foram necessários para convencer os penalistas, derribando-se a última Bastilha do sistema pensilvânico, representada pelas prisões da Bélgica, que só se transformaram depois da passagem de Vandervelde pelo Ministério da Justiça. Mas a prisão continua

a ser o remédio principal da terapêutica penal de nossos dias. E se o misticismo dos “quakers” não conseguiu tirar do isolamento os resultados miríficos que se atribuíam às células conventuais, verifica-se que também não conseguem os estadiastas modernos transformar êsses centros de promiscuidade, que são as prisões contemporâneas, em seminários de vida social.

O professor Frank Tannenbaum, da Universidade de Colúmbia, lançou, em 1942, o seguinte anátema contra a prisão: “We must destroy the prison, root and branch.”

E o professor John L. Gillin escrevia em 1931:

“Que monumento de estupidez são essas instituições que nós construímos — estupidez não tanto dos reclusos como dos cidadãos livres! Que zombaria da ciência, a nossa disciplina das prisões e essa mole de iniquidade social nas prisões — o bom e o mau unidos num estupendo “pot-pourri”! Que rematada tolice, essa de pensar que se podem preparar homens para a vida social subvertendo o processo ordinário de socialização: silêncio para o único animal que fala; regulamentação repressiva para homens que estão na prisão porque necessitam aprender a exercer suas atividades de maneira construtiva; artificiosa conformidade a regras que reprimem todo esforço de expressão construtiva; trabalho sem o estímulo de motivos econômicos; atuação pelo medo da punição, em vez da esperança de recompensa ou da invocação de sentimentos elevados; servilismo, em vez de nobreza; recompensas asseguradas pela traição a um companheiro, em vez do desenvolvimento de uma franca lealdade!” (Barnes e Teeters, *op. cit.*, pág. 494.)

O direito protetor

Em vez de continuarmos nessa tentativa impossível de reabilitar instituições que nasceram erradas, melhor

seria abraçarmos desde logo, e sem temores, a doutrina de Dorado Montero do direito protetor dos criminosos, e organizar estabelecimentos cuja freqüência jamais pudesse constituir para alguém um estigma de degradação. Enquanto nos hospícios se martirizavam os loucos, para livrá-los do demônio, inspiravam êsses estabelecimentos a mesma repugnância das prisões da atualidade; depois da revolução operada pela psiquiatria de Pinel, os hospícios se transformaram em sanatórios. Deixaram de ser antros apavorantes de dor e castigo, para serem abrigos onde a desgraça encontra linimento.

Quando os estabelecimentos para tratamento de delinqüentes tiverem passado por uma metamorfose igual, estarão aplainadas tôdas as dificuldades que hoje se levantam contra a aplicação de medidas de segurança sem delicto. As restrições que se impuserem à liberdade tanto daqueles que se acham em estado perigoso como dos que já cometeram infrações estarão isentas de tôda e qualquer idéia de retribuição do mal pelo mal e de degradação do criminoso. Quem passar por um estabelecimento dêstes não sairá mais como um réprobo, marcado por um estigma de inferioridade social.

E, assim, se tornará mais fácil o seu encaminhamento para as atividades condizentes com seus interêsses, com o bem-estar de sua família e com os altos desígnios da vida em sociedade.

Do Registro do Resumo do Balanço no Diário das Sociedades Comerciais

S. Soares de Faria

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

1. O Código Comercial, no art. 10, n.º 4, impõe ao comerciante a obrigação de “formar anualmente um balanço geral do seu ativo e passivo” e, no art. 12, a de lançar, no “Diário”, um resumo desse balanço. E a lei de falências pune o comerciante que o não apresentou à rubrica do Juiz, sob cuja jurisdição estiver o seu principal estabelecimento, dentro de sessenta dias após a data fixada para o seu encerramento (Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 186, n.º VII).

O lançamento deverá ser feito, naquele livro essencial, na data em que a lei torna obrigatório o seu registro, no fim de cada ano ou exercício social (art. 129 do Decreto 2627), na época em que foi devidamente aprovado pelos sócios, em relação às sociedades de pessoas, ou só depois da aprovação pela assembléia geral de acionistas, nas sociedades anônimas?

2. O problema não oferece dificuldades, quando se tratar de balanços de sociedades da primeira espécie, pois, no geral, são levantados rapidamente, nas épocas prefixadas nos contratos, recebendo as assinaturas dos interessados. Mas a questão surge, e agudamente se manifesta, quando o balanço fôr de sociedades anônimas. Porque, nestas, pelo processo de sua formação, que tem de obedecer às

prescrições legais, muitas vezes seria impossível às sociedades apresentarem, nas épocas apropriadas, o balanço para a autenticação judicial.

3. Daí, estas questões:

1.^a — estão as sociedades anônimas dispensadas do registro constante do art. 10 do Código Comercial?

2.^a — levantado o balanço geral de uma sociedade por ações, de acôrdo com o art. 129 e para os efeitos dos artigos 98 e 99 e seus §§, do Decreto-Lei 2627, póde o seu resumo ser desde logo registrado ou lançado no “Diário”, antes de ser aprovado pela assembléa geral?

4. Não há texto expresso de lei que consigne a pretendida dispensa, nem é possível considerar revogada a disposição do Código Comercial, quanto às sociedades por ações, pelo inciso do Decreto 2627, em face dos cânones do direito intertemporal. Acresce que a lei falimentar, posterior a êsse decreto, manteve a exigência do Código de 1850, sem acolher exceção alguma, e que o que a lei exige é a publicação do projeto do balanço, que não o verdadeiro balanço.

5. Em verdade, na técnica apropriada, a lei deveria falar em projeto do balanço, na letra “b” do art. 99, como em várias outras passagens. Mas, do exame dos seus dispositivos, verifica-se que a função da diretoria é preparar um projeto de balanço, submetendo-o ao exame do Conselho Fiscal, para, observadas as demais formalidades, submetê-lo a exame e aprovação da assembléa geral.

Assim é no direito italiano:

“Agli amministratori spetta di formare il progetto del bilancio, che dovrà esser sottoposto alla revisione dei sindaci e alla discussione e approvazione dell’assemblea” (De Gregorio, “Società e Associazioni Commerciali”, pg. 553).

Projeto de balanço, acentua muito bem Navarrini,

“appunto perchè su di esso interverrà l’esame dei sindaci prima e quello che potrebbe essere modificativo dell’assemblea” (Società e Associazione, pg. 773).

Também no direito germânico, antes da lei de 37,

“Der Vorstand hat den Entwurf des Bilanzkontos under Gewinn-und Verlustrechnung anzufertigen.. ” (Fischer-Enrenberg, 3.º vol, 1.ª p., pg. 292).

6. Preparado pela diretoria, examinado pelo Conselho Fiscal, o balanço ainda não existe. Fischer, com insistência, assinala êsse fato, em várias passagens. E’ a assembléia quem o confeiçoa, quem o fórma:

“Hingegen ist die Befugnis, die Bilanz zu genehmigen, *genauer: festzustellen*”.

Nasce com a aprovação da assembléia, e só com ela adquire a sua forma definitiva e a sua existência jurídica.

“Il bilancio, preparato dagli amministratori, controllato dai sindaci, acquista la sua forma definitiva e la sua esistenza giuridica mediante la deli-

berazione dell'assembléa” (De Gregorio, “Bilanci della Società Anonime, pg. 91, n. 32).

No mesmo sentido Navarrini:

“Il sistema tracciato dalla legge, che delinea la via che si deve percorrere perchè il bilancio venga *ad acquistare* l'efficacia giuridica che gli deve esser propria, richiama la cooperazione concorrente dei tre organi delle società” (op. cit., pg. 771),

e, ainda, Soprano, vol. II, pg. 709.

7. Soprano, na sua monografia “L'Assembléa Generale degli Azionisti”, não deixa de assinalar essa característica, a despeito do antigo Código usar, também, como a nossa lei, a palavra balanço para denominar o simples projeto formulado pelos administradores, muito embora, em várias passagens do texto, empregue simplesmente aquele substantivo. Mas estes dois passos são decisivos, no sentido da nossa tése:

“Il primo compito dalla legge all'assembléa ordinaria è quello di deliberare sul progetto di bilancio ad esser presentato degli amministratori” (pg. 194, n.º 156).

“Ma ciò che è veramente essenziale perchè il bilancio possa acquistare di fronte ai terzi un *carattere definitivo*, è l'approvazione dell'assembléa” (pg. 197, n.º 159).

8. No sistema do Código Civil Italiano, exige-se a publicação não do projeto do balanço, mas do balanço aprovado pela assembléa, como se vê do art. 2435. E Salandra,

no seu recente “Manuale di Diritto Commerciale”, estudando o balanço, emprega a boa técnica, como, por exemplo, neste passo: “*Il bilancio, o meglio, il progetto di bilancio, è opera degli amministratori, etc.*” (vol. I, pg. 292). E Ferri usa sempre *progetto di bilancio* ao referir-se ao formulado pelos administradores, e não é menos incisivo que os autores anteriormente citados, ao sustentar que

“soltanto con l’approvazione dell’assembléa, il processo di formazione si conclude e soltanto in questo momento la situazione patrimoniale accertata dagli amministratori costituisce *il bilancio*” (Manuale, pg. 241).

Não discrepa dessas autorizadas opiniões Garrigues, no seu “Tratado de Derecho Mercantil”, quando afirma:

“Redactado el balance bajo la dirección “de los administradores, el proyecto para a ser balance definitivo con la aprobación de la junta general” (I, vol. 1, pg. 1086).

9. E’ a aprovação da assembléa, portanto, que completa o processo de formação do balanço, e é ela que lhe confere *il crisma per una veste giuridica definitiva*, na expressão de Valeri (“Manuale”, I, 198). Antes só existe um simples projeto, como se vem salientando, falto de consequências jurídicas, tanto assim que, no dizer de Messineo, por fôrça do caráter de *atto interinale e provisorio, non potrebbe revestire alcun carattere di obbligatorietà a carico della società verso chichesia*.

A observação feita por Brunetti de que, embora a lei, no art. 2432, use a palavra “bilancio, è chiaro che, dovendo essere riveduto dai sindaci, ed approvato dall’assembléa, non può trattarsi che di *progetto di bilancio*” (Trattato

Delle Società, II, pg. 452), ajusta-se perfeitamente a nossa lei.

E é ainda o grande tratadista quem conclui: “con l’approvazione dell’assembléa il progetto diventa definitivo” (id., pg. 453).

10. Só existe, assim, o balanço, depois da aprovação pela assembléa, tal como foi apresentado, ou com modificações, como diz Fischer:

“Durch den Beschluss der Generalversammlung, dass die Bilanz so, wie ihr vorgeschlagen oder in einer davon adweichenden Weise festgestellt wind, entsteht die Bilanz der Aktiengesellschaft” (op. cit., pg. 293).

11. Nem a essa interpretação se opõe a letra “b” do art. 99, porque a cópia do balanço, a que ela se refere, é a cópia do projeto de balanço, do balanço preparado e organizado pela diretoria. O original do projeto deve ficar nos arquivos da sociedade. Cópias devidamente autenticadas, tanto do balanço como da conta de lucros e perdas, é que são postas à disposição dos acionistas, e por meio de cópias serão feitas as publicações dessas peças, de acôrdo com o § único do art. 99.

12. O balanço levantado pela diretoria não deve ser lançado no livro especial, nem o seu resumo no “Diário”, porque balanço, gerador de efeitos jurídicos, ainda não é. No sistema da nossa lei, como em várias outras, o balanço só existe depois de aprovado pela assembléa geral: a diretoria organiza, levanta o balanço, com a observância dos preceitos legais, o Conselho Fiscal examina-o, exarando o seu parecer, e a assembléa lhe dá vida, aprovando-o tal como foi levantado, ou com as modificações que entender necessárias. Sem essa cooperação concorrente, na expres-

são precitada de Navarrini, o balanço não se fórma. Não há balanço, não existindo, de consequência, resumo a ser transcrito no “Diário”.

13. Nem se argumente com o disposto no art. 184 do Decreto 5746, de 9 de dezembro de 1929. Porque aquêlê dispositivo não póde ser interpretado contra o sentido da lei das sociedades anônimas. Não se deve confundir encerramento do exercício com *encerramento do balanço*. Os estatutos determinam a data em que devem ser levantados os balanços anuais, mas fixam, também, as datas em que tais balanços deverão ser aprovados. E só com a aprovação da assembléia é que se completa o balanço, e só à data em que se ela manifesta, adotando o projeto da diretoria, ou corrigindo-o, é que se poderá dizer que o *balanço foi encerrado*. Antes não, porque não se póde considerar um balanço que ainda não existe.

O resumo do balanço só se registra no “Diário”, depois de pronto, isto é, depois de aprovado pelos sócios e pelos acionistas, e, da data dêsse registro, que deve ser feito sem demora, após a aprovação, é que começará a correr o prazo do art. 184. (Cfr. Carvalho de Mendonça, Dos Livros dos Comerciantes, ns. 99 a 101).

14. A tése de que o balanço só se completa com a aprovação do sócio e da assembléia geral, nas sociedades anônimas, é também aceita pelo eminentê professor Waldemar Ferreira, como se pode ver no seu “Compêndio das Sociedades Mercantis”.

A Universidade Medieval

Alexandre Correia

Professor de Direito Romano na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

O esplendor da filosofia escolástica, no século XIII, se explica em parte pela criação e desenvolvimento das grandes universidades de Bolonha, Paris e Oxford.

Instituições do génio cristão medieval e sem qualquer modelo na antiguidade clássica (1), foram o protótipo das universidades européias, que a seguir se formaram.

Corporações, ao modo da organização social da Idade Média: *universitas magistrorum et scholarium*, significando o termo *universitas* o mesmo que, em Direito Romano, *universitas personarum* (2).

As primeiras universidades medievais resultam de uma formação consuetudinária, *ex consuetudine*, criações espontâneas das necessidades do meio. Só posteriormente, à medida que as circunstâncias o foram exigindo, receberam estatutos escritos por onde se regessem.

(1) H. Osborn, *The Medieval Mind*, 409: *They had no antique prototypes nothing either in Athen or Rome even resembled these corporations of masters and students, with their authoritative privileges, their fixed curriculum, and their grades of formally certified attainment. Even the Alexandria of the Ptolomies, with all the pedantry of its learned litterature and their minute study of the past, has nothing to offer like the scholastic obsequiousness of the medieval University. — Cf. Stephen d'Irsay, Histoire des Universités, I, pág. 29 e segs .*

(2) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, III, 295: *Le mot universitas a le même sens qu'en droit romain, et il désigne les écoles, non comme corporations. E Savigny remete para o título das Pandectas: quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur* (III,4).

Contudo, depois de organizadas as de Bolonha e Paris, modêlo das demais (3), reconheceu-se necessária a autoridade do Papa, do Imperador ou dos reis, para a fundação de um *studium generale*. Assim, das 81 universidades existentes ao tempo da Reforma, 13 são de formação consuetudinária; 33, fundações dos Papas; 15, criações dos imperadores ou dos reis; e as 20 restantes, da cooperação dêstes dois últimos (4).

Fatores da alta cultura, os Papas sempre se manifestaram defensores das imunidades e privilégios de mestres e discipulos, contra as usurpações da autoridade eclesiástica, do poder civil ou da burguesia. Assim, Gregório IX, na bula *Parens scientiarum* de 1231, a Magna Carta da Universidade de Paris, autorizou os *magistri* a suspender os cursos, em caso de ofensa feita a um professor ou estudante, e não reparada dentro de 15 dias. Honório III, em 1220, toma a defesa dos *scolares* de Bolonha contra o podestà, que tentava coarctar as liberdades universitárias. Em 1212 Inocêncio III dá ganho de causa aos mestres da Universidade Parisiense na sua resistência ao *Cancellarius*, que pretende exigir dêles juramento de obediência.

Por privilégio do Papa, nenhuma autoridade eclesiástica tinha o poder, salvo com autorização especial, de exco-

3. A mais antiga das universidades européias foi a de *Salerno*, já existente nos princípios do séc. XI; centro de estudos médicos, inspirados nas obras dos árabes. Mas nenhuma influência exerceu na organização da vida universitária ocidental, nem mesmo relativamente à medicina. Cf. Savigny, III, 116 e Schnürer, *L'Eglise et la Civilisations au moyen âge*, 541.

4. S. Tomás admite a competência do poder eclesiástico e do civil para fazerem tais fundações, quando escreve (*Contra impugnantes Dei cultum ac religionem*, Pars II, cap. IX): *ordinare de studio pertinet ad eum qui praeest reipublicae, et praecipue ad auctoritatem apostolicae Sedis, qua universalis Ecclesia gubernatur cui per generale studium providetur*. — E Bártolo, o grande romanista, atesta a formação consuetudinária: *habere stadium vel licentiam docendi procedit ex privilegio tantum vel ex consuetudine longissima*. B. in Dig. Vetus, apud Savigny, III, 123 (h).

mungar um membro da universidade. Secundando essa imunidade, Filipe Augusto por seu lado, em 1200, isenta os estudantes da alçada do poder civil, colocando-os sob a jurisdição eclesiástica.

E muitas outras prerrogativas poderiam ser aduzidas. O desenvolvimento do assunto melhor as evidenciará.

Este estudo, resumido como necessariamente há-de ser, limitar-se-á às três grandes típicas universidades medievais: Paris, Bolonha e Oxford.

Deixamos de parte a universidade de Cambridge, de muito menor importância que Oxford, porque só se completou e organizou definitivamente nos fins do século XIV.

1. A Universidade de Paris. — Depois da publicação por Denifle-Chatelain do monumental *Chartularium universitatis Parisiensis* (4 vols. Paris, 1891-1897), é geralmente considerada a escola catedral de *Notre-Dame* o berço da Universidade de Paris.

Em 1208 já Inocêncio III se refere à *universitas magistrorum*. E um diploma universitário de 1221 começa com estas palavras: *Nos, Universitas magistrorum et scholarium Parisiensium*. E' o apelativo mesmo da universidade medieval, sinónimo de *studium generale*, *studium privilegiatum*, *studium solemne*, *école commune*, *gemeine schul* (5).

5. Segundo Savigny, III, 248, é numa decretal de Inocêncio III, do começo do séc. XIII (C. 7, X, de procur., I 38), com o título *Scholaribus Parisiensibus*, que pela primeira vez aparece a palavra *universitas*. Este vocábulo tem, na idade média, as seguintes conexas acepções: a) *studium generale* ou escola com estudantes das mais variadas procedências com suas imunidades e privilégios, dando ao diplomado o *ius ubique docendi*; — b) associação com personalidade moral; — c) corporação de mestres e estudantes, no sentido supra referido; — d) instituto de ensino funcionando em edificios próprios; assim dizemos — universidade de Paris (*alma mater parisiensis*, em 1389), de Bolonha ou de Oxford.

O corpo professoral, *consortium magistrorum*, já existente em 1200, dividiu o seu ensino pelas quatro *faculdades* ou disciplinas: Teologia, Filosofia ou Artes Liberais, Leis e Medicina (6). Veio por isso, mais tarde, a constituir grupos separados ou *faculdades*, em sentido semelhante ao da accepção actual dêsse vocábulo, conforme as disciplinas ensinadas.

As diversas faculdades, com existência autónoma e estatutos próprios (outorgados pelo legado do Papa, Cardial Roberto de Courçon, em 1215), foram reconhecidas como tais pela bula de Gregório IX, *Parens Scientiarum*, de 13 de Abril de 1231. Um diploma universitário as compara aos *quatro rios do Paraiso*. .

Mas desde 1219 o Papa Honório III proibia o ensino do Direito Civil (romano), por desviar os estudantes do da Teologia que, juntamente com os da arte ou Filosofia, constituiu o mais belo florão da *universitas magistrorum et scholarium Paristis commorantium* (7).

6. Nem tôdas as universidades tinham ou ensinavam tôdas as faculdades; como veremos a seguir, em Bolonha durante muito tempo só se ensinou o direito. Mas não deixava por isso de ser uma *universitas*.

7. Assim, numa decretal (C. 28, X de privilegiis, V, 33) citada por Savigny (III, 264, n. a.): *ut plenius sacrae paginae instatus, firmiter interdicimus et districtius inhihemus, ne Parisii vel in civitatibus seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire juscivile praesumat*. — E Savigny comenta: *La decretale s'exprime en termes si généraux, qu'on ne saurait la restreindre aux seuls ecclésiastiques*.

Em 1180, Gui de Bazoches, estudante do stadium da *Cit.*, descreve entusiásticamente a intensa vida intelectual que lá se levava: *in hac insula perpetuam sibi mansionem pepigere sorores, artes videlicet liberales, et in tonante nobilioris eipgnentac thuba decreta leguntur et leges. Hic fons doctrinae salutaris exuberat et, quasi tres rivos ex se limpidissimos ad prata meatium irriganda producons, dividit tripliciter intellectum sacre pagine spiritualem in hystoricum allegoricum et moralem*. — *Chart. Par.*, I, Introd. 54, apud Irsay, 58.

População ciosa das suas prerrogativas, buliçosa e inquieta, a gente estudantina se distribui em associações de compatriotas ou *nationes*, desde 1215-22, com o fim de auxiliar a administração e a disciplina: *Gallicani*, *Normandi*, *Picard*, *Angli*. Quatro *nationes*, incluídos nos *Gallicani* os espanhóis, os italianos e os orientais; os *Angli* (chamados *alemani* depois de 1230) abrangiam, além dos ingleses (preponderantes), escoceses e irlandeses, os escandinavios, húngaros, polacos, boêmios e alemães. Os Países-Baixos se englobam em a nação dos *Picardi*.

Como se vê, a *Universidade Parisiense* é uma verdadeira e internacional *universalidade*. Característica de todas as universidades medievais, a cultura do espírito, como a fé religiosa do século XIII, é *católica*, no sentido etimológico do vocábulo. Na grande *Alma Mater* da pátria de São Luís brilham a um tempo mestres da estatura de Boaventura e Tomás de Aquino, italianos; Alberto Magno, teutónico; Sigério de Brabante, flamengo; Rogério Bacon e Duns Escoto, ânglicos. Cosmopolitismo bem compreendido, que explica a interpretação dos grandes centros de cultura e é um dos segredos dessa esplêndida civilização humana e cristã do século áureo da Idade Média. (8)

8. Cf. Janssen, *L'Allemagne à la fin du moyen âge*, pág. 74: *Qu'on ajout à cela le caractère international qu'avaient adors les hautes écoles; car, entre savants de toute l'Europe civilisée, un continuel courant était établi; d'incessants voyages, de fréquents échanges intellectuels mettaient en rapport, des hommes distingués de tous les pays. La culture de l'esprit recevait ainsi une vie, un développement toujours nouveaux, et les esprits vraiment remarquables sortis des limites étroites de leur patrie, voyaient leur savoir devenir comme le trésor commun de tous ceux qui désiraient acquérir la Science.* — As seguintes palavras de E. Faguet (*Seizième Siècle*, Paris, Lecène, s. d., pág. 81), referentes a Rabelais e ao séc. XVI, não são menos exactas do séc. XIII: *La science ou l'amour de la science y était un passeport et un sauf-conduit. Dans chaque ville savant le lettré que arrive est chez lui; il a des pairs, des alliés des défenseurs et demain des disciples. Il entre tout poudoux, il dit "Argumentabor", et s'il argument bien, il est du*

Os mestres em artes também, por excepção, pertencem às *nationes*, considerados alunos, por serem os estudos da Faculdade das Artes preparatórios aos das outras Faculdades. De certo modo, Faculdade de categoria inferior.

Cada nação elege, dentre os seus membros, um *procurador*, e os quatro procuradores elegem o Reitor. Êste, a princípio só da Faculdade das Artes (1274), passou depois a sê-lo também das de Medicina e Direito (1279) e, enfim, de Teologia (1341). Tornando-se assim a suprema autoridade universitária, depois de suplantado o Chanceler, *cancellarius*, representante do Papa e que se arrogava, em opposição ao Reitor, o direito de nomear professores e conferir graus académicos. Luta de cêrca de século e meio, acabou dando ao Reitor a vitória definitiva.

Ficava assim a Universidade gozando de absoluta autonomia, totalmente independente do poder eclesiástico como do civil. Corporação de mestres e alunos, realiza o ideal do trabalho colectivo e continuado, condição essencial de sua fecundidade, impossível à limitada e efêmera atividade individual e individualista. Como as grandes catedrais góticas, a organização universitária medieval, factor importante na edificação dessa outra arquitetural construção, a Filosofia Escolástica, é o produto do trabalho lento e diuturno de gerações (9).

Mas nem por isso fica eliminada a pessoa humana com o seu imprescritível atributo da liberdade: quem se julga

pays, du grand pays latin, qui s'étend du fond de l'Allemagne à Salamanque et de Paris à Salerne. — Cf. ainda Irsay, pág. 146: Toutes les universités du XIII siècle furent internationales. Allemands, Anglais, Ecossais et Irlandais, Italiens, Espagnols et Portugais, Grecs, et Hollandais (par importance) furent membres du Stadium parisien; et on retrouve des conditions à prés analogues ailleurs.

9. *Singuli ut singuli non possumus hoc facere*, exorta o chanceler de Paris. Ao que nota Irsay, pág. 148: *Comme ceci correspond bien au sentiment profond du moyen âge humiliant l'orgueil de l'individu, exaltant la communauté, la cité.*

apto a ensinar pode fazê-lo; e o estudante é adicto do mestre de sua livre escolha.

A intervenção absorvente do Estado, o desorganizador por excelência da vida universitária, é fenómeno totalmente inconcebível na idade média; e estará talvez nisso o segredo do seu prodigioso êxito. “Nenhum Príncipe, nenhum Chanceler nada tem a ver com os nossos privilégios e as nossas liberdades”, adverte João de Kone, professor da Universidade de Lípsia, em discurso público pronunciado em presença do Duque de Saxónia, em 1445. Podia tê-lo dito referindo-se às Universidades de Paris ou Oxónia, no século XIII, das quais não são menos verdadeiras as palavras de Zarncke: “A Universidade se governa por si mesma, ela própria transforma e melhora os seus estatutos, segundo suas necessidades” (10).

Mas a partir da Renascença e da Reforma, a Universidade perde a sua preciosa independência, transformando-se freqüentemente em dócil instrumento do poder civil na consecução dos seus fins políticos. Na época de esplendor, porém, totalmente inimaginável seria uma instituição universitária poder alienar os seus privilégios e, descendo do pedestal da livre pesquisa científica e filosófica desinteressada, enfeudar-se à luta partidária e in-

10. Apud Janssen, pág. 73. Na mesma página acrescenta Janssen: *Les Universités du moyen-âge étaient des corporations libres, indépendantes, raison de leur succès, c'était la liberté sans entraves dont elles disposaient, liberté d'apprendre comme liberté d'enseigner. Indépendantes les unes des autres, indépendantes de l'État, elles se développèrent dans émulation mutuelle, animée e féconde. De même que dans les diverses corporations de métiers, maîtres et compagnons formaient un parfait ensemble, une association libre de toute influence extérieure, ayant ses propres lois et ses intérêts séparés; de même les hautes écoles avaient de droit de s'organiser à leur guise: elles se complétaient l'une par l'autre, et, fidèles à l'idéal de toute science vraiment libre, se composaient de membres jouissant des mêmes droits. Elles avaient le pouvoir presque illimité de faire les lois et de se donner à elles — mêmes leurs statuts.*

glória na arena de efêmeras e mesquinhas ambições temporais.

Nobre autonomia, que não significa todavia nenhuma opposição à autoridade secular e muito menos à eclesiástica. Neste último respeito, em particular, as universidades medievais mantêm para com a Santa Sé relações de cordial e generosa submissão. Nem poderia ser de outro modo, pois, das 44 universidades existentes antes de 1400, 31 receberam do Papa o breve de fundação, sendo 21 de sua criação exclusiva (11).

Longe, pois, de lhes prejudicar a independência e liberdade, estas encontram no Papa a suprema garantia. A Santa Sé nunca intervém na vida íntima desses institutos. Suas relações com as corporações universitárias versam sobre cerimoniais e ritos académicos ou sobre matéria legal e constitucional, como vimos. Quanto à distribuição dos estudos, reina a mais completa autonomia, e qualquer restrição sofrida na liberdade do ensino é sempre obra da opinião do próprio mundo universitário (12).

Não é, pois, de admirar que, filhas privilegiadas e queridas da Igreja, como escreve Wimpheling, as universidades retribuíssem com fidelidade e afeição o muito que lhe deviam (13).

Mas a égide e a vigilância do chefe supremo não priva os *clerici* da espontaneidade da vida.

11. Schnürer, pág. 542.

12. Irsay, pág. 149-50.

13. Apud Janssen, pág. 72. Janssen pôde, assim, com verdade escrever. (ib.): *Les Universités du moyen âge appartiennent aux créations les plus grandioses de l'esprit chrétien. Il s'y manifeste avec éclat, dans toute la fraîcheur et la vigueur de la jeunesse. Elles furent les organes de la haute culture scientifique, le plus puissant levier de son développement ultérieur, la nation. les Universités, aussi longtemps que leur union à l'Église et a la foi ne subit aucune atteinte parvinrent à leur plus haut point de splendeur.* — Janssen se refere à Alemanha, mas o trecho transcrito tem alcance geral. Como também pode aplicar-se ao séc. XIII o que Paulsen (pág. 30) refere das ordens religiosas na Alemanha dos

Clérigos, *clerici* se chamavam mestres e alunos, por levarem um género de vida eclesiástica e trazerem vestes eclesiásticas. O que porém não significa tenham recebido ordens sacras. O atribuir-se essa denominação também aos leigos se explica pelas imunidades e privilégios que os clérigos, no sentido atual do vocábulo, desfrutavam desde antes do nascimento das universidades, privilégios e imunidades estendidas depois aos leigos. Êstes, como os estudantes de Filosofia e Teologia, os mais numerosos e que usam vestes eclesiásticas, por terem em mira consagrar-se ao serviço da Igreja, também se vestem do hábito clerical, como prova externa das suas prerrogativas, embora sem nenhuma ordens sacras. Nem mesmo a simples tonsura, sinal de pertencerem à ordem eclesiástica, a tinham êles (14).

O *celibato* é contudo obrigatório tanto para docentes como para discentes de tôdas as faculdades, não só em Paris como em Bolonha. Em Paris o cardinal Estouteville, em 1452, desligou dessa obrigação os professores da Faculdade de Medicina e os de Leis só o foram pelos estatutos de 1600.

Na Faculdade das Artes *scolares* e *magistri* vivem juntos sob disciplina claustral, nos edificios e colégios da universidade. Morar fora (como os *martinets*, no séc. XV), *stantiam habere extra locum probatum*, é em regra proibido. Os *clerici seculares* muitas vezes se reúnem e vivem num *hospicium*, sob a direcção de um principal, bacharel ou doutor, eleito por êles. Os *clerici regulares* residem nos respectivos conventos: os dominicanos se estabeleceram

sécs. XIV e XV: *Gerade im 14. und 15. Jahrhundert ist die Kultur der eigentlichen Wissenschaften in Deutschland einheimisch geworden; es waren Kleriker, welche sie aus der Fremde holten und in der Heimat anpflanzten und pflegten.*

14. Savigny aduz como prova de significar *clericus* o estudante leigo, que os estudantes de Paris são chamados *clerici scolares* e os livreiros, *clerici librarii* (pág. 140 n. f.)

em Paris em 1217, os franciscanos em 1230, vindo depois os carmelitas e agostinhos.

Como medida disciplinar recorre-se às vezes à flagelação: o delinqüente a sofre nas espáduas nuas, perante o Reitor e os Procuradores (15).

Mas, como adverte Schnürer, a Universidade, no seu conjunto apresenta um carácter eclesiástico, submetida à influência da Igreja e sendo o fim principal do ensino a formação do clero (16).

Apesar disso, contudo, nem sempre é modelar a vida do estudante. Em documento que se pode ler no *Chartularium* de Denifle (17) e datado de 1269, há queixas contra “certos clérigos e estudantes que, acompanhados dos criados, noite e dia ferem, matam, raptam mulheres, violam donzelas, pilham estalagens, roubam e cometem tôda espécie de celeradês e impiedade”. Não menos desedificante é o que relata o Chanceler Prévostin: “*L'étudiant ès aris court la nuit tout armé dans les rues, brise la porte des maisons, remplit les tribunaux du bruit de ses esclandres. Tout le jour, des meretriculae viennent déposer contre lui, se plaignant d'avoir été frappées, d'avoir eu leurs vêtements mis en pièces ou leurs cheveux coupés.*” Isso mesmo corrobora um pregador coevo: “Il y a des étudiants qui passent leur temps à boire dans les tavernes, à fabriquer des châteaux en Espagne et qui changent les classes en dortoirs.”

Freqüentes as rixas entre estudantes de nações diversas; entre estudantes e burgueses, quando êstes lhes violassem os privilégios e imunidades.

Dêsses conflitos, sobretudo com a burguesia e o município, originavam-se as *migrações* de mestres e alunos; e assim, como por cissiparidade, iam formar novos *studia* em outras cidades. Em 1229 Paris sofreu uma dessas secessões. De novo, em 1231, como consequência de conflitos em que

15. Cf. Savigny, III, pág. 258 e Paulsen, pág. 34.

16. Schnürer, pág. 549.

17. *Chartularium*, I, 48, n. 426 apud Schnürer, 549.

morreram vários estudante, a *universitas, clericorum deseruit Parisiis*, e os cursos se interromperam. E quando não chegassem até tal extremo, podiam declarar-se em *greve*, direito que lhes reconheceu formalmente Gregório IX.

Muitos estudantes eram *vagantes*, errando de uma universidade para outra, clientes das tabernas e da caridade pública, entregues ao furto ou feitos menestrelis, a trovar por onde passavam. Espécie de proletariado intelectual, escandalizavam Alano de Lille, que assim os pinta: *Potius dideiti gulae quam gloriae, potius colligunt libras quam legunt libros, libentius intuentur Martham quam Marcum, malunt legere in salmone quam in Salomone* (18).

Nasceu nêsse ambiente a poesia jocosa chamada *goliárdica* e os *carmina burana* (19). E' conhecida a composição onde se lê a quadra seguinte, continuada por outras do mesmo estro:

*Meum est propositum in taberna mori:
ut sint vina proxime morientis ori.
Tunc cantabunt laetius angelorum choris
“Deus sit propitius huic potatori.”* (20).

A Igreja opôs tenaz resistência, mas sem grande resultado, a essa população dissoluta e vagabunda, na qual se contavam não poucos eclesiásticos. O que fàcilmente se compreenderá, observa Schnürer, atendendo-se a que a Igreja, sendo, como era, a detentora e distribuidora da instrução na Idade Média, os jovens de origem modesta não podiam

(18) Irsaf, pág. 159, n. 6.

(19) Cf. a colecção *De nugis curialium*, atribuida a Walter Map, Oxford, 1914 e *Carmina burana*, Stuttgart, 1847. — M. Rodrigues Lapa, *Das origens da poesia lírica em Portugal na Idade-Média*, Lisboa, ed. do autor, 1929, pág. 156.

(20) *Les Poètes Goliardes*, pg. 491. — Cf. Baumartner, Alexander, *Geschichte der Weltliteratur*, IV er. Bd., *Die lateinische und griechische Literatur der christlichen Völker*, Herder, Freiburg, S. 414.

esperar melhor situação que abraçar a vida eclesiástica. Muitos o faziam levados de ambição puramente secular, sem verdadeira vocação; e iam assim muitas vezes, sentindo-se transviados, aumentar o número dos *clerici vagantes*. Razão explicativa do descredito em que caiu a Igreja no fim da Idade Média (21).

Escusado é dizer, que êsses desregramentos de vida constituem excepção. Em regra, longos e árduos estudos, cerçadas discussões públicas e provas laboriosas absorvem as actividades do maior número. E quando se fundaram os *collegia* a disciplina subiu de nível (22).

Demais, a idade juvenil em que se começavam os estudos era propícia à formação de hábitos disciplinados: entre 12 e 15 anos é a admissão à universidade; os graus se conferem entre 20 e 21 anos; o candidato a doutor deve ser maior de 30 anos.

O ano escolar se estende de 1 de Outubro a fins de Junho. Natal, Páscoa e Pentecostes trazem curtas interrupções aos trabalhos escolares. No verão, as grandes férias.

No decurso do ano lectivo os professores devem usar os livros prescritos no princípio, pelo regulamento da respec-

(21) Schnürer, pág. 550.

(22) Pace nota com acêrto: *The earlier university regulations dealt chiefly with academic matters, leaving the students quite free in others respects. According to all accounts this freedom meant licence in various forms—fighting, drinking, and graver offences against morality. With due allowance for the exaggerations of some writers who charge the scholars with every crime, it is clear from the college statutes that there was much need of reform. It should, however, be remembered that in any age the boisterous and lawless elements are more conspicuous than the serious, conscientious student; and it is doubtless to the credit of the medieval university, as a social factor, that it succeeded in imposing some sort of discipline upon the motley throngs which it undertook to teach.* E Pace recorda que, quando veio, a reforma quase reduziu a vida estudantil a uma vida monástica. Mas apesar disso não conseguiu estirpar certas práticas como a iniciação ou deposição do *bejaunus* (*bec jaune*), “*the modern forme of hazing*”, acrescenta.

tiva Faculdade. São êles: para a Teologia, a *Bíblia* e as *Sentenças* do Lombardo; para o Direito Civil, o *Digesto* e o *Código*; para o Direito Canónico, o *Decretum Gratiani*, as *Decretais* de Gregório IX, as *Clementinas* e as *Extravagantes* (23); para a Medicina — Galeno e Avicena, acompanhados de cursos práticos de anatomia; para a Filosofia, entre outros, a *Vetus Logica*, Prisciano, a *Logica Nova*, a *Ethica ad Nichomachum*, a *Physica*, a *Metaphysica* de Aristóteles (24).

Os mestres lêem os textos. E' a *praelectio* (palavra que o alemão traduziu em *Vorlesung* e que transparece no inglês *lecture*), acompanhada pelos estudantes em cópias de um manuscrito tipo chamado *exemplar*, composto de quatro fôlhas, *quaternus* ou *pecia*, e depositado pelo seu autor nas livrarias dos *stationarii*. A universidade taxa o preço dessas cópias (25). Se o estudante por pobreza não as pode adquirir, o professor lhe dita o texto em cursos de repetição.

A *praelectio* consiste em *ponere et determinare*, i. e., explicar e definir os termos; *scindere et summare*, ou divisão da matéria seguida de um sumário dos pontos essenciais; enfim as *quaestiones* ou apresentação e solução dos problemas sugeridos pelos textos. Uma fórmula mnemónica, aplicada ao Direito pode ser estendida à Filosofia:

(23) O *Decretum Gratiani* é assim chamado por ser obra de um monge camaldulo do mosteiro de S. Filipe, em Bolonha; veio substituir o *ius antiquum*, como *sistematização do direito canónico* tal como existia no principio do séc. XII. Publicado em 1140, foi o ponto de partida para uma multidão de decretistas. Assim, as *Decretais* são umas adições ao *Decretum*, bem como as *Extra*, compiladas por S. Raimundo de Penaforte, canonista catalão dominicano; foram enviados a tôdas as universidades em 1234, por Gregório IX pela buía *Rex Pacificus*. As *Clementinae* são uma codificação preparada por Clemente V e publicada em 1317 pelo seu sucessor João XXII. As *Extravagantes* são de João XXII, colecionadas em 1325 por Zenelin de Cassanis.

(24) Cf. para maiores desenvolvimentos, De Wulf, II, pág. 12.

(25) Cf. De Wulf, pág. 16 e Savigny, III, pág. 407 e segs.

*Praemitto, scindo, summo, casumque figuro.
Perlego, do causas, connecto, objicio.* (26)

As *lecturae* são *ordinariae*, quando feitas pelos doutores e de manhã; *extraordinariae* ou *cursoriae*, pelos *magistri* ou pelos *baccalari* à tarde.

Ao contrário do que se dá nas lições ordinárias, os estudantes podem, nas extraordinárias, propor dúvidas e objecções conducentes à melhor compreensão da matéria.

Parte capital do ensino, as *disputationes*; podem ser *ordinariae* e *quodlibetales*. A *disputatio ordinaria* e semanal dura da manhã ao meio-dia ou até à tarde, sendo avultado o número dos participantes. Um dos mestres, o *disputans*, formula a tese a ser discutida, e os *opponentes* objectam em sentido contrário. Dois ou três *respondentes, baccalari*, para tal designados, resolvem as objecções, tudo em forma silogística e em latim (27). As *Quaestiones disputatae* de S. Tomás dão idéia clara do teor dessas discussões.

As *quaestiones quodlibetales* ou *de quolibet* realizam-se pela Páscoa e pelo Natal (*quodlibet de Paschoa, de Natali*). Na Faculdade das Artes essas discussões são nos seus locais, *in vico Ttraminis* (a célebre *rue du Fouarre*) a que Dante se refere (28), e atraem numerosa assistência. O *quodlibetarius*, mestre incumbido de debater a questão, tem como

(26) Paulsen, pág. 39, onde o leitor poderá ver o significado dêsses termos.

(27) Referindo-se ao latim escolástico medieval, Paulsen escreve muito sensatamente: “a censura repetida até a náusea pelos antigos e modernos humanistas que Cicero não teria entendido tal língua, (os escolásticos) haveriam de rejeitá-la como descabidamente tôla; pois que pretendiam era serem dêstes entendidos. E teriam podido acrescentar, que abandonavam de bom grado a língua pobre de Cicero como de todo insufficiente a exprimir suas subtis indagações sôbre as relações das idéias entre si; para adejar em tôrno das coisas com os seus *quasi* e *quidam* talvez a língua ciceroniana pudesse servir, mas é totalmente incapaz de exprimir idéias com agudeza e precisão.” Op. cit., pág. 46.

(28) *Parad.* X, 137: *Vico degli strami*.

opponentes os designados numa lista. Tais discussões podem durar vários dias e mesmo uma semana. As *Quaestiones quodlibetales* de Santo Tomás servem de amostra delas.

Essas árduas provas, com os exames a serem prestados, conduzem o estudante à conquista dos graus. Os exames são orais, passados perante o Chanceler e o seu júri, devendo o estudante responder com êxito a três ou quatro perguntas, sob pena de reprovação, devendo neste caso tornar a comparecer depois de um ano. Mas, aprovado, obtém ao cabo de um ano de estudos o gráu de *baccalareus*; ao fim do segundo, o de *licenciatus*; coroa o curso, ao termo do terceiro, com o título de *doctor* ou *magister*. Títulos que, na Faculdade de Teologia, corresponde aos de *baccalareus biblicus*, *sententiarius* e *formatus* (29).

Os *magistri* são *actu regentes* ou *non regentes*, segundo abandonam, no último caso, a carreira, depois da lição inaugural ou, no primeiro, dão cursos regulares depois de devidamente nomeados pelas faculdades, ou por estas com a aquiescência do Bispo, ou pelo Capítulo. Não se deve porém esquecer, que, em virtude do princípio da absoluta liberdade, característica do ensino universitário medieval, quem obteve o doutorado pode abrir escola e ensinar (30).

O ensino começou por ser gratuito: Nas *Siete Partidas*, p. ex., Afonso-o-Sábio assim o dispõe: *Ciencia es don de Dios y por ende non debe ser vendida; ca asi como aquellos que la han la habieron sin precio e por gracia de Dios, asi la deben ellos dar á los otros de grado, non les tomando por ende ninguna cosa* (31).

A gratuidade era já tradição nas escolas catedrais e monacais do sec. XII. No séc. XIII os professores vivem das

(29) Cf. Irsay, pág. 150; Paulsen pág. 35; De Wulf, pág. 13; Pace.

(30) Cf. Paulsen, págs. 41-3 sôbre o valor do ensino.

(31) Pte. I, tít. XVIII, leg. X, ed. Madrid 1807, I, 431, *apud* Irsay, pág. 152.

suas prebendas ou, quando religiosos, são sustentados pelas respectivas ordens; ou ainda, buscam meios de vida no exercício de uma profissão.

A Universidade é pobre, não tem *aulas*; nem outro recurso têm as Faculdades senão a taxa paga pelos estudantes para a obtenção dos graus. Os artistas se reúnem na igreja *S. Julien des Pauvres*; os teólogos, nos *Mathurins*; os médicos, na casa do deão.

Ricos doadores criam os *colégios universitários* — *collegia, studia dotata*, onde os estudantes pobres têm garantidas cama e mesa (32). O mais famoso desses colégios foi a Sorbona, fundada em 1257 pelo capelão de São Luís, Roberto de Sorbon. Desde os fins do séc. XIV constituiu a Sorbona a Faculdade de Teologia, funcionando em edifício próprio. Deu o nome a essa Faculdade e, desde o comêço do séc. XIX, à Faculdade de Ciências e Letras e a quási tôda a Universidade.

(32) Referindo-se aos estudantes pobres medievais com vocação para os estudos, diz Paulsen: “Outrora a mocidade pobre não conhecia os tormentos do amor próprio dos tempos modernos. A falta de fortuna não era causa de desfavor. Ao contrário, muitas mãos se estendiam em socorro do estudante sem recursos. Em todos os estabelecimentos eclesiásticos, i. é, em tôdas as casas de ensino, colegiais, escolas monásticas, ginásios, universidades, os pobres gozam, como dizem os estatutos de Viena, do privilégio “do bom querer.” Admitiam-nos gratuitamente, tanto à matrícula como aos cursos e às promoções. Um sem-número de fundações, de donativos eram feitos em favor dos jovens desprovidos de recursos. Além disso, nas escolas secundárias, a mendicidade passava por meio regular de ocorrer às despesas, e não era excluída de todo das universidades. Como poderia a mendicidade tisonar a honra dessas sociedades, que recebiam no seu seio tantos membros das ordens mendicantes, obrigados por dever de estado a pedir esmolas? No pensamento da Igreja, nisso muito conforme ao do Evangelho, a riqueza e o bem-estar pareciam muito mais perigosos para a vocação que a pobreza e a mendicidade. Todo estudante pobre era pois livre de ganhar a vida colocando-se ao serviço de outrem. Mui frequentemente os sábios recebiam os serviços pessoais desses jovens

Para diferenciá-los das casas religiosas, onde vivem os estudantes regulares, os *collegia* eram chamados *bursae*, de *bursa*, que significa *bôlsa*, *bólso*, *saco*. O vocábulo veio a estender-se ao lugar gratuito no colégio, depois ao próprio colégio. O beneficiário de uma *bursa* é *bursarius*, *bursiatus*, donde a palavra alemã *Bursch*, rapaz.

Embora houvesse estudantes abastados, filhos da nobreza e da burguesia, é exacto afirmar-se que a população universitária é antes pobre. Mais de um professor se vê obrigado a penhorar os livros; e certos inventários publicados no *Chartularium* deixam patente a vida modesta de muitos mestres ilustres.

Tamanha importância assumiram os *collegia* em Oxford e Cambridge, que vieram eles, a constituir e a absorver a Universidade. Em Paris, ao contrário, a Universidade os absorveu.

II. — A Universidade de Bolonha.

Como Paris para as Artes e a Teologia, Bolonha é o grande centro dos estudos jurídicos; *Bononia docet*. (34) Mas diversamente da *alma mater* parisiense, que é uma *universitas magistrorum*, a Universidade de Bolonha é uma corporação de estudantes estrangeiros, *advenae* forenses, que nomeiam os seus chefes, a quem obedecem os professores. Homens de idade já amadurecida, os *scolares* se organizam em corporações, à imitação dos *guilds* de trafi-

sem recursos. O trabalho não passava de nenhum modo por desonroso na Idade Média, e os estudantes não se sentiam humilhados desempenhando o ofício de criados de seus amos, como o pagamento não pensava rebaixar-se servindo ao senhor. Esse estado de coisas tornava possível recrutar o clero na massa do povo; não havia nas universidades e nas escolas latinas nenhuma condição que não fosse representada” — Apud Janssen, pág. 73, nota 2.

(33) V. em Paulsen a vida errante e penosa de Zengg, segundo Burckhardt, pág. 26 e segs.

(34) Cf. Schnürer, pág. 543.

cantes, para mutuamente se auxiliarem e obviarem às necessidades da vida.

Pondo de parte tradições lendárias, que fazem a Universidade coeva de S. Ambrósio, o primeiro documento histórico que se lhe refere é a autêntica *Habita*, de Novembro de 1158, pela qual, na dieta de Roncálha, perto de Placência, o Imperador Frederico I, o Barba-Roxa, concede aos estudantes estrangeiros, *qui causa studiorum peregrinantur*, e aos professores, sobretudo de Direito, *et maxime divinarum atque sacrarum legum professoribus*, que possam habitar a cidade e freqüentar em paz os cursos, *ut ad loca, in quibus literarum exercentur studia, tam ipsi quam eorum nuntii veniant et habitent in eis secure*. O Imperador assim o dispõe compadecido dêsses que *amore scientie facti exules de divitibus pauperes semet ipsos exinanunt, vitam suam multis periculis exponunt et a vilissimis sepe hominibus, quod graviter ferendum est, corporales iniurias sine causa perferunt* (35). Concede-lhes foro privilegiado: *Veruntamen si eis litem super aliquo negotio quispiam movere voluerit, huius rei aptione data scolaribus eos coram domino aut magistro sua vel ipsius civitatis episcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conveniant* (36). Nos fins do sec. XII a êsses três juizes se acrescenta um quarto, o Reitor, que se firma como autoridade e a quem mestres e discípulos podem deferir o conhecimento das suas pendências.

Em Bolonha a princípio ensina-se só o Direito; depois, em 1316, surgem as Faculdades de Filosofia — *philosophi* ou *artistae*, e de Medicina — *medici* ou *physici*; finalmente, a

(35) Em 1155 os estudantes haviam recorrido ao seu auxilio: *Unde, mater, petimus perversum corrige morem. Lego tua liceat tutos hic esse legentes* — Apud Irsay, pág. 90, n. 4.

(36) A *authentica* na sua integra foi acrescentada ao *Código* de Justiniano, em 4. XIII, *ne filius pro patre*. Na ed. de Paulo Krueger vem à pág. 511.

Faculdade de Teologia em 1362, criada por bula de Inocência IV.

Mas já na primeira metade do sec. XIII os estudantes estrangeiros de direito, *ultramontani*, separam-se dos italianos, *citramontani*, e a Faculdade cinde-se em duas: a *universitas ultramontanorum* e a *universitas citramontanorum*. São os *advenae forenses* porém que, com o Reitor, à frente, constituem verdadeiramente a *universitas*, em virtude do privilégio de Frederico I. Por isso os naturais de Bolonha não têm voz nas assembléias nem podem exercer qualquer função universitária.

Como em Paris, os estudantes se agrupam em *nationes*: 17 dos citramontanos e 18 dos ultramontanos. Os dêstes últimos compreendiam segundo os estatutos: Gallia, Portugallia, Provincia, Anglia, Borgondia, Sabaudia, Vasconia et Alvernia, Bicturia, Turonenses, Castella, Aragonia, Catalonia, Navaria, Alamania, Ungaria, Polónia, Boemia, Flandrenses. Um mundo internacional, como em Paris.

Os alemães *Theotonic*, cêrca de uma centena no fim do sec. XIII, a maior parte eclesiásticos e de idade madura, buscam o título de *doctor*, diz Schnürer, para com êle alcançarem na pátria empregos e honras. Gozam do privilégio de prestar juramento nas mãos dos Procuradores e não nas do Reitor, e elegem quinquenalmente o Reitor dos ultramontanos. Os estudos, visando evitar gastos excessivos e danosos aos estudantes, determinam o hábito que devem trazer na cidade ou no distrito de Bolonha. Vestuário talar e de aspecto eclesiástico (37).

(37) *Stat.*, 3. 52. *Damnosis scolarium sumptibus providere cupientes statuimus quod nullus scolaris in civitate Bononae vel ejus districtu emat per se vel per alium pannum alium quam pannum, qui vulgariter vocatur pannus de statute vel de panno coloris nigri; quem pannum pro habitu superiori, cappa tabardo vel gabano vel consimili veste consueta pro tune longiori veste inferiori, et clausa a lateribus ac etiam fibulata seu maspillata antierius circa collum portare teneantur intra civitatem sub poena trium lib. Rect, effectualiter exigenda.*

Autoridade universitária suprema, o Reitor deve ser *clericus*, i. é, estudante, celibatário, de 25 anos, não pertencer a nenhuma ordem religiosa, dono de fortuna suficiente e ter estudado Direito ao menos durante cinco anos (38). O seu mandato é de um ano. Gozando da mais alta consideração, tem precedencia sôbre o Arcediago de Bolonha, sôbre Bispos e Arcebispos, menos sôbre o Bispo de Bolonha. Exerce jurisdição civil e criminal sôbre todos os membros da Universidade, excepto sôbre os estudantes alemães.

Ao lado do Reitor, certa autoridade foi conferida por um decreto de Honório III, em 1219, ao Arcediago de Bolonha, depois chamado *cancellarius*, como em Paris. Por êsse decreto nenhuma promoção podia ser feita sem um exame prévio e com o assentimento do Arcediago, para evitar a promoção de candidatos indignos.

Feito depois *cancellarius*, o Arcediago interfere nas promoções de tôdas as Faculdades, menos nas de Teologia, dependendo do Bispo, cujo encargo, nêsse ponto, foi chamado *cancellariatus*.

(38) *Stat.*, I. 1.: *Ad Rectoratus igitur officium eligatur Scolaris nostrae universitatis qui vita et moribus gravis: honestus, quietus et justus; et pro bono communi universitatis magis commendandus existat Item sit clericus non congregatus habitum deferens clericalem ac nullius religionis appareat. Super quibus vel aliquo praedictorum nullatenus dispensetur .. Et qui ad minus quinque annis juri studuerit in studiis generalibus, et suis propriis sumptibus continuo vixerit; et vigesimum quintum annum suae aetatis attigerit.* — A expressão *clericus non congregatus*, mostra à evidência o sentido, referido no têxto, dêsse vocábulo. Os *Statuta*, 2. 35, determinam a ordem em que se fará o estudo dessas diversas partes e dispõe rigorosamente sôbre o princípio e o fim dos *lectiones*. Leia-se, por ex., isto: *doctores tam in jure canonico quam civili de mane legentes intrare debeant in campana sancti Petri quae pulsatur de mane vel ante si is videbitur. Nec audeat tardare ad veniendum post pulsationem dicte campanae ad scholas poena XX solid. cuilibet imminente pro qualibet vice qua contrarium fecerint* — o mesmo se dispõe para o fim da *praelectio*.

Desde então, nota Savigny, a quem vamos seguindo em tôda esta exposição, o Papa considera o Arcediago chefe da escola, e a êle se dirige no concernente à Universidade.

Mas em 1270 os doutores se opõem às prerrogativas do Chanceler, entregando-se na igreja a actos de violência contra êle e o Bispo. Logo porém se submetem e o Chanceler continua no exercício pacífico de suas funções. Não houve, pois, em Bolonha, como em Paris, lutas prolongadas entre as duas autoridades universitárias.

De certas questões o Reitor toma conhecimento juntamente com o senado dos *consiliarii*, representantes das *nationes*, um ou dois para cada uma delas. Os *consiliarii* dos alemães, chamados *procuradores*, exercem a jurisdição sôbre êles, com exclusão do Reitor e das autoridades municipais.

São ainda autoridades universitárias o *syndicus*, o *notarius* e os dois *bidelli*.

O *syndicus*, eleito anualmente pelos estudantes, representa em justiça as duas Universidades. O *notarius* e o *massarius* também eleitos anualmente: aquêle, pelos notários da cidade, e êste, espécie de *caixa*, pelos negociantes. Dois *bidelli*, um para cada universidade, renovados anualmente.

Entre os mais funcionários universitários, ocupam lugar importante os *peciarrii* e os *stationarii*. Os *peciarrii*, em número de três para cada uma das duas Universidades — devem velar pela correcção das *peciae*. Chamava-se *pecia*, em Bolonha e em Pádua, explica Savigny (III, pág. 408), o manuscrito composto de duas folhas inteiras ou de quatro meias fôlhas ou de meio *quaternus*; cada página era dividida em duas colunas num total de dezesseis, tendo cada coluna sessenta e duas linhas e cada linha trinta e duas letras. De *pecia* veio o italiano *pezza* e o português *peça*. Na *pecia* estava escrito o texto que serviria às *prelectiones*; constituia o *exemplar*, depositado na loja de um *stationarius*, ou livreiro, que dêle tirava cópias para vender aos estudantes. Os *stationarii* deviam ter exemplares correctos, vender ou alu-

gar as cópias pelos preços taxados pela Universidade, e não vendê-las nunca a uma escola estrangeira (39).

Professores e estudantes desfrutam de privilégios determinados pelos estatutos. Os estrangeiros são equiparados aos cidadãos, mas têm, como vimos, o *privilegium fori*. Os professores bolonheses são isentos de todo imposto e do serviço militar.

Investidos na sua dignidade, juram os *magistri* não haverem nunca de ensinar fora de Bolonha. E o cidadão que persuadissem a abandonar a Universidade um estudante, um professor bolonhês de mais de cinquenta anos ou os professores salarizados, antes de findo o prazo do contracto, sofria pena de morte e confisco dos bens.

Dificuldades sôbre preços de alojamentos são dirimidas por quatro taxadores, nomeados anualmente, dois pela cidade e dois pelos estudantes.

Era uso antigo fazerem os estudantes, ao cair das primeiras neves, uma colecta entre os doutores e cidadãos ricos, com o fim de pagarem os retratos ou as estátuas de celebridades professorais, com os quais ornavam os locais universitários.

Como em Paris e Oxford, a organização dos *collegia* veio em auxílio dos estudantes pobres. A expressão *collegium* é já empregada antes de 1302. Em 1263 é criado o *collegium avenonense*; o *Brixense*, em 1330 em 1364, o *Hispanicum*, cujo edificio até hoje subsiste, pelo cardinal Egídio Albornoz.

O ano lectivo de 19 de Outubro a 6 de Setembro. A 7 vigília da Natividade, é o início das grandes férias; além das quais, quinze dias pela Páscoa e onze pelo Natal. Inicia-se cada curso por missa solene e um discurso pronunciado por um estudante ou, na falta dêste, por um professor de humanidades.

(39) Cf. *Stat.* I, 18. *De petiariis et eorum officio*; I, 26 e 27 sôbre os *stationarii* e os preços dos livros. *Ib.*, 4, 68, sôbre os *stationarii* que têm os *exemplaria*.

Os cursos são ordinários ou extraordinários, *ordinariae et extraordinariae lectiones*. Distinção de sentido controvérso, parece correlata, no pensar de Savigny, aos livros usados, que são ordinários e extraordinários. Os cursos sobre livros ordinários são extraordinários quando dados à tarde. Os livros ordinários para o Direito Romano são o *Digestum vetus* e o *Codex*; os extraordinários, o *Digestum novum*, o *Informatium* e o *Volumen* (40). Para o Direito Conônico o *Decretum (Gratiani)* e as *Decretales*.

Professores ordinários, que dão os cursos ordinários, podem dar os extraordinários; mas professores extraordinários só podem dar cursos extraordinários. Por aula que faltem pagam duas libras de multa.

Aos cursos ordinários, os mais importantes e seguidos assiduamente por todos os alunos, destinam-se as horas matinais, propícias ao trabalho fecundo. Dos extraordinários, os estudantes seguem os que melhor lhes aprouver.

As *repetitiones* e *disputationes* servem de complementos. Aquelas, que duravam do comêço do ano até ao Carnaval consistem na explicação minuciosa de um texto, acompanhada da solução das dificuldades e das respostas a tôdas as objecções. Estas, da Quaresma a Pentecostes, semanalmente e nos dias sem curso, salvo as festas solenes, e delas só podem participar os doutores e os estudantes candidatos ao ensino salariado. O tema é um ponto de direito; todos os bacharéis devem assistir aos debates e todos os estudantes

(40) Os romanistas medievais assim repartiam as *Pandectas*: 1. *Digestum vetus*, até o liv. 24, tit. II, de *Divortis* — 2. O *Informatium*, do liv. 24, tit. III, de *solutio matrimonii*, até o fim do liv. 38 — 3. *Digestum novum*, desde o liv. 39, tit. I, de *operis novi nunciatio*, até o fim do Digesto. — Dividiam o *Corpus Juris Civilis* em 5 *volumina*: os três primeiros abrangiam o Digesto; o 4.º, os 9 primeiros livros do *Código*; o 5.º, chamado *Volumen*, por falta de nome próprio, compreendia os 4 livros das *Institutiones*, as 9 *collationes* das *Authenticæ*, a coleção do *Direito Feudal* com um certo número de constituições imperiais formando tudo a 10.ª *collatio*. Os liv. 10, 11 e 12 do *Codex* são chamados *Tres Libri*.

podem objectar. Os assuntos, tanto das *repetitiones* como das *disputationes* hão-se de publicar com vários dias de antecedência e sua explicação completa será entregue dentro de um mês ao *bidellus* da Universidade. O alvo visado pelo estudante nêsse longo e acidentado *curriculum* é o título de *doctor*, sinónimo de *magister* no séc. XIII. Porque, antes, o doutorado era designativo de um *grau*, não dando ao doutor o privilégio de ensinar, pois *magistri* havia sem serem *doctores* (41).

Os professores obtêm o doutorado em Direito Romano, depois de oito anos de estudo; em Direito Canónico, de seis. Podem obtê-lo também *in utroque jure*.

O candidato ao doutorado deve afirmar, sob juramento, ter perfeito o tempo prescrito de estudos, e ser apresentado ao Arcebispo ou Chanceler por um doutor.

Passara antes por duas espécies de exames: *privata examinatio* e *publica examinatio*.

Antes do exame indicam-se ao candidato, *ad rigorosum et tremendum examen transire cupientes*, dizem os Estatutos (2.41) dois tópicos, *puncta assignata*, a serem tratados: de Direito Romano, de Direito Canónico, ou de ambos, segundo quera obter o doutorado em uma só dessas disciplinas ou nas duas (42).

No mesmo dia lê a sua dissertação, sendo arguido pelo doutor que o apresentou e por outros, devendo estes últimos jurar que não tiveram nenhum entendimento prévio com o examinando. E' obrigação dos examinadores tratar o candidato como se fôsse filho, sob a pena regulamentar de um ano de suspensão. Aprovado, em escrutínio secreto, recebe o grau de *licenciatus*, que não lhe dá nenhum privilégio sobre os mais estudantes, servindo a licença apenas de transição para o doutorado (43).

(41) Savigny o prova sem réplicas em I, § 136.

(42) *Stat.* 2. 41, *De punctis in privata examinatione*.

(43) *Stat.*, 2. 41: *Examinatione vero finita antequam doctores inde recedant, fiant solito more scrutinium sigillatim et secrete,*

Terminadas tôdas essas provas, examinadores e examinado dirigem-se solenemente para a Catedral, onde se realiza o *conventus*, perante o qual o licenciado pronuncia um discurso, e lê uma tese de direito, sendo arguido só por estudantes. Proclamado então Doutor pelo *cancelarius*, ou pelo Doutor que o paraninfou, recebe o livro, o anel e o barrete doutoral, insígnias de sua nova dignidade, e é convidado a sentar-se na cátedra.

Como antes do exame já havia jurado, perante o Reitor, que fez o *curriculum* regulamentar de estudos e nada mais pagou além das taxas prescritas, antes do *conventus* repete êsse juramento e mais, que nunca procederá contra a Universidade nem contra os estudantes e obedecerá ao Reitor e aos estatutos. Compromete-se sobretudo a não deixar a Universidade; mas êste juramento foi abolido em 1312 e desde então um decreto do Papa garante aos doutores de Bolonha o *jus ubique docendi*.

Êsse complexo de solenidades e a aquisição do título de doutor implicava para o candidato em não pequenas despesas; como chegassem a ser excessivas, o Papa ordenou em 1311 não deveriam sobrepujar 500 libras, uns 2.350 francos, na avaliação de Savigny.

Os doutores que realmente exercerem o ensino são *legentes*; os que abrem mão dessa prerrogativa, *non legentes*. Mas quando os cursos ordinários vieram a pertencer exclusivamente aos cidadãos de Bolonha, houve *baccalari*, ao lado e doutores *legentes* ordinários e extraordinários, e que só podiam fazer cursos extraordinários salarizados, previstos em decreto. Mas antes, o estudante que professou uma obra inteira de Direito Canónico ou Civil, ou sustentou uma *repetitio solene* sôbre um fragmento do Direito Civil ou Canónico, era Bacharel. O bacharelado, pois, conclui Savi-

quo quisque deponat an approbet vel reprobet examinatum...Item statuimus quod nullus Doctor in privata vel publica vel ejus occasione aliter tractet scolarem quam suum filium faceret proprium sub poena contra injuriantes scholaribus impositas et perjurii.

gny, não é um grau acadêmico conferido pela Faculdade nem um emprêgo acadêmico conferido pela Faculdade, diferentemente do que se passava em Paris (44).

Cursos públicos pagos pelos estudantes e professados por mestres estrangeiros tornaram-se, desde 1289, instituição permanente. Êsses professores salarizados porém gozavam menos consideração que os outros. Em 1384 a cidade pagava 19 juristas e 23 artistas. Por fim, todos os professores são salarizados e professorado se considera função pública.

Vencimentos também eram previstos para certas cadeiras ensinadas por estudantes estrangeiros. Eram elas: *ordinaria in Decretis, extraordinaria in Decretis, Sexti et Clementinarum, Infortiati et Novi pro diebus festis continuus, Voluminis, Infortiati et novi pro diebus festivis*.

No séc. 13 os locais dos cursos são as salas, *scolae*, alugadas pelos doutores; sendo os alunos muitos, são dados num edifício público.

Savigny observa, terminando o estudo dos estatutos da Universidade de Bolonha, que as relações entre mestres e alunos eram mais exclusivas e menos efêmeras que hoje. Um estudante é o adicto de um só professor a quem êste podia chamar seu *alumnus*, no sentido etimológico do vocábulo (*alo*) (45). Mas essas relações nem sempre são irrepreensíveis. Certos doutores não têm escrúpulos em emprestar dinheiro aos estudantes, para depois aumentarem os ordenados. Doutores novos, para conseguirem mais numeroso auditório e reputação, fazem o mesmo e assim lhes aumentavam os honorários. Em 1279, refere Savigny, Egidio não podendo, por doença, professar sôbre as decre-

(44) *Stat. 2. 40: ... et pro baccalariis haberi etiam non aliter, qui legendo prosecuti fuerint lectiones alicuius libri juris canonici vel civilis canonici vel civilis, vel legem aliquam; seu decretalem repetierint publice cum oppositis et quaesitis.*

(45) Cino, romanista que nasceu em Pistóia em 1270 (Cf. Savigny, IV, 213), referindo-se ao seu mestre Lambertino Ramponense, diz *sub quo militare volui*.

tais, aluga a Garsias, pela metade dos honorários, sala e auditório. Em 1295 um professor de Lógica compromete-se a ensinar três anos e dar a um professor de Filosofia o quarto dos honorários, com a condição de êste ensinar três anos na mesma sala e dar-lhe o têtço dos honorários superiores a 40 soldos e do que cada estudante pagasse até 30 soldos. Como se vê, vem de longe a luta entre a ambição e o direito.

III. — A Universidade de Oxford.

Universitas Oxoniensis é designativo que aparece desde 1252. Como a Universidade de Bolonha, também a de Oxford tem suas origens embaladas pela lenda. Um cronista a faz contemporânea de Samuel, juiz na Judéia, enquanto outro sabe de ciência certa ter sido o *studium* oxoniense fundado por uns filósofos, quando guerreiros troianos, chefiados por Bruto, apoderaram-se das ilhas de Albion! Não falta quem considere seu verdadeiro fundador o rei Alfredo-o-Grande. O que parece fora de dúvida é terem ensinado em Oxford, desde a primeira metade do séc. XII, certos mestres como Teobaldo Estampense, Adelardo Batense, o famoso criador da teoria do *respectus*, e Roberto Pullen, autor das *Sententiae*, modelo das que mais tarde escreveu Pedro Lombardo. Também o célebre mestre lombardo Vacário, *Magister Vacarius*, aí introduziu o estudo do Direito Romano, tendo composto em 1149 a sua obra *Liber ex universo enucleato jure exceptus* (46). E pelos meados dêsse século funcionavam, além de outras, umas escolas privadas anexas ao convento agostiniano de Sta. Frideswyde.

Mas o *studium generale oxoniense* definitivamente se firma a partir de 1167, quando estudantes estrangeiros, entre os quais muitos inglêses, expulsos de Paris, segundo refere João Sarresberienese, vieram constituir em Oxford

(46) Savigny, IV, 92-3.

uma verdadeira população cosmopolita, acrescida pela secessão parisiense de 1229-31. E como em Paris as abadias de SS. Vítor, de Sta. Genoveva e as escolas catedrais de Notre Dame foram os centros onde se agruparam as primeiras escolas, em Oxónia êsse papel desempenhavam as abadias de Sta. Frideswyde e Oseney.

Em 1208-9, em consequência de lutas entre estudantes e a burguesia local, dois dêles foram mortos. Êsse facto provoca uma emigração em massa de cêrca de 3.000 escolares, mestres e alunos, uns para Cambridge, cujo nascimento data daí, outros para Reading, e *villam Oxoniae scolis vacuam reliquerunt*, narra um cronista.

Tão numeroso êxodo se por um lado põe em grave risco de vida o incipiente *studium oxoniense*, por outro traz certas vantagens. Para colocar a população universitária ao abrigo de tais ataques por parte da burguesia, uma ordenação de 1214, do legado do Papa, Nicolau, reconhece aos *magistri* e *scolares* o direito de greve e de secessão; concede-lhes o *privilegium fori*, ficando então sob a jurisdição do Bispo de Lincoln, representado pelo Arcediago de Oxford, como *cancellarius*. Assim, “no caso de ser um estudante prêso por um habitante da cidade, deveria ser imediatamente pôsto em liberdade por ordem do Bispo de Lincoln, do Arcediago ou seu official, do Chanceler ou daquele a quem desse o Bispo essa incumbência” (47). O primeiro Chanceler segundo parece, foi o famoso Roberto Grosseteste (Grossum Caput), em 1221, Bispo de Lincoln, em 1235. Além disso a cidade ficava obrigada a contribuir com uma soma anual para a manutenção dos estudantes pobres.

Em 1232, 38 e 40 novos distúrbios foram a ocasião de novos privilégios, conferidos desta vez por Henrique III em 1255, aumentando-se consideravelmente o poder do Chance-

(47) *Munim.*, I. p. 2; *Rashdali*, III, 37.

ler, que fica autorizado a encarcerar o leigo que ofendesse gravemente um clérigo (48).

Mas já desde 1254 Inocêncio IV velava pela existência e consolidação da Universidade inglesa, colocando-a sob a proteção de S. Pedro e sua — *sub beati Petri et nostra protectione suscipimus*, e confirmando os primeiros estatutos outorgados em 1253. E encarrega os Bispos de Londres e de Oxford de defender as imunidades universitárias contra as absorções do Rei. Por onde se vê, observa Irsay, que a Universidade de Oxford é uma instituição eclesiástica como a de Paris e Bolonha (49). Ao contrário do que sucedeu em Paris, em Oxford o Chanceler vê a sua autoridade aumentar gradualmente; e começando por ser autoridade independente da Universidade acaba por fazer parte integrante dela. Em 1290 eram da sua alçada, refere Rashdall, “todos os crimes cometidos em Oxford, sempre que fôsse parte um estudante, salvo em processo de homicídio ou de mutilação” (50).

Mas, em 1395 uma bula de Bonifácio IX isenta a Universidade de tôda jurisdição episcopal. Revogada por João XXII em 1411, foi restabelecida por Sixto IV em 1479. O Papa é o defensor supremo do *studium generale oxoniense*.

Os estudantes oxonienses se agrupam, como em Paris e Bolonha, em duas *nationes*: os *boreales*, compreendendo ingleses e escoceses; e os *australes*, onde se incluíam gaélicos e irlandeses. Cada qual com o seu *procurador*, que permanecem distintos, apesar de as duas nações se fundirem em 1274.

(48) *Munim.*, II, 776, Rashdall, *id.*, 86: *Si laicus inferat clerico gravem vel enormem lesionem statim capiatur, et si magna sit lesio incarceretur in castro Oxonie et ibi detineatur quousque clerico satisfiat, et hoc arbitrio Cancellarii et Universitatis Oxonie, si clericus protervus fuerit; si minor vel levis sit iniuria, incarceration in villa.*

(49) *Munim.*, I, 26 e 28, apud Irsay, pág. 126 n. 2 e 3.

(50) Rashdall, *op. cit.*, III, 94.

Em 1333 deflagram embates violentos entre *boreales* e *australes*. Noutra ocasião gaélicos e ingleses entreatacam-se furiosamente. Motins e algazarras chegam a ponto, nas ruas de Oxford, que estudantes desejosos de vida mais tranquila vão viver em Stanford, no condado de Lincoln (51)

Clérigos, *clerici* são êles, à semelhança de Bolonha e Paris, não tendo êsse vocábulo um sentido estritamente eclesiástico. Todos adstritos ao celibato: casando, o mestre perdia o lugar; o estudante fica privado de receber graus.

Muitos clérigos, porém, o são, no sentido eclesiástico do vocábulo. Em particular, religiosos Dominicanos e Franciscanos sobretudo ilustram, como mestres e alunos, a alma mater oxoniense. Dentre os Franciscanos, estabelecidos em Oxford desde 1224, enumeram-se o ínclito Roberto Grossum Caput (Grosseteste), já nomeado, “*un des plus remarquables hommes de science de ce temps*”, na expressão De Wulf; Tomás d'Iorque, Adão Marsh (de Marisco), Bartolomeu Anglico, Ricardo Rufo, João Pecham, Arebispo de Cantuária; Rogério Marston, Ricardo de Mediavila (Middleton), o grande Rogério Bacon — o instaurador da *scientia experimentalis* em pleno séc. XIII, espécie de Alberto Magno franciscano (52) — o imortal Duns Scoto, o *doctor subtilis*, talvez o maior nome do séc. XIII, depois de Santo Tomás.

Os Dominicanos, já em 1205, estabelecidos em Oxford, também honram a Universidade com Ricardo Fishacre, Roberto Bacon, Roberto Kilwardby, Ricardo de Chapwell, Tomás de Sutton e outros menores.

(51) A. C. Delacour de Brisay, *L'Université d'Oxford et la vie universitaire en Angleterre*, Paris, Fischbacher, 928, pág. 21. Livrinho superficial e mal feito, mas com algumas informações úteis.

(52) De Wulf, II, pág. 271, diz de Rogério Bacon: *Pour les sciences en générale, Bacon professe un culte dont on lui a fait justement un titre de gloire: sciences naturelles, mathématiques, perspective, optique, géographique, astronomie, alchimie, philologie, il a pratiqué tout cela mieux qu'aucun autre de ses contemporains... Les applications qu'il a fait de la géométrie à la physique sont supérieures à celles des Arabes... Il fabrique et perfectionne des instru-*

Fora dessas ordens, são igualmente ilustres: S. Tomás de Cantelupe, bispo de Hereford, o grande jurista S. Edmundo de Cantuária, S. Ricardo de Wyche, todos *cancellari* notáveis, que terçavam valentemente armas pela autonomia universitária. Concorreram em grande parte para fazer de Oxford a rival de Paris — *Oxonialis universitas aemula Parisiensis*, diz um cronista (53).

Essa nobre emulação porém não impediu se reconhecesse a supremacia de Paris. Tomando a Alma Mater Parisiense como modelo, pela sua melhor organização e melhores mestres, Roberto Grosseteste, Cancelário em 1240, convida os professores de Teologia a seguirem a ordem adoptada em Paris; em 1246 Inocêncio IV faz ao Chanceler idêntica recomendação (54). Mas — ainda influência parisiense — em 1252 os estatutos universitários ordenam que ninguém seja licenciado em Teologia antes de ter obtido do Cancelário o certificado de licenciado em Artes (5).

A reconhecida superioridade de Paris não priva porém os mestres oxonienses da autonomia intelectual. Cedo a orientação filosófico-científica difere da de Paris e se impregna de um colorido próprio, mais positivo e utilitário.

ments d'optique (.) Les textes qu'il consacre à la méthode expérimentale, à ses conditions, à ses ressources sont devenues célèbres. Incomparavelmente maior que o seu homônimo do séc. XVI, Bacon de Verulam. Com Rogério aparece pela primeira vez a expressão *scientia experimentalis*. Cf. Gilson, E., *La Philosophie au moyen âge*, Paris, Payot, 1922, II, pág. 59. É com Duns Scoto, seu compatriota, a maior glória da vetusta Universidade, no séc. XIII.

(53) Apud Irsay, pág. 128, n. 6.

(54) Cf. De Wulf, II, pág. 18.

(55) *Munim.*, I, 25, apud Irsay, 127, n. 6: *Statuit Universitas Oxoniensis. . quod nullus in eadem Universitate incipiet in theologia nisi prius retexerit in atribus in aliqua Universitate, et nisi legerit aliquem librum de canone Bibliae vel librum sententiarum vel Historiarum. salva Concellario et Universitati magistrorum potestate gratiam huiusmodi defectum patientibus faciendi, cum viderit expedire.* — Cf. Rashdall, III, 50.

Basta relembrar a importância que assumem nos sistemas de Roberto Grosseteste e Rogério Bacon a matemática e as ciências experimentais, para se compreender como o espírito prático e utilitário da raça não precisou esperar pela vinda de Francisco Bacon para se manifestar de modo inconfundível, em oposição ao que poderíamos chamar o idealismo teológico parisiense (56).

Muitos *clerici*, que viriam a ser depois *magistri*, como êsses que acabamos de nomear, eram desprovidos de recursos para o estudo. Razão por que também em Oxford, os *collegia* surgiram a obviar êsse inconveniente. Com o tempo foi tal a influência que exerceram, que vieram êles a constituir a Universidade, como já fizemos notar.

O mais antigo, segundo uns, é o de Merton, fundado em Surrey, em 1264, por Walter de Merton, oxoniense, Bispo de Rochester transferido em 1274 para Oxford. Mas outros dão a primazia cronológica ao de Balliol, fundado em 1262 por Devorgilla, viúva de João Balliol. Vieram depois: University, fundado pelo arcediogo Guilherme de Durham em 1249; Worcester, estabelecido em 1283, que começou por ser uma casa de beneditinos; Oriel, fundado por Eduardo III em 1326; Queen's, em 1340, pelo capelão da rainha Filipa — donde o seu nome — Roberto de Eglesfield; New, em 1379, por Guilherme de Wykeham, bispo de Winchester.

Como em Paris, havia estudantes *bursarii*: os de Balliol recebiam 8 dinheiros por semana, correspondentes às bôlsas dos de Paris, que iam de 2 a 8 soldos. Assim, observa Irsay, “as primeiras rendas da Universidade foram na realidade as de seus membros; estudantes pobres são os seus primeiros beneficiários; foram os homens e não os imóveis os primeiros a serem pagos” (57). Elevado espírito,

56) De Wulf, sôbre Bacon, II, pág. 271: *Homme de science, il recueille et accentue les traditions de Oxford, où, dès les debuts de l'université, la méthode expérimentale et l'interprétation des phénomènes de la nature em termes quantitatifs étaient en honneur...*

(57) Irsay, pág. 158. — Sôbre os *collegia*, v. Rashdall, III, 169-90.

que sabia colocar o valor das almas acima do das vigas, traves e cantaria!

* * *

Essas três famosas e típicas Universidades põem em relêvo o papel que desempenharam como factor do progresso do espírito na Idade Média. Na ordem filosófica, em especial, o aparecimento delas, sobretudo da de Paris, coincide com a fundação das ordens mendicantes e a tradução das obras de Aristóteles, as três causas preponderantes da grande revolução intelectual operada na Europa do séc. XIII. Mas, no campo filosófico, nem as ordens mendicantes teriam exercido a considerável influência que exerceram, nem a Filosofia aristotélica imprimido nova orientação ao pensamento, se não fôsses esses poderosos centros de cultura — Paris e Oxford.

A Universidade medieval descobriu o segredo de utilizar homens e coisas para, no esplendor do séc. XIII, criar na Europa uma cultura filosófica de tal envergadura, que seria necessário retroceder ao tempo de Sócrates, Platão e Aristóteles para encontrarmos a mesma concentração de pensamento, a mesma profundidade de reflexão e o mesmo confiante otimismo na obra da razão humana.

A prodigiosa empresa de cristianizar Aristóteles não lograria levá-la a cabo nem ainda o gênio másculo de um Tomás de Aquino, se não se houvesse banhado no ambiente propício da organização universitária.

Como a Cavalaria, o Direito Canônico, o Feudalismo, o estilo Gótico, a Universidade, foco de irradiação da imponente síntese escolástica, é uma das magnas instituições medievais. Para ignorá-lo seria mister a fanática miopia de um Michelet e de seus sequazes, que na idade medieval só enxergam superstição grosseira e ignorância crassa, de mistura com a peste e guerras cruéis, a constituir uma sanguinolenta noite de mil anos. Felizmente porém esse estado de espírito, nos grandes países civilizados do mundo e de

intensa cultura — França, Inglaterra, Alemanha, Bélgica, onde superabundam medievalistas ilustres — já não passa de uma penosa recordação, desde mais de cinqüenta anos a esta parte. Só espíritos primários, de rudimentar e deficiente formação, e em países que ainda vegetam na sombra da incultura, ousariam repetir tão soezes calúnias.

Êsses mesmos espíritos não cansam ainda hoje de buzi-nar que a Idade Média, em matéria de Filosofia, viveu pas-sivamente à sombra do método de autoridade: *ipse dixit*, Aristóteles assim o afirma! Mas os olhos se lhes desanu-variariam se com boa-fé considerassem apenas os processos formativos do espírito, nas *disputationes públicas*, em Paris e Oxford para a Filosofia e a Teologia, e em Bolonha para o Direito.

Triunfo do *puro raciocínio*, como hoje raramente se manifesta. Um Duns Scoto, p. ex., êsse poderoso espírito vigorosamente crítico e independente, que sugeriu a Taine a idéia de Hegel, sustentou em 1304 em Paris a tese da Conceição Imaculada. Teve de responder a cêrca de 200 argumentos. “Sem interrupção, narra Bulaeus, citado por Paulsen (op. cit., pág. 42), ouviu-os tranquilamente; depois, com assombrossa memória, repetiu-os na ordem em que foram formulados e solveu as mais inextrincáveis dificulda-des e os mais enredados silogismos, com a mesma facilidade com que Sansão se desprendeu dos laços de Dalila.” E são do seu grande émulo do séc. XIII, S. Tomás de Aquino, estas memoráveis palavras: *locus ab auctoritate quae fundatur super ratione humana est infirmissimus* (*Sum. Theol.* I.^o, q. I.^a a. VIII). Da *Summa Theologica*, um dos monumentos mais característicos do pensamento medieval, disse Faguet (*Hist. de la Litt. Fr.*, Paris, 1905, I, 106), que “*toutes les ques-tions philosophiques... y sont abordées et exposées avec une force de réflexion et une abondance d'idées accessoires qui confond l'esprit.*”

O que passava em Paris e Oxford com a Filosofia e a Teologia, dava-se em Bolonha com o Direito. A escola dos glossadores, nascida com Irnerio, o célebre mestre bolonhês

levou ao fastígio o estudo do Direito Romano no séc. XIII, a ponto de Savigny não temer afirmar que é impossível o estudo a fundo de certas questões de direito moderno sem remontar aos escritos dêles (op. cit., IV, 136). O terem os mestres de Bolonha se alçado a tão elevado nível de cultura jurídica, fàcilmente o compreenderá quem atender ao sistema *escolástico* da sua argumentação. O professor, historia Savigny (op. cit. III, 388), autoridade máxima nêstes assuntos, começa propondo a *summa* ou título a ser explicado no curso; passando em seguida às diferentes leis, lê o têxto adoptado, indica a espécie da lei, resolve as antinomias aparentes, deduz as regras gerais do direito (*brocarda*) e refere em seguida os processos reais e fictícios cuja decisão se podiam achar nessas leis (*quaestiones*).”

Compare-se tão forte formação, geratriz do hábito de distinguir e subdistinguir, para bem adaptar à disposição legal o facto concreto, com o sem número de citações que se lêem em qualquer obra moderna de Direito, ou em *razões* (que de *razões* só têm o nome.) de qualquer advogado, mesmo famoso, e se poderá calcular a distância imensa que medeia entre o ensino da Universidade medieval e o das escolas actuais. Se em Direito se pode falar em *magister dixit*, já vê o leitor onde tem êsse lema o seu triunfo!

Por essa intensa formação universitária é que se explica a clareza do espírito francês, tão manifesta na sua língua; pois a França foi por excelência a nação plasmada pela sua incomparável Universidade. Brunetière categoricamente o afirma: “*Les définitions de la scholastique n’ont rien de scientifique au sens véritable du mot; mais elles n’en ont pas moins discipliné l’esprit français en lui imposant ce besoin de clarté, de précision et de justesse qui ne laissera pas de contribuer pour sa part à le fortune de notre prose. . . À coup sur, nous ne pourrons pas ne lui être reconnaissants de nous avoir appris à composer; et là, comme on sait, dans cet équilibre de la compositions dans cette subordination du détail à l’idée de l’ensemble, dans cette juste proportion de*

parties, là sera l'un des attraits, éminents et caractéristiques de la littérature française. Comme si l'on disait qu'en même temps qu'il se manifestait comme un esprit de satire et de fronde, l'esprit français se déterminait d'autre part comme un esprit de logique et de clarté." (*Manuel de l'Histoire de la Littérature Française*, Paris, Delagrave, 1919, págs. 24-5). Completando essas idéias, assevera A. Darmsteter no seu belo livrinho, *La Vie des Mots* Paris, Delagrave, 11e. ed., pág. 72 n. 1): "*C'est à la scolastique et au bas latin, disons-le en passant, que le français doit l'incomparable netteté qu'il apporte dans la langue philosophique.*"

A todos êsses benefícios, dela redundados em nós, acresce que da universidade medieval provieram as universidades modernas. Grandes diferenças porém as separam. As universidades modernas, a partir da Renascença, são criações de príncipes e do Estado, que as absorve cada vez mais. Desaparece assim o princípio fecundo da liberdade do trabalho intelectual, característica dos *studia generalia* medievais. Cada mestre eminente podia fundar a sua escola e ensinar; da sua capacidade dependia seu êxito. E' assim, que vemos acorrer da Europa inteira estudantes ávidos de ouvir um S. Tomás ou um Duns Scoto, como no séc. XII constituíram multidões os que rodeavam Abelardo na Escola Sta. Genoveva. Para ensinar só há uma condição: ter gênio e saber. E qual não seria a repercussão e a influência de tais escolas, observa Savigny, em tempo em que eram tão poucas e o ensino só se transmitia oralmente! Sem a concorrência dos ginásios e dêsse aluvião de livros, que hoje surgem de todos os lados, as universidades medievais desempenhavam papel muito mais importante que a universidade moderna.

Que nobre orgulho o dos professores, quando de tóda a Europa acudiam estudantes cheios de entusiasmo a passar longos anos em Paris e Bolonha para lhes seguir as lições! (op. cit. III, 114-5).

E quanto mais reflectirmos no papel desempenhado por êsses luminosos focos de intensíssima cultura, mais nos penetraremos das múltiplas lições, que os modernos nêles poderiam haurir (58).

NOTA. — Este modesto estudo não pretende a nenhuma espécie de originalidade. Nas fontes abaixo enumeradas o leitor encontrará todo o material empregado. Será fácil verificá-lo.

Rashdall, Hastings, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, new edition by F. M. Powicke and A. B. Emden, 3 vols., Oxford, Clarendon Press, 1936. No 1.º vol.: *Salerno-Bologne-Paris*; no 2.º *Italy-Spain-France-Germany-Scotland*, etc.; no 3.º: *English Universities-Student life*. — Obra imprescindível para o estudo da matéria.

F. C. de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, tr. Guenoux, Paris, 1839, Hingray, 6 vols.; todo o estudo sôbre a Universidade de Bolonha fomos buscá-lo nessa obra fundamental. *Statuta et privilegia almae universitatis Juristarum Gymnasii Bononiensis*, ed. de 1561, de que dá longos excertos Savigny, no fim do vol. IV da obra supra citada.

D'Irsay, Stephen, *Histoire des Universités*, 2 vols., Paris, Picard, 1933-35; obra continuada por René Aigrain num 3.º pequeno vol. sôbre *Les Universités Catholiques*, Picard, 1935.

Janssen, Jean, *L'Allemagne à la fin du moyen âge*, trad. E. Paris, 8 vols., Paris, Plon 1902-1911.

Taylor, H. Osborn, *The Medieval Mind*, London, Macmillan, 1927, 2 vols.

O. Dobiache, Rojdesvenski, *Les poésies des Goliardes*, Paris, Rieder, 1931.

(58) Boa apreciação em Pace: *In the calmer appreciation of modern historians the medieval university was a potent factor for enlightenment and social order...Its aroused enthusiasm for learning, and enforced discipline...Its training sharpened the intelligence, yet subjected reason to faith... It Was the centre in which the philosophy and the jurisprudence of antiquity were restored and adapted to new requirements...From it the modern university has inherited the essential elements of corporeal teaching, faculty organisation, courses of study, and academic degrees; and the inheritance has been transmitted through the manifold upheavals which submerged the ancient learning and rent Christendom itself asunder.*

Schnürer, Gustave, *L'Eglise et la Civilisation au moyen âge*, tr. A. Castella, Paris, Payot, 3 vols., 1933-35-38; obra de importância capital esta do eminente professor de Friburgo (Suíça).

Edward A. Pace, ótimos estudos nos vols. 15 e 2 da esplêndida *The Catholic Encyclopedia*, New York, sob os títulos *Universities e Bologna* (pág. 369, 188, 194); foi-nos de ajuda preciosa. Na mesma enciclopédia também haurimos boas informações no estudo de D. O. Hunter, art. *Oxford*, vol. XI.

E. Lavissee et A. Rambaud, *Histoire générale*, Paris, Colin, 1893, v. II, c. X por Ch. V. Langlois; nas págs. 552-63 o autor revela completa incompreensão da escolástica.

De Wulf, M., *Histoire de la Philosophie Médiévale*, Paris, Vrin, 2 vols. 1934-46.

Infelizmente não nos foi possível consultar directamente as seguintes obras fundamentais: *Chartularium Universitatis Parisiensis*, de Danifle-Chatelain, Paris, 1889-97; Denifle, *Die Universitäten des Mittelalters bis 1400*, 1 Bd., Berlin, 1885.

Obras menos consultadas citam-se no corpo do artigo.

Feijó e o Kantismo

(A propósito de uma crítica imatura)

Miguel Reale

Professor de Filosofia do Direito na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Não há nada mais grato a um estudioso do que o debate de suas idéias, quando as críticas são formuladas com honestidade e cortesia. Não raro, infelizmente, passa-se da crítica à agressão gratuita, precedida de intencional deturpação do pensamento alheio.

Esse sinal de imaturidade cultural verifica-se, entre nós, no campo mesmo das pesquisas filosóficas que deveriam, em tese, inclinar os espiritos a uma compreensão mais serena e objetiva das coisas e dos homens.

Não foi, pois, com surpresa que tomei conhecimento das considerações apressadas de um jovem estudioso de filosofia, sobre um pequeno ensaio por mim escrito tendo por objeto três olvidados cadernos de aula deixados pelo padre DIOGO ANTONIO FEIJÓ quando lecionava Logica e Filosofia Moral na cidadezinha de Itú, em começos do seculo passado. (1)

A rigor, a natureza da crítica não comportaria atenção especial, mas não há oportunidade que se perca, quando

(1) O trabalho que escrevi sôbre o Padre Feijó consta de meu livro "A doutrina de Kant no Brasil" São Paulo, 1949, tendo sido publicado, anteriormente, nesta *Revista*. Para facilidade de leitura citarei no texto dêste artigo as páginas de meu "Ensaio" sobre FEIJÓ. O mesmo farei quanto a seus "compendios" de filosofia, valendo-me da edição de EUGÊNIO EGAS, São Paulo, 1912, 2.º volume.

se tem em vista tão somente o esclarecimento das idéias. Valho-me, pois, da oportunidade para completar a análise da posição de FEIJÓ, no quadro das experiências mentais brasileiras.

Desejo observar, de início, que as poucas paginas por mim redigidas sobre os papéis de filosofia do padre FEIJÓ não tiveram senão a pretensão de suscitar o interesse de estudiosos, honestos e capazes, por uma faceta pouco examinada da personalidade complexa de um dos mais altos espíritos de nossa gente.

Após lembrar as referencias sumarias até então feitas aos “compendios de Filosofia” de FEIJÓ, apresentado pela tradição como primeiro expositor da doutrina de KANT, no país, reclamei maior atenção para aquelas paginas, que representam um documento valioso na historia mental do Brasil. Daí a preocupação preliminar que tive de certificar-me da autenticidade dos escritos, arrancados do ineditismo, em 1912, sem qualquer informação esclarecedora por parte de EUGENIO EGAS, que os recebera, para publicação, das mãos do antigo presidente de São Paulo, o dr. Jorge Tibiriçá.

Assinalei, em meu trabalho, a repercussão de algumas ideias de KANT em um espirito solitario do Brasil, entre 1818 e 1821, notando que, naquela mesma epoca, VICTOR COUSIN *ainda* “podia vangloriar-se de ser o primeiro a expor de uma cathedra a doutrina de KANT em França” (2)

Pois não é que o critico, com erudição emprestada, passa a observar-me que nem mesmo em França se poderia falar em kantismo antes de 1817, visto ser facil “descobrir

(2) VICTOR COUSIN “Leçons sur la philosophie de Kant”, Paris, 1884. Cf. “Ensaio”, pg. 31. Como foi por mim também observado, além das “Lições” de COUSIN, pouquíssimos eram os estudos sôbre o filosofo das três criticas. O mesmo COUSIN se refere às contribuições de VILLERS, tendo eu admitido a possibilidade de terem sido francesas as fontes da exposição de FEIJÓ. Cf. meu “Ensaio”, pg. 30.

É claro que não cheguei a essa conclusão pelo motivo simplista de se encontrarem na obra de FEIJÓ as perguntas: “Que posso eu

o tom de enfático orgulho” com que o filósofo do ecletismo se refere ao seu ensino daquela data? Não dissera eu outra coisa, mas quem lê a crítica, sem conhecer a obra criticada, não pode perceber a fonte da sabedoria “assistencial”...

O fato é que o meu confronto entre as aulas provincianas de FEIJÓ e as clássicas lições de COUSIN na mesma época, foi glosado a mais não poder pelo crítico, cujos esforços visariam responder a uma pergunta marginal, que poderia ser assim formulada: se em França era novidade o kantismo em 1817, como admitir-se que alguém cuidasse de KANT no Brasil?

Posta assim a questão, passou o articulista a criar um fantasma, um mito, à minha custa, pois me atribui “a tese extremamente ousada” de apresentar o padre FEIJÓ como um pensador plenamente integrado na filosofia crítica, quando, na realidade, me limitei a apontar a repercussão do kantismo nos seus compendios e, por consequência, a presença de KANT nos primórdios de nossa formação cultural.

Qualquer leitor de boa fé reconhecerá, como fizeram varios criticos serenos, que sou o primeiro a admitir que algumas idéias de KANT foram assimiladas pelo padre brasileiro, sem que ele tenha sido, propriamente, um adepto do criticismo.

Para prova dessa asserção, não se faz mister senão reproduzir aqui certas frases de meu ensaio, indicando as respectivas paginas.

conhecer?” “Que devo eu fazer?” etc. com a posposição do pronome, à maneira francesa!... Também o original alemão contem aquela posposição: “Alles Interesse meiner Vernunft (das speculative sowohl, als das praktische) vereinigt sich in folgenden drei Fragen:

1. *Wass kann ich wissen?*
2. *Wass soll ich tun?*
3. *Wass darf ich hoffen?*

(Cf. IMMANUEL KANT — *Kritik der reinen Vernunft* — herausgegeben von Ernst Cassirer und Albert Görland, Berlin, 1922, pg. 540).

“E’ difficil apreender com fidelidade o pensamento de FEIJÓ nos trabalhos que estamos analisando — ponderei eu à pagina 17 — pois se trata de compendios inacabados, meros esquemas ou roteiros, para as suas aulas de filosofia.”

“Nota-se, no entanto, que o futuro regente do Imperio, ao receber as idéias de KANT, procurou assimilá-las *sem ruptura* (note-se) com os ensinamentos da filosofia racionalista tradicional da epoca”.

Logo a seguir, à pagina 18, refiro-me, textualmente, ao “*amalgama* de criticismo com noções hauridas em outras correntes, ou formuladas com desejo de sistematização propria apenas esboçada”. Ou será que se ignora o que seja “*amalgama*”?

Mais adiante, à pagina 20, observo que a “conclusão final” de FEIJÓ é “no sentido de um *realismo* de base intuitiva deveras interessante”, o que evidentemente não significa apresentá-lo como adepto do idealismo transcendental...

As paginas 21 e 22, sempre de meu “Ensaio”, observo, e a observação é de grande alcance, que FEIJÓ se viu em graves dificuldades por ter, em parte, dado “uma interpretação psicologica às distinções puramente logicas que caracterizam a critica transcendental”.

À pagina 23, concluo a primeira parte de minha analise, reconhecendo que nos compendios de FEIJÓ “a doutrina de KANT é, assim, convertida em uma forma de intuicionismo acritico”, porquanto foi buscar no “amago da consciencia” a resposta às antinomias apresentadas por KANT.

Finalmente, à pagina 27, aponto o cunho pessoal do “criticismo” do regente, pondo significativamente entre aspas aquele termo, para evitar confusões, que são, contudo, inevitaveis quando se obstina em criticar aquilo que não existe, mas deveria existir para gaudio do critico.

Alem disso, em mais de uma passagem, assinalo o divorcio entre FEIJÓ e KANT, quando aquele vai buscar no “tribunal da consciencia” a fonte das verdades primeiras.

possibilitando um conhecimento “real em si” e não apenas “fenomenal” (v. “Compendios” de FEIJÓ, pg. 56) ou, ainda, quando aceita a existencia de verdades inatas, sendo KANT o inimigo maximo de qualquer inatismo. (Cf. “Ensaio”, pg. 32 e nota 20).

Meu pensamento sobre a obra de FEIJÓ é, por conseguinte, bem claro. Considero-a um amalgama de idéias kantistas e de ensinamentos tradicionais, uma justaposição curiosa de ensinamentos criticistas assimilados sem ruptura com as doutrinas dominantes do tempo.

No exame das convicções filosoficas do futuro regente não podia deixar de levar na mais alta conta a circunstancia de ter sob os olhos meros cadernos de aulas, um conjunto de notas para alunos de um curso elementar de Filosofia, e não uma obra definitiva, acabada, para ser entregue à publicidade. Dai a simpatia comprehensiva com que nos devemos acercar daquelas paginas, que não as pode julgar quem anda de lapis vermelho em punho, como cerbero das idéias alheias, mas descuidado censor das idéias proprias.

Não foi, pois, com espirito objetivo e sereno que o comentarista correu os olhos sobre os compendios de FEIJÓ, que, consoante se lê em meu “Ensaio”, são “escritos em um estilo barbaro e entremeados de considerações secundarias; lembram um esboço com traços superpostos, tornando obscura e imprecisa a imagem”.

De qualquer forma, as paginas de FEIJÓ são incomparavelmente mais fiéis ao kantismo do que os artigos do jornalista de “O Estado” na interpretação de meu pensamento sobre o de FEIJÓ... (3)

(3) Os artigos a que me refiro, de autoria do Sr. LAERTE DE CARVALHO, assistente de Filosofia em nossa Universidade, foram publicados em “O Estado de São Paulo” dos dias 6 e 28 de junho de 1949. Posteriormente, apareceram mais dois artigos, no mesmo jornal, Abstração feita dos ataques pessoais que a imaturidade explica, em tais artigos se vê que o crítico apressado acaba reconhecendo a forte influência de VILLERS sobre o trabalho de FEIJÓ, destruindo, assim, a afirmação inicial de que os cadernos do Padre eram mera reprodução de tradicionais compêndios escolares.

Alega o critico que nos cadernos de FELJÓ há simples “vestigios” de leitura de obras a respeito de KANT. Como tais lembra a aceitação das três questões em que o filósofo germanico resumia a problematica filosofica: a apresentação da filosofia critica como terceira corrente em face do dogmatismo e do ceticismo e, por fim, a admissão das quatro categorias “matrizes” do entendimento. No mais, estaria meu estudo eivado de equívocos que a “assistência” filosófica se apressa a dissipar.

Ora, se fosse exato dizer que nos compendios do padre estadista só se encontram os três apontados “vestigios” do criticismo, ainda assim teriam algum merito os meus comentarios, pois é deveras surpreendente que, no Brasil da segunda decada do seculo XIX, já lograssem eco favoravel algumas idéias fundamentais da doutrina transcendental: a discriminação tripartita dos problemas filosoficos, isto é, do objeto mesmo da indagação filosofica, com parcial mas significativo destaque das aporias da metafisica tradicional; a declarada preferencia por uma attitude *critica*, superior à do dogmatismo e à do ceticismo e, finalmente, a inovação kantiana no estudo das categorias.

Julga o articulista, com notavel candura, que são simples “vestigios”, de valor insignificante para afirmar-se ter KANT exercido real influencia sobre o espirito de FELJÓ, cuja obra incolor se confundiria no “mare magnum” dos trabalhos escolares de seu tempo. O certo é que o critico afoito, ante a evidencia de poucos textos examinados, foi obrigado a retificar, no segundo artigo, uma alegação feita no primeiro, de que eu aceitara aquela influencia tão somente “pelo fato de ter encontrado duas vezes numas apostilas, publicadas pelo sr. EUGENIO EGAS, o nome de KANT, e breves, sumarias e quase sempre erradas interpretações de algumas idéias aparentemente kantianas”

Visando diminuir o valor das idéias que FELJÓ recebeu de KANT, o critico não vacila em afirmar que a doutrina das categorias “é um dos aspectos em que KANT se limitou a

receber os ensinamentos da tradição”. Será exata essa afirmação breve e “categorica”?

Os conceitos puros do entendimento, applicaveis “a priori” aos objetos da intuição em geral, KANT denominou-os “categorias”, a exemplo de ARISTOTELES, declarando ser o seu proposito “originariamente identico ao do estagirita, apesar de afastar-se muito dele quanto à execução mesmo porque, acrescentou com ironia, a enumeração aristotelica, obtida de forma empirica, é mais uma rapsodia do que um sistema. (“Critica da Razão Pura”, Analitica dos conceitos. Seção III, § 10).

Na realidade, sob a aparência de elementos formais parcialmente coincidentes, opera-se, por mérito imorredouro de KANT, uma alteração radical no problema multi-secular das categorias, como deve saber “qualquer estudante colegial de filosofia”, para empregarmos expressões do gosto do comentarista afoito. Se tivesse sido consultado, por exemplo o “Vocabulaire de la Philosophie” de LALANDE, citado nos artigos, não teria o critico incorrido em equívoco tão grave, qual seja o de não distinguir entre a idéia aristotelica das categorias como “diferentes classes do ser ou diferentes classes de predicados que se podem afirmar de um sujeito” (as categorias como generos supremos das coisas ou conceitos *objetivos*) e a concepção kantiana das categorias “como conceitos fundamentais do entendimento puro ou formas “a priori” de nosso conhecimento” (as categorias como formas *subjetivas* do espirito).

Ao estudar a “faculdade cognitiva”, FEIJÓ não se limita a apresentar as quatro “categorias matrizes” fixadas por KANT, mas discrimina a tabua das doze categorias expostas na “Critica da Razão Pura”, como se pode ver à pagina 39 do “Compendio”, com uma ligeira confusão, já por mim notada, entre a terminologia da tabua kantiana dos juizos e a das categorias.

O que mais importa observar é que o padre de Itú nos oferece as categorias como “formas primitivas ou condições

do entendimento” (Compendio, pagina 38) declarando que o entendimento, por meio das categorias, “eleva os materiais sensíveis a uma nova ordem de conhecimentos, applicando-lhes *suas leis*, unindo-os” (ibidem, pagina 45) e, mais anda, que “o entendimento, desenvolvendo-se sobre as sensações, casa com elas certas *leis* ou *formas* que lhe são proprias: estas leis, *categorias*, são verdades primitivas e immediatas, mas *subjetivas*” (ibidem, pagina 51).

Mais não é preciso acrescentar para demonstrar que FEIJÓ, no fundo e na forma, aceitava um ensinamento kantista de valor fundamental, que só parecerá de pouca monta àqueles que ignoram ou fingem ignorar o alcance da doutrina criticista do intelecto como faculdade de conhecer, em unidade sintetica e segundo *leis proprias*, o multiplice da intuição. Está aí, nesse problema, a raiz da distinção basica entre logica formal e logica transcendental, firmando, como pondera WINDELBAND, “o antagonismo de principio que medeia entre KANT e a teoria do conhecimento dos gregos, que havia imperado até então” (4).

Quem quer que tenha conhecimento elementar do criticismo sabe da importancia que nessa doutrina, assume a idéia kantiana dos “conceitos puros originarios da sintese, que o entendimento contém em si “a priori” (“ Critica da Razão Pura”, Analitica dos conceitos, loc. cit.). Diz

(4) WINDELBAND — “Historia de la filosofia”, trad. de Francisco Larroyo, Mexico, 1942, vol. VI, pg. 66. Sobre a distinção essencial entre o ponto de vista ontologico e metafisico das doutrinas das categorias anteriores a KANT, e o ponto de vista puramente gnoseologico do mestre do criticismo, vide BOUTROUX — “La philosophie de KANT”, Paris, 1926, cap. X, pgs. 31 e seg. Incisiva é a afirmação de RUYSSSEN — “La table des catégories (de KANT) n’a guère que le nom de commun avec celle d’Aristote” (“KANT”, Paris, 3.^a ed., 1929, pg. 85). O fato de KANT ter-se inspirado em manuais de logica de seu tempo para traçar a tabua dos juizos, com a qual coordenou a das categorias, em nada atinge o significado novo da sintese “a priori” que é o essencial na doutrina transcendental das categorias.

Kant que é só por meio das categorias que se pode “comprender algo no multiplice da intuição, isto é, pensar um objeto dela” (loc. cit.). Pois bem, é FEIJÓ quem repete, textualmente, em suas “Noções preliminares da filosofia”, o seguinte: “um objeto não é concebido por nós, senão quando tem recebido algumas destas quatro formas” ou categorias (Compendios, pagina 39).

Não é só. Para o filosofo alemão “as categorias, sendo os verdadeiros conceitos primitivos do entendimento puro, possuem, por isso mesmo, os seus *conceitos derivados*” (“Critica da Razão Pura”, Analitica dos Conceitos loc. cit.). E’ o que repete FEIJÓ em seus cadernos de aula, com estas palavras precisas: “Da combinação destas categorias matrizes resultam *categorias derivadas* (sic): v. g. força, que é o resultado de causa e substancia, duas categorias primitivas” (Compendios, pagina 39). Não é demais ressaltar que a “força” é um dos exemplos dados por KANT como categoria derivada da causalidade, como se pode ver na Analitica dos Conceitos secção III, § 10.

Há na obra de FEIJÓ, sob um titulo deveras significativo (“Resumo”) uma sumula de ponderações sobre o desenrolar-se da faculdade cognitiva até às funções do intelecto, para se passar ao estudo da razão ou “raciocinio”. Examinando esse “Resumo” verifica-se que o Regente, não só aceitava a doutrina kantiana das categorias, como demonstrava conhecer o problema do “esquematismo dos conceitos puros do entendimento”, que é um dos pontos capitais da “Critica de Razão Pura”, pois é KANT mesmo quem realça o carater indispensavel de “uma doutrina transcendental do juizo, para mostrar a possibilidade em geral, *da applicação dos conceitos do intelecto* à generalidade dos fenomenos”. (“Analitica dos Principios”, cap. I).

Resumindo seus ensinamentos anteriores, com uma terminologia marcadamente kantiana, em que o adjetivo puro (*rein*) possui acepção inconfundivel, eis o que escreve FEIJÓ: “Quando uma concepção (ou “categoria”, note-se)

se aplica à forma pura da sensibilidade (sic) chama-se uma tal concepção aplicada”. “*Esquema*, ou tipo primitivo, é o primeiro degrau da sensibilização do pensamento. KANT denomina a operação primitiva do entendimento, pela qual ele refere com exação cada representação à faculdade particular a que pertence de *Reflexão transcendental*, e a falta cometida a este respeito de *Anfibologia*” (“Compendios” pagina 39).

Só mesmo por simples marginalismo cultural será possível dizer que existem apenas “vestigios” secundarios da doutrina kantista nos ensinamentos do padre FEIJÓ. A determinação da idéia kantiana de “esquema transcendental” “como primeiro degrau da sensibilização do pensamento” parece-me, aliás, uma síntese feliz, pois o filosofo de Koenigsberg apresenta o “esquema”, efetivamente, como sendo um terceiro termo entre a sensibilidade e o intelecto, uma representação intermediaria que deve ser pura, embora de um lado intelectual, e, do outro, sensível” (v. “*Crítica da Razão Pura*”, Analítica dos Principios, cap. I).

Após ter revelado tamanha incompreensão ante as notas de FEIJÓ sobre as categorias, afirma o articulista que eu mesmo reconheço ser deficiente e confusa a obra de FEIJÓ no que diz respeito à “*Estética Transcendental*”, e que, destarte, “não se pode falar em kantismo, se é a *Estética* a base do edificio critico”.

O assistente de filosofia assim pontifica: “Ora, seria um argumento apreciavel e decisivo indicar qualquer passagem de FEIJÓ em que Espaço e Tempo fossem encarados como formas “a priori” de intuição no sentido especifico em que deles fala KANT”.

Ora, cabe-me dizer, se o critico tivesse tido o cuidado elementar de ler as poucas paginas dos Compendios de FEIJÓ, teria verificado que é exatamente no capitulo relativo à “sensibilidade”, que o Regente, não obstante certas obscuridades de expressão, situa o problema do “Espaço” com estas palavras: “Quando a sensibilidade refere seus

sentimentos para fora de si toma o nome de sensibilidade externa; então *tem uma forma primitiva*, que serve de base às nossas sensações, e que mais ou menos as reveste de suas qualidades: é o *espaço* absoluto e ilimitado” (“Compendios”, pagina 37).

Como se vê, para FEIJÓ o espaço é uma *forma primitiva da sensibilidade*, que condiciona as “sensações”, e não algó posto fora de nós: o fato dele conceber o espaço como “absoluto e ilimitado” é um dos sinais indicativos do que chamo “amalgama” de criticismo com doutrinas tradicionais. E’ talvez o apego a estas que induz FEIJÓ a ver no tempo “a primeira forma do entendimento”

Quanto à afirmação do critico de que só há kantismo quando se aceita integralmente a Estetica Transcendental, limito-me a lembrar-lhe que os neo-kantistas de Marburgo, com COHEN e NATORP à frente, negam a distinção entre Estetica e Analitica transcendentais, por entenderem, no dizer preciso de NATORP, que “as determinações de espaço e de tempo são todas, sem exceção, determinações do pensamento”. (5) Assim sendo, não se pode contestar a influencia de KANT sobre FEIJÓ por ter este preferido considerar o tempo uma “forma do entendimento”.

Se o mau ledor de meus escritos tivesse examinado os compendios de FEIJÓ, movido pela aspiração autentica de contribuir ao esclarecimento dos primordios de nossa formação mental, teria tido a oportunidade de encontrar outros “vestigios” de kantismo, que não invoquei em meu Ensaio, por ser este uma simples tomada de contato preliminar com aqueles papéis de filosofia.

(5) P. NATORP — “Emanuel Kant y la escuela filofica de Marburgo”, trad. de Viquera, Madrid, paginas 28 e seg. e do mesmo autor “Nombre, Temps et Espace” in “Philosophie Générale et Métaphysique”, Paris, 1900, paginas 370. Cfr. o capitulo de HERMANN COHEN — “Raum und Zeit als Kategorien”, em seu livro “Kants Theorie der Erfahrung”, Berlim, 1918, 3.^a edição, página 275 e seguintes.

Veria, por exemplo, que há todo um topico dos compendios dedicado ao problema da “imaginação”, tratado, não como questão de Psicologia, mas sim como elemento da Logica Transcendental, nos moldes do pensamento kantista. Se não vejamos.

Se, na doutrina de KANT, o “esquema” representa a condição de enlace ou subsunção das intuições sensíveis sob conceitos puros do entendimento, a “imaginação” é o fator ativo, nossa faculdade que opera o enlace, porquanto, embora pertencente à sensibilidade, por aplicar-se aos objetos dos sentidos, determina “a priori” a sensibilidade mesma, promovendo a união entre os conceitos simples e universais e a intuição complexa e particular (v. “Critica da Razão Pura”, Analitica dos Conceitos, seção II, § 24).

Não obstante os antecedentes do conceito de “imaginação” como elemento de composição dos dados sensíveis, nas obras de SPINOZA, HUME ou LEIBNIZ, não resta dúvida que é com KANT *que* se opera a transladação plena desse conceito para os dominios da Logica Transcendental, como fator de conjunção entre o plano sensível e o plano intelectual puro (6).

Isto posto, não é decisivo e sintomatico verificar que FELJÓ, entre o estudo da “sensibilidade” e o do “entendimento”, situou o problema da “imaginação”? Não é de veras significativo que ele, preliminarmente, acentue, como faz KANT, que se trata de uma faculdade que, tendo por objeto materiais sensíveis, deve ser incluída “debaixo da sensibilidade”? É melhor, porem, dar a palavra ao nosso autor:

(6) Sobre essa transladação do conceito de “imaginação” para a órbita da Logica Transcendental, inspirando-se nas “Philosophische Versuche” de TETENS, cfr. a obra de VLEESCHAUWER “L'évolution de la pensée kantienne”, Paris, 1939, paginas 93 e segs..

Descobre-se mais — afirma FEIJÓ — no ser cognitivo uma atividade que tem por ofício obrar sobre a sensibilidade, quase do mesmo modo que os objetos externos: esta é a *imaginação*”. “Imaginação, prossegue ele, é a faculdade pela qual o ser cognitivo a seu arbitrio aumenta, diminui e modifica de mil maneiras suas sensações; faculdade esta que se exercita unicamente *sobre a sensibilidade* e que só tem lugar depois de ter sido esta já desenvolvida por ocasião dos objetos externos.” (“Compendios” pgs. 37 e 38).

KANT, como é sabido, inspirando-se nos estudos psicologicos de seu tempo, faz uma distinção classica entre a “*imaginação reprodutiva*”, cuja síntese é submetida unicamente às leis empiricas da associação e pertence ao ambito da psicologia, e a “*imaginação produtiva*” ou criadora, que é objeto da Filosofia Transcendental, distinguindo-se por seu carater de síntese “a priori” das intuições, segundo as categorias (“*Crítica da Razão Pura*”, loc. cit.).

Vale a pena, pois, transcrever aqui o que escreve FEIJÓ no capitulo intitulado significativamente “*Quadro da geração dos conhecimentos*”. E’ um dos pontos em que se revela a consciencia que tinha FEIJÓ do conhecimento como um processo gradual de sínteses ordenadoras da experiencia, tipico do kantismo:

“Os objetos externos — declara ele — ocasionam nossas sensações. As sensações são o primeiro material de nossos conhecimentos. A *imaginação* aumenta este material, elaborando-o, transformando-o e mesmo formando, *por uma força que lhe é propria* (note-se) novos ideais sensíveis que muitas vezes procura realizar, e o consegue, constituindo-se por esta maneira criadora de tais conhecimentos que são propostos à natureza como seus modelos. *Daqui vem chamar-se a Imaginação — faculdade produtora (sic.) como origem* das invenções; o Entendimento eleva estes materiais sensíveis a uma nova ordem de conhecimentos,

aplicando-lhes suas leis, unindo-os (note-se). O Raciocínio elabora e transforma estes conhecimentos dados pelo Entendimento formando *por uma força que lhe é propria*, novas combinações, donde téra novos resultados que propõe como outros tantos tipos ou leis do Entendimento. E' o Raciocínio quem generaliza, reduzindo os pequenos todos a todos mais fecundos e mesmo quem forceja a reduzir todas as cousas a uma só". ("Compendios", paginas 45 e 46).

Não vejo como excluir a presença de KANT nessa concepção essencial do conhecimento como um processo que se vai constituindo por atos sucessivos de síntese, através dos três graus dos sentidos, do entendimento e da razão. Destaca-se, em verdade, no trecho acima transcrito, a contribuição espontanea e sintetica do espirito no ato de conhecer, ordenando, segundo suas leis e por uma força propria, o multiplice da intuição. Essa crença na capacidade sintetizadora do espirito anima varias passagens da obra de FEIJÓ. Nesse sentido, seria fastidioso invocar textos, como aquele em que declara que as verdades universais applicadas à experiencia "a fecundam, fazendo realizar as hipoteses por sua intervenção" ("Compendios, paginas 12 e 13); quando adianta que é pelo raciocínio ou razão que "se manifesta esta força sintetica, que tende a reduzir tudo a um" (ibidem, pagina 40) ou ao lembrar que "o entendimento, desenvolvendo sobre as sensações, casa com elas certas leis ou formas que lhe são proprias" (pg. 51).

Formulas laconicas, às vezes obscuras, como disse e repeti em meu Ensaio, mas que revelam um esforço de compreensão de KANT, que ainda hoje não produziu os frutos esperados em nossos meios culturais, mesmo entre aqueles que dispõem de condições incomparavelmente mais propicias ao estudo e à meditação do criticismo...

Não será temerario dizer que, nas suas breves notas sobre a faculdade cognitiva, o padre FEIJÓ obedece à mesma ordem progressiva que KANT adota no estudo do conheci-

mento, indo da intuição sensível até à Razão, “que forceja a reduzir todas as cousas a uma só”, atingindo “verdades derivadas e mediatas, mas sem realidade objetiva” (“Compendios”, pagina 51), sendo “a *consciencia* quem empresta a este grande edificio a primitiva realidade da existencia”.

É a essa altura que FEIJÓ se destaca definitivamente de KANT, por não poder acompanhar o filosofo alemão na negativa de uma metafisica do ser. Volta-se, então, para a “consciencia” e, no amago do ser cognitivo, cuida encontrar respostas aos problemas ultimos que o mestre do criticismo considerava insuscetiveis de conhecimento científico. Enquanto que para KANT a unidade da consciencia, a identidade do *eu* consigo mesmo, é a condição *transcendental* do conhecimento (apercepção pura), torna-se ela, a consciencia, na obra de FEIJÓ, a condição do conhecimento *transcendente* (v. Compendios, pagina 43 e segs., 46 e segs. e 51). No entender do padre paulista, a consciencia de si, que é “o ponto central do ser cognitivo, donde nascem para ele todos os conhecimentos”, é tambem o manancial das soluções sobre o Ser e o destino do homem.

Dai ter falado eu em seu curioso “realismo intuicionista”, em sua tentativa compreensível de conciliar a gnosologia kantiana com as doutrinas racionalistas dominantes.

Quem me acompanhou até agora, nesta analise do pensamento de FEIJÓ, já compreende porque foi ele o primeiro a receber, em nosso meio cultural, a concepção kantiana do “juizo sintetico a priori”.

Ao tratar de materia de tão alta relevancia, não deixei de apontar, mais uma vez, as insuficiencias daquela recepção, mostrando que o padre de Itú havia aceito, “embora de *maneira imperfeita e esquematica* (note-se) a inovação revolucionaria do kantismo” (Cf. “Ensaio”, pagina 16)

Para chegar a tal conclusão louvei-me, não só no sentido geral da obra do regente, como tambem em alguns

textos, entre os quais os seguintes: — “*o universal sintetico “a priori” não é o resumo de experiencias; é antes quem regula as experiencias, etc.*” (“Compendios”, pagina 11); “se uma hipotese é fundada em *principios “a priori” realiza-se e passa a ter valor objetivo; é acompanhada de certeza*” (ibidem, pagina 13); e, finalmente, “*as verdades universais “a priori” são as que se supõem anteriores à experiencia, ainda que dela dependam para se manifestarem e que compreendem necessariamente todas as verdades daquele genero, v. g., o todo é maior que sua parte*” (ibidem, pagina 54).

É aqui que o articulista toma uns ares de senhor absoluto do saber filosofico em terras de Piratininga para lembrar-me que esse juizo, “o todo é maior que sua parte”, não é sintetico, mas sim analitico, e que, bem examinadas as cousas, o que FEIJÓ apresenta nada tem que ver com o kantismo, pois se trata da antiquissima questão dos universais!...

Ficamos, assim, todos sabendo, graças ao critico inovador, que, na disputa dos universais, já haviam sido admitidos principios universais sintéticos “a priori” condicionando a experiência possível! É pena que KANT o tivesse ignorado. .

Quanto à alegação de que FEIJÓ se refere a “universais sinteticos a priori” e não a “juizos sintéticos a priori”, lamento dizer que, ainda desta feita, o crítico, obediente ao seu curioso “método histórico”, não se deu ao trabalho de examinar cuidadosamente os textos esquecidos do padre FEIJÓ, o qual, à página 11 de seu “Compendio”, lembra, como exemplo do que ele denomina “verdades universais “a priori”, exatamente o classico exemplo que KANT nos oferece de “juizo sintético a priori”, ou seja: “não há causa sem efeito”. (Confronte-se “Critica da Razão Pura”, Introd., III e IV, e “Ensaio”, pagina 16,

nota 14). Não obstante a diferença de terminologia, é obvio que ambos se referem a uma unica e mesma cousa.

Que FEIJÓ esteja verdadeiramente se referindo a juizos sinteticos “a priori” demonstra-o uma outra sua afirmação, ao pé da citada pagina 11, na qual declara que em tais juizos o predicado “*atribui*”, ácrece algo ao sujeito, ou “*verbis*”: “Alguns querem que as verdades sinteticas não sejam identicas, mostrando que o *predicado* não se encerra no *sujeito*, senão depois que se lhe *atribui*, como, por exemplo, “o todo é maior que sua parte”.

Já estou vendo o crítico novamente de dedo em riste, a protestar: “mas acontece que êsse juizo é analítico” .

Isso demonstra, no entanto que ao comentarista não são familiares, infelizmente, as páginas da “Critica da Razão Pura”, pois tudo indica que FEIJÓ tinha conhecimento do tópico em que EMANUEL KANT apresenta o juizo “o todo é maior que a parte”, como um caso em que o predicado “adere sem duvida, necessariamente, ao conceito, mas não porque pensado no conceito mesmo, mas sim em virtude de uma intuição que lhe deve ser *atribuida*. (“Critica da Razão Pura”, Introd., V).

Impõe-se aqui a transcrição das considerações expendidas por KANT sôbre este assunto, para mostrar que FEIJÓ foi “literalmente” fiel ao texto e que o articulista podia ter guardado sua liçãozinha afoita para melhor oportunidade:

“Um pequeno numero de proposições fundamentais (Grundsätze) pressupostas pelos géometras são, realmente, analiticas e repousam sobre o principio de contradição; mas é tambem verdade que não servem, enquanto *proposições* identicas, se não à concatenação do metodo, sem possuir valor de principios. Tais são, por exemplo, $a = a$ (o todo é igual a si mesmo), ou então, $a + b > a$ (*o todo é maior do que a parte*). Entretanto, tambem essas proposições, se bem que valham como simples conceitos, não são admitidas na Matematica senão pelo fato de poderem ser representadas na intuição. O que, em tais casos, nos leva

geralmente a acreditar que o predicado daqueles juízos apodíticos já se contenha em nosso conceito, e que, por conseguinte, eles sejam juízos analíticos, é simplesmente a ambiguidade da expressão,” (v. “Crítica da Razão Pura”, Introdução, conforme tradução italiana de GENTILE e LOMBARDO RADICE, Vol. I., pg. 50).

Como se vê, FEIJÓ apegou-se literalmente à lição e ao exemplo do texto, pois foi somente muito mais tarde que abalisados exegetas do pensamento kantiano, valendo-se de uma sugestão generica de KANT no prefacio da 2.^a edição de sua obra monumental, sugeriram varias alterações na redação original, entre as quais propõem uma relativa ao topico supra transcrito, mediante a transposição dos ultimos periodos para o inicio do trecho. Esta ultima correção, devida aos delicados e profundos trabalhos de exegese de VAHINGER e ADICKES, não foi acolhida, porém, na mencionada tradução de mestres do porte de GENTILE e LOMBARDO RADICE, nem tão pouco na classica edição da “*Kritik der reinen Vernunft*” de CASSIRER (7 e 7a).

(7) Cfr. VAHINER — “Commentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft” — Stuttgart, 1881-92, I, pagina 303. O certo é que KANT manteve o mesmissimo texto em questão, com a mesma ordem de periodos nos “Prolegomenos a toda Metafisica futura”, § 2. “c”. Explica-se, assim, a afirmação de CANTONI em seu livro “Emmanuele Kant”. Turim, 1907, página 100, sobre quais seriam segundo KANT os juízos absoluta e rigorosamente analíticos.

(7 A) Não é demais transcrever aqui o texto original da edição Cassirer:

“Einige wenige Grundsätze, welche die Geometer voraussetzen, sind zwar wirklich analytisch und beruhen auf dem Satze des Widerspruchs; sie dienen aber auch nur wie identische Sätze zur Kette der Methode und nicht als Prinzipien, z. B. $a=a$, das Ganze ist sich selber gleich, oder $(a+b) > a$, d. i. das Ganze ist grosser als sein Teil. Und doch auch diese selbst, ob sie gleich nach blossen Begriffen gelten, werden in der Mathematik nur darum zugelassen, weil sie in der Anschauung können dargestellt werden. Was uns hier gemeiniglich glauben macht, als läge das Prädikat solcher apodiktischen Urteile schon in unserm Begriffe und das Urteil sei also analytisch, ist bloss die Zweideutigkeit des Ausdrucks.”

IMMANUEL KANTS WERKE, Band III, Kritik der reinen Vernunft; cit., pg. 44).

Não importa, pois, indagar se se trata de um juízo *efetivamente* sintético ou em que sentido KANT o considera sintético: o que importa é reconhecer que FEIJÓ acompanhou o exemplo dado pelo filósofo, não incorrendo no engano que se lhe quer atribuir.

Seria petulancia exigir do modesto professor de Filosofia de Itú, no começo do século passado, uma revisão discutível no texto kantiano, quando ainda hoje as subtis análises por aquele tópico suscitadas parecem tão ignoradas...

Tudo está, porem, em saber-se distinguir o ponto de vista logico formal do logico transcendental e, anteriormente, entre a genese psiquica dos juizos sinteticos e a sua validade transcendental, motivo pelo qual o padre FEIJÓ pondera que eles regulam “a priori” a experiencia, embora nascendo “por ocasião dela”... (8)

Não resta dúvida, por conseguinte, que o padre FEIJÓ, valendo-se dos meios precarios de informação de que dispunha, procurou assimilar a concepção criticista dos “juizos sintéticos a priori”, revelando em mais de um ponto notavel compreensão do “a priori”, não como conhecimento objetivo, exprimindo uma realidade, mas sim como “lei, função unificadora, elemento essencial da experiencia, a qual, sem ele, não subsiste como saber real” (9)

Essa funcionalidade do “a priori” em relação à experiência é inegável nos “Conpendios” do padre FEIJÓ, que dá aos puros elementos formais um mero valor de hipotese, enquanto não se realizam: as verdades universais, diz ele, “aplicadas à experiencia, a fecundam, fazendo realizar as hipoteses por sua intervenção”, e, a seguir, esclarece

(8) E' curioso observar que HEGEL, referindo-se à atividade “a priori” do espirito na doutrina de KANT, acentua a sua função “reguladora”, como se pode ver em suas “Lezioni sulla storia della Filosofia” — Trad. italiana de CODIGNOLA E SANNA, 1947. vol. III — pagina 293.

(9) V. MARTINETTI — “Kant”, Milão, 1946 2.^a ed., pg. 39.

que, enquanto os resultados do conhecimento intelectual “são ideais, enquanto as operações do entendimento versam sôbre o possível somente, chamam-se estas concepções hipóteses. Se a hipótese é fundada em princípios “a priori”, realiza-se e passa a ter um *valor objetivo*: é acompanhada de certeza” (“Compendios”, paginas 12 e 13).

A apontada conexão entre o “a priori”, a experiencia e o objetivamente valido e certo, não obstante a imprecisão da terminologia empregada, lembra a repetida lição kantiana de que “não é possível nenhum conhecimento “a priori” senão unicamente de objetos de experiencia possível” (“Critica da Razão Pura”, Analitica dos Conceitos, § 27) e, como observa FRANCO LOMBARDI, a grande inovação de KANT consiste em que a aprioridade traduz sempre uma validade objetiva e transcendental em relação à experiencia, um sinal certo de necessidade e universalidade (10).

A convicção do valor do “a priori” como expressão do universal e necessário nota-se até mesmo quando repete ensinamentos de compendios da epoca. É o que acontece quando, comparando os tipos de evidência, declara dever prevalecer a matematica sobre a fisica, se versar aquela “sobre principios “a priori” puros (sic) ou sobre consequencias tiradas de tais principios”. (Compendio, pagina 27). Foi essa nota distintiva que o crítico não soube ou não quis ver ao fazer o cotejo entre a afirmação de FEIJÓ e a de GENUENSE. A originalidade de FEIJÓ está na razão de sua preferencia pelas verdades matematicas.

Quando escrevi meu trabalho sobre FEIJÓ não me moveu qualquer intenção apologetica, nem o desejo de descobrir Kantismo puro nas páginas esquecidas de um politico do primeiro Imperio. Limitei-me a destacar, como estou fazendo agora, alguns elementos de criticismo por ele

(10) Cfr. o que FRANCO LOMBARDI escreve sobre os momentos da evolução historica do conceito de “a priori” em suas preleções sobre “La Filosofia Critica”, 1943. vol. I, lição IX.

justapostos, e, às vezes, confundidos com antagonicas concepções do racionalismo da época. Quaisquer que possam ser as reservas ao merito dos “Compendios” examinados, o que sustento é que marcam um momento digno de observação na pobre historia de nossa formação filosofica, pois o exame objetivo dos textos demonstra que foi FEIJÓ o primeiro a tratar da doutrina de KANT no Brasil e a tentar compreendê-la seriamente, consoante resulta, aliás, da tradição (11).

Se quisesse acrescentar outros significativos “vestígios” de kantismo aos que lembrei e estou lembrando, diria que o padre de Itú nos dá uma definição de entendimento (“é o sujeito que percebe, mas não sente” — (“Compendio”, pagina 38) que nos faz pensar nesta observação do proprio KANT: “o entendimento foi acima definido apenas negativamente como faculdade de conhecer não sensível” (“Critica da Razão Pura”, Analitica dos Conceitos, Cap. I, Seção I).

Diria, ainda, que à página 11 dos “Compendios”, FEIJÓ declara que “as qualidades que marcam a existencia são as que formam as verdades “a priori”, e as que marcam a essencia são as que formam as “a posteriori”. Tal distincção entre “ essencia” e “ existencia”, introduzida no Ocidente por AVICENA e erigida por SANTO TOMÁS, como acentua MAURICE DE WULF, em pedra angular de sua metafisica, assume na doutrina de Kant um sentido novo, visto como para ele todos os juizos sinteticos são “ existenciais”, por terem um valor real e objetivo, afirmando algo como tendo um valor para a realidade (12).

(11) V. meu “Ensaio” paginas 9 e segs.

(12) Cfr. PAULSEN “Kant”, trad. de BERNARDO SESTA, Ed. Sandron, onde, à pagina 125, é posta em realce a teoria kantiana segundo a qual somente os juizos sinteticos têm valor objetivo e são existenciais, fazendo-se referencia a uma formula de ERDMANN inspirada em lição de KANT, sobre a metafisica: “a relação que nasce “per analysin” é logica; aquela que nasce “per synthesin” é real”.

Os elementos de kantismo acumulam-se, como se vê, uns encobertos por uma terminologia imprecisa e obscura, outros nitidos e incontestáveis, todos porém, significando que o padre FEIJÓ, na pequena cidade de Itú, sabia tomar contato com uma fonte viva de pensamento moderno, dele assimilando o que era possível assimilar, dadas as circunstâncias pouco propícias do meio e do tempo.

O que importa, porém, mais que a conformidade formal dos textos, é o espírito novo que anima os escritos do padre FEIJÓ, homem da Igreja, formado à luz de um pensamento dogmático e que, no entanto, prefere a Filosofia Crítica, “que descobre a verdadeira origem de nossos conhecimentos” (“Compendio” página 26), declarando, que se deve “reconhecer o círculo dos conhecimentos humanos, que jamais excedem os limites de nossas faculdades” (página 23) e que o filósofo, ao dar um balanço em seus conhecimentos, deve “abraçar um ceticismo prudente e metódico, até que, armado de todas estas críticas, se certifique de seu verdadeiro valor” (página 22).

Foi essa compreensão da Filosofia que inspirou a FEIJÓ algumas linhas, que me vêm à lembrança quando leio certas críticas imaturas: “Procurar achar-se em estado tranquilo, isento de paixões, hábitos e prejuízos, para poder julgar com imparcialidade. O amor e a soberba são inimigos constantes e irreconciliáveis com a sabedoria. O filósofo deve escutar a verdade sem lhe importar donde vem”. (“Compendio”, página 22).

SETEMBRO DE 1949

Trabalho de tecelões

(Três problemas periciais)

A. Almeida Júnior

Professor de Medicina Legal da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Uma Companhia de Fiação e Tecelagem modernizou o seu aparelhamento de fiação e, a seguir, modificou o regime de trabalho na sua tecelagem, confiando a cada tecelão, não mais três teares apenas, e sim quatro. Entendendo que daquela modernização e desta modificação de regime adviera para os operários maior produção diária de tecidos, e isso com diminuição do trabalho de cada um, decidiu reduzir a base que antes adotava para cálculo dos salários. Essa redução (afirmou a Companhia) era vantajosamente compensada, ao final, pelo acréscimo na produção individual, tanto que cada operário passaria a ganhar, a mais, 21% sôbre o salário anterior.

Os tecelões, entretanto, não se conformaram. Segundo êles, a elevação do salário fôra muito pequena em confronto com o aumento de trabalho a que na realidade os obrigara o novo regime. Pretendiam, pois, que se restabelecesse a tabela antiga. Demais (diziam êles), as inovações introduzidas lhes eram nocivas à saúde.

Daí os três problemas desta perícia: 1.º Quais as inovações inauguradas na tecelagem da Companhia, e que repercussão tiveram sôbre a materialidade dos serviços? 2.º Em qual dos dois regimes o tecelão da Companhia trabalhava mais? No antigo ou no moderno? 3.º Qual a influência do novo regime sôbre a saúde dos tecelões?

I — As modificações introduzidas

Por tratar-se de problema de menor interêsse médico-legal, abstenho-me de transcrever aqui os quesitos referentes às modificações introduzidas na fábrica e às suas consequências sôbre o rendimento da produção. Omito igualmente a fundamentação que me permitiu respondê-los. Bastam as respostas. Ei-las:

Ao 1.º quesito — As antigas máquinas de bater, de cardar e de fiar, bem como as rocadeiras e uma parte da aparelhagem para urdir, foram substituídas por máquinas novas, modernas, fabricadas de 1945 a 1948 na Suíça ou nos Estados Unidos, e instaladas de 1946 a 1948.

Ao 2.º quesito — As novas máquinas de fiação produzem um fio que se mostrou 1,27 mais resistente que amostras do fio produzido pelas máquinas antigas. E' perfeitamente legítimo atribuir essa maior resistência às máquinas de fiação atuais, mais perfeitas, e à umidificação das salas de fiação.

Ao 3.º quesito — As máquinas de tecelagem continuam sendo as antigas, mas as suas espulas, hoje, são novas e pelo menos três vêzes maiores, em comprimento de fio, que as anteriores.

Ao 4.º quesito — O número de cortes diminuiu sensivelmente, em virtude da melhor fabricação do fio. Sendo como é, de quase 14 o número atual, por tecelão e por hora, é bem possível que tivesse sido, antes, de 18, aproximadamente.

Ao 5.º quesito — Em nossa verificação sôbre troca de espulas achamos números que se aproximam dos resultados supostos nos quesitos: 21,2 trocas por hora, em cada grupo de quatro teares, com espulas modernas; 47,7 trocas por hora, em cada grupo de três teares, com espulas antigas.

Ao 6.º quesito — Houve de fato, como decorrência da nova organização, uma economia de tempo equivalente a 1

hora, 55 minutos e 5 segundos nas oito horas do dia obreiro, — tempo êsse durante o qual o tear estava antigamente parado para a troca de espula e emenda de fio, e agora permanece em movimento.

Ao 7.º quesito — E' evidente que o melhor aproveitamento da capacidade dos teares, resultante da diminuição das interrupções do serviço, e bem assim o fato de haver o tecelão passado a trabalhar, não mais com três mas com quatro teares, deve ter trazido como consequência, para cada operário, o aumento da respectiva produção. Êsse aumento deve ter sido de 55%.

Ao 8.º quesito — A construção da nova usina elétrica da Companhia reduziu, em proporção notória, as interrupções do trabalho da fábrica. A nova usina proporcionou, assim, meios para o aumento da produção.

Ao 9.º quesito — O melhor aproveitamento do tempo de serviço do tecelão, consequente às inovações já analisadas, faculta a êsse operário a possibilidade de maior produção.

Ao 10.º quesito — Graças aos diferentes fatores apontados no quesito, os tecelões reclamantes obtiveram maior produção. Quanto à diminuição do trabalho, vide resposta ao quesito seguinte.

II — Influência sôbre o trabalho

Dêste ponto em diante, transcrevo integralmente os quesitos propostos, as respostas dadas e, antes de cada uma, a respectiva justificação.

11.º QUESITO — E' exato que passando os tecelões que então trabalhavam com dois e três, a trabalhar com quatro teares, em face da nova organização, nenhum aumento de trabalho sofreram e até, pelo contrário, o trabalho que tinham diminuiu?

Interpretamos a expressão “trabalho” em seu significado fisiológico e abrangendo como tal a atividade dos músculos e a do cérebro. Existem métodos que permitiriam a determinação “direta” da quantidade de trabalho do tecelão, quer na situação em que o colocava a organização antiga da fábrica, quer na situação de hoje. Dependem, porém, de instalações custosas, de que não dispomos em São Paulo, e que, além disso, colocariam o operário em condições artificiais. Somos, assim, forçados a preferir a determinação “indireta”, em que nos socorremos, em parte, da verificação objetiva, e, em parte, da comparação.

I — *O trabalho físico do tecelão* — O trabalho físico do tecelão consta essencialmente de quatro elementos: 1.º) permanecer em pé junto dos teares; 2.º) andar de um tear para outro; 3.º) trocar espulas; 4.º) emendar fios.

1.º — O trabalho de *permanecer em pé*, consome energia calórica, mas pouca, como se depreende dos estudos de JULES AMAR (*LE MOTEUR HUMAIN*, 2.^a ed., Paris 1923, pág. 533 e segs.), de TEPPER E HELLEBRANDT (in CH. KAYSER — *PHYSIOLOGIE DU TRAVAIL ET DU SPORT*, Paris, 1947, pág. 220). segundo os dados de ORR e LEITCH, cada hora que um homem de peso médio (digamos 60 kgs.) permanece em pé, lhe custa 20 calorias, ou 0,33 calorias por minuto, a adicionar-se ao consumo do repouso em posição horizontal, que é de 68 calorias por hora, ou 1.13 caloria por minuto. Gasto total, portanto: 1,46 caloria por minuto (in MC. LESTER *NUTRITION AND DIET*, 4.^a ed., Filadélfia, 1946, pág. 46).

2.º — O trabalho de *andar* de um tear para outro (andar vagaroso) é um pouco mais caro. Segundo os mesmos autores, custa 115 calorias por hora, ou 1,9 caloria por minuto. Adicionando-se a êsses valores o gasto do repouso, tem-se: 183 calorias por hora, 3 calorias por minuto.

3.º — O trabalho de *trocar espula* consiste no seguinte: estando em pé, e ao perceber que o tear pára, o tecelão se aproxima dêle, toma uma espula cheia, curva-se um pouco

sôbre a parte anterior do tear, retira a lançadeira, troca a espula vazia pela cheia, recoloca a lançadeira, imprime-lhe um curto impulso e põe de novo o tear em movimento. E' trabalho que, como se vê, além de executado em pé, reclama a cooperação de músculos do tronco e dos membros inferiores e de músculos dos membros superiores. Não logramos encontrar dados sôbre o respectivo dispêndio calórico, mas, orientando-nos pela comparação com outros um pouco mais leves (o do encadernador, o do alfaiate), ou um pouco mais pesados (lavar roupa, pintar paredes), atribuímos ao operário que estivesse constantemente a trocar espulas, o gasto de 120 calorias por hora, ou 2 calorias por minuto, além do gasto do repouso. O que dá o total de 188 calorias por hora, ou pouco mais de 3 calorias por minuto (3,13).

4.º — O trabalho de *emendar fios* é, dos quatro, o mais pesado. O tecelão começa por fazer parar a máquina (pois que não há, no caso, parada automática). A seguir, curva-se sôbre a parte posterior do tear, (geralmente bem mais do que quando troca espulas); destaca o fio que vai emendar, emenda-o, passa a sua extremidade pelo liço, ergue o corpo, vai para a frente do tear, insere o fio na trama, põe o tear em movimento. As contrações dos músculos do tronco e dos membros inferiores são, aqui, muito mais enérgicas que no caso anterior. Ora, como se sabe, todo trabalho efetuado à custa de tais músculos causa grande dispêndio calórico: “O funcionamento dos músculos grandes é mais oneroso para o organismo que o dos pequenos. Para serem postos em ação, os músculos grandes exigem alto coeficiente de excitação (*Hohe Rezschwelle*) e, por conseguinte, maior consumo de energia”. LEON WALTER — *Tecno-Psicologia do Trabalho Industrial*, trad. brasileira, São Paulo, 1929, pág. 102). Ao operário que ficasse a abaixar o corpo e a levantá-lo o tempo todo para emendar fios, cremos não exagerar se atribuímos despesa energética equivalente à da lavadeira, à

do carpinteiro e outros — em torno de 160 calorias por hora, ou 2,6 por minuto, além da despesa do repouso, o que totaliza 228 calorias por hora, ou 3,73 por minuto.

Resumindo: as quatro modalidades do trabalho físico do tecelão consomem, aproximadamente, as calorias constantes do quadro n. 1.

QUADRO N.º 1
 CONSUMO ENERGÉTICO DO TECELÃO, POR MODALIDADE DE TRABALHO FÍSICO

Trabalho	Calorias por hora	Calorias por minuto
Permanecer em pé	88	1,46
Andar entre os teares	183	3,00
Trocar espulas	188	3,13
Emendar fios	228	3,73

Reconhecemos que tais resultados são meramente aproximativos, pois dizem respeito a trabalhos variados, exercidos sem nenhuma racionalização técnica, por operários de um ou de outro sexo, ora franzinos, ora robustos, ora hábeis, ora desajeitados. Demais, foram calculados, em parte, por comparação. Isto não nos impede, todavia, de afirmar que a ordem em que se colocam por seu valor energético não pode diferir da que figura no quadro: num extremo, a permanência em pé, sabidamente pouco onerosa; no extremo oposto, o trabalho de emendar fios, que apela para grupos musculares de grande peso.

II — *O trabalho físico nas duas organizações* — Na organização antiga cada tecelão trabalhava com três teares (os principiantes, com dois). Na organização moderna, cada tecelão dispõe de quatro teares.

O que difere entre uma e outra organização, não é a qualidade do trabalho. Se na situação atual o tecelão permanece em pé ou anda entre os teares, troca espulas ou emenda fios, não fazia êle outra coisa antigamente. Nem difere o tempo gasto em cada uma das duas intervenções

essenciais: numa e outra organizações, cada troca de espulas deve consumir cêrca de 22 segundos; numa e outra a emenda de fio gastará, em média, 73 segundos (v. quesito n. 6). E o tempo que resta se dividirá, em ambas, em parcelas mais ou menos iguais, entre o ato de permanecer em pé e o de andar. Não há-de variar sensivelmente, tampouco, a despesa energética de cada tipo de trabalho (v. acima quadro n. 1).

O que muda são as proporções entre as quatro atividades. Antigamente havia em cada hora grande número de troca de espulas e de emendas, e por isso sobrava pouco tempo para permanecer em pé ou andar em tórno dos teares. Hoje a situação inverteu-se: poucas trocas de espulas e poucas emendas de fios permitem ao tecelão consagrar tempo relativamente longo às outras duas atividades. E como as atividades que se reduziram foram as mais dispendiosas (emendar fio e trocar espulas) e as que aumentaram foram as de menor despesa, infere-se que o total deve ter diminuído. O quadro n. 2 mostra a distribuição dos quatro tipos de atividade pelos 3.600 segundos de cada hora do tecelão, e fixa numêricamente o que acaba de ser dito.

QUADRO N.º 2
 COMO SE DISTRIBUEM NOS 3.600 SEGUNDOS DA HORA
 AS ATIVIDADES DO TECELÃO

Atividades	Organização antiga				Org. moderna	
	Dois teares		Três teares		Quatro teares	
	Vêzes	Segundos	Vêzes	Segundos	Vêzes	Segundos
Ficar em pé . . .	—	1 021	—	626	—	1 058
Andar	—	1,021	—	626	—	1.058
Trocar espulas . .	31	682	47	1.034	21	462
Emendar fio . . .	12	876	18	1.314	14	1.022
Total	—	3.600	—		—	3.600

Tornemos o fato, porém, ainda mais demonstrativo, efetuando, em relação às organizações antiga e moderna,

o cálculo das calorias despendidas. Para isso, multipliquemos o tempo de cada atividade (isto é, os segundos do quadro n. 2 reduzidos a fração decimal de hora) pelo gasto calórico da respectiva atividade (quadro n. 1). Os resultados aparecem no quadro n. 3.

QUADRO N.º 3

GASTO CALÓRICO DAS ATIVIDADES DO TECELÃO NAS ORGANIZAÇÕES ANTIGA E MODERNA

Atividades	Organização antiga				Org moderna	
	2 teares		3 teares		4 teares	
	Hora	Calorias por hora	Hora	Calorias por hora	Hora	Calorias por hora
Ficar em pé	0,28	24,64	0,17	14,96	0,29	25,52
Andar . . .	0,28	51,24	0,17	31,11	0,29	51,47
Trocar espulas	0,20	37,60	0,30	36,40	0,14	26,32
Emendar fio .	0,24	54,72	0,36	82,08	0,28	63,84
Total . . .	1,00	168,20	1,00	184,55	1,00	167,15

Embora não nos iluda a precisão dos números (pois muitos são os fatores em jôgo, que escapam a uma apreciação de conjunto), uma conclusão genérica se impõe: a organização moderna, de 4 teares, exige do operário menos gasto calórico — e, portanto, menos trabalho físico — que a organização antiga, de 3 teares. De outra parte, é sensivelmente igual a sua despesa calórica em relação à organização antiga de 2 teares.

III — *O trabalho mental* — O trabalho mental do tecelão objetiva-se na vigilância exercida por êle sôbre os teares, enquanto espera incidentes a reclamar providência.

E' óbvio que o trabalho de vigilância, a cargo da atenção, varia, em primeiro lugar, segundo a extensão da área a ser fiscalizada. Está, a seguir, na proporção dos incidentes ou estímulos esperados, isto é, do grau de intensidade da "atenção expectante". Expliquêmo-lo por analogia com o motorista de automóvel: ao percorrer uma rua movimentada, sua atenção permanece sempre tensa, pois espera

a cada instante um estímulo qualquer — sinal, cruzamento, veículos, transeúntes em grande número; mas ao entrar por uma auto-estrada de pouco trânsito, essa atenção se afrouxa, visto que se reduz a expectativa dos estímulos. Importa, por fim, a variedade dos incidentes: quem deva reagir tão só a um tipo de estímulo (à luz vermelha, por exemplo) cansa menos a atenção do que aquêle que precise reagir ora a uma luz, ora a um som, ora ao movimento de um braço.

Analisemos agora o problema do nosso tecelão. Quanto ao primeiro elemento — área de vigilância, — se dermos aos três teares da organização anterior o valor de 100, os dois teares da mesma organização corresponderão a 67, e os quatro da organização nova equivalerão a 133. Quanto ao segundo elemento — proporção de incidentes — já vimos (quesitos 4 e 5) que o número de cortes diminuiu, e também diminuiu o de paradas dos teares. Serão êstes os totais, seguidos, entre parênteses, dos respectivos valores centesimais:

Incidentes na organização antiga, 2 teares..	43.	(66)
” ” ” ” 3 teares..	65.	(100)
” ” ” moderna, 4 teares.	35.	(53)

Em relação, a final, ao último fator, ou seja a variedade dos incidentes, a situação não mudou, porquanto dois são os estímulos essenciais em ambas as organizações — a parada automática do tear e o corte de fios.

A apuração numérica põe em confronto os três fatores, muito embora a sua apresentação não queira dizer que damos grande aprêço a uma soma de quantidades heterogêneas (v. quadro n. 4). Melhor do que essa soma, as considerações acima evidenciam que a organização moderna, de quatro teares, reduzindo, como reduziu, a proporção de incidentes (ou estímulos), tornou menos tenso o esforço da atenção, muito embora haja crescido de 33% a área de vigilância. Confrontada, porém, com o trabalho em dois teares, a organização moderna aumentou um

pouco o trabalho da atenção, e isto não em virtude do acréscimo de incidentes (os quais mesmo nesse caso se reduziram), mas por motivo da duplicação da área de vigilância.

QUADRO N.º 4
OS FATORES DO TRABALHO MENTAL DO TECELÃO (RELAÇÃO CENTESIMAL)

Fatores	Organização antiga		Organização moderna
	2 teares	3 teares	4 teares
Área de vigilância	67	100	133
Número de incidentes	66	100	53
Variedade de estímulos. . . .	<u>100</u>	<u>100</u>	<u>100</u>
Total	233	300	286

RESPOSTA AO 11.º QUESITO — Os tecelões que, trabalhando com três teares na organização antiga, passaram, na moderna, a trabalhar com quatro, tiveram redução tanto em seu trabalho físico como em seu trabalho mental. Os que passaram do regime de dois teares para o de quatro, nenhum aumento tiveram no trabalho físico; mas experimentaram ligeiro acréscimo no trabalho mental.

12.º QUESITO — E' exato que, também, com a nova organização da fábrica e dos melhoramentos materiais nela introduzidos, não houve qualquer aumento de esforço físico do tecelão, e que êsse esforço, na nova organização, ficou diminuído?

“Esforço físico” e “trabalho físico” são expressões equivalentes. A rigor, pois, a resposta ao 12.º quesito já foi dada quando se tratou do quesito anterior. Restam,

entretanto, dois aspectos do problema, que examinaremos aqui: o da fadiga subjetiva e o da fadiga aparente.

I — *Fadiga subjetiva* — Cada um de nós sente a fadiga a seu modo, sem que essa sensação se escravize rigidamente à quantidade de esforço pôsto em ação. Mas quando se ouvem as queixas de muitos indivíduos em relação a determinado trabalho, a média dos depoimentos está em proporção com a daquela quantidade. Também por outro motivo recorremos ao testemunho: era, no caso, praticamente, a única forma de estabelecer o confronto entre o presente e o passado. Eis o que nos disseram alguns antigos operários da fábrica (v. sua qualificação no 4.º quesito):

1.º) A. B. — “O trabalho do tecelão, hoje, cansa muito menos.”

2.º) A. L. — “O trabalho de agora não pode cansar. Antigamente o tecelão vivia passando fio, ia p’ra casa com as cadeiras arcadas. Quando o tear corre bem, é chegar em casa e ir passear.”

3.º) J. L. — “Hoje qualquer tecelão toca bem quatro teares. Antigamente êle ficava louco de tanto emendar. Saía amolado do serviço. Agora sai descansado.”

4.º) R. B. — “Antigamente cansava um pouco; agora, menos. Tocar tear não cansa.”

5.º) B. C. C. — “Hoje os teares andam bem. Olhar as máquinas trabalharem cansa muito menos que emendar.”

Em resumo, na opinião dêsses cinco operários, que conheceram o regime antigo e que estão em contato com o novo regime, aquêles cansava mais do que êste.

II — *Fadiga aparente* — Os graus acentuados da fadiga física se exteriorizam na fisionomia e na atitude geral do indivíduo, o qual se mostra deprimido, tardo e incerto nos movimentos, cabisbaixo, de rosto carregado e de mau humor. Por isso, “a observação do operário durante o trabalho, mas especialmente no fim do dia, ou, melhor ainda, no momento em que deixa a oficina, fornece-nos

indicações sôbre seu estado físico, que não são para desprezar-se” (LEON WALTHER — Op. cit. pág. 163)

Assistimos à entrada, e, por três vêzes, à saída dos tecelões, após o seu período de trabalho. Saíam em geral bem dispostos, alegres, especialmente as moças, que vinham conversando com vivacidade e sorrindo. Nem na atitude do corpo, nem nos gestos demonstravam qualquer sinal de fadiga. Cada um levava com movimento seguro sua ficha de presença ao relógio marcador, colocava-a depois, com firmeza, no quadro respectivo, e se encaminhava de cabeça erguida para a rua, pisando sem vacilações. Ninguém, ao vê-los, diria que estavam saindo de um trabalho causador de grande fadiga.

RESPOSTA AO 12.º QUESITO — Os argumentos já expostos na discussão do 11.º quesito, reforçados agora com as informações de antigos operários da fábrica e com o que observamos na saída dos tecelões, convence-nos de que é moderado o esforço físico despendido hoje pelos operários da tecelagem e, ainda, que êsse esforço, na nova organização, ficou diminuído para os tecelões que trabalhavam antes com três teares, e não sofreu aumento sensível para os que trabalhavam com dois.

9.º QUESITO DOS RECLAMANTES — Sendo maiores as espulas, atualmente, do que dantes, não é verdade que o tear trabalha maior tempo sem interrupção, e, portanto, maior é o período de trabalho intenso do tecelão?

E' fato que atualmente os teares da Companhia trabalham maior tempo sem interrupção (v. discussão dos quesitos da reclamada, sobretudo a do 6.º quesito). Mas

não é exato que disso decorra trabalho mais intenso para o tecelão. Muito ao contrário. Do ponto de vista do *trabalho físico*, o tecelão despende maior esforço para emendar fio e para trocar espulas, do que para vigiar o funcionamento da máquina (v. quesito n. 11 da reclamada). Neste particular, houve acentuada diminuição de trabalho, desde que, com a nova organização, se reduziram as interrupções. Do ponto de vista do *trabalho mental*, também houve diminuição, ou, na pior hipótese, esse trabalho se manteve quase o mesmo (v. ainda quesito n. 11 da reclamada). O tecelão vigia por causa das interrupções — umas automáticas, outras provocadas por êle em face dos defeitos que observa. Desde que as paradas automáticas se distanciam e os defeitos se tornam raros, sua atuação fica menos tensa. Pensar de modo diverso é o mesmo que supor que um guarda, pôsto de vigilância numa rua, trabalha mais quando nessa rua nada acontece, do que quando os crimes e as contravenções se sucedem.

RESPOSTA AO 9.º QUESITO — E' verdade que, por serem atualmente maiores as espulas, os teares trabalham maior tempo sem interrupção. Disso, entretanto, em lugar de resultar maior período de trabalho intenso, decorre para o tecelão menor dispêndio de energia, quer física, quer mental.

III — Influência sôbre a saúde

13.º QUESITO — É exato que as novas instalações e a nova organização introduzidas pela reclamada na sua fábrica, e o processo atual de fabricação não trazem qualquer desvantagem para as condições gerais da saúde dos tecelões?

Para responder ao presente quesito, importa indagar: I) a possível influência das inovações introduzidas na fábrica, com relação à saúde; II) as variações no estado de saúde dos operários, ao passarem do regime antigo para o moderno.

I — *As inovações e a saúde* — Duas foram as modificações que merecem análise para o esclarecimento do quesito: 1.º) a umidificação do ambiente; 2.º) a elevação do número de teares confiados a cada tecelão.

1.º) O sistema umidificador “Bahnsen”, instalado em 1948 nas salas de trabalho da fábrica, já foi mencionado a propósito do 2.º quesito. Antes do funcionamento dos aparelhos a temperatura máxima era de 38° (Janeiro de 1948), a mínima era de 22°; a umidade relativa máxima era igual a 76%, a mínima equivalia a 37%. Depois da umidificação, a temperatura máxima passou a ser de 28° (Janeiro de 1949), a mínima tornou-se de 21°,5; a umidade relativa máxima e a umidade relativa mínima subiram, respectivamente, a 83% e a 56%. Em resumo, tomadas as médias, a temperatura desceu de 30° a 25° e a umidade subiu de 56,5% a 69,5%.

Do ponto de vista da higiene do trabalho, não cremos que essas condições — quer as antigas, quer as modernas — constituam o ideal, o qual reclama, por certo, menor elevação térmica e um ambiente mais sêco. Condições, aliás, difíceis e onerosas em nosso clima, e, ao que supomos, inexistentes, em nossos locais de trabalho industrial. Mas é sabido que a temperatura e a umidade relativa estão relacionadas entre si; de sorte que a alteração em uma pode ser compensada pela alteração inversa na outra. À temperatura de 21°, por exemplo, o organismo suporta bem a umidade relativa de 85%; à temperatura de 32° essa porcentagem de umidade torna-se nociva.

Pois na fábrica da Companhia o que se deu neste particular foi uma elevação da umidade relativa (de 56,5% para 69,5%), compensada por uma baixa de temperatura (de 30° para 25°). É lícito dizer, portanto, que, quanto à hi-

giene do trabalho, as condições criadas na sala de tece-
lagem pelas modificações térmicas e higrométricas, pro-
duziram resultados equivalentes aos anteriores, ou possi-
velmente, um pouco melhores, graças à pequena redução
da poeira, decorrente da umidificação do ambiente.

2.º) A outra condição nova é o *acréscimo de um tear*
(em alguns casos, de dois) a cada tecelão. A questão já
foi estudada (quesitos 11 e 12). Demonstramos que, em
virtude da melhoria do fio e do aumento na capacidade
das espulas, o trabalho dos tecelões, o qual, aliás, por
sua própria natureza, não é pesado, não aumentou, antes
diminuiu. Não há, pois, como atribuir qualquer influxo
deletério à inovação.

II — *Informações sôbre a saúde dos operários*
Ouvimos os dois médicos da fábrica a respeito da saúde
dos operários desta, e, especialmente, quanto à dos tece-
lões.

1.º) O Dr. N. F. é médico da fábrica há quase de-
zessete anos. Além de nos declarar que o estado de saúde
dos operários vem melhorando progressivamente (inclusive
em 1949), permitiu-nos Sua Senhoria que examinássemos os
quadros estatísticos relativos aos serviços clínicos e cirúr-
gicos a eles prestados. Tomamos para confronto, e os reu-
nimos no quadro n.º 5, os dados referentes ao primeiro tri-
mestre de cada um dos três últimos anos.

E' verdade que no primeiro trimestre de 1947 havia
681 operários; no de 1948 havia 539, e no mesmo período
de 1949 trabalhavam 437 (médias dos números corres-
pondentes aos meses de Janeiro, Fevereiro e Março de
cada ano). E' verdade também que eram e ainda são
atendidas (e incluem-se na estatística) as pessoas da fa-
mília do operário, o que traz ao cálculo um elemento
indeterminado. Corrijamos, porém, pela redução cente-
simal, a variação no total de operários. Consideremos,
por outro lado, que o número de pessoas de cada família
não deve ter experimentado grandes alterações. E have-

remos de convir em que os resultados falam com grande clareza em favor das condições sanitárias do primeiro

QUADRO N.º 5

SERVIÇOS MÉDICOS PRESTADOS AOS OPERÁRIOS NO PRIMEIRO TRIMESTRE DE 1947, 1948 E 1949

Natureza dos serviços	1947			1948			1949		
	Jan.	Fev.	Março	Jan.	Fev.	Março	Jan.	Fev.	Março
Curativos .	142	146	211	149	167	178	16	34	82
Consultas	195	213	185	7	186	159	103	111	154
Injeções .	359	504	512	328	355	373	190	168	252
Visitas .	11	23	30	0	13	19	58	28	24
Pequena cirurg.	2	2	0	2	3	0	0	4	6
Total .	709	889	938	486	824	729	367	345	518

trimestre de 1949, após oito meses de vigência da nova organização (v. quadro n. 4). Se em 1947 houve, para

QUADRO N.º 6

SERVIÇOS MÉDICOS NO 1.º TRIMESTRE: RESULTADOS COMPARATIVOS

Discriminação	1947	1948	1949
Serviços .	2.536	2.039	1.230
Operários . . .	681	539	437
Porcent. .	372	278	281

cada 100 operários, 372 unidades de serviço médico, esse número subiu, em 1948, para 378 e, em 1949, desceu para 281. É um depoimento muito valioso em favor do estado geral de saúde em 1949.

2.º) O Dr. A. R. trabalha há nove anos como médico substituto da fábrica. Acresce que está, desde os fins do ano passado, com o encargo extraordinário, que lhe foi atribuído, de organizar o fichário médico dos empregados do estabelecimento. Para isso vem êle examinando, um a um, os referidos empregados, orientado por uma ficha

médica que abrange os antecedentes hereditários e pessoais do paciente, o exame clínico geral, o exame de cada aparelho e a inspeção radiológica dos pulmões, coração e vasos da base. Munido de tais elementos, está o Dr. A. B. em situação de poder informar com segurança sobre o estado de saúde dos tecelões da Companhia. Atendendo a pedido que lhe fizemos por carta de 22 de Abril último, eis o que o referido clínico nos escreveu:

“Em resposta ao pedido de esclarecimento, formulado por carta datada de 22 do corrente, a mim dirigida, cabe-me responder do seguinte modo:

1.º item: Dos tecelões que atualmente trabalham na fábrica de tecidos da Companhia, quantos estão fichados no consultório de V. Excia.?

Respostas Acham-se fichados 121, até a presente data.

2.º item: Dos tecelões fichados, quantos apresentavam, quando fichados, perturbações mórbidas?

Resposta: Desses tecelões fichados, 8 apresentavam perturbações mórbidas.

3.º item: Quais essas perturbações?

Resposta: São: 3 com sinais pleuro-pulmonares suspeitos, constatados em radiografia do tórax, realizada em Julho de 1946. Embora tenham sido todos os exames de laboratório negativos, esses tecelões foram afastados do serviço e submetidos a um rigoroso tratamento higieno-dietético e medicamentoso, a expensas da Companhia, ficando sob vigilante assistência médica. Esses indivíduos já foram reintegrados nos serviços, completamente restabelecidos, conforme comprovação radiológica. Continuam, porém, ainda sob contróle médico. — 3 apresentavam discreto sôpro-cardíaco; 1 com deficiência auditiva esquerda; 1 com úlcera no estomago; 2 com gastrite.

4.º item: Qual, em sua opinião, o estado geral de saúde dos tecelões da referida fábrica?

Resposta: Na minha opinião, o estado de saúde dos tecelões é muito bom.

5.º item Qual a influência que supõe haja exercido sobre a saúde dos tecelões, a introdução de aparelhos umidificadores na fábrica?

Resposta: A influência exercida sobre a saúde dos tecelões, pela introdução de aparelhos umificadores na fábrica, é a melhor possível.

E, dêsse modo respondendo, embora sucintamente, à carta referida de V. Excia., autorizo-o a fazer desta resposta o uso que lhe convier.”

IV — Conclusão — Vê-se, pois, que nem as inovações introduzidas na fábrica possuem qualquer potencialidade deletéria, nem os operários que ali trabalham estão piorando em sua saúde, a qual ao contrário, continua a incrementar-se.

RESPOSTA AO 13.º QUESITO — As novas instalações e a nova organização de trabalho, introduzidas pela reclamada em sua fábrica de tecidos, nenhum dano trouxeram, nem podem trazer à saúde dos tecelões.

A prova da causa do erro no matrimonio romano e o casamento putativo.

Gaetano Sciascia

Livre docente de direito romano da
Universidade de Roma, contratado pela
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

1. Como é sabido, em Roma existe casamento com efeitos de *ius civile* (*iustae nuptiae*), quando os cônjuges têm capacidade de se casar segundo o direito romano (*connubium*) (1).

Durante o período clássico (2), em geral, podem casar validamente os cidadãos romanos. Assim, no que diz respeito ao *status civitatis*, cumpre distinguir:

a) Os romanos *ingenui*.

* Ofereço o presente trabalho ao ilustre professor da Universidade de São Paulo que, além de grande comercialista, conhecido e estimado no novo e no velho continente, frequentemente tratou problemas jurídicos conexos com a cidadania e o casamento. Não obstante o tecnicismo da pesquisa, espero que os leitores, percebendo quanto há de semelhante entre o Brasil e Roma em matéria de nacionalidade das pessoas, possam encontrar nela uma interessante experiência de história do direito. Visando este objetivo a minha modesta homenagem ao Prof. Waldemar Ferreira, propugnador da necessidade de encarar historicamente o direito moderno, segue a linha científica e didática traçada pelo Mestre.

(1) Ulp. 5,3: *Connubium est uxoris iure ducendae facultas.*

(2) A lei Canuleia, que concedeu o *connubium* entre patrícios e plebeus, é provavelmente do ano 445 a. C., logo depois das XII Tabuas.

b) Os habitantes das colónias (*Latini coloniarii*) (3) que obtiveram a cidadania ou pelo cargo exercido na propria *civitas* (4), ou por normas especiais (5), ou por concessão do imperador (6), ou pelo processo da *anniculi probatio* (lei Elia Sencia) (7).

c) Os escravos alforriados (*liberti*) que se tornaram cidadãos romanos: 1.º — imediatamente, por força da alforria válida por *ius civile* (8); 2.º — posteriormente à alforria, tratando-se de escravos libertos por ato não válido segundo o *ius civile* (*Latini Iuniani*) (9), que em seguida obtiveram a cidadania ou sendo outra vez alforriados, mas

(3) Chamam-se *Latini* os que pertencem às coletividades latinas inclusive as colônias, e os escravos não alforriados segundo as formas idóneas por *ius civile*; cf. nota 9.

(4) Cf. Gai. 1,97.

(5) Ulp. 3,5: lei Visélia de 25 d. C., quanto a quem for guarda por seis anos (posteriormente um senatusconsulto reduziu o prazo a tres anos); Gai. 1,32 c, Ulp. 3,6: edito de Claudio quanto a quem construir um navio com dez mil modios de capacidade e carrear com êste trigo para Roma durante seis anos; Gai 1,33: constituição de Nero, quanto a quem edificar um prédio em Roma, gastando no mínimo metade de seu patrimonio, não sendo este inferior a duzentos mil sestércios; Gai. 134, Ulp. 3,1: constituição de Trajano, quanto a quem tiver em Roma uma padaria por tres anos, com produção diária não inferior a cem módios de trigo. Já durante a republica, a lei Acília (Riccobono, *Fontes*, 2 ed., vol. I p. 101) dava a cidadania em premio a quem tivesse acusado de crime eleitoral um magistrado romano, acarretando sua cõdenação.

(6) Cf. Ulp. 3,1 e 5,4.

(7) O *Latinus* deve provar perante o magistrado ter tido como mulher uma romana ou latina que lhe deu um filho e que o filho completou um ano; cf. Gai. 1,29 a 32; Ulp. 3,3; vide tambem Gai. 1,66.73.80; 3,5.73; Coll. 16,2,5 (Gai.) e 16,3,15 (Paul.). Não é certo que a prova era prevista sòmente pela lei Elia Sencia, cf. Buckland, *A text-book of roman law* 2 ed., Cambridge 1932 p. 95.

(8) *Manumissio vindicta, censu, testamento*, cf. Ulp. 1,6.

(9) Cf. Gai. 1,22 a 24; 2,275; 3,55 a 72; Ulp. 20,14; Cod. 7,6,1; Inst. 1,5,3. Não são validas por direito civil as manumissões *inter amicos, per mensam, per epistulam*.

validamente (*iteratio*) (10), ou aproveitando-se de normas especiais (11), ou por concessão do imperador (12), ou por *anniculi probatio* (lei Elia Sencia) (13).

d) Os estrangeiros (*peregrini*) das cidades às quais Roma concedeu o *connubium* (14).

Prescindindo de proibições especiais (15), as pessoas mencionadas têm capacidade de casar com as da propria categoria, como também com as das outras categorias.

Tendo presente estas distinções, pode-se ler o texto das Institutas de Gaio que ilustra os casos em que pessoas, carecedoras de *connubium*, podem transformar sua união em *iustae nuptiae*, provando ter ignorado a falta de capacidade.

2. Gai. 1, 67: (16) Item (*scilicet evenit ut liberi, qui statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant, postea tamen redigantur in potestatem*), si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis Romanus

(10) Cf. Gai. 1,35; Ulp. 3,4; Vat. Fragm. 221; Fragm. Dosithei 14; vide também Gai 1,167; Ulp. 11,19.

(11) Cf. nota 5.

(12) Cf. nota 6.

(13) Cf. nota 7.

(14) Cf. Gai. 1,56.57.74.76 etc. Depois da baixa (honesta missio) o estrangeiro pode obter o *connubium*.

(15) A proibição mais conhecida é a da lei Pápia Popea relativa aos da classe dos senadores e às actrizes: Ulp. 13,1; 16,2; D. 23,2,23 Cels.; D. h. t. 44 pr. Paul. Entre 523, o imperador Justino, tio de Justiniano, revogou a proibição permitindo o casamento de seu sobrinho com a famosa Teodora, Cod. 5,4,23. Mas existem muitos outros impedimentos particulares, cf. Costa, Storia, 2 ed., Torino 1925 p. 46 e seg.; Solazzi, Atti Accad. Napoli, LIX (1939).

(16) Reporto o texto oferecido na edição crítica de F. de Zulueta, *The institutes of Gaius*, Oxford 1946. As letras em grifo faltam no manuscrito; os corchetes indicam glosas; os parêntesis angulares indicam reconstruções de palavras omitidas no manuscrito.

est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est eius conditionis cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit quam si inter patrem et matrem eius conubium sit; sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt, et eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est si eam per ignorantiam uxorem duxerit quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis Romana. 68. Item, si civis Romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et aequè simul incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est si peregrino tamquam Latino ex lege Aelia Sentia nupta sit; nam et de hoc specialiter senatusconsulto cavetur. Idem iuris est aliquatenus si ei qui dediticiorum numero est tamquam civi Romano aut Latino e lege Aelia Sentia nupta sit, nisi quod, scilicet, qui dediticiorum numero est in sua conditione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur. 69. Item, si Latina peregrino, cum eum Latinus esse crederet, <e lege Aelia Sentia> (17) nupserit, potest ex senatusconsulto, filio nato, causam erroris probare, et ita (18) omnes fiunt cives Romani, et filius in potestate patris esse incipit. 70. Idem constitutum est et si Latinus per errorem peregrinam quasi Latinam aut civem Romanam e lege Aelia Sentia uxorem duxerit. 71. Praeterea, si civis Romanus, qui se credisset Latinum esse, ob id Latinam <uxorem duxerit> (19), permittitur ei, filio nato, erroris causam probare, tamquam si e lege Aelia Sentia uxorem duxisset

(17) A integração é de Huschke.

(18) Faltam tres letras assim integradas por Goeschen e os demais editores; Polenaar supriu: *quo modo*.

(19) Assim reconstroem todos os editores; mas, como observa de Zulueta no manuscrito o ultimo verbo do período está no plural.

(20). Item his qui, cum cives Romani essent, peregrinos se esse credidissent, permittitur ex senatusconsulto, filio nato, causam erroris probare, quo facto fiet uxor civis Romana, et filius... (21) non solum *ad civitatem* Romanam pervenit, sed etiam in potestatem patris redigitur. 72. Quaecumque de filio [esse] diximus, eadem et de filia dicta intellegemus. 73. Et quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest cuius aetatis filius sit *filiave*. . (22) si minor anniculo sit filius *filiave*, causa probari non potest. Nec me praeterit in aliquo rescripto divi Hadriani ita esse constitutum tamquam, quod ad erroris quoque *causam* probandam (23) 74. Si peregrinus civem Romanam uxorem duxerit, an ex senatusconsulto *causam* probare possit quaesitum est... (24) hoc ei specialiter concessum est. Sed cum peregrinus civem Romanam consecutus esset, deinde, cum *quaereretur* an *causam* probare posset, rescripsit imperator Antoninus proinde posse eum *causam* probare atque si peregrinus mansisset. Ex quo colligimus etiam peregrinus *causam* probare posse.

(20) No manuscrito está *duxissent*; a emenda é de Goeschen; Huschke observou que as palavras *tamquam* até *duxisset* ficariam melhor colocadas na lacuna precedente.

(21) No manuscrito sete letras são ilegíveis; sua reconstrução é difícil, pois mesmo com a lacuna o sentido do texto é completo.

(22) Goeschen pensou que na lacuna (pouco mais de duas linhas) se afirmasse que pela lei Elia Sencia a causa não se pode provar, se o filho ou a filha é menor de um ano; assim Krueger reconstruiu o texto: *filiave nisi forte eorum aliquis, qui e lege Aelia Sentia matrimonium se contrahere putarint erroris causam probare velit; ad hoc enim si minor etc.*

(23) Faltam quase tres linhas. Goeschen pensou que Adriano exigisse que o filho tivesse a idade de um ano e Krueger acrescentou que o Gaio não aceitava a consequencia que se queria tirar do rescripto imperial. De Zulueta considera a suposição de Krueger como provavel.

(24) Sobre a lacuna cf. mais adiante nr. 6.

75. Ex his apparet, sive civis Romanus peregrinam sive Romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse, sed si quedem per errorem tale matrimonium contractum fuerit, emendari vitium eius ex *senatus consulto secundum ea* (25) quae superius diximus. Si vero nullus error intervenerit, sed scientes suam condicionem ita coierint, nullo casu emendatur vitium eius matrimonii (26).

(25) O texto é defeituoso.

(26) A tradução seguinte corresponde àquela que oferecemos com Alexandre Correia no vol. 2 do nosso *Manual de direito romano* S. Paulo 1951: “67. O mesmo se dá (i é, que filhos, que não caem sob o poder do pai desde que foram natos, veem depois a entrar nesse poder) se um cidadão Romano se casar por ignorância com uma Latina ou peregrina acreditando que fosse cidadã Romana; se dela teve um filho não tem sobre ele o patrio poder, porque não é o mesmo cidadão Romano, mas Latino ou peregrino, i. é, da mesma condição da mãe, porque nenhum filho segue a condição paterna se não houver conubio entre o pai e a mãe. Mas em virtude de um senatusconsulto é-lhe permitido provar a causa do seu erro; e então tanto a esposa quanto o filho adquirem a cidadania Romana, e desde esse tempo começa êle a estar sob poder do pai. A mesma situação jurídica se dá se, por ignorância, se casar com uma mulher da classe dos deditícios; mas nesse caso a mulher não se torna cidadã Romana. 68. Igualmente, se uma cidadã Romana se casar com peregrino por erro, pensando ser cidadão Romano é-lhe permitido provar a causa do seu erro e então tanto o filho como o marido adquirem a cidadania Romana e, do mesmo modo, começa logo o filho a estar sob o poder do pai. Idêntica situação jurídica será se casar, nos termos da lei *Elia Sencia*, com um peregrino, supondo-o Latino; pois esse caso é especialmente previsto pelo senatusconsulto. A mesma situação jurídica de certo modo se dará se se casar com um da classe dos deditícios nos termos da lei *Elia Sencia*, pensando que fosse cidadão Romano ou Latino. Salvo que o da classe dos deditícios permanece na sua condição e portanto o filho embora tornado cidadão Romano, não cai sob poder do pai. 69. Igualmente, se uma Latina se casa com um peregrino, nos termos da lei *Elia Sencia*, crendo ser Latino, pode, em virtude do senatusconsulto e depois de nato o filho, provar a causa do seu erro, tornando-se assim todos cidadãos

3. Os casos de prova da causa do erro (*erroris causae probatio*) são enumerados por Gaio na ordem seguinte:

1.º O romano se une com latina ou peregrina ou deditícia, julgando-a romana (Gai.1,67).

2.º A romana se une com peregrino, julgando-o romano; ou se une com peregrino, tendo-o por latino que aproveita da lei Elia Sencia; ou se une com deditício, jul-

Romanos e entrando desde logo o filho sob o pátrio poder. 70. O mesmo foi determinado se um Latino se casou, nos termos da lei Elia Sencia, por erro com uma peregrina, tomando-a por Latina ou cidadã Romana. 71. Alem disso, se um cidadão Romano, acreditando-se Latino, por isso casou com Latina, é-lhe permitido provar a causa do seu erro, como se tivesse casado de acordo com a lei Elia Sencia. Igualmente, os que, sendo cidadãos Romanos se acreditassem peregrinos e casassem com mulheres peregrinas é-lhes permitido pelo senatusconsulto provar, uma vez nascido o filho, o seu erro; e por consequência se tornará a mulher cidadã Romana e o filho. não só adquire a cidadania Romana mas também cai sob o poder do pai. 72. Tudo o que dissemos do filho, entenderemos como dito também da filha. 73. E no atinente à prova da causa do erro, nada importa de que idade seja o filho ou a filha. sendo menor de um ano, não pode provar a causa. Nem me esquece que num rescrito do divino Adriano foi estabelecido que, no concernente também a prova da causa do erro.. 74. Se um peregrino casar com uma cidadã Romana e depois há dúvida sobre se pode pelo senatusconsulto provar a causa. isto lhe foi especialmente concedido. Mas se um peregrino casou com uma cidadã romana e, nascido o filho, em seguida adquiriu a cidadania Romana, e depois como se perguntasse se podia provar a sua causa o imperador Antonino por um rescrito determinou que podia provar a sua causa como se tivesse permanecido peregrino. Donde concluímos que também o peregrino pode provar. 75. Do que dissemos resulta que quer um cidadão Romano se case com uma peregrina, quer um peregrino com cidadã Romana o que nascer é peregrino. Mas se por erro tal matrimonio for contraído, é licito, em virtude do senatusconsulto emendar-lhe o vício, conforme o que acima dissemos. Mas se nenhum erro interveio e se se uniram ciêntes da sua condição, em nenhum caso se lhes emenda o vicio do matrimonio”.

gando-o romano ou latino que aproveita da lei Elia Sencia (Gai.1,68).

3.º A latina se une com peregrino, julgando-o latino que aproveita da lei Elia Sencia (Gai.1,69).

4.º O latino se une com peregrina, tendo-a por romana ou latina e aproveitando da lei Elia Sencia (Gai.1,70).

5.º O romano se une com latina, julgando-se latino como se pudesse aproveitar da lei Elia Sencia (Gai.1,71).

6.º O romano se une com peregrina, julgando-se peregrino (Gai. 1,71).

7.º O peregrino se une com romana, julgando... (Gai.1,74).

Examinarei a seguir quem pode provar o erro, a natureza do erro, o eventual requisito da prole, o processo da prova e seus efeitos com relação aos cônjuges e filhos.

4. Permite-se a prova do erro, antes de mais nada, à pessoa que errou. Em todos os casos apresentados Gaio supõe que esta faça a prova. No fim do paragrafo 75 fala-se no plural (*scientes*), mas não há duvida de que aí o jurisconsulto se refere às pessoas consideradas nos casos precedentes, e não aos dois conjuges de cada caso (27).

Assim, numa união sem *connubium*, cada um dos conjuges poderá provar seu erro, sendo a opinião do outro indiferente.

Em face do conteúdo do mesmo paragrafo 75, onde se exclui que a prova possa ser feita pelos cônjuges que sabiam da falta de capacidade, me parece impossível sustentar que o cônjuge que não errou possa provar o erro do outro (28). Como veremos, êle porém se aproveita do erro.

(27) S. Solazzi, *Glosse a Gaio*, Studi Riccobono vol. 1 pag. 131 segs. considera glosas as duas últimas orações do parágrafo 75, interpretando a palavra *scientes* como referida aos dois conjuges de cada caso; mas me parece que a inexactidão apontada é inexistente.

(28) Cf. nota 30.

Em Gai.2,142 e 143, como também em Gai.3,5 (29) se supõe que a prova do erro seja feita depois da morte do pai. Nas Sentenças de Paulo 4,8,7 (Collatio 16,3,7) é prevista a mesma hipótese. Visto que em todos estes casos o processo aproveita aos filhos, deve-se dizer que os próprios filhos podem fazer a prova, pelo menos após o falecimento do pai. A conclusão é conforme ao princípio geral segundo o qual a prova dum fato deve ser aduzida por quem pretende direitos de tal evento e está confirmada pela analogia da *anniculi probatio*, em que, segundo outros textos, a prova é aduzida pelo próprio filho (30). Visto que os textos tratam separadamente da prova do erro depois da morte, pode ser que a matéria tenha sido regulada por um *senatus-consulto* posterior ao da prova do erro.

5. Problema mais delicado é o da natureza do erro.

Para que se possa falar em erro sobre o caráter jurídico do casamento é necessário que a relação existente entre os sujeitos preencha em abstrato todos os requisitos dum casamento válido segundo o *ius civile*. Gaio usa as locuções técnicas para indicar respectivamente o casamento do homem (*uxorem ducere*) e da mulher (*nubere*). Iniciando a vida em comum, houve de fato a celebração das cerimônias usuais e os dois elementos necessários para a existência do casamento, i, é, a *affectio maritalis* e o *honor matrimonii*. O casamento existe; não existem seus efeitos jurídicos que os cônjuges ou um deles supõem existir (30 a).

(29) Em Gai. 3,5 a referência ao nosso *senatusconsulto* é integrada por Coll. 16, 2, 5 (Gai.).

(30) Cf. Gai. 32; Coll. 16, 3, 15 (Paul.). Note-se, porém, que a *anniculi probatio* pode ser feita também pela mãe, posteriormente à morte do pai, cf. Gai. 1, 32.

(30 a) Note-se, também sob este aspecto, a analogia com a posse e cf. sobre a *iusta causa* da tradição e do usucapião o excelente trabalho de P. Voci na Revista "Studia et Documenta Historiae et Juris" XV (1949) pág. 141 e segs.

Querendo analisar a condição de cada cônjuge, quer no que diz respeito à sua relação com a condição do outro, quer no que concerne ao alcance do erro, pode-se afirmar um primeiro grupo de regras gerais:

a) Quem erra está em melhor condição do que aquele que não erra (31).

O princípio falha no último caso (nr.7.º), em que o erro, aliás desconhecido, deve atribuir-se ao peregrino que se une com romana.

b) Quem erra acredita ser o cônjuge de condição igual à sua ou de condição que se possa tornar igual à sua; ou também se julga êle próprio de condição igual à do cônjuge .

c) Quando o erro recai sobre a condição do outro conjuge, a sua falsa condição é melhor que a verdadeira; quando o erro recai sobre a própria condição, a condição que se supõe é pior que a verdadeira.

Considerando o sexo de cada sujeito, formula-se um segundo grupo de regras:

a) O homem pode errar quanto à propria condição.

b) A mulher não pode errar quanto à propria condição.

Dados estes princípios, aos casos apresentados por Gaio se poderiam acrescentar outros que preenchem todos os requisitos: 8.º O cidadão que se une com peregrina ou deditícia, supondo-a latina que aproveita da lei Elia Sencia; 9.º A cidadã romana que se une com latino que aproveita da lei Elia Sencia, supondo-o cidadão Romano; 10. A latina que se une com deditício, julgando-o latino que aproveita da lei Elia Sencia; 11.º O latino que se une com peregrina, julgando êle proprio peregrino.

Mas o erro, como se disse, consiste na representação duma situação que, se fosse verdadeira, teria tornado *ius-*

(31) Ulp. 7, 4 fala em matrimonio contraído por erro entre pessoas *disparis condicionis*.

tum desde já ou em futuro o casamento (32). Ora, em dois casos apresentados por Gaio e no último que tirei da analogia isso não se dá.

Quando o romano se une com peregrina (caso 6.^o), julgando-se peregrino, não se configura um casamento válido por *ius civile* nem no presente nem no futuro. Não se configura no presente, pois a falsa representação, se fosse real, não pressuporia nos sujeitos o *connubium*; não se configura no futuro, porque o peregrino não pode tornar-se cidadão romano por *anniculi probatio* (33). Entretanto Gaio atribui expressamente ao senatusconsulto a norma em virtude da qual o erro é excusável. A norma, que por certo é excepcional com relação ao conceito de erro, pode parecer menos grave considerando que entre dois peregrinos sem *connubium* eventualmente existe um casamento *iustum* quanto ao direito da *civitas* do pai (34).

Não diferente é a situação que contemplamos no caso 11.^o baseado na analogia: o latino que se une com peregrina, julgando-se ele proprio peregrino, não realiza abstratamente um casamento válido e, por isso, seu erro não corresponde a uma situação que, se verdadeira, seria conforme ao direito. Destarte, na falta duma norma expressa

(32) Não é permitida a prova ao romano que se uniu com escrava, a qual posteriormente se tornou livre e romana antes de dar à luz. Prescindindo das evidentes razões políticas que justificam a exclusão, com escrava nem sequer abstratamente pode existir casamento. Compare-se, alias, no texto onde Gaio fala do caso (1,88) a expressão *talis coitus* com a de *tale matrimonium* referida à união cujo vício é sanável pelo processo da prova (1,75). Sobre Gai. 1,85 (o filho varão do homem livre que se une com escrava, julgando-a livre, nasce livre) cf. Castello, Studi in onore di S. Solazzi, Napoli 1948 p. 141 e segs.

(33) Cf. os textos indicados na nota 7. Obtendo a cidadania, o *peregrinus* não adquire necessariamente o pátrio poder, Gai. 1,93; cf. as clausulas nas concessões imperiais, Girard, Textes p. 124.

(34) Cf. Gai. 1, 92: *secundum leges moresque peregrinorum*. Assim *iustus* em Gai. 1, 77 é com relação ao direito do peregrino. Os modernos falam em *matrimonium iuris gentium*.

do senatusconsulto sobre o caso, pode-se duvidar da sua admissibilidade, embora, como no caso 6.º, entre dois peregrinos o casamento eventualmente é justo com relação ao direito dêles.

6. Consideração particular merece o caso 7.º, não somente porque aí, como se disse, a situação errada não dá lugar a um casamento válido, mas também porque a espécie constitui uma exceção à regra a) do primeiro grupo, segundo a qual quem erra está sempre em condição melhor do que o cônjuge que não erra. Além disso, o texto de Gaio que apresenta a hipótese é lacunoso.

Gai.1,74 supõe que um peregrino casou com uma romana. Não sabemos qual é o erro previsto; i.é, se o peregrino se julgou êle próprio romano ou julgou peregrina a mulher. O espaço da lacuna, aproveitando das palavras ainda visíveis segundo a 3.ª edição de Gaio dada por Krueger e Studemund (35), não é suficiente para a reconstrução das duas hipóteses, de forma que devemos escolher uma ou outra.

Se o peregrino se julga êle próprio romano e casar com uma cidadã romana, não há dúvida de que a falsa representação concretiza um casamento abstratamente válido segundo o *ius civile*, exatamente um casamento entre dois cidadãos. Mas, se êste fosse seu erro, a hipótese não se conciliaria com o princípio c) do primeiro grupo de

(35) Nos *Supplementa* de G. Studemund contidos na mesma edição (pag. XXIII) as tres linhas lacunosas do parágrafo 74 são descritas assim (as letras em grifo são incertas):

Siperegrinuscruxorem*dixeritanexs*, *cbpro*

+*arepossitquesitume*

cupquisipsedeceptimaticroma

Na segunda linha, adverte Studemund, depois de *quesitume* parece que estava a letra *s*; na terceira linha as letras 17 e 18 são incertíssimas. A linha seguinte começa diretamente com as palavras visíveis: *hoc ei specialiter concessum est*.

regras, segundo o qual, quando o erro recai sobre a própria condição, a condição que se supõe deve ser pior que a verdadeira.

À parte o alcance da exceção, do ponto de vista prático admitir a prova de tal erro significaria convalidar os casamentos dos peregrinos com as romanas dando lugar a abusos e fraude. Acresce a excepcionalidade dos casos em que o senatusconsulto permite a prova do erro sobre a própria condição; faculdade esta evidentemente reservada aos cidadãos, pois o caso 11.º que tiramos da analogia é muito duvidoso.

Resta-nos, portanto, a outra hipótese de erro: o peregrino se uniu com cidadã romana, julgando-a peregrina (36) ou latina. Aqui a opinião de quem erra configura apenas um casamento válido segundo *leges moresque* da *civitas* a que o peregrino pertence (37). Dado que o senatusconsulto admitia expressamente a convalidação no caso análogo (nr.6.º) do romano que se uniu com peregrina, julgando-se peregrino, podia ser justificada a dúvida.

Mas a hipótese não preenche o requisito da regra c) vista acima, de que, quando o erro recai sobre a condição do outro conjuge, a sua falsa condição é melhor que a verdadeira; pois a cidadã romana está evidentemente em condição melhor que a peregrina ou latina, i. é, em condição melhor que a que erradamente lhe atribui o conjuge.

Ora, tendo presente que no parágrafo 73 Gaio tinha discutido a exigência de o filho ter completado um ano, quando se tratava de aproveitar da lei Elia Sencia (38), e considerando que no parágrafo 75 o jurisconsulto expressamente afirmava possível a convalidação do casamento

(36) Aceita esta hipótese H. J. Roby, *Roman private law*, 1902 p. 39.

(37) Cf. antes nota 34.

(38) Cf. antes notas 22 e 23.

contraído por erro entre um peregrino e uma cidadã romana (39), com os vestígios das letras incertas indicadas por Studemund, proponho a seguinte integração da lacuna (40):

Si peregrinus civem Romanam uxorem duxerit
an ex senatusconsulto causam probare possit quaesi-
tum est; *ex lege Aelia Sentia probare causam non*
potest, quia ipse peregrinus civis Romanus non fit.
Sed hoc ei specialiter concessum est. (41)

A lacuna da segunda linha dá para a integração proposta, visto que o título da lei podia ser abreviado (42); na terceira linha a integração enche exatamente o espaço vazio, mas a palavra *peregrinus* pode ser substituída por outras que não alteram o valor da afirmação (por ex. *hoc modo*, ou *eadem lege* etc.).

Quanto ao fundo, parece-me que a integração corresponde aos princípios gerais. O peregrino, como se disse, não alcança a cidadania por *anniculi probatio* (lei Elia Sencia). Além disso, assim como no caso 6.º, acima ilustrado, embora a situação errada não coincida com um casamento abstratamente válido e, por isso, faltando a norma expressa do senatusconsulto, a solução deva ser negativa (*causam probare non potest*), os imperadores chegam a permitir a prova (*concessum est*). O próprio Gaio, aliás no parágrafo seguinte aproxima os dois casos; o do ro-

(39) Que a prova é admitida se dedus também do fim do parágrafo 74, segundo o rescrito do imperador Antonino Pio.

(40) Não me foi possível consultar as velhas edições de Krueger, nas quais o autor tinha proposto uma integração que depois refulou por não combinar com o espaço; cf. Krüger, 3 edição, p. 18.

(41) Tradução: “Se um peregrino casar com uma cidadã Romana, há duvida se pode pelo senatusconsulto provar a a causa. Não o pode pela lei Elia Sencia, pois em virtude dela o peregrino não se torna cidadão romano. Mas isto lhe foi concedido de modo especial”.

(42) Cf. a nota à linha 3 em Krueger, 3 edição, p. 18.

mano que se une com peregrina e o do peregrino que se une com romana.

7. O requisito da prole é exigido em todos os casos em geral, nem importa que se trate de filho ou de filha, como aliás era estabelecido quanto à *anniculi probatio* (43); mas quando um dos sujeitos quer aproveitar da lei Elia Sencia, i.é quando o erro se baseia sobre a existência futura do *connubium*, podendo o cônjuge se tornar cidadão romano pela prova de ter havido um filho o qual completou a idade de um ano, evidentemente é necessário que o filho tenha a idade mínima (44).

Note-se que apenas o nascimento do filho, e não também sua idade de um ano, é exigido para convalidar as uniões entre cidadão que se julga peregrino e a peregrina. Neste caso, em que o *senatusconsulto* operava a mais ampla concessão, não precisava a idade do filho, visto que o erro de se acreditar peregrino não teria permitido em tese o benefício da lei Elia Sencia. A *anniculi probatio* não se refere aos peregrinos, mas aos latinos.

8. Não temos elementos para ilustrar o processo da prova. E' provavel que as autoridades perante as quais corre o feito são as competentes no caso de *anniculi probatio*; o pretor em Roma e o governador na província (45).

Para a *anniculi probatio* se exige a deposição de sete testemunhas. Pode-se supor que o mesmo numero precisa para a *erroris causae probatio*, pelo menos quando o sujeito aproveita da lei Elia Sencia. Aliás, tratando-se de casamento, o número das testemunhas não é exagerado, pois às cerimonias relativas assiste sempre muita gente.

(43) Gai. 1, 32 a. Pelo contrário, nas uniões por erro entre livres e escravas, até Vespasiano (anos 69 até 79 d. c.), o sexo da prole tinha importancia, cf. Gai. 1, 85.

(44) Cf. antes nota 22.

(45) Gai. 1, 29.

Lembre-se que a *confarreatio* exigia a presença de dez testemunhas (46) e a *coemptio* de cinco, no mínimo (47).

9. Devemos agora examinar os efeitos da prova.

Quanto aos cônjuges, o efeito da prova é que o que não é cidadão, se torna romano e como tal goza de todos os direitos. A cidadania é excluída para os deditícios, que, como é sabido, em nenhum caso podem alcançá-la (48).

Quanto aos filhos, a prova lhes dá a cidadania. Em particular o filho da união de duas pessoas, entre as quais não há *connubium*, não é cidadão. Até Adriano a regulamentação é a seguinte: se um dos pais é peregrino, o filho, pela lei Minícia, nasce peregrino (49); se a mãe é latina, pela regra do *ius gentium*, o filho é latino (50); sendo a mãe romana e o pai latino, havia dúvidas quanto a cidadania do filho (51). O senatoconsulto relativo à prova do erro, que não é posterior a Adriano (52), concede a cidadania aos filhos nos casos indicados.

As normas do senatoconsulto visam evidentemente favorecer os filhos; Gaio as refere com relação ao fato de os filhos caírem sob pátrio poder, i.é, de se tornarem legítimos (*iusti*); o processo é permitido apenas quando existe prole.

(46) Gai. 1,112; Boethius in Cic. top. 3,14. Sobre a prova do casamento em Roma e nas províncias cf. E. Cuq, *Manuel*, Paris 1928 p. 164.

(47) Gai. 1, 113.

(48) Cf. Gai 1, 15 e 26.

(49) Cf. Gai 1, 15 e 26. Sobre as observações críticas feitas por Gaio, cf. S. Perozzi, *Scritti Giuridici*, Milano 1948, vol. III pág. 566.

(50) Gai. 1, 78.

(51) Gai. 1, 80.

(52) Cf. mais adiante, Gai. 2, 142 e 143, onde o senatoconsulto de iniciativa de Adriano (anos 117 até 138 d. C.) pressupõe que já exista o senatoconsulto relativo à prova do erro no casamento, B. Biondi e V. Arangio Ruiz, *Acta divi Augusti*, Romae 1945, pág. 264 colocam o nosso senatoconsulto nos tempos de Otaviano Augusto; Volterra, *Nuovo Digesto Italiano*, h. v., (p. 17 da separada) nos de Adriano.

Sendo o pai deditício, os filhos não podem cair sob seu poder, porque a *patria potestas* é considerada peculiar aos romanos (53), não podendo existir se um dos sujeitos não é cidadão (54). No caso, o filho se torna imediatamente *paterfamilias*, pois a mãe em Roma não pode ter pátrio poder (55). Além disso o filho não terá agnatos, i.é, pessoas ligadas com ele em parentesco civil pela linha paterna, e em consequencia os que lhe possam suceder *ab intestato* ou que lhe possam exercer a tutela prevista na lei das XII Tábuas (56).

Caindo o filho sob pátrio poder, êle se torna *heres suus* do *paterfamilias*. Gai.2,142 nos informa que se isto acontecesse depois de o *paterfamilias* ter feito testamento, a princípio, mesmo tendo nomeação ou deserdação daquele que se teria tornado *suus*, assim como se dava pela adopção (57) ou pela *conventio in manum* (58), romper-se-ia o testamento. No seguinte parágrafo 143 o jurisconsulto refere que Adriano providenciou para que, havendo a prova do erro depois da morte do *paterfamilias*, o testamento continuava válido, desde que o filho que se tornava então *suus*, tivesse sido considerado nele (59); ao passo que o testamento se rompia no caso em que a prova do erro fosse

(53) Gai. 1, 55.

(54) Ulp. 10, 3; Gai. 1, 128.

(55) Gai. 1, 104.

(56) Gai. 1, 155. Não se exclui a probabilidade de que o proprio senatusconsulto da *erroris causae probatio* contivesse disposições a respeito da tutela; mas Gai. 1, 173 e Ulp. 11, 2 e 20 até 23, falando nos tutores instituidos por senatusconsultos não mencionam o caso; a lei Atília V, em Roma, e Julia e Tícia, nas prouvíncias (Gai. 1, 185 = Inst. 1,20 pr.; Ulp. 11, 18), estavam em vigor.

(57) Gai. 1, 138.

(58) Gai. 1, 139.

(59) *Ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renovari non possent*; i-é, para os testamentos feitos com cuidado se não rescindirem quando não mais pudessem se renovar (Gai. 1, 143). A regra Catoniana não se applica à nomeação de herdeiro, D. 34, 7, 3.

feita durante a vida do pai, pois o testador podia sempre renovar o testamento.

Dado que os latinos não tinham capacidade de fazer testamento e que os peregrinos não podiam testar segundo o *ius civile*, a regulamentação ilustrada por Gaio devia aplicar-se somente nos casos indicados acima dos numeros 1.º, 5.º e 6.º; i.é, quando o pai já era romano.

Gai.1,75 por duas vezes fala em *emendare vitium matrimonii* e a mesma expressão se encontra em Gai.1,87 (60). Trata-se de convalidação *ex tunc* ou *ex nunc*?

Karlowa opina que a convalidação opera *ex tunc* (61); Perozzi acha que os *simul* de Gai.1,65 e 68 indicam, pelo contrário, que a convalidação não retrotrai seus efeitos, considerando porem verossimil a outra opinião (62).

Na verdade os *simul* nos lugares citados podem indicar apenas que o filho recai sob pátrio poder do pai no mesmo instante em que se dão os outros efeitos da prova. Mas em Gai.1,67 se diz que *ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse*; em Gai 1,68 se encontra outra vez *incipit* (começa); e Gaio enfeixa todos os casos apresentados na hipótese geral de que os filhos *postea* recaem sob pátrio poder (63). Alem disso, uma prova do efeito *ex nunc* da convalidação do matrimonio contraído por erro se deduz do fato de que, mesmo depois do *senatusconsulto*, como se disse, o testamento onde havia consideração de quem posteriormente se teria tornado *suus*, se podia romper.

A convalidação, portanto, operaria *ex nunc*, desde o momento em que se fez a prova (64).

(60) Solazzi, *loco citato*, acredita glossados ambos os textos; mas seus argumentos são tão complexos e artificiosos que prefiro evitar referi-los e refutá-los. É suficiente lembrar que *emendare* se encontra também em Gai. 3, 25 e 3, 41 e ainda por certo Gai. 3, 33 b.

(61) O. Karlowa, *Roemische Rechtsgeschichte*, vol. II p. 264.

(62) S. Perozzi, *Istituzioni*, 2 edição, vol. I p. 516 n. 2.

(63) Gai. 1,65.

(64) Sobre o efeito retroativo da convalidação no direito romano, os autores, dada a complexidade do assunto, são muito prudentes, cf. por ex. Betti, *Istituzioni* (1947) p. 185. Windscheid I §

10. Não é inútil agora apreciar os princípios ilustrados em conexão com o conceito de casamento em Roma e no direito moderno.

A *erroris causae probatio*, como diz Gaio, emendã o vício do matrimônio, i.é, atribui efeitos de *ius civile* a uniões que, por falta da capacidade das pessoas, são consideradas relações de fato sem consequências quanto ao direito dos romanos.

Desde que o casamento em Roma é encarado como relação de fato e que o elemento jurídico não lhe altera a natureza objetiva, a prova da causa do erro sobre êste elemento não pode ter nenhuma influência sobre o fato do casamento. O casamento existe ou não existe, sendo indiferente para sua existência tanto o *connubium* quanto a ignorancia de sua falta por parte de ambos ou de um dos cônjuges.

Como é sabido, no matrimônio romano a vontade de viver juntos *more uxorio* não é apenas, como no direito canônico e no moderno, a vontade inicial, mas uma vontade atual e duradoura. Desde que o elemento psicológico da *affectio* e o elemento material da convivência desaparecem, o matrimônio acaba pelo divórcio (65). Tendo presente esta possibilidade, é natural que o cônjuge que errou acreditando ter o *connubium* com o outro ou jul-

83 nega o efeito retroativo se o ato era nulo por defeito de forma ou em razão de bem público, ressaltando sempre os direitos dos terceiros; Dernburg I § 122 exclui a retroatividade quando a nulidade deriva de proibição legal, cujo efeito seria burlado, e quando deriva de vícios de forma legal. Note-se que os dois pandetistas mencionam como exemplo D. 23, 2, 65, 1 Paul. que, no caso de convalidação de matrimônio contraído *contra mandata* nega o efeito retroativo quanto aos filhos (*et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse*).

(65) Cf. a clara e perspicua ilustração geral do conceito romano de casamento feita por A. Ravà, *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*, 3 edição, Padova 1935 pág. 12 e segs. Cf. também meu trabalho, *Divórcio e direito romano* na Revista Investigações, S. Paulo 1951.

gando poder obtê-lo posteriormente, depois de descoberto seu erro, tem a alternativa de acabar a relação conjugal ou de transformá-la, segundo o senatusconsulto, num matrimônio com efeitos de direito romano. O senatusconsulto não restringe de modo algum o elevadíssimo conceito romano de liberdade matrimonial.

O erro, portanto, não recai sobre a existência do casamento, mas apenas sobre seu requisito necessário para originar efeitos de direito romano (66). Destarte, o processo da prova não transforma um matrimônio inexistente num matrimônio existente, mas apenas opera a conversão dum matrimônio puro e simples num matrimônio com consequências jurídicas civis. A principal delas é a legitimidade dos filhos.

Assim conceitualmente diversa é a convalidação permitida pelo senatusconsulto da ratificação do casamento prevista no art. 211 e no art. 216 do código civil. O legislador brasileiro, para a ratificação, exige que a pessoa adquira a necessária capacidade, dando efeito retroativo; a ratificação sana um casamento que é anulável, ao passo que a prova do erro da foros de jurídico a um casamento que como casamento de fato é perfeito.

As mesmas observações se podem fazer com relação à *convalidatio simplex* prevista nos canones 1.133 e segs. do *Codex Iuris Canonici*; esta convalidação, porém, não tem efeitos retroativos (67).

Consideração especial merecem as relações da *erroris causae probatio* com o casamento putativo.

(66) Como vimos, nos casos 6º e 7º, como talvez também no 11º, são suficientes os efeitos de *ius gentium*.

(67) Cf. F. M. Cappello, *De Sacramentis*, vol. 5: *De matrimonio*, 5 edição, 1947 pag. 843.

11. A prova da causa do erro parece ter certa analogia com o instituto do casamento putativo (68).

Por certo, em ambos os casos, se favorecem de modo especial os filhos e, no que diz respeito à construção jurídica, a ficção que deriva do erro, no casamento putativo, até o momento da declaração de nulidade da união, corresponde à ficção originada da *erroris causae probatio* posteriormente à prova.

Mas profundas são as diferenças entre os dois institutos. O senatoconsulto não visa proteger a boa fé, pois a prova do erro aproveita mesmo ao cônjuge ciente. Além disso, no casamento putativo, o conhecimento do erro assinala o fim dos efeitos jurídicos, ao passo que pelo senatusconsulto a união se torna jurídica conhecendo-se o erro, isto é, aduzindo-se-lhe a prova.

O direito clássico ignora o instituto do casamento putativo (69). Costuma-se citar como primeiro exemplo um texto da Compilação justinianeia (70).

(68) F. A. Pires da Lima, *O casamento putativo*, Coimbra 1930 pag. 34, no capítulo dedicado à evolução histórica do instituto, refere os casos de Gaio.

(69) No direito inglês o providencial instituto do casamento putativo não existe: quando o casamento é anulado por não se consumar, por doença mental ou venerea, estado de gravidez não causado pelo marido, existentes no momento da celebração, os filhos se tornam ilegítimos; cf. a sentença das High Courts of London de 30.11.1948 reportada com o comentário de E. D. Nissim em *Temí XXV* (1949) pag. 262 e segs.

(70) Cf. Vieira Ferreira, *O código civil anotado*, Rio de Janeiro 1922, ao art. 221; F. Vassalli, *Matrimonio putativo* em *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939. Ambos os autores citam também C. 5, 5, 4; mas a constituição de Teodósio I e outros (talvez do ano 375 d. C.) fala apenas de isenção do confisco das doações nupciais nos casos de grave erro ou de menoridade, não podendo afirmar-se se as doações continuam válidas; aliás, para a isenção de penas cf. também Coll. 6, 5, 1 e 2 com constituições de Diocleciano (anos 287 e 291 d. C.) contidas nos códigos Gregoriano e Hermogeniano. Um

No Digesto, livro 23, titulo 2 (da celebração do casamento), fragmento 57 a (71), o jurisconsulto Marciano, anotando um trecho desconhecido do livro 2 sobre os adultérios de Papiniano (72), reporta a seguinte constituição dos imperadores Marco Aurelio e Lucio Vero:

D.23,2, 57 a In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat:

Divus (73) Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: “Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent”. (74)

caso análogo é referido em Coll. 6, 5, 3 cuja fonte é o *liber singularis de adulteriis* de Papiniano.

(71) Nas velhas edições do Corpus Iuris o fragmento é reportado como se fosse um parágrafo do texto precedente, cujo autor é o mesmo Marciano.

(72) Papiniano escreveu um comentário de dois livros à lei de Augusto e coligiu num unico livro casos conexos com a mesma lei Julia dos adultérios. Dúvidas sobre a autenticidade do livro único levanta agora F. Schulz, *History of roman legal science*, Oxford 1946 p. 188 e 238; mas a campanha (*sic*) contra os *libri singulares* (cf. agora Guarino, *Storia del Diritto romano*, Milano 1948, pág. 364 e 321) é um exagero, cf. A. Arthur Schiller, *The Jurists and the Prefects of Rome*, Mélanges De Visscher (1949) vol. II pág. 328 n. 36 (separata).

(73) Mommsen emenda *divi*.

(74) Tradução: “Ao livro segundo dos adultérios de Papiniano Marciano anota: Os divinos imperadores Marco e Lucio, por intermedio dum liberto chefe do quartel enviaram o seguinte rescrito a Flavia Tertulla: “Movem-nos o longo tempo em que ficaste casada com teu tio materno ignorando as leis, o fato de a tua avo ter-te feito casar e o numero dos filhos nascidos da união; porisso, concorrendo todos estes elementos, confirmamos a condição dos fi-

Os *divi fratres*, que reinaram juntos desde o ano 161 até o ano 172 d.C., reconhecem como legítimos os filhos nascidos de matrimonio sem *connubium* (75), desde que concorram os seguintes requisitos: a posse continua do estado de casada da mãe (76), a ignorancia por parte desta da norma que proíbe o casamento entre colaterais de terceiro grau (77), a iniciativa da avó para a conclusão do casamento e o grande número de filhos (78).

Sustentando que na Compilação justinianeia o rescrito teria valor de mera notícia histórica, Silvio Perozzi afirma

lhos havidos de um matrimonio contraído há quarenta anos, considerando-os como se concebidos legitimamente”.

(75) Cf. Gai. 1, 59; Ulp. 5, 6.

(76) Falando em *posse de estado* observo que no fragmento não se usa a expressão *possessio*, reservada às coisas corpóreas. Sobre a terminologia cf. Peterlongo, *Il possesso di stato nelle fonti romane*, Studi Albertoni, vol. II pag. 191 segs., que entretanto não consegue eliminar o testemunho do edito de Claudio (Girard, *Fontes* p. 189) em que se encontra a locução *possessio civitatis*. Provavelmente, já no fim do periodo classico, a terminologia sofreu alterações.

(77) Cf. Gai. 1, 62 e 63; Ulp. 5, 6; Coll. 6, 2, 2. Sobre a excepção quanto ao tio paterno cf. também Tacito, *Ann.* 12, 6. Constancio reestabeleceu a proibição em todos os casos, *C. Th.* 3, 12, 1; Gai *Epit.* 1, 4, 3; *Inst.* 1, 10, 3.

(78) Evidentemente se trata de elementos de fato, pois o consentimento do ascendente de sexo feminino não tem nenhum efeito para o casamento e o numero de filhos aproveita a quem os tiver (*ius liberorum*) e não aos próprios filhos. Sobre o texto cf. também G. Lombardi, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946 p. 42. Mas a forma do rescrito pode sofrer críticas: o adjetivo possessivo *vestrorum* não está certo em discurso dirigido a uma única pessoa (Flavia Tertulla); a referencia à duração da união não deixa entender se os quarenta anos constituem tempo necessário ou apenas indicação informativa sem efeito especial.

que o direito vigente, ilustrado por Gaio (79), não foi alterado pela decisão imperial (80).

Mas, segundo os critérios que devem orientar a interpretação do Corpus Iuris considerado como um conjunto de leis (81), deve-se observar, contra a opinião do simples valor histórico da referencia, que os Compiladores incluíram a lei de Marciano na *sedes materiae*, dando-lhe assim o maior realce para os fins legislativos; eliminando outrossim o texto anotado de autoria de Papiniano, eles evidentemente quiseram salientar ainda mais o conteúdo da constituição imperial. Com efeito, entre os dois jurisconsultos, Marciano e Papiniano, muito maior foi a fama gozada por êste na idade justiniana (82) e a preferência dada ao outro é um claro indício da maior importancia legal atribuída ao rescrito em face do caso apresentado por Papiniano. Este jurisconsulto, quasi certamente, não considerava a decisão imperial (83).

Entretanto, quanto ao direito clássico, as fontes negam qualquer efeito civil às uniões sem *connubium* (84), seja com relação aos sujeitos, seja com relação aos filhos ha-

(79) Cf. Gai. 1, 64; cf. Gai Epit. 1, 4, 8; Inst. 1, 10, 12.

(80) S. Perozzi, ob. cit. vol. I p. 437 n. 4; no mesmo sentido, Scarlata-Fazio, *Principi vecchi e nuovi nell'attività giurisdizionale dei divi fratres*, Catania 1939 p. 57.

(81) Cf. S. Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, 2 ed., Milano 1949 pag. 218 e segs.

(82) Cf. Massei, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, Studi Ferrini, Università di Pavia, Milano 1946 pag. 475.

(83) As anotações muitas vezes põem em dia o texto anotado; cf. o meu estudo em *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 50 (1947) p. 410 segs.

(84) Cf. os casos de nulidade coligidos por Gaudemet, *Iustum matrimonium*, Courtrai 1949 (separada?) p. 314 n. 22 e 23. O concubinato pode ser considerado à parte, porque nele não há casamento por falta da *affectio* e do *honor*.

vidos (85); e no que diz respeito ao instituto do casamento putativo, assim se exprime Perozzi: “É bene avvertire che data la natura del matrimonio romano, l’idea del matrimonio putativo, così familiare ai moderni, doveva essere di necessità ai classici estranea. Essi avrebbero dovuto scinderla in due; distinguere cioè tra matrimonio creduto esistente, mentre non è, e matrimonio esistente e creduto giusto, mentre è ingiusto” (86).

Mas teoricamente é muito difícil a ficção da existencia dum fato, o casamento, e na matéria os clássicos não sentiram esta necessidade em face da absoluta liberdade dos cônjuges. Por certo, a ficção dum elemento jurídico como o *connubium* se podia construir mais facilmente. O processo da prova da causa do erro se limitou a convalidar as uniões para o futuro. A regulamentação classica se inspira em razões de ordem politica e se encara no movimento geral de romanização dos povos (87).

O direito justinianeu, conforme sua orientação de conceber como direitos institutos de mero fato, está preparado para acolher o conceito de matrimonio putativo, que mais tarde foi tão brilhantemente elaborado pela doutrina dos canonistas, baseada na proteção da boa fé.

Mas talvez entre a *erroris causae probatio* e o casamento putativo as conexões historicas e dogmáticas sejam meramente artificiais.

(85) Entretanto em D. 42, 5, 17, 1 e 19 pr. Ulpiano, sendo nulo o matrimonio, reconhece à mulher a qualidade de credora privilegiada para obter a restituição dos bens, que em face de tal nulidade não têm carater de bens dotais.

(86) Perozzi *loco citato*. Cf. também E. Weiss, *Institutionen des roemischen Privatrechts als Einfuehrung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, 2 ed., Basel 1949 p. 100.

(87) Cf. recentemente F. De Visscher, *La cittadinanza romana*, Napoli 1949.

Apostila

O Prof. FRANCISCO DE ZULUETA da Universidade de Oxford, a quem fiz saber minha integração de Gai. 1,74 depois de entregar ao prelo o presente trabalho, enviou-me seu parecer sôbre o ponto. Apresento em seguida suas preciosas observações.

“Gai. 1,74.

“KRUEGER, ed. 1877: “an *et is causam probare possit quaeritur.*” Then he adds: Ex casu qui proxime sequebatur, haec fere ex ductibus (conf. C. a) posse videntur: *probare causam non potest quamvis ipse postea civitate Romana ab imperatore donatus sit nisi hoc ei specialiter etc.*”

“E. DUBOIS, Institutes de Gaius, Paris 1881, would have given the above, and the conjectures before Studemund’s Apographum (valueless).

“Your integration of V. 20 l. 1: *ex lege Aelia Sentia probare.* Nothing to the contrary has been read.

“Your integration of l. 3: *quia* for the usual *quamvis* is justifiable because Suppl. has *quis* (a) which according to the Studemund’s Proemium p. XX init. means that *quia* is equally possible. *quis* = *quamvis* means that it should be *quis* (q com o cabo cortado) (Apogr. p. 291). But your *peregrinus* is nothing like what Suppl. suggests as possible.

“*quia* written in full is found in 1,37 (V. 9 l. 22), I daresay elsewhere, though often abbreviated.

“HUSCHKE 1886 read: “Si peregrinus (*cum civem Romanum se crederet*) *civem Romanam uxorem duxerit, an ex senatus consulto causam probare possit quaesitum est. Nec tamen potest, quia id peregrino senatus consulto non datur, quamvis ipse deceptus male civem Romanam duxerit, nisi hoc ei specialiter concessum est.*

“His sucessor, KUEBLER has dropped these conjectures; I suppose because they contradict § 68.

YOUR SUGGESTIONS — not much palaeographical objection. They depend on the argument. I think the difference from § 68 must be that in § 74 no *error* is supposed. I think that this is also your view. But I doubt the *L. Aelia Sentia* having been mentioned, because it is too obvious that it would not apply. And if it *was mentioned*, I don't think your "quia ipse *peregrinus* civis Romanus *non fit*" is at all convincing."

Ora em face da perspicuas observações do grande romanista inglés, justifico ainda minha integração da lacuna: 1) *Peregrinus... non fit*, como eu disse, podia ser *hoc modo* ou *hac lege*. . *non fit*. O estilo é por certo melhor assim; 2) Contesto que seja obvio que a lei *Elia Sencia* não se aplique ao caso do peregrino que se une à Romana julgando-a latina que aproveite da lei e remeto ao que escrevi acima sôbre o caso 6.º de Gaio; a regulamentação do caso 2.º e do caso 4.º autoriza a dúvida de que a *anniculi probatio* diz respeito ao peregrino; mas no caso, sendo a mulher Romana, nenhuma vantagem dá ao peregrino a falsa opinião de que ela de latina se possa tornar Romana; 3) Assim, também neste caso subsiste erro. A diferença com o caso previsto no § 68 é evidentemente a seguinte: no § 68 a Romana erra julgando latino o peregrino; no § 74 o peregrino erra julgando latina a Romana. O erro, como se viu, é encarado sempre como próprio de um só dos sujeitos e, ressalvados os filhos (supra p. 378), a prova do erro é permitida sòmente a quem errou.

Quanto à integração proposta por HUSCHKE e depois refutada por KUEBLER, remeto ao que observei à pág. 381 e seg.

Da Teoria dos Juros no Código Comercial

Hernani Estrella

(Prof. Catedrático de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul).

1. Inspiração dêste escrito. — 2. Limites e oportunidades dêste ensaio. — 3. Os juros e a usura no passado
4. Condenação da usura. — 5. Evolução da doutrina canônica da usura. — 6. A usura na legislação reinol. —
4. A tolerância legal da usura: suas causas e consequências. — 8. O direito anterior ao Código do Comércio. —
9. A liberdade de convenção e o princípio de equivalência. — 10. Os juros na doutrina imediatamente anterior ao Código. — 11. Os juros no Código Comercial. —
12. A lição dos comercialistas pátrios. — 13. Conclusão.

1. — Rendendo-nos ao honroso convite da ilustrada redação desta *Revista* para trazer à suas páginas, na edição especial com que se comemora o jubileu do insigne Professor WALDEMAR FERREIRA, a desvalia de nossa colaboração, pusemo-nos em busca de um tema. Muitos foram os que nos excitaram a mente, tantos são os assuntos que a especialidade oferece na exuberância de seu conteúdo e no intrincado de seu problemas.

Uma razão havia, porém, por que nos decidir, sem embargo da relevância da matéria, em flagrante contraste com as minguadas possibilidades do expositor. Esta razão vinha a ser a feliz coincidência de festejar-se o jubileu de

magistério do laureado mestre no mesmo ano em que se comemora o Centenário do Código Comercial do Brasil.

Ora, sendo WALDEMAR FERREIRA, o expositor e crítico mais constante dêsse Código, cujos méritos tem revelado e exaltado com maestria e rara acuidade, pareceu-nos que não poderíamos tributar-lhe de modo mais significativo o preito de nossa respeitosa admiração e traduzir outrossim o júbilo que a efeméride nos causa, do que, escolhendo como tema dêste modesto escrito o monumento legislativo, sôbre que se têm desenvolvido seu fecundo magistério.

Oxalá, possam as nobres inspirações que nos animaram, compensar as naturais e insupríveis deficiências que aqui se hão de notar.

2. — Intentando trazer nossa despretençiosa contribuição para estudos ulteriores e definitivos, que farão os versados, acêrca da teoria abraçada pelo Código Comercial no concernente aos contratos de empréstimo a juros, temos nítida consciência da relevância do problema, que não pretendemos resolver, mas tão só tecer ligeiros comentários, que poderão, talvez e quando muito, servir de ponto de partida para as conclusões a que chegarão os doutos.

Não deixa, porém, de causar certa estranhesa, que, sendo já tão rica a literatura juridico-comercial brasileira, tão abundantes mesmo os comentários e anotações ao Código de 1850, não se tenha ainda, ao que sabemos, tentado, siquer, explicar essa teoria. A omissão é tanto mais notada, quanto é certo que foi pelo conduto do Código e talvez, em grande parte, pela doutrina de TEIXEIRA DE FREITAS, elaborada sob a inspiração de seus textos, que o contrato feneratício passou para o direito civil, com amplitude tal que scandalizou a LACERDA DE ALMEIDA.

E' deveras curioso que, tendo o problema dos juros ocupado tão demorada e argutamente a atenção dêsses dois grandes tratadistas, provocando-lhes páginas brilhantes.

tes, inclusive mesmo sôbre questões secundárias e derivadas, como, por exemplo, a relativa a rescindibilidade do contrato de empréstimo a juros por queixa de lesão, não haja nenhum nem outro explicado, suficientemente, a teoria que a tal respeito teria seguido o Código do Comércio.

De LACERDA DE ALMEIDA, que se mostrara sempre inconformado com a irrestrita aplicação aos contratos civis das normas do direito mercantil, era de esperar estudo dessa natureza que, revelando estar a lei comercial informada por principio diverso, concluísse pela inaplicabilidade dêste ao direito civil.

No plano estritamente juridico, um tal estudo, que estava ao alcance de seu grande saber, teria, provavelmente, contribuido muito mais para tranquilizar seus escrúpulos do que o apêlo a considerações de ordem moral, com que farpeava a doutrina adversa e, posteriormente, o legislador do Código Civil.

Suposto que se não tenha até hoje abordado diretamente o problema em causa, agora, que o velho Código do Comércio completa cem anos de vigência, valeria a pena tentar explicar a teoria a que se teria filiado, no concernerente a tal assunto.

Parece certo, porém, que não se poderia captar o genuino pensamento plasmado nessa lei sem o exame retrospectivo, ainda que breve, da longa evolução por que passou o problema dos juros e da usura. E' que, só respigando nessa história imemorial, só acompanhando a largos traços o evolver das idéias será possível tentar reconstruir a teoria vencedora no Código Comercial, — que não nos parece idêntica a do Civil, sem embargo das aparências em contrário e da indevida transplantação que das idéias do primeiro trouxe, para o último, a imensa autoidade de TEIXEIRA DE FREITAS.

Esse fato, que tanto feriu a sensibilidade de LACERDA DE ALMEIDA, bem poderia ter sido por êle explicado con-

clusivamente. Não o tendo feito, caberá aos mestres de hoje satisfazer a tão justa e oportuna indagação.

Não apenas pelo interêsse meramente especulativo, senão até mesmo como homenagem a que o vestusto Código faz juz, as letras juridicas lhes reclamam êsse serviço, para o qual os convocamos nestas páginas de simples apresentação do problema.

3. — São acordes os escritores em que a instituição dos juros e a prática da usura datam de milênios. Divergem, porém, quanto aos imediatos precedentes, assim no tempo, como no espaço. A dificuldade de encontrar uma explicação que a todas satisfaça, parece derivar da circunstância de não ter sido possível ligar a idéia de juros a um determinado estágio da economia. E' que, se as informações do historiador TÁCITO sôbre os costumes das tribus germânicas foram, por algum tempo, de molde a fazer crer no desconhecimento da instituição entre povos da civilização primária, estudos posteriores teriam, porém, revelado o contrário. Ao propósito, observa WHÍAKER (1): "Recentes investigações demonstraram a existência em algumas comunidades primitivas de uma forma de câmbio que tem uma semelhança, prima facie, com o empréstimo a juros; referimo-nos ao obséquio e a forma em que se o corresponde. Um individuo presenteia a outro com a intenção de que êste lho retribuirá de certa forma no devido tempo e, em geral, o presente que se faz em correspondência é melhor do que o anterior, parecendo à primeira vista que a quantidade adicional representaria o interêsse. Sem embargo, cuidadosas investigações concluíram que não existe semelhança entre os dois casos. O costume prescreve que à generosidade revelada pelo primeiro favor deva corresponder generosidade ainda maior. Trata-se, pois, mais de uma norma de conduta generosa

(1) *História del Pensamiento Económico* (México 1948). cap. XI.

que de algo parecido com juros de empréstimo. Não obstante, vale a pena ter presente — esta prática como inculcadora de uma possível origem dos juros”.

Semelhante hipótese parece aceitável, em se considerando que, mesmo numa economia coletora é possível o escambo (2) e assim também o mútuo a interêsses, o que induz a crer possa ter sido êste último conhecido e praticado já nessa fase econômica.

Essa versão estaria corroborada, até certo ponto, pela explicação que se procura dar de como teria acudido a idéia de tempo para cálculo dos juros. Realmente, como se sabe, têm sido trazidos à colação vários exemplos com o intuito de comprovar que, nomeadamente, entre os povos dados à pecuária, teria já existido o empréstimo remunerado. HAINISCH, que no dizer de ADOLFO WEBER (3), foi quem de modo especial se deteve no exame do assunto, “afirma que o fato de em todos os povos da terra ser costume calcular os interêsses pelo prazo de um ano deriva de que a vaca tem uma cria anualmente e isto de modo cada vez mais regular, à medida que a intervenção reflexiva do homem resguarda o animal das intempéries. Também o subido valor a que atingiam, correntemente, os juros entre os povos da antiguidade indica provir isto do empréstimo de gado. Entre os babilônios, os chineses, os siameses vigora o tipo igual a um terço do capital. Os gregos tinham como tipo dos juros trinta e três e um terço por cento, que expressam de uma maneira especial. A quantia dos interêsses era igual á relação existente entre o valor de uma terneira e o da vaca.”

A história revela, de feito, que, embora com menor ou maior nitidez, a idéia de empréstimo recompensado cedo acudiu aos homens e, por vezes, os dominou. A explicação

(2) VALENTE, *Principali di Scienza Economica* (Florença, 1946), v. 1, p. 113.

(3) *Teoria General de la Economia Politica*, 3. ed. esp. vl. 2. — pg. 146, nota

do fenômeno poderia ser encontrada, talvez, naquela concepção filosófica que afirma ser o homem um animal eminentemente egoísta. Para o conter, evitando os possíveis excessos dêsse seu fadário, é que se conjugam — religião, moral e direito. Isto explica por que, em todos os tempos, predicadores, moralistas e legisladores, têm, em diversa medida, combatido a usura.

4. — Tão antiga quanto à usura é a sua reprovação, assim no plano espiritual, como no munto temporal, inúmeras foram, no curso dos séculos, as normas de uma e outra inspiração ditadas com o propósito, ora de proscreever, em absoluto, o empréstimo de dinheiro remunerado, ora de o consentir, em condições especiais e sob certos limites.

É, porém, na Idade Média que o problema vem a ser encarado de maneira mais direta e constante. A razão disso está em que, como observa TURGEON (4), “foi a Igreja medieval, primeiro que tudo, tentativa de organização, senão de reforma social. Nunca se constrói sem se inspirar dos modelos anteriores. Apoderou-se, portanto, a Igreja do programa total da Antiguidade, o sonho helênico de uma sociedade sàbiamente hierarquizada, onde reinam os sábios, e o ideal estóico de uma comunidade humana fundada em moral universal. Assim, estranhadamente se parece a cidade de Deus com a cidade de Platão ou do Pórtico. Mas somente no ponto de vista formal. . Encontrou, na Igreja medieval, expressão nova a vontade organizadora, pelos antigos somente aplicada ao Estado.”

Os preceitos da Santa Escritura e da Patrística aplicados à vida temporal permitiram a constituição progressiva de uma doutrina econômica medieva original e poderosa, não como ciência — independente, mas sim como particular aplicação da moral religiosa. Por isso

(4) *L'Economie Chrétienne* du Moyen Age.

mesmo, tôdas as suas teorias acêrca dos fatos econômicos estão orientadas no sentido de regular a vida individual e coletiva segundo os ditames da moral cristã, dominada pelo dogma. As idéias de justo preço, de justo salário se inspiram em considerações dessa ordem e não em qualquer lei pròpriamente econômica. O imenso conquistado pela doutrina da Igreja e a ação persuassiva de seus exegetas e predicadores, sem falar, mesmo, na excelência espiritual de seu apostolado, era *demolde* a conseguir a geral submissão das consciências. Nessa fase de trevosidade, que se seguiu à queda do Império romano do ocidente, foi a Igreja a única expressão de ordem, de disciplina conscientemente organizada e de norma superior de vida individual e coletiva. Era natural pois, que sua influência se fizesse sentir sôbre os fatos pròpriamente econômicos, já que êstes, como serem tais, não deixam de ser, antes de tudo, fenômenos humanos. Eis por que, com razão, poude dizer RENE GONNARD (5): “É a economia medieval combinação de crenças morais e de empirismo.”

Deveria entrar, e de feito entrou, no âmbito de suas cogitações, a questão do empréstimo com juros. Para logo, a legislação canônica o condenou: primeiro entre os clêricos, depois entre os leigos. Bem cedo as leis civis sancionaram a proibição, cominando penalidades várias para os que a transgredissem.

Profligaram, assim, ambos os poderes a usura. A despeito disso, seria temerário afirmar que tivessem logrado extingui-la de todo em qualquer momento. E' que, contra as nobres inspirações da proibição, levantavam-se, poderosos motivos. Se, por um lado, o espirito do lucro levava os individuos à prática clandestina do mútuo condenado, sob as mais diversas e engenhosas formas, por outro, o estôrvo que a vedação criava ao contínuo evolver da vida

(5) *Histoire des Doctrines Economiques* 5.^a ed. (Paris) v. I, cap.II.

econômica sugeria à casuística procurar conciliar a realidade objetiva com o princípio informativo da lei.

Com o ressurgimento dos estudos de direito romano, os doutores da Escola de Bolonha, BULGARO e outros, utilizaram o Código Justiniano como base de seu ensinamento da legitimidade da cobrança de juros, o que provoca forte reação da Igreja, levando o Papa CLEMENTE V a declarar nulas tôdas as legislações seculares que toleram a usura, qualificando de heréticas as afirmações que sustentavam que a percepção de juros não era pecado (6).

5. — Mas, se essa e tantas outras manifestações pontíficas, conciliais e doutrinárias mantinham ileso o princípio moral em que assentava a proibição, a doutrina cristã, progressivamente, foi admitindo certo número de *exceções* que poderiam autorizar, dentro de justos limites, a cobrança de juros.

Já estava feita no Código de JUSTINIANO a distinção entre empréstimo de consumo e empréstimo para fins reprodutivos, com a correspondente diferença de taxa de juros para um e outro, segundo a pressuposta maior capacidade de retribuição, para aquele que procura o dinheiro com finalidade especulativa, diversamente do que o solicita para a satisfação de necessidade pessoal.

Nessa distinção, parece justificar a intransigência da Igreja para com os empréstimos de consumo, eis que êstes, ou visavam acudir necessidades individuais, ou eram concedidos aos reis e aos nobres para custeio de empreendimentos militares ou para manutenção da vida de luxo. Em qualquer desses casos, a proibição se coadunava com os princípios da ética religiosa, que, na primeira hipótese, exortava à caridade, e nas duas últimas, proscrevia as guerras de conquista e o pecado do luxo.

No mútuo para fins reprodutivos, porém, três títulos diversos poderiam justificar a retribuição do capital, assim

(6) WHITAKER, Obr. cit. pgs. 578/579.

nomeados pelos cronistas: *damnum emergens, lucrum cessans et periculum sortis*. O primeiro representaria aquilo de que o mutuante, pelo fato direto do empréstimo, se vê privado; o segundo compreenderia o lucro que deixou de ganhar e foi enriquecer o mutuário; o terceiro expressaria o risco a que ficava exposto o prestamista, por efeito exclusivo (7) do empréstimo.

Como se sabe, todos êsses títulos, por que poderia justificar-se a paga de certa retribuição pelo capital emprestado, não envolviam reconhecimento, sequer implícito, de que o dinheiro, como tal, fosse frutífero. Pelo contrário, a doutrina canônica se conservava fiel à idéia de que o dinheiro não era, por si só, produtor. A recompensa que o dador poderia eventualmente reclamar, em ocorrendo alguma das mencionadas exceções, tinha o caráter restrito de mera indenização e, por isso, se limitava a compensá-lo na medida exata do desfalque acaso sofrido.

O transunto dêsse pensamento foi assim, lúcida e doutamente, feito por TULLIO ASCARELLI (8), “a teoria canônica da usura, qual vem exposta por São Tomáz, como conclusão, aliás, de um longo passado histórico, tem como ponto de partida a proibição de todo e qualquer juro. Os argumentos são, como se sabe, de várias espécies: o econômico, relativo à infrutuosidade do dinheiro: o jurídico, que considera a passagem da propriedade da soma ao mutuário, de maneira que o mutuante não pode reivindicar nenhum direito aos juros, sendo o tempo um bem comum; o teológico tirado do Velho e do Novo Testamento, confirmado nos concílios; o racional, oriundo da autoridade de ARISTÓTELES.”

(7) Diz-se efeito *exclusivo*, porquanto as causas legitimantes dessas exceções eram pessoais ao prestamista e não ao mutuário. Cf. — GONNARD, *Obr. cit.* pg. 93.

(8) *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* (S. Paulo 1945), pg. 122, nota 62; *Saggi Giuridici* (Milano, 1949), pg. — 171, nota 63.

Vê-se, assim, que a doutrina da Igreja, pela palavra de um de seus angélicos expositores, e que, na essência se conserva inalterada, integra-se pela concorrência cumulativa de diversos fundamentos. Não se pode reconduzir, pois, à exclusiva fundamentação de ordem moral.

Todavia, com o aparecimento da doutrina utilitária de JEREMIAS BENTHAM (9), particularmente endereçada à defesa da usura, — e, depois dele a de quantos mais que a justificavam por considerações de índole econômica, adotam-se os qualificativos de escola moralista para a doutrina canônica e derivadas dela, e o de teoria dos economistas, para tôdas as demais, que afirmam ou procuram afirmar a frutuosidade do dinheiro.

É assim que, no século XIX o sábio JOSÉ DA SILVA LISBÔA (10) classifica as doutrinas que se opõem à legitimidade da cobrança de juros; também assim as denomina em pleno século XX, LACERDA DE ALMEIDA (11).

6. — Nação católica, cujos soberanos ostentavam o título de defensores da fé, aquem e além mar, para onde singravam garbosas as reais-náus, com o escudo das sete-chagas de Cristo, que simbolizava a crença comum dos reis e de seus fidelíssimos vassalos, Portugal moldara tôda sua legislação civil nos ensinamentos morais de Igreja, a que, de resto, o Estado estava fortemente vinculado. Vêm daí os inúmeros preceitos das sucessivas Ordenações, em que as matérias de ordem temporal, condenadas pelo poder espiritual, têm a garantia de punição exemplar no edito realengo. Dessa natureza é a norma exarada no Liv. 4^o, tit. 67, pela qual se veda a celebração de contratos usurários, como tais havidos aqueles em que “se dê ou receba di-

(9) Como se sabe, a obra de BENTHAM, *Defense of Usury*, posto que escrita em 1.787, sômente foi publicada em 1.816.

(10) *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha* (1874), v. II cap.XIX.

(11) *Dos efeitos das Obrigações*, (Rio, 1934, cap. XV).

nheiro prata, ouro, ou qualquer outra quantidade, pesada, medida, ou contada à usura, por que se possa haver, ou dar alguma vantagem, assim por via de empréstimo, como de qualquer outro contrato, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja e de qualquer nome que possa ser chamado.”

Rígida, categórica e ampla é a proibição, em cuja generalidade se compreendem quaisquer tratos “qualquer que seja o nome que possa ser chamado.” Com isto, visava alcançar as convenções que a pratica havia engendrado, para ilidir a censura da lei, como o mútuo sob disfarçe de sociedade, o contrato trino e tantos outros. Exceção abria-se, porém, para o câmbio trajecticio e isto porque, pôsto que o negócio versasse sôbre dinheiro, a permissão era justificada pela consideração de que o passador da ordem se expunha ao risco decorrente da oscilação do valor e outras circunstâncias (12). Ainda aqui, guardava-se fidelidade à pureza da doutrina canônica, consoante a qual a hipótese se inscreveria em um daqueles títulos por ela admitidos, em caráter excepcional, em que o lucro eventual não assumia a feição de usura.

Permitido e lícito era também o contrato de câmbio a risco, cuja disciplina jurídica pertencia mais às “leis universarias marítimas”, do que pròpriamente ao direito interno. Ademais, disso, êsse negócio não contrariava o espírito da legislação civil, eis que a exceção se justificava pela natureza aleatória do mesmo para o credor, exposto que ficava aos azares da navegação e, portanto, ao *periculum sortis*.

Aliás, essas duas exceções eram ditadas por considerações especiais, como fazia sentir o Alvará de 1.775, § 4.º, que declarava “o dinheiro a juro contrato proibido pelo

(12) HERNANI ESTRELA, *A ação de Locupletamento no Direito Cambial* (Pôrto Alegre, 1943) n. 30.

Velho e pelo Novo Testamento, (13), e só tolerado em benefício do Comércio.”

Foram, de fato, as constantes exigências deste e a consciência de sua “utilidade em bem do Estado”, aliadas, às novas concepções econômicas (14) que se vinham formando, que, progressivamente, abriram espaços na rigidez das proibições. Em consequência disso, as exceções foram sendo aumentadas por leis estravagantes, tais como as de 1.614, 1.643 e 1.698, por que se taxavam os juros de outros contratos como os de censo retro, censo reservativo e alguns mais.

Já se tinha ensaiado, de resto, em séculos anteriores, bem que sem maior sucesso, a admissão de um quarto título de recompensa do capital mutuado. Proveria êle da lei, como emanção do poder realengo. Neste sentido procurou-se encontrar aparente fundamento na autoridade de São Tomáz e na consideração por êle feita, parece que a outro propósito, de que “não pode a lei civil proibir todos os pecados por causa da imperfeição dos homens.” (15)

Cuidava-se, dessarte, render ensejo às leis estaduais para consagrarem novas exceções. Era isto consecutório lógico das crescentes exigências da vida econômica, por vezes em flagrante contraste com o sentido ético religioso do mandamento legal.

7. — Os estudos econômicos acêrca do juro, mesmo quando numa primeira fase, concluíam por condená-lo, vieram, mesmo assim, a influir decisivamente para a mudança que se operou, mais tarde, na legislação civil e até

(13) Esta referência parece destinada a devolver o conhecimento da matéria ao Direito Canônico, como fora prescrito na citada Ord. tit. 67, § 9.º

(14) Conforme salienta HECHER, *La Epoca Mercantilista*, (México 1924) pgs. 727, a partir do século XVI, o problema dos juros começou a ser encarado economicamente, embora, quanto à solução coincidissem, em linhas gerais, com a dos canonistas.

(15) GONNARD, *Obr. cit.* pgs. 93/94.

mesmo nos conceitos e na consciência dos indivíduos. É que, encarando o problema sob o ponto de vista puramente objetivo e, talvez, mais pragmático, de saber até onde a permissão ou proibição de juros poderia convir à economia do país, os teóricos faziam abstração de qualquer consideração de ordem ética ou religiosa, situando a questão no plano exclusivamente temporal (16).

Essa diversa motivação dada à controvérsia teria, como efeito imediato (muito ao agrado dos reis, nos seus continuos conflitos de jurisdições com a Igreja), legitimar-lhes a competência para, dentro de certa medida, tolerar os contratos usurários.

Ensinando-se, cada vez com maior frequência, que a permissibilidade ou não de tais negócios deveria ser examinada em face de seus efeitos relativamente ao bem do Estado, ficava implícito caber ao chefe dêste, a seu prudente arbítrio e segundo as peculiares exigências do momento, conceder o privilégio de legitimidade dos juros. Avocava-se, conseqüentemente, ao poder realengo a regulamentação da matéria que, dantes fora por êle próprio deferida ao poder espiritual (17).

Esta consideração parece ter animado os reis portugueses, sem embargo de sua fidelidade confessional, a admitirem, progressivamente, maior número de contratos a juros, embora limitando-se a taxa máxima dêstes.

Conseqüência direta disso, foi a distinção, que se veio fazendo na órbita legal, entre usura tolerada e usura proibida. Esta última, havia por ilícita, não só era causa de nulidade do contrato, como ainda sujeitava o prestamista à sanção penal correspondente.

A evolução dessas idéias acabaria por restringir o conceito jurídico de usura ao “significado de lucro ilegal que se exige por uma soma dada de empréstimo.” (18).

(16) HECKSHER, *Obr. cit.* pgs. 727 e segts.

(17) Ord.-liv. 4, tit. 67, § 9.º.

(18) FERREIRA BORGES, *Dic. Jurídico-Comercial*, 2.ª ed. (Pôrto. — 1856), vrb. *usura*.

Deslocado, em termos tais, o eixo da questão, que passava agora para a esfera soberana do poder temporal, a interdição canônica perdia muito de sua eficácia, relegada, que ficava, ao domínio do fôro íntimo de cada qual.

Assim, e nos limites precisos em que o permitia a legislação civil, o contrato feneratício era produtor de efeitos jurídicos para ambos os contraentes, ainda quando a respeito de um deles existisse impedimento eclesiástico. Neste sentido, doutrinava ALMEIDA E SOUZA DE LOBÃO (19): “Os cléricos, ainda que pequem negociando e transgredindo êstes canônicos preceitos (referia-se às leis da Igreja), contudo os seus contratos são válidos, produzem bilateral obrigação civil, e nenhum contratante com o clérigo lhe pode objetar essa incapacidade, CARD. DE LUC, *De camb. Disc.* 18, n. 7, et. *Disc.* 32, n. 2, *Silv. ad. Ord.* L. 4, T 16, in pr. n. 13. Só uma lei positiva que anulasse os seus contratos, e lhe proibisse todos os interêsses, podia coibir a cada vez mais grassante avareza dos eclesiásticos que zombam de tais Leis canônicas.”

Essa conduta conciliava-se, de certo modo, com aquela doutrina, já esborçada na Idade Média, consoante a qual falva-se num quarto titulo de indenização admissível, cognominado — *titulus legis* (20).

8. — Os temperamentos postos à proibição, mercê de razões várias, nomeadamente das constantes exigências do comércio, prepararam o caminho para a futura e definitiva libertação dos contratos de empréstimo a juros de qualquer interferência da lei. Ponto de partida desta nova orientação parece ser o Alvará de 5 de maio de 1810, pelo qual o Príncipe Regente no Brasil, em virtude de representação da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, tornava lícito dar dinheiro ou outros fundos a risco para o

(19) *Notas a a Mello.*, (Lisboa, 1861), v. I, pg. 144, nota

(20) cf. GONNARD, *Obr. cit.* v. I, pg. 94.

comércio marítimo, pelo prêmio que fosse ajustado, sem restrição de quantia, ou de tempo.

Nesse mesmo Alvará, confessava lealmente o soberano que “da proibição, que até agora existia, só resultavam fraudes, convenções simuladas, denúncias imorais e proveitosas aos mal intencionados, que tiravam partido de sua própria torpeza e perigos aos Cidadãos de honra e probidade.”

Reconhecia, outrossim, o mesmo diploma legal, aduzindo o fato como razão justificante da ampla liberdade de taxa de juro nos contratos de câmbio a risco, que não era razoado limitá-lo à “modica quantia de cinco por cento, quando por esta mesma taxa os proprietários de cabedais os podiam dar a juros com segurança de penhores e de hipótécas.”

É justo supor, pela origem dessa lei, por sua própria motivação e ainda pela decisiva influência que exercia junto ao Príncipe, em tais assuntos, o nosso preclaro JOSÉ DE SILVA LISBÔA, que a êste se deva providência tão significativa.

Com efeito, basta confrontar aquele edito com a lição deixada por CAYÚ acêrca da legitimidade dos juros (21), para ver-se a identidade de razões, tanto na lei, como na teoria, o que parece fazer certa a autoria intelectual da primeira.

Pela riqueza de suas observações, pela lucidez e lógica de seu raciocínio, ao tempo, pela autoridade incontestada de seu ensinamento, a doutrina de JOSÉ DE SILVA LISBÔA, deve ter concorrido poderosamente para o advento da lei de 1.832, que declarou livre o prêmio ou juro de dinheiro de qualquer espécie.

De feito, nesse memorável escrito, LISBÔA, mostra a impotência das leis para coibirem os contratos usurários e os males que daí se seguiram, já pelos expedientes “cheios

(21) *Obr. cit.* cap. XIX.

de dobrezas e simulações”, a que recorriam os interessados para encobrirem as “usuras mais mordentes”, já pelos estorvos trazidos ao “comércio nacional paralítico, mesquinho e desacreditado.”

Com uma riqueza de argumentos, em que desfilam considerações as mais diversas, tiradas umas da lição dos fatos da vida real, outras da própria razão e muitas mais inspiradas na utilidade econômica do dinheiro, na dupla função de estimulador da poupança e agente de produção de novas riquezas, analisando, por fim, o caráter de recompensa, que representaria a paga de interesse por aquele que se utiliza de capital alheio, procura situar sua doutrina dentro das concepções tradicionais. A legitimidade da cobrança de juros estaria, dessarte, amparada por um daqueles três títulos, por que a própria Igreja acabará por reconhecer-la.

Embora não infenso à limitação da taxa de juros, SILVA LISBÔA, levado naturalmente, pelas idéias econômicas de seu tempo, parecia não acreditar muito no acerto de semelhante providência, inclinando-se, por isto, para o livre jôgo da oferta e da procura, consoante o qual, e aqui estão suas palavras, “o juro módico do dinheiro de empréstimo, regulado pela demanda e pela concorrência, segundo a comum regra de todos os mais fundos e valores”. (22)

A lição do renomado mestre brasileiro fora, sem dúvida, influenciar o Parlamento do primeiro Império, levando-o à decretação da lei de 24 de outubro de 1832, que tornou livre a estipulação da taxa de juro ou prêmio de dinheiro.

9. — Consagrada a liberdade de estipulação dos juros, nem por isso estavam encerradas as questões que os contratos feneráticos podiam suscitar, fossem êstes de natureza civil ou comercial. É que a velha idéia de justo preço, desenvolvida pela doutrina canônica medieval e, graças ao seu prestígio, incorporada à legislação estadual, plasmou o

(22) *Op. et loc. cit.*

instituto da lesão (23). As Ordenações Filipinas, vigorando no Brasil por força da lei 20 de outubro de 1832, tornavam rescindíveis os contratos de compra e venda, arrendamento, aforamento, escambos, transações e “quaisquer outras avenças, em que se dá, ou deixa uma coisa por outra”, em tendo havido “engano além da metade do justo preço”. (24). tendo havido “engano além da metade do justo preço”. (24).

Punha-se, portanto, o problema de saber se, em face de juros extorsivos, exigidos pelo prestamista, poderia o mutuário socorrer-se do benefício da rescisão, por motivo de lesão enorme ou enormíssima.

A solução não era fácil, menos por oposição formal da lei, do que propriamente, por dificuldade de justificação teórica. Realmente, a Ord. do liv. 4.º, tit. 13 era assáz ampla para abranger na generalidade de seu enunciado a hipótese figurada. Podia-se até, em abono dêste asserto, invocar o Alvará de 23 de maio de 1698, no qual não se reprovam nem revalidam “os contratos já constituídos assim de dinheiro, como de frutos”, anteriores a esta lei; recomendava-se, porém, “se no preço deles houvesse lesão ou injustiça, ou usura, conforme ao comum valor que nas terras corria, poderão as partes tratar dela e se lhes deferirá por meus Julgadores, como fôr justiça conforme o Direito.”

Esta passagem poderia servir de refôrço para a interpretação extensiva do texto daquela Ord., e assim justificar, do ponto de vista estritamente legal, a inclusão nele do empréstimo a juros, sempre que êstes fossem excessivos. Neste sentido seria incensurável a doutrina sustentada por TEIXEIRA DE FREITAS (25) e LACERDA DE ALMEIDA (26), em contrário a REBOUÇAS (27), que parecia inadmitir esta solu-

(23) PLAINOL — RIPERT *et* ESMEIN — *Droit Civil Français* (Paris, 1930) v. VI, n. 211

(24) *Ord.*, Liv. 4 tit. 13.

(25) *Consolid. das Leis Cíveis*, 3.ª ed. pg. 245.

(26) *Obrigações*, 2ª. ed. pgs. 393/394.

(27) *Observações*, pg. 94.

ção legal, embora deplorasse a falta de remédio para acudir ao lesado, em tal emergência.

Mas, em sua formulação teórica, a conclusão a que chegaram os dois civilistas ensejara sérias dúvidas.

De feito, rescisão por motivo de lesão tinha como presuposto objetivo a equivalência das recíprocas prestações dos contraentes. Esta igualdade era comprometida toda vez que uma das partes recebia menos da metade do justo valor, que lhe devia caber. Implícito estava, pois, tratar-se daqueles contratos comutativos, nos quais a intenção das partes é receber o equivalente daquilo que cada uma dá. Será está, precisamente, a posição dos contraentes no empréstimo a juros?

A resposta que se dê dependerá do fundamento pelo qual se pretenda justificar o próprio contrato. E assim e, porque, se a legitimidade dos juros se explica como mera indenização, segundo algum daqueles títulos admitidos pela canônica, então, parece afastada a noção de preço. Cuidar-se-á, antes, de mera composição de prejuízo, ainda, que presumido, por comomidade prática, do que de contra-prestação contratual.

Em tais condições, parece que, no rigor dos princípios, não se poderia, dentro da teoria moral dos juros, demandar a rescisão do contrato feneratício por queixa de lesão (28).

Essa dificuldade não escapou à lúcida percepção de LACERDA DE ALMEIDA, tanto que o desenvolvimento lógico de seu raciocínio parte da concepção econômica da produtividade do capital, o que lhe permitiu inscrever o mútuo entre os contratos comutativos (29).

Ainda uma outra questão se poderia por, independentemente de qualquer restrição de ordem teórica acêrca dos

(28) É certo que escritores de nota, como POTHIER (*Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas*, ed bras. 1.906, § 4) dão como fundamento da lesão a equidade, o que parece algum tanto vago e sem bastante vigor para explicar o efeito a que conduz.

(29) *Obr. cit.* 393.

juros. Consistiria ella em saber se o remédio outorgado pela Ord. liv. 4.^o tit. 13 comprehendia também os mútuos mercantis.

A dúvida não seria fora de propósito, porque as mesmas razões que justificaram o parágrafo 8.^o concorriam relativamente aos mercadores, que deviam ser havidos como sabedores de seu officio e, portanto, conhecedores do verdadeiro preço do dinheiro. Ora, se não se dava aos simples artifices, mesmo nas empreitadas de mero labor, direito para demandarem a rescisão por motivo de lesão por que se haveria de conceder êsse favor aos homens de negócio?

Mesmo sem apelar para a necessidade de maior segurança das operações commerciaes, seria justo, por identidade de motivo, negar para os mútuos mercantis o remédio da lesão, como já estava declarado no art. 220 do Código do Comércio, ao tempo em que escreveram TEIXEIRA DE FREITAS e LACERDA DE ALMEIDA.

10. — Compenetrados desta verdade de “que o direito não é arbitrariamente inventado pelo legislador, e sim constituido historicamente pela evolução lógica das formas” (30), entendemos que não seria possível tentar explicar a teoria dos juros no Código Commercial sem as precedentes considerações, através das quaes e embora repetindo coisas assáz conhecidas imaginamos trazer alguma luz ao tema em estudo.

Se bem atentarmos para a evolução que veio se operando nos séculos que antes antecederam à promulgação desse Código e tivermos em conta a tramitação parlamentar do projeto, fixando-nos nas emendas e nos substitutivos que lhe foram introduzidos por iniciativa do Senado, talvez se chegue a comprehender o verdadeiro pensamento que presidiu à elaboração dos textos pertinentes à matéria.

(30) ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2.^a tit. I, cap. IV, § 2.^o.

É verdade que, como fez sentir DJALMA FORJAZ, em um bem lançado artigo sobre Origem do Código Comercial (31) inexistindo no arquivo do Senado Brasileiro quase nada de suas sessões durante o Império, “hoje já não é mais possível fazer-se um estudo completo da discussão desse Código na nossa Câmara vitalícia, onde foi luminosíssima, e tanto se distinguiram alguns dos nossos mais eminentes estadistas daquele tempo.”

A falta desses elementos informativos é sobretudo lamentável, não apenas pelo que significa em desídia imperdoável para com documentos que deveriam estar bem guardados e conservados, mas principalmente pela importância que teriam para a exata fixação do pensamento plasmado em vários dispositivos do Código, hoje centenário.

Foi, como se sabe, durante o trânsito do projeto pela Câmara alta que mais ativa e operosa se revelou a obra do legislador. As inúmeras emendas aditivas, supressivas ou substitutivas de iniciativa do Senado e que, afinal, se converteram em lei, alteraram algum tanto e para melhor a proposição vinda da Câmara baixa.

Pelo que respeita ao assunto objeto deste escrito, ao Senado se devem as disposições inseridas no Código. Estas são os arts. 3.º e 248, que, segundo informação de BRASÍLIO MACHADO (32), resultaram de substitutivo por aquele oferecido ao projeto enviado pela Câmara dos Deputados.

Bem se sabe que os materiais legislativos ou trabalhos preparatórios não gozam hoje do prestígio que tiveram no passado, como elementos exegéticos, superada, como está, já agora, a célebre teoria da vontade do legislador, que fez a glória da escola da exegese. Mas, ainda, assim, e com as devidas cautelas, “os trabalhos preparatórios podem esclarecer-nos relativamente as idéias e ao espírito dos pro-

(31) *Estado de São Paulo*, 15/4/1927

(32) *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, 1910, n. 17, pgs. 57 e segs.

ponentes da lei ou de alguns votantes, e valem como subsidio, quando puder demonstrar-se que tais idéias e principios foram incorporados na lei.” (33).

No vertente caso, parece de subida importância o substitutivo oferecido pelo Senado ao titulo XI do projeto de código vindo da Câmara. Este, seguindo as pégadas do Código português (titulos II e III), tal como seu modêlo, abriu espaço à regulamentação autônoma, em secções à parte, do mútuo mercantil e dos juros. Mas, se no modêlo luso poderia, talvez, justificar-se semelhante critério porque inexistia, então, em Portugal, (34), lei similar à brasileira de 1832, entre nós, porém, tal não ocorria. Bem andou, portanto, o Senado fundindo os dois titulos do projeto num só e os inscrevendo sob a rubrica Do mútuo e dos juros mercantis tal como ficou redigido o título XI do Código vigente.

Bem diverso era o estado de adiantamento da legislação pátria, relativamente a de Portugal Ali, ainda que permitido o mútuo a juros, todavia, vigorava ainda rígida limitação da taxa máxima. Aqui, ao revés, estava já, desde 1.832, consagrada ampla liberdade de estipulação.

A teoria econômica dos juros (35) ganhava terreno e era abertamente defendida na cátedra, sem embargo dos protestos dos que se conservavam fieis à tradição canônica.

(33) FRANCESCO FERRARA, *Interp. e Aplicação das Leis*, ed. port. — pg. 43; cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4^a. ed. n. 150.

(34) Como se sabe, escrevendo ainda em 1830, JOSÉ FERREIRA BORGES (*Jurisprudência do Contrato Mercantil de Sociedade*, prefácio, pg. 6) revelava o atrazo da legislação de seu país em confronto com o progresso das idéias, que tinham já relegado os livros de doutrinas de usuras para o pó das bibliotécas, onde os sepultaram as novas concepções, que a seu ver deviam ser incorporadas às novas leis.

(35) Queremos referir-nos, como já se disse em outra passagem, à escola láica, assim cognominada em contraposição à canônica, posto que esta se não possa reconduzir a uma motivação exclusivamente ética.

Aqui está o depoimento insuspeitíssimo e autorizado de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA (36) sôbre como era julgada a lei de 1.832: “Parece que na época, esta lei passou sem relutância, mas os seus deploráveis efeitos foram logo sentidos, de sorte que em 1.843, o deputado Rebouças, com uma coragem que se não pode senão elogiar, reclamou a sua revogação. Dizemos coragem, porque, a doutrina contrária conta inúmeros partidários nas classes letradas e em nossas Faculdades de Direito, onde a inocência e a virtude da usura são proclamadas como verdade inconcussa.”

A indicação de REBOUÇAS, que não logrou, aliás, acolhida do Parlamento brasileiro, tinha em seu desfavor a corrente de idéias que defendia a legitimidade do empréstimo a juros por considerações de índole predominantemente econômicas. Para isso deveria ter contribuído sobremaneira, não apenas a florencência dos estudos dessa ordem na Europa, mas, principalmente, o conceito nitidamente econômico do dinheiro, que enunciara e justificara o sábio JOSÉ DA SILVA LISBÔA, muito antes mesmo da promulgação daquela lei. Bem expressivas a tal respeito são as suas palavras (37): “Não é meu intuito tratar da questão do juro como tese teológica, mas como simples objeto do comércio e da economia pública. As questões sôbre a imoralidade e injustiça de tais contratos (aludia aos empréstimos de dinheiro remunerados) acham-se hoje encantonadas nas escolas, para exercício de dialética e ostentação de engenho; e nenhuma pessoa que tem prática do mundo e que olha para a cena real da vida, pode lisongear-se, ou pretender que os negócios da sociedade, e menos as grandes operações de comércio, se façam por empréstimos gratuitos, que mal se esperam da Providência e ditames da amizade e caridade em certas circunstâncias, em que a Humanidade e a Religião mandam socorrer ao próximo.”

36) *Código Filipino*, ed 1870, v. II, pg. 872.

(37) *Op. et. loc. cit.*

Embora aceite como títulos justificantes da cobrança de juro aqueles três já admitidos pela escola canônica: “lucro cessante, dano emergente e risco de perda”, todavia, ministra já segura noção de capital em face da ciência econômica, escrevendo: “Na teoria desta ciência se mostra, e a experiência quotidiana o confirma que, sem fundos acumulados, não avança a população, e negócios da sociedade; é que, quanto mais estes negócios avançam e se multiplicam pela divisão do trabalho e ramos diversos de indústria, tanto há maior interesse de acumular fundos e tanto o tempo tem mais emprêgo e valor, e a cada momento corresponde uma fracção de trabalho e ganho, sendo a geral indústria bem dirigida.”

É interessante notar que, a despeito de admitir a frutuosidade do dinheiro, CAYÚ, era, porém, infenso à liberdade de estipulação da taxa de juros, tendo neste sentido combatido a opinião de FERREIRA BORGES, já referida em nota precedente.

Aliás sua concepção da rentabilidade do capital podia coexistir, perfeitamente, com o critério de prefixação legal de uma taxa máxima para os juros, como sustentava ao tempo em que se discutia o projeto, convertido depois na lei de 1832 (38).

O que de sua lição ficou foi o conceito econômico de juro, que haveria de ser, mais tarde, consagrado pelo futuro Código Comercial do Império do Brasil.

11. — Parece-nos que a Lei mercantil de 1850 abraçou declaradamente o principio da produtividade do dinheiro, alçando-o a regra geral. Muitas são, com efeito, as passagens dêsse diploma, onde é possível surpreender tal pensamento.

Já pela sede da matéria, já por outras disposições esparças, cremos não ser infundada essa suposição.

(38) *Obr. cil.*, v. II, pg. 943.

De feito, submetendo a disciplina unitária o mútuo e os juros e, diversamente do Código português, ligando o segundo assunto ao primeiro, em íntima sucessão lógica, parece que o Código brasileiro, teve em vista fazer dos juros consuetário natural do mútuo, numa tão estreita relação de dependência, como, no mundo físico, está a causa para seu efeito.

Confirmação dêste assêto oferece-nos o art. 3.º, no qual o legislador já havia manifestado, em termos assáz claros, sua adesão à teoria da rentabilidade do dinheiro.

Não se diga que a referência ali feita à “faculdade de dar dinheiro a juro ou a prêmio” destina-se, tão sòmente, a completar a norma editada no artigo anterior. Pois, se as pessoas a que esta se endereça estavam impedidas de commerciar, não teria propósito que a lei commercial viesse occupar-se de actividade que era estranha a sua disciplina.

Poder-se-ia, objectar, talvez, que teria sido pensamento do legislador prever a hipótese de intromissão daquelas pessoas como dadoras de cabedais e negociantes, caso em que, se pela regra do art. 247, o negócio seria havido como mercantil, e, assim sujeito ao império do Código.

Seria possível replicar, lembrando, então, que mesmo em face disso, o legislador teria podido expressar-se de modo bem diferente, sem qualquer compromisso com a idéia que ressumbra das palavras exaradas no texto em análise.

Deveras expressivo é o art. 248, *in verbis* “Em commercio podem exigir-se juros desde o tempo do desembolso, ainda que não sejam estipulados, em todos os casos em que por êste Código são permitidos ou se mandam contar.”

Qual dêste preceito decorre, teriamos duas hipóteses: Uma em que a fluência dos juros desde o desembolso seria consuetário natural do negócio e, pois, independentemente de convenção: outra em que a êsse resultado se chegaria não mais pela natureza da operação por si mesma, mas

ope legis, isto é, por motivos outros e para os casos taxativamente especificados.

Consoante êsse raciocínio, a primeira hipótese visava preferentemente os empréstimos de dinheiro, nos quais a percepção de interesse se justificaria, seja por aplicação da teoria da rentabilidade, seja por estar êstes resultado na intenção presumida das partes, a que a lei apenas prestaria homenagem.

Tal pensamento, atribuído ao preceito em análise, coaduna-se perfeitamente com a lição de JOSÉ DA SILVA LISBÔA, quando advertia "...nenhuma pessoa que tem prática do mundo, e que olha a cena real da vida, pode lisongear-se, ou pretender, que os negócios da sociedade, e menos as grandes operações *do comércio* (39), se façam por empréstimos gratuitos, que mal se esperam da Providência e dos ditames da amizade e caridade..."

A exegese que defendemos parece não ser infirmada pelo que dispõe a segunda parte do preceito em estudo, sem embargo da remissão que faz ao precedente art. 138. E assim pensamos porque se nos afiguram compatíveis os dois dispositivos. Com efeito, o não ter o Código adotado a regra *dies interpellat pro homine*, poderia, talvez, justificar-se pela aceitação do principio que lhe estamos atribuindo. É que, se o mutuante tem assegurada a fluência de juros, como efeito natural do empréstimo, a aparente privação das vantagens decorrentes da mora pelo só vencimento do termo do contrato, é fartamente compensada pela fluência ininterrupta dêstes mesmos juros, de ordinário, à taxa superior a de lei.

De resto, o preceito do art. 138 do Código Comercial, embora pareça a eminentes autoridades (40) algum tanto anacrônico e divorciado da orientação geralmente seguida

(39) É nosso grifo.

(40) TULLIO ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial*, pg. PHILADELPHO AZEVEDO, *Revista de Direito*, v. 146. pg. 423.

pela maioria dos sistemas de direito ocomercial, bem poderia encontrar justificativa sob outros aspectos (41).

A idéia da frutuosidade do capital foi ainda afirmada no art. 820, ao proscrever a fluência de juros contra a massa, sempre que esta não baste para pagamento do principal.

Uma outra confirmação parcial do mesmo principio parece encontrar-se no art. 251, ao declarar a irrepetibilidade dos juros espontâneamente pagos, no em que não excederem a taxa legal. Mesmo com esta restrição, o inciso favorece nosso ponto de vista. É que o titulo pelo qual o credor retêm os juros assim pagos não seria, *data venia*, como ensinou JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (42), expressivo de um ato de gratidão. Seria, ao revés, como êle próprio dissera anteriormente (43), o implícito reconhecimento do débito dêsses juros.

Os artigos 180 e 254, que vêm completar a regra posta no art. 248, onde se diz: “em todos os casos em que por êste Código se mandam contar”, são, parece-nos, outros tantos exemplos da teoria que julgamos sufragada pelo Código.

A norma editada no primeiro, conquanto funcione como pena, trái a idéia de rentabilidade, e isto porque, sendo o comissário comerciante, estaria pressuposta a reprodutividade do dinheiro no menêio de seus negócios.

A preceituação contida no segundo se filiaria à mesma consideração, já que, embora intervindo no contrato pessoa

(41) A impessoabilidade das obrigações mercantis determina com maior frequência, a incerteza da pessoa do credor no momento de satisfação da prestação. Assim, a interpelação pressuposta no texto funcionaria como meio de legitimação do credor. Dessarte, a providência beneficiária, simultaneamente, devedor e credor. Aquele não seria havido em culpa (mora) pelo simples atraso, desacompanhado de omissão imputável, êste não suportaria os onus da consignação judicial, que bem pode estar no seu interêsse evitar.

(42) *Trat. Direito Comercial Bras.* 1.^a ed. v. 6, 2.^a parte n. 961.

(43) *Obr. cit.* v. 6, 1.^a parte, n. 342.

não comerciante, as parcelas de seu crédito confiadas ao que o fosse, estariam a frutificar nas mãos dêste, donde justificar-se o lançamento de juros.

Suposta a procedência do raciocínio que estamos fazendo, chegaríamos à conclusão de haver o Código Comercial do Brasil sancionado a teoria econômica dos juros, em contra posição à doutrina moralista.

12. — CARVALHO DE MENDONÇA, com a imensa autoridade que lhe reconhecemos, ensinou (44): “O mútuo é gratuito por natureza e não por essência, como o comodato. Queremos dizer, o mútuo não importa por si na obrigação de pagar juros. O mutuante somente os poderá exigir, se estipulados expressamente, ou se determinados por lei. Esta é a tradição do direito romano, mantida pelo direito pátrio. Os juros no mútuo, ainda no comércio, dependem de convenção das partes ou da lei (Cod. Com. art. 248)”

Sem embargo de tão autorizado ensinamento, de resto seguido pela quase unanimidade de nossas especialistas, ousamos dissentir.

Perdôe-se-nos a temeridade, mas vamos aqui alinhar as razões ou supostas razões, por que ainda não nos convertemos à lição de tamanhas eminências.

Longe de termos como certo que o Código de 1850 guardou a tradição do direito romano, qual assevera CARVALHO DE MENDONÇA, entendemos, ao contrário, que é ponto êsse ainda ilíquido e sôbre o qual pendem muitas dúvidas.

Antes de tudo, não se pode esquecer que a lenta e progressiva evolução das idéias econômicas, operada a partir do século XVII veio, no particular, abalando o velho edificio romanista e até mesmo as concepções medievas acêrca da doutrina dos juros.

(44) *Obr. cit.* 1.^a ed. v. 6., 2.^a parte, n. 956.

Por outro lado, a legislação reinól foi mitigando, cada vez mais, a influência, dantes exercida pelo direito romano, como subsidiário do peninsular. A lei pombalina de 18 de agosto de 1769 e o Alvará de 16 de dezembro de 1771, por exemplo, a primeira mandando seguir “aquela boa razão que se estabelece nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas das nações cristãs, iluminadas e polidas” e o segundo determinando que as decisões dos negócios mercantis tivessem em vista, preferentemente, as máximas, usos e costumes comerciais, acabaram por generalizar os contratos feneratícios, que se concertavam sob a inspiração dos precedentes alienígenas, e à margem do direito positivo do país.

Êsse contraste entre o estado da legislação e o progresso das idéias, no tocante a tais assuntos, era já assim observado, em 1830, por JOSÉ FERREIRA BORGES (45), que preleccionava: “A ciência *econômico-política* (46) derrogou o edifício da jurisprudência gótica e começa a formar uma nova época, que necessita de estudos diversos e reflexões novas sobre a natureza dos contratos. As idéias de lesão, que até agora vogavam, devem retificar-se pela idéia de valor, desconhecida há meio século; as doutrinas de usuras, que encheram tantos livros, sumiram-se no pó dêsses livros nas estantes das bibliotecas...”

Deante disso, não seria de estranhar que o Código Comercial brasileiro rompesse com a tradição de que nos fala CARVALHO DE MENDONÇA.

Realmente, a lei de 24 de outubro de 1832, concedendo liberdade para estipulação dos juros, fazia depender, porém, a exigibilidade dêstes de avença por escrito ou da ocorrência de mora. Estava, portanto, ainda aqui, fiel àquela tradição.

(45) *Obr. cit.* prefácio, pg. 6.

(46) É nosso grifo.

Mas, parece que se não pode dizer o mesmo do Código de 1850, cujas prescrições são algum tanto diversas. Com efeito, o Código admitiu a percepção de juros desde o desembolso “ainda que não estipulados.”

Isto leva a crer que para a lei especial, ou como ela própria diz, “em comércio” vigoraria outro principio, derivado do conceito econômico do dinheiro e não mais de uma razão puramente jurídica, fundada no reconhecimento da liberdade de convenções.

Com tal entendimento, teria o Código reputado o mútuo mercantil sempre oneroso, contrariando, assim, o assêrto de CARVALHO DE MENDONÇA e isso porque, conforme salientou INGLÊS DE SOUZA, (47): “Em direito comercial podem-se admitir contratos gratuitos em espécie, jamais em tese.”

Daqui a clara preceituação de seu art. 248: “Em comércio podem exigir-se juros desde o desembolso, ainda que não sejam estipulados. .”

Em tais condições, estaríamos diante de duas leis, que diversamente regulavam a matéria: uma os contratos civis: outra para os negócios mercantis. Cada qual, na esfera de sua soberania, ditava normas peculiares.

Neste sentido foi o pronunciamento do CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, quando, das palavras do Código, “juros ainda que não sejam estipulados”, concluiu (48): “Nisto distingue-se a jurisprudência comercial da civil.”

Do mesmo opinar, ainda que sem formulação explícita, parece ser ALFREDO RUSSEL (49).

O motivo pelo qual a generalidade de nossos comerciantes se recusa a admitir a tese que estamos esboçando

(47) Apud DESCARTES DE MAGALHÃES, *Curso de Direito Comercial Brasileiro*, 1922, v. II, pg. 425, nota 14.

(48) Nota in *Principios de Direito Mercantil* de JOSÉ DA SILVA LISBÔA, 6.^a ed., v. II, pg. 574.

(49) *Curso de Direito Comercial Brasileiro*, 2.^a ed. v. II, n. — 1.517.

parece provir do conceito que êsses escritores fazem do juro, havido por êles “como compensação do uso, do perigo da restituição e do favor prestado pelo mutuante ao mutuário.” (50).

Neste conceito descobrem-se vestígios da antiga concepção canônica tais como as idéias de “lucro cessante, dano emergente e risco de perda.”

Ora, assim como a doutrina da Igreja sòmente autorizava a percepção de juro, quando ocorria um ou outro dêsses títulos de legitimidade, os aludidos tratadistas, aliando essa idéia à consideração jurídica ulterior de liberdade contractual, subordinam logicamente a exigibilidade do prêmio do capital à existência de convenção ou de mandamento legal expresso.

Em última análise, essa doutrina se confunde com a canônica, de que se diferencia apenas por admitir um quarto título de legitimidade da cobrança de juro, que vem a ser o *titulus legis*, aliás já entrevisto por doutrinadores mediévos.

Coerentemente, pois, ditos comercialistas não podem aceitar e exegese que estamos tentando fazer.

Releva notar, porém, que não é de todo exato afirmar ser o juro “compensação do risco ou perigo de restituição, eis que esta consideração pode e é, em regra, lavada em conta como circunstância a influir sôbre a taxa, como sucedia no passado, quando, pelo temor às penas, o prestamista exigia maior prêmio (51), ou, como se verifica, no presente, em relação a certos empréstimos, para os quais “se calcula um determinado risco juntamente com o interêsse.” (52).

(50) CARVALHO DE MENDONÇA — *Obr. cit.*, n. 956; cf. DIDIMO DA VEIGA, — *Código Comercial*, ed. 1.898, v. I, pg. 468.

(51) WHITAKER, *Obr. cit.* pg. 585.

(52) WEBER — *Ob. cit.* v. II, pg. 138.

Mas, não se segue daí que venha a ser o risco, propriamente dito, a causa por que se legitima a percepção, de juros. Sustentá-lo — disse bem DESCARTES DE MAGALHÃES (53) — é querer desvirtuar o conceito dos juros, subordinando-os ao *estado econômico do devedor*, à *sua situação financeira*, quando o que êles implicam é a *existência do capital*, a *sua produtividade*.

Repetimos nós, o risco da solvabilidade do devedor entra, certamente nas cogitações do credor e pode ser até motivo para majoração da taxa, porque é êle subproduto do crédito, na expressão de CESAR ANCEY (45), mas não é de per si a razão econômica por que o juro se pode explicar e legitimar.

Em verdade, favor concedido às dividas de dinheiro explica-se por considerações de ordem econômica jurídica, conforme lembra ARTUR NUSSBAUM (55), nesta expressiva passagem: “Tanto na esfera do direito material como na do direito formal existem, relativamente às dividas pecuniárias, numerosas regras especiais, mediante as quais se diferenciam notavelmente na prática as dividas de dinheiro de tôdas as demais classes de dividas. Essas regras especiais estão em relação com a peculiar natureza jurídica e economica do dinheiro e são, portanto, em que pese as modalidades territoriais, de caráter universal.”

13. — De tudo que temos dito concluiríamos por admitir haver o Código Comercial brasileiro abraçado a teoria da rentabilidade do dinheiro, repudiando abertamente a teoria dos moralistas. Não é lugar nem ocasião para emitirmos juízo critico sôbre a conduta seguida por seus elaboradores. Nosso intento, assáz limitado e ainda

(53) *Obr. cit.* pg 429, nota n. 22.

(54) *Le Crédit*, pg. 6.

(55) *Teoria Juridica del Dinero*, ed. esp. (Madrid, 1928), 8, pg. 129.

assim desfavorecido do opinar de mestres conspícuos, a tanto não aspira.

Já nos sentiríamos sobremaneira confortados, se êste escrito pudesse despertar a atenção dos competentes, levando-os a estudos definitivos que viessem trazer luz às dúvidas, que ainda hoje, nos provoca o vetusto Código de 1850.

A elucidação dêsse ponto bem justifica o serviço que estão a dever às letras juridicas pátrias, sobretudo agora, quando se festeja a passagem do centenário, dêsse monumento legislativo, em que tão bem se casaram a sisuda meditação e o senso da medida com a equilibrada dose de brasilidade.

Neste instante, em que se comemora o jubileu de magistério de um de seus mais lúcidos, seguros e constantes expositores, se oferece aos versados ocasião mais que propícia para semelhante tarefa.

A História do Direito nos Cursos Jurídicos do Brasil (*)

Waldemar Ferreira

Professor de História do Direito Nacional
no Curso de Doutorado da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

1. *O estudo da história do direito como parte introdutória das disciplinas do curso jurídico.* — 2. *A criação da cadeira de filosofia e história do direito pela reforma do ensino levada a efeito por Benjamin Constant.* — 3. *A separação da cadeira de filosofia da de história do direito e a autonomia das duas disciplinas.* — 4. *A concepção da história do direito brasileiro como disciplina dos cursos jurídicos.* — 5. *A história do direito e a legislação comparada.* — 6. *A Universidade de São Paulo e a colocação da cadeira de história do direito nacional no curso de doutorado.* — 7. *A literatura brasileira sobre a história do direito nacional.* — 8. *A bifurcação do direito português e a formação nacional do direito brasileiro.* — 9. *A penetração do direito castelhano e do direito português nas colônias da América.* — 10. *O transplante do direito português no Brasil.* — 11. *O estudo das instituições políticas estabelecidas na colônia portuguesa do continente sul-americano.*

1. Sempre se fez nos cursos jurídicos o estudo da história do direito, notadamente do direito brasileiro.

(*) Aula inaugural do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aos 14 de setembro de 1950.

«Comprova. o asserto consulta a programa de ensino de qualquer disciplina nêles professada. Nenhum jurista póde dispensar o contingente do passado afim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais. Ninguém é capaz de dar passo à vanguarda, adiantando um sem deixar o outro pé na retaguarda. Diferentemente não se realizam caminhadas. De cada instituto se ministram, nas cátedras universitárias, retrospecto sucinto. Matéria inexistente que se possa explicar clara e seguramente sem a antecedência de noticia sucinta de seu desenvolvimento doutrinário e legislativo até adquirir seus aspectos contemporâneos.

Motivo foi êsse por que, mais duma vez, falharam os propositos de criar-se, na série das disciplinas jurídicas, cadeira especializada de história do direito ou, ao menos, do direito brasileiro.

Frustrou-se o que se objetivou em diploma legislativo dos primeiros dias de 1885, que teve vida efêmera, pois que revogado em novembro daquele mesmo ano.

2. A faina reformadora desencadeada com o advento do regime republicano de 1889, havia de alcançar o sistema de ensino superior. A reforma de BENJAMIN CONSTANT, levada a efeito em janeiro de 1891, tresdobrou o ensino juridico, que era unitário. Instituiu três cursos distintos: o de ciências jurídicas, em quatro séries; o de ciências sociais, em três séries; e o de notariado, em duas séries. A cadeira de direito natural cedeu lugar à de filosofia e história do direito, colocada na primeira série do curso de ciências jurídicas, de que se fez lente PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA.

E' de imaginar como, na sua cátedra, se portou PEDRO LESSA, a prelecionar filosofia e história. No seu sentir, era incontestavel o insucesso das principais e mais precognizadas concepções da filosofia da historia; e atribuia-se-lhe

a tarefa de ministrar o ensino da filosofia e da história do direito.

“A história”, doutrinou êle, “não tem um conteúdo científico próprio, leis do seu dominio, induções, principios e deduições, que lhe sejam peculiares, generalizações que dela façam uma ciência. Quando o historiador, uma ou outra vez, extrái dos fatos uma verdade geral, o *suco ideal* que constitui a ciência, é a sociologia, ou qualquer das ciências sociais especiais, é talvez a antropologia em alguma das divisões, é uma outra ciência qualquer, das que se aproveitam dos dados históricos, que conquista mais uma noção, e alarga o âmbito da sua doutrina”.

Para o professor insigne, “a função da história consiste em coligir e classificar metódicamente os fatos, para ministrar os materiais que servem de base às induções da ciência social fundamental e das ciências sociais especiais. Quaisquer que sejam as divergências sôbre o conceito da ciência social geral, ou sociologia; admita-se a sociologia classificante com LITRÉ, ROBERTY, GREEF, LACOMBE e WAGNER, ou a sociologia biologica com SPENCER, LILLENFELD, SCHAEFTLE, FOULÉ e RENÉ WORMS, ou a sociologia dualista com HAURIU, GIDDINGS, WARD, MACKENZIE; entenda-se que é uma ciência constituída, ou de formação incipiente (e é esta, segundo nos parece, a verdade) — o que se não póde contestar é que há uma ciencia social fundamental”

E ajuntou:

“O estudo das leis a que está sujeito o organismo social faz objeto da sociologia e das ciências sociais particulares. Se estudamos o que há de uniforme, geral e permanente, na gênese, na estrutura e na evolução das sociedades, temos a sociologia, ou ciência fundamental. Se estudamos certos fenómenos especiais, certos aspectos particulares da sociedade -- por exemplo, a sociedade considerada sob os aspectos da riqueza, da direção dos interêsses públicos internos e externos, ou da manutenção da ordem necessária à conservação e desenvolvimento da coletividade, temos

a economia política, a política, ou o direito. A sociologia está, para com as ciências sociais especiais, na mesma relação em que a biologia para com as ciências que se ocupam da vida sob aspectos especiais, como a zoologia e a botânica, tendo a biologia por objeto os fenómenos essenciais e universais da vida, seja qual fôr a sua manifestação, ou o corpo, vegetal ou animal, que lhe sirva de sede” (1).

Visto o problema por êsse ângulo, bem se compreende como não se ajustavam bem o ensino concomitante ou mesmo sucessivo da filosofia e da história do direito.

3. Não durou muito êsse consórcio. Reorganizando-se, logo depois, o ensino do direito, a lei n. 314, de 30 de outubro de 1895, operou o desquite, separando a filosofia do direito da história do direito. Aquela, constituindo matéria autônoma, permaneceu onde estava, no pór-tico do curso jurídico; mas não se desprezaria o estudo da história do direito.

E' que, e vale invocar o ensinamento de ICILIO VANNI, “na sua fenomenologia, a filosofia do direito propõe-se elaborar a teoria sintética dos fenómenos jurídicos. Mas êstes representam-se de modo particular pelas ciências históricas e descritivas, especialmente pela história universal do direito, a qual, fornecendo os elementos particulares, prepara a generalização indutiva da filosofia do direito. Existe, pois, outra ciência histórica do direito e é a história comparada do direito.” Advertiu o jurista filósofo que, “não basta à filosofia do direito, para construir a teoria fenomenológica, a simples observação histórica, sendo necessária ainda a comparação, mediante a qual, confrontando os institutos dos diversos povos nos diversos momentos históricos, se angariam os elementos comuns,

1. HENRY THOMAS BUCKLE, *História da Civilização na Inglaterra*, versão de Adolfo J. A. Melchert vol. I Tip. Casa Eclética (São Paulo, 1900), introdução de PEDRO LESSA, pág. XCII.

constantes e uniformes. Assim, a filosofia jurídica extrai parte de seu material também da ciência ou história comparada do direito, a qual é ciência ainda nova, porque, prescindindo de antecipações, se pode dizer que só na metade do século XVIII se inaugurou, por obra do insigne jurista inglês HENRY SUMNER MAINE, o qual applicou ao direito o mesmo processo metódico, por via do qual surgiram a filosofia comparada, a ciência comparada das religiões, dos mitos, etc.” (2).

A reforma do ensino de 1895 não se contentou com separar a história do direito da filosofia do direito. Fez mais. Unificando os cursos num só, em cinco anos, no quinto situou a cadeira de história do direito, e especialmente do direito nacional, ao lado da de legislação comparada sobre o direito privado. Teve aquela AURELIANO DE SOUZA E OLIVEIRA COUTINHO como titular, tocando a outra a ERNESTO MOURA.

4. No discurso inaugural do curso de história do direito, em 1896, o lente catedrático AURELIANO COUTINHO traçou as linhas do programa, que lhe cabia executar

“A idéia do justo”, prelecionou êle, “progressivamente refletida pelo espirito humano e por êste progressivamente atuada no tempo e no espaço: eis o que é a história do direito. A sucessão do tempo e o ideal de perfectibilidade produziram o modo cada vez mais aperfeiçoado por que a humanidade concebeu e atuou aquele ideal do justo assim como a variedade do espaço, isto é, as influências mesológicas importaram a variedade dos modos por que os diferentes povos conceberam, e traduziram, pelos costumes e pelas leis, o sobredito ideal, engendrando-se assim o direito particular de cada sociedade. E’, pois, perfeitamente científico o alvitre que ora se tomou de reunir numa só cadeira a história geral do direito e o da história parti-

2. ICILIO VANNI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 3.º ed. Nicola Zanichelli (Bolonha, MCMVIII), pág. 20.

cular do direito brasileiro. O ensino, que até aqui se fazia, da história geral do direito, juntamente com o da filosofia do direito, é que não me parece muito justificavel. Desde que a filosofia do direito expõe o que êle deve ser, a dogmática o que êle é e a história o que êle tem sido, a ordem natural para o ensino das disciplinas jurídicas não pôde deixar de ser a exposição do direito ideal — filosofia do direito; a exposição do direito concretizado nas leis positivas — dogmática do direito; e, finalmente, a exposição do direito como êle tem sido progressivamente concebido e atuado pelo espirito humano no tempo e no espaço, isto é — a história do direito, considerado êste como conceito científico e como realidade histórica, na marcha geral da civilização e na progressiva evolução jurídica de cada povo em particular”.

Observou o catedrático que, “descobrir em cada um de seus delineamentos a contextura inteira dos institutos jurídicos que o passado nos legou, prendendo cada um desses delineamentos às idéias dominantes nas diferentes épocas e revelando uma lei de continuidade e de progresso nas sucessivas modificações que lhes deram a sua índole atual, seria um triunfo brilhante da análise, quiçá superior às minhas forças intelectuais e físicas, mas seria também, e principalmente, um ensino sobremaneira fecundo”.

E acrescentou:

“Deverei acompanhar o nosso desenvolvimento jurídico, estudando sinteticamente a formação do direito português até sua codificação, o caráter que êle oferece nas chamadas — *leis extravagantes*, nomeadamente na legislação josefina, ou antes, pombalina, seguindo-o a vôo até a época da nossa independência, depois de expôr os contornos do regime colonial e as consequências, sociais e jurídicas, que prômanaram da elevação do Brasil a Reino-
-Unido. De caminho, estudarei os moldes da nossa organização politica, administrativa e judiciária, os códigos que

possuimos e as principais leis referentes ao nosso direito privado”. (3).

Eis, em traços largos, como se concebeu a história do direito brasileiro, como disciplina dos cursos jurídicos.

5. Natural seria que maior desenvolvimento tivessem os estudos de história do direito e, notadamente, da legislação comparada, que tem sido levada a gráu intensissimo pelo esforço entusiastico e grandemente construtivo do Instituto de Direito Comparado de Lyon, dirigido por EDOUARD LAMBERT, professor da Faculdade de Direito daquela cidade.

A missão da história, como bem salientou PEDRO LESSA, não se pôde restringir ao fornecimento de materiais, metodicamente dispostos, para as induções sociológicas. Ela não deve funcionar com o negativismo de chapa fotográfica, destinada apenas a reproduzir fatos preteritos na sua fisionomia estática. Há de haver nela, ou seja no trabalho do historiador, o dinamismo criador, que tire mundos da nebulosa espessa do passado. Se os vivos continuam a ser, e cada vez, mais, governados pelos mortos, êsse governo somente pôde ser espiritual. A ação governativa é atual sempre e de força catalítica.

Por isso mesmo, doutrinaram dois eminentes professores coimbrões, “a história do direito deixou de ser estudada com critérios *dogmáticos* e *descritivos*, para ser reconstruída à luz de processos *orgânicos* e *evolutivos*. Durante muito tempo, o que na história jurídica dum povo absorvia as atenções e cuidados, era o conhecimento dum certo estado jurídico, fixado pelos órgãos oficiais em monumentos legislativos; nem se procuravam explicar as origens e os antecedentes dêsse regime legal, nem se esclarecia a sua formação com o estudo dos fatôres cósmicos, étnicos e sociais que o haviam preparado. No direito romano, por exemplo, era a obra legislativa de JUSTINIANO que as escolas liam, explicavam e conheciam.

3. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. IV, de 1896, pág. 41.

Hoje o estudo da história do direito orienta-se por um duplo critério. Trata-se: 1.º, de conhecer o ambiente físico, os fatores étnicos e o meio social em que as instituições jurídicas nascem e se desenvolvem; 2.º, de observar a origem e a transformação das instituições jurídicas, relacionando-as com o condicionalismo social e natural de que são produto” (4).

A despeito de sua singular importância, não permaneceu a cadeira de história do direito no curso jurídico. Desapareceu dêle nos primeiros dias dêste século, por efeito da reforma do ensino superior inspirada por EPI-TÁCIO PESSOA, que se achava à testa do Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores no govêrno de CAMPOS SALES. Sobreviveu, no entanto, a de legislação comparada sôbre direito privado, que se manteve até a reforma do ensino de abril de 1911, levada a cabo pelo ministro RIVANDAVIA CORRÊA, no govêrno HERMES DA FONSECA.

Elevado para seis séries o curso jurídico, dêle também desapareceu a cadeira de filosofia de direito. Tomou-lhe o lugar, na primeira série, a de introdução geral ao estudo do direito ou enciclopédia jurídica, que entrou a ser lecionada magnificamente pelo emérito professor ordinário JOÃO ARRUDA. Professôres ordinários eram, então, os professores catedráticos. Mas não foi duradoira a troca de disciplinas. Reorganizando-se o ensino secundário e superior, em 1915, no govêrno WENCESLAU BRAZ, coube ao ministro CARLOS MÁXIMILIANO não sômente criar a cadeira de filosofia do direito, de novo, no curso juridico, como a de direito internacional privado.

“Cumpre”, escreveu êle em sua exposição de motivos, “cumpre entronizar de novo a filosofia do direito. Não se compreende o desdém brasileiro por um estudo a que os italianos, grandes cultores das letras jurídicas, dedicam atividade febril. Provam-no de sobejo as obras recentissi-

4. MARNOCO E SOUZA & ALBERTO DOS REIS, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, ed. França Amado (Coimbra, 1907), pág. 56.

mas de LILLA, VANNI, BIAVASCHI e CONSENTINI (monumental a última, e publicada em 1914). Só a filosofia explica os fundamentos do direito, a sua razão de existir, exalta o espirito sedento de saber, apresenta-lhe a ciência de IHERING e PUCHTA como um ideal excelso, digno de sacrifícios voluntários e dedicações ardentes. A enciclopédia encara-o de modo positivo, terra a terra, como uma fonte de resultados práticos e imediatos. E não só do pão vive o homem...”

6. Criada, no govêrno de ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, aos 25 de janeiro de 1934, a Universidade de São Paulo, entre os seus institutos oficiais figurava a Faculdade de Direito. Urgia fundá-la. Existia, desde que criada em 11 de agosto de 1827, a que fôra o Curso Juridico de São Paulo, irmão gêmeo do de Olinda. Cercada de halo luminoso de tradição e de prestígio secular, melhor seria incorporá-la à Universidade de São Paulo. Foi pelo que se batalhou, com sucesso.

Por decr. n. 24.102, de 10 de abril de 1934, transferiu a União ao Estado de São Paulo, para aquêle escôpo, subordinando-se a transferência, entre outras a duas condições primaciais. Era a primeira que a Faculdade de Direito continuaria a ter caráter e a gozar das mesmas prerrogativas dos institutos oficiais congêneres da União. Era a segunda que a organização didática, o regime escolar, a nomeação do diretor e a do pessoal docente e administrativo da Faculdade de Direito passariam a obedecer aos dispositivos estatutários da Universidade de São Paulo.

De acôrdo com êstes, que foram aprovados pelo decreto federal n. 39, de 3 de setembro de 1934, dois seriam os cursos normais da Faculdade de Direito — o de bacharelado, em cinco anos; e o de doutorado, em dois anos. Figurou neste a cadeira — de história do direito nacional, que se ministrou enquanto funcionou o curso de doutorado, agora reaberto.

7. Está, verdadeiramente, por fazer a história do direito brasileiro. Quando a cadeira se instituiu nos cursos jurídicos, o seu ensino não ensejou senão o pequeno, mas interessante volume de — *História do Direito Nacional*, ed. da Empresa Democrática Editora (Rio de Janeiro, 1895), em que JOSÉ ISIDORO MARTINS JÚNIOR, que foi emérito lente catedrático da Faculdade de Direito de Recife, não imprimiu “nem um puro compêndio para servir aos exames de história do direito nacional em nossas Faculdades Jurídicas, nem um estudo profundo e definitivo da desenvolvimento do direito pátrio através das diversas fases político-sociais da nacionalidade brasileira”, segundo êle mesmo o disse. Empreendeu o seu trabalho em duas partes — uma, geral; e outra, especial, compreendendo “a primeira uma só época — a dos antecedentes, destinada a fazer conhecidos os elementos ancestrais do organismo jurídico nacional”; e referindo-se a segunda propriamente ao direito brasileiro, em suas secções. Numa, a abranger tres épocas — a embriogênica, a da individuação e a da renovação, tratou o direito como legislação, em seu desdobramento objetivo; na outra, como ciência, como doutrina, a evolver e a influir nas leis positivas. Já havia o insigne professor editado a sua — *História Geral do Direito*, que foi, ao parecer de CLOVIS BEVILAQUA, a sua obra culminante (5).

Depois disso, editou-se em São Paulo a *História do Direito Brasileiro*, escrita por CESAR TRIPOLI, bacharel formado pela Faculdade de Direito de São Paulo e doutor em jurisprudência pela Universidade de Messina. Publicaram-se dois volumes, o primeiro em 1936, abrangendo a época colonial; e o segundo em 1947, até à maioridade de D. PEDRO II. O falecimento, logo depois, do autor, deixou incompleta a obra, que é, realmente, valiosa, embora despretenciosamente realizada. A exposição “obedece a prin-

5. CLOVIS BEVILAQUA, *História da Faculdade de Direito do Recife*, ed. Francisco Alves, vol. II (Rio de Janeiro, 1927), pág. 145.

cípios do método sistemático, porque usamos da divisão bipartida em história externa e interna, da distinção do direito em público e privado, de suas respectivas ramificações, e mesmo, quando possível, das partes especiais de cada um desses ramos. Obedece também a princípios do método sincrônico, porque dividimos essa disciplina em épocas distintas, destinadas a caracterizar as diversas fases principais de evolução do direito brasileiro; dividimos também cada época em períodos, afim de que se tornasse fácil acompanhar essa evolução e comparar as diferenças verificadas, sem necessidade de incidir em inúteis repetições. Finalmente, obedece a nossa exposição outrossim a princípios do método cronológico, porque, dentro dos limites de cada período e para cada matéria especial, a exposição das fontes está sob a dependência da ordem cronológica das datas da sua emanação ou revelação, evitando, deste modo, qualquer solução de continuidade na evolução do direito brasileiro” (6).

São as duas obras, que acabam de referir-se, as até agora publicadas de história geral do direito brasileiro. A mais moderna, cujo segundo volume data de 1947, permanecerá inacabada. A mais antiga, dada a lume em 1895, não passou de estudo introdutório, elaborado por quem abria caminho. Daí o papel messiânico, que o autor se atribuiu, de “renovar o milagre bíblico”, extraíndo “um mundo do nada, porque positivamente nada era o que nos fornecia a literatura jurídica nacional” no departamento imposto ao seu estudo. Assim proclamou, evidentemente, para em seguida confessar que “nem um ensaio, por mais ligeiro, nem um esboço, por mais imperfeito”, até então conhecia “visando a história geral do nosso direito positivo” E isso não lhe parece estranhável “uma vez que, após setenta e três anos de vigência política autônoma, ainda uma parte de nossa legislação é alienígena, como nos

6. CESAR TRIPOLI, *História do Direito Brasileiro*, vol. I (São Paulo, 1936), pag. 26.

primeiros dias da independência. Não temos um direito nacional homogêneo e próprio; não admira que nos falte a história dêsse direito” (7).

Estava, não obstante, feita essa história, de que a obra do professor pernambucano traçou as primeiras linhas, escrita com vivacidade de espírito e em que se ressaltam as qualidades do escritor, que o foi, e insigne. A história existia por isso mesmo que ela decorre dos fatos, que dia a dia se sucedem, no tempo e no espaço. O que, em verdade, nos faltou, foram historiadores juristas, que fizessem a crônica do desenvolvimento do direito brasileiro, através do estudo dos diplomas legislativos e da doutrina jurídica que os orientou, à luz da filosofia e da ciência do direito, tanto quanto das contingências de ordem política, econômica e social.

Não tardaram os ensaios históricos do direito. Merecem especial destaque os que reuniu CLOVIS BEVILAQUA nos *Estudos Jurídicos*, editados em 1916, sobre a interpretação filosófica da história do direito, apreciando as idéias jurídicas dos povos antigos; e, principalmente, sobre as idéias fundamentais do direito atual, traçando, em seguida, as linhas gerais da evolução brasileira. Em *Les Transformations du Droit dans les Principaux Pays depuis Cinquante Ans* (1869-1919), que é o *Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation Comparée*, de Paris, vol. II, o grande civilista brasileiro, em sucinta monografia, esboçou *L'évolution du Droit Civil au Brésil de 1869 a 1919*.

Inúmeras, ademais, são as dissertações históricas publicadas em revistas jurídicas e de jurisprudência, bem como em coletâneas de trabalhos comemorativos dos grandes eventos nacionais, como o *Livro do Centenário da Câmara dos Deputados* e o *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos*.

7. J. IZIDORO MARTINS JUNIOR, *História do Direito Nacional*, Empresa Democrática Editora (Rio de Janeiro, 1895), pág. 4.

«Coube ao professor catedrático de história do direito nacional da Faculdade de Direito de São Paulo, quando exilado em Portugal, em 1933, fazer a história do direito comercial brasileiro, numa série de cinco conferências, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que esta reuniu no volume — *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*.

8. Por mais paradoxal que pareça, a história do direito brasileiro é muito mais antiga do que a história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no século XVI, ou seja, em 1500, a história do direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português. Foi éste o que vigorou no Brasil desde que começou a colonizar-se pelos descobridores.

Deu-se o trespasso da civilização européia para a colônia portuguesa da América.

O direito lusitano nela se plantou de galho, aplicando-se no campo do direito privado e adaptando-se, até com alguma originalidade, no do direito público, como não podia deixar de ser, no entrechoque de duas civilizações, a bem dizer antípodas, no mesmo território imenso, misterioso e selvagem, em que se defrontaram o índio brasileiro, em estado primitivo, e o português já afeito à conquista em terras de África e Ásia.

Apreciou SILVIO ROMERO o fenómeno, em termos que não perdem em ser lembrados, quando doutrinou inexistir “um só caso, até hoje consignado, de um povo mais culto deixar suas instituições jurídicas para adotar as de gentes mais atrasadas. O contrário tem-se visto muitas vezes com maior ou menor êxito. Os portugueses, senhores e colonizadores de novas conquistas, não podiam abrir mão de sua cultura, de sua legislação, de suas idéias de direito, para retrogradar, adotando a organização tribal de seus vassálos tupís ou africanos. O direito teve, pois, de seguir fundamentalmente o seu curso reinol, tomando

apenas, de longe em longe, uma coloração divergente na superfície, sob o influxo de fatores étnicos e mesológicos”. Deixou, por isso, bem assentado que, quando falava em história do direito brasileiro, queria simplesmente referir-se “a um capítulo do direito português na América, por mais estranhamente que possa isto soar aos ouvidos de certo patriotismo leviano, que julga ser possível à verdade científica o torcer-se aos capricho de extravagantes e insensatos que acreditam engrandecer-se deprimindo a melhor parte das origens de onde descendemos. Se há uma região em que se possa dizer que bem acertado andou o nosso épico quando lembrou que o Brasil é Portugal transplantado ao Novo Mundo, essa é certamente a região do direito”. Acrescentou, mesmo, que “de todos os fatores da coesão e unidade deste grande, deste imenso e querido Brasil, que almas pequeninas desejaríamos talvez ver hoje esfacelado, acima da língua de CAMÕES, mais alto talvez do que a religião de SÃO PAULO, parece-nos divisar as Ordenações do Reino, o belo e harmonioso código de FILIPE II”, que houve como “um dos seculares alicerces desta nacionalidade”

O que, em verdade sucedeu, quanto às instituições jurídicas, foi o que SILVIO ROMERO teve como acertado chamar — a *bifurcação brasileira*, ou seja o transplântio do organismo juridico-político português para esta parte do continente sul-americano (8).

Revela êsse fato, por si só, as circunstâncias em que se formou e se desenvolveu o direito brasileiro. Bifurcando-se do trônco original viveu, necessariamente, de sua seiva, apresentando-se com os característicos daquêlê no que teve êle de fundamental. Óbvio é isso. Nem há necessidade de subverter o significado dos acontecimentos históricos para perceber-se logo que, descobrindo as terras virgens da América do Sul, do centro e até do norte do

8. SILVIO ROMERO, *Ensaio de Sociologia e Literatura*, ed. Garnier (Rio de Janeiro, 1901), páp. 72.

continente, que ainda não perdeu a sua contiguidade territorial, os homens da península ibérica houveram de deffrontar-se com os mais árduos e difíceis problemas. Tomando pé nas terras, que descobriram; nelas levantando aldeamentos, que haveriam de transbordar-se em vilas e cidades, os agrupamentos humanos assim fixados em regiões povoadas por homens da mais rude primitividade, não teriam outro meio de subsistir e propagar senão subjugando-os pela força e impondo o prestígio das instituições jurídico-políticas sob cujo império tinham nascido.

9. Não é desinteressante, por isso mesmo, examinar em que medida e com que efeitos se deu a penetração do direito português no Brasil, como a do direito castelhano nas demais colónias da América em que os espanhóis se arrancharam. O assunto é, sem dúvida, palpitante; e não seria demasia que se procedesse a estudo comparado dos meios e modos por que agiram, contemporaneamente, em suas conquistas, os govêrnos de Portugal e de Espanha.

Este capítulo de história sulamericana reclama circunstanciado exame à luz do direito comparado.

No concernente ao direito espanhol, escreveram historiadores modernos que “ao conquistar-se a América, deu-se direito próprio para aquêles territórios, adaptado às suas necessidades, do qual o castelhano era, a um tempo, inspirador e supletório. Para essa adaptação tiveram-se em conta, do direito consuetudinário indígena americano, as condições geográficas, econômicas, sociais e políticas do país para que se legislava. Ainda assim, e a despeito de tudo, as disposições resultavam, com muita frequência, applicaveis, porque, ao applicarem-se, produziã males maiores do que os que se cuidava de remediar. Chegou-se, à vista disso, a autorizar aos vice-rês e audiências sua inexecução; e, nêsses casos, era o costume, indígena ou não, que servia de nórma. Recolhia-se êsse costume, muitas vezes, em disposições posteriores, de fórmula que a le-

gislação dada para as Índias se deixou influir pelo costume em medida muito maior do que se tem pensado até agora” (9).

As leis espanholas, acentuou outro historiador, não se aplicaram em sentido rigoroso e uniformista senão apenas, como queria FILIPE II, “enquanto houvesse lugar e permitissem a diversidade e diferença das terras e nações”, sem prejuizo de que mantivesse e proclamasse a igualdade jurídica. Dentro dessa tendência uniformista, advertiu o historiador, “e sem embargo do sistema unitário, o costume indígena era respeitado, não somente através dos órgãos de aplicação do direito, que podiam abster-se de executar a legislação inaplicavel, senão por via da própria lei. Assim, em principio, soberanos *por derecho eminente del Nuevo Mundo, los Reyes de Castilla transplantaron a America el derecho y las instituciones hispanicas*” (10).

Não teriam agido, em circunstâncias idênticas, igualmente os reis de Portugal? Achando-se, em dado momento, Portugal, sob o dominio espanhol, e D. FILIPE II com a corôa dos dois reinos, não teria exercido a mesma influencia sôbre o Brasil?

10. Enseja-se responder à pergunta, assim formulada, afim de verificar como se propagou o direito português transplantado. O problema, que desde logo se antepara, é o de verificar como deve agir o historiador. Cabe fazer o estudo de cada instituto jurídico, acompanhando-lhe a marcha evolutiva e sua transfiguração através dos anos, por efeito de sua prática? Ou mais convinavel se antolha relancear o direito, que no Brasil se implantou, no desdobramento cronológico das providências legislativas e re-

9. ROMAN RIAZA & A. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1932), paragr. 471.

10. J. BENEYTO PEREZ, *Manual de Historia del Derecho* (Saragoça, 1940), paragr. 84.

gulamentarias decretadas e expedidas pela Corôa de Portugal para a sua colônia sul-americana?

Não consiste a história do direito, por certo, na sùmula cronologica das leis que lhe tomaram a essência e enredaram a trama dos institutos em que se cristalizou. Trabalho seria êsse a um tempo de paciência e de cópia, nem sempre de valor histórico pela existência de inúmeras leis e atos de govêrno de apoucada valia para a história do direito. Póde esta certamente ocupar-se de certos institutos que sem a sua coadjuvança poderiam parecer esdruxulos e permanecer incompreendidos. Em verdade, doutrinou BENJAMIN CARDOSO, “restrições à alimentação, a suspensão do direito absoluto da propriedade, o direito eventual de uma pessoa dúbia ou incerta ou condicionado a um acontecimento dúbio ou incerto (*contingent remainders*) e os legados subordinados a uma condição potestativa (*executory devises*), fideicomissos privados e fideicomissos com fins de caridade (*private trusts and trusts for charities*), todos êsses títulos do direito são ininteligíveis a não ser quando encarados à luz da história pois é da história que lhes vem o impulso que configurará seu desenvolvimento subsequente” (11). Já se chegou até a fundir em letras impressas o aforismo de que as instituições jurídicas têm sua história, mas não a possui o direito no seu todo complexo e homogêneo.

Se não toda, parte da verdade defronta-se no enunciado. A história do direito de qualquer povo desmancha-se na história das instituições politicas e juridicas que no seu território se applicaram ou ainda se applicam.

11 Para que, sob o influxo de tais conceitos, se trace a história do direito brasileiro, cumpre, em primeiro lugar,

11. BENJAMIN N. CARDOSO, *A natureza do processo e a evolução do direito*, trad. de Leda Roachat Rodrigues, ed. da Companhia Nacional Editora (São Paulo, 1934), pág. 39.

estruturar o organismo político e jurídico que a sabedoria dos colonizadores e as contingências da terra e da gente impuseram para o bem da metrópole e para o desenvolvimento da colônia nascente. Eis o que vai ser objeto deste curso, neste semestre. Nos anos subsequentes se verificará como o direito privado dos portuguezes se ajustou no Brasil, dadas as peculiaridades locais; e como êle se transmudou no direito brasileiro.

RELATÓRIO DE 1950

EXTRATO DO RELATÓRIO DO SECRETÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO, REFERENTE A 1950

DIRETORIA E CONSELHO TÉCNICO

Exerceu a Diretoria da Faculdade de Direito, durante o ano de 1950, o Professor Braz de Sousa Arruda, nomeado por decreto do Sr. Governador do Estado, de 21 de junho de 1949. A Vice-Diretoria da Faculdade foi exercida pelo Professor Lino de Moraes Leme, nomeado para esse cargo por decreto do Sr. Governador do Estado, de 27 de outubro de 1949, tendo tomado posse no dia 8 de novembro do mesmo ano.

O Conselho Técnico-Administrativo esteve assim constituído: Professores Braz de Sousa Arruda, Antonio de Sampaio Dória, Waldemar Ferreira, Noé Azavedo, Alvino Ferreira Lima e Basileu Garcia.

Em junho, o Conselho Técnico-Administrativo foi renovado, passando a ser constituído dos seguintes membros: Professores Braz de Sousa Arruda, Antonio de Sampaio Dória, Alvino Ferreira Lima, Basileu Garcia, Gabriel de Rezende Filho, Ernesto Leme e Miguel Reale.

CONGREGAÇÃO

Foram objeto de deliberação da Congregação, entre outros, os assuntos abaixo discriminados.

Em 5 de janeiro a Congregação resolveu designar os Professores Jorge Americano, J. C. Mendes de Almeida, Siqueira Ferreira e Th. Monteiro de Barros Filho para elaborarem o regimento de que trata o art. 2.º da Lei n. 662, do mesmo mês, sobre o funcionamento dos cursos noturnos; e, na sessão do dia 12 foi discutido, emendado e aprovado o referido projeto.

Na sessão de 12 de janeiro, pelo Professor José Soares de Mello foi dito que desejava propor que a Congregação estudasse a questão das aulas práticas, não permitindo que pessoas estranhas dessem aulas na Faculdade. A Congregação aprovou essa proposta, ten-

do o Sr. Diretor comissionando os Professores Vicente Ráo, Ernesto Leme e Soares de Mello para o estudo do problema.

Em 16 de fevereiro a Congregação elegeu a comissão de redação da “Revista” da Faculdade de Direito, que ficou composta dos Professores Ernesto Leme, Th. Monteiro de Barros Filho e Almeida Junior.

Na mesma sessão, a comissão constituída pelos Professores Vicente Ráo, Ernesto Leme e Soares de Mello, encarregada de estudar a questão das aulas práticas, apresentou o seu provimento, ao qual se apresentaram emendas aditivas e substitutivas, aprovando-se sua redação final.

O Professor Almeida Junior apresentou a seguinte proposta: — “Proponho que seja constituída uma comissão para o fim de estudar a conveniência e a possibilidade de organizar-se uma biblioteca circulante, com as duplicatas já existentes na Biblioteca e mais as que forem adquiridas por esta. Destinar-se-á essa biblioteca ao uso exclusivo dos alunos da Faculdade. Sala da Congregação, 16 de fevereiro de 1950. as.) Almeida Junior” O Sr. Diretor dá diversas explicações sobre as medidas que tomou relativamente à biblioteca, que qualifica de “criação” da Faculdade, sendo aceita a proposta do Professor Almeida Junior e designados os Professores Noé Azevedo, Siqueira Ferreira e Almeida Junior, para comporem a aludida comissão.

Em 4 de março, a Congregação, de acôrdo com o art. 57 da Lei n.º 3023 de 15-7-37, tomou conhecimento das inscrições para o concurso de professor catedrático de Direito Constitucional, cujo prazo se encerrou no dia 3. Concorreram à inscrição os Drs. José Pinto Antunes, Candido Motta Filho, Percival de Oliveira e o Bel. Odilon de Araujo Grellet. Foram aceitas as inscrições, por ter a Congregação verificado que estavam formalmente preenchidas as condições do art. 57 da lei n.º 3023. A Congregação passou a decidir, em seguida, por proposta dos Professores Waldemar Ferreira e Soares de Mello, se se elegeriam ou não os professores da Faculdade, que deveriam fazer parte da Comissão Examinadora do referido concurso. Resolvendo a Congregação proceder à eleição, elegeram-se examinadores os Professores Ernesto Leme e Th. Monteiro de Barros Filho e suplentes os Professores Mário Masagão e Waldemar Ferreira.

Na mesma sessão o Professor Waldemar Ferreira, apresentou a seguinte proposta relativa ao prêmio Carvalho de Mendonça: “Considerando que o aluno Roberto Machado Moreira se distinguiu no curso de Direito Comercial no triênio 1946-1948, obtendo nos exames finais da disciplina a média 10; considerando que, nessas condições, merece êle o Prêmio Carvalho

de Mendonça; — os diretores da Fundação Prêmio Carvalho de Mendonça propõem que a Congregação dos Professores da Faculdade de Direito: a) conceda ao estudante Roberto Machado Moreira o prêmio correspondente ao triênio 1946-1948; a) que o prêmio lhe seja entregue na sessão solene de abertura dos cursos dêste ano. O prêmio consistirá em diploma a ser expedido pelo Exmo. Sr. Diretor da Faculdade de Direito, e na oferta de coleção do Tratado de Direito Comercial Brasileiro, de autoria do patrono, e de um cheque no valor de Cr\$ 1.500.00. São Paulo, 4 de março de 1950. ass.) Waldemar Ferreira — Ernesto Leme”. A proposta foi aprovada unanimemente.

Em 23 de março, o Sr. Diretor informou sobre a situação do Curso de Doutorado tendo sido distribuídos os pareceres que, sobre o referido curso, foram apresentados pelos Professores Jorge Americano e Siqueira Ferreira e o voto divergente dado pelo Professor Braz Arruda. Abertos os debates, a Congregação resolveu votar, em primeiro lugar, a reabertura, ou não, do Curso de Doutorado. Requerida votação nominal verificou-se que houve maioria de votos a favor da reabertura do Curso. Resolveu ainda a Congregação que o Curso de Doutorado funcionaria como está e que uma comissão de professores, designada pelo Sr. Diretor daria parecer sobre as possíveis modificações do regulamento daquele Curso. Para tal fim, foram designados os Professores: Waldemar Ferreira, Lino Leme e Soares de Mello.

Em 25 de maio, durante o expediente, o professor Siqueira Ferreira, propôs que, tendo o Professor Waldemar Ferreira completado, no corrente mês, vinte e cinco anos de exercício no magistério, se consignasse em ata um voto de congratulações ao referido professor e que a Faculdade publicasse um número especial da “Revista” em homenagem ao aludido professor. As propostas foram aprovadas unanimemente, tendo o Professor Waldemar Ferreira agradecido. Na ordem do dia, a Congregação procedeu à eleição para renovação do Conselho Técnico-Administrativo, no qual terminaram os mandatos os Professores Braz de Sousa Arruda e Waldemar Ferreira. Procedida a eleição em escrutínio secreto verificou-se que os Professores mais votados foram: Mário Masagão, Waldemar Ferreira, Gabriel de Rezende Filho, Ernesto Leme e Siqueira Ferreira. O Professor Mário Masagão agradece a sua eleição, declarando não poder aceitar a indicação, por ser desembargador do Tribunal de Justiça. Assim, foram enviados à Reitoria, para a nomeação, os nomes dos professores já mencionados, exceptuando-se o do Professor Mário Masagão.

O segundo assunto da ordem do dia tratava da indicação de auxiliares de ensino para o curso noturno, apresentada pelo Professor Lino Leme e pelo livre docente Dr. Gama e Silva. O Sr. Diretor esclareceu que, tendo recebido as indicações, entendera que os auxiliares nomeados o foram para todo o serviço. Entretanto, tendo dúvidas a respeito, resolvera submeter o assunto à Congregação. Abertos os debates, neles intervêm diversos professores, tendo o Professor Soares de Mello, por fim, apresentado a seguinte proposta:

“Considerando que se acha em estudos o novo Regulamento da Faculdade de Direito, no qual serão convenientemente disciplinados os serviços dos auxiliares de ensino; considerando ainda que, nas bases ora vigentes, a instituição dos auxiliares de ensino não deu os resultados que se esperavam:

— resolve a Congregação considerar extinta a função de auxiliar de ensino da Faculdade de Direito, a partir de 1.º de julho dêste ano, rescindidos os respectivos contratos” Submetida a votos, em votação nominal, foi esta proposta aprovada por dez votos contra quatro.

Em seguida, foi lido o parecer do Professor Basileu Garcia, aprovado pelo Conselho Técnico-Administrativo, relativo ao projeto de lei n.º 234, da Assembléia Legislativa, projeto êsse que cria diversos cargos nesta Faculdade. A Congregação, depois, resolveu adiar para a próxima sessão a discussão da proposta de reforma da lei n.º 3023, apresentada por diversos professores. Logo após, o Professor Waldemar Ferreira pediu dispensa da comissão encarregada de elaborar o novo regulamento da Faculdade, tendo sido designado para substituí-lo o Professor Siqueira Ferreira.

* * *

Outros assuntos decididos em Congregação foram os seguintes: 1) que o Curso de Doutorado tenha início em março de 1951; que funcione, desde já, um curso livre de introdução ao Curso de Doutorado, considerando-se inscritos os candidatos já selecionados para o Doutorado; 2) aceitar a inscrição dos bachareis Antonio Chaves e Alexandre Augusto de Castro Corrêa, respectivamente para prestarem concursos para as livres docências de Direito Internacional Privado e Direito Romano; 3) eleger o professor Noé Azevedo representante da Congregação junto ao Conselho Universitário, e o Professor Basileu Garcia para suplente; 4) aprovar os pareceres das comissões examinadoras dos

concursos para a livre docência de Direito Internacional Privado e de Direito Romano, no sentido de ser o candidato à primeira dessa cadeira considerado inabilitado e habilitado o candidato Alexandre Augusto de Castro Corrêa; 4) patrocinar, juntamente com a Reitoria da Universidade de São Paulo e o Instituto dos Advogados, conferências, realizadas na sala João Mendes, do Professor Jimenez de Asúa, criminologista espanhol, e do Professor René David, catedrático de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Universidade de Paris; 5) autorizar o Professor Hilário Veiga de Carvalho a realizar um curso de criminologia de acôrdo com programa já aprovado pelo Conselho Técnico-Administrativo, realizando-se as aulas à noite, na Sala João Mendes.

CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO

Dentre as deliberações do Conselho Técnico-Administrativo, destacamos as seguintes: 1) autorizar o Sr. Diretor a providenciar junto à Reitoria da Universidade a fim de atender às despesas de viagem do Professor Tulio Ascarelli, para realizar na Faculdade um curso de Direito Comparado Latino-Americano; 2) autorizar o livre-docente Dr. Hilário Veiga de Carvalho a realizar um curso de criminologia, de acôrdo com o programa apresentado; 3) aprovar o relatório da revisão procedida nos livros de escrituração, papéis e valores da Tesouraria da Faculdade, apresentado pelo contador Julio A. Pinheiro de Carvalho; 4) indeferir o requerimento de dispensa da taxa de transferência de um interessado; 5) designar o Professor Basileu Garcia para estudar o processo n.º 4082 de 1950, da Reitoria, no qual a Assessoria Técnico-Legislativa da Assembléa Legislativa do Estado solicita o pronunciamento dêste Instituto sobre o projeto de lei n.º 234, relativo à reforma do Regulamento da Faculdade de Direito; 6) indicar os nomes dos Professores Albérico Fraga, da Baía, Ruy Cirne Lima, do Rio Grande do Sul e Haroldo Valladão, do Rio de Janeiro, para examinadores do concurso de Direito Constitucional; 7) iniciar, no dia 20 do corrente, as aulas dos Cursos de Bacharelado, aprovados os respectivos horários; 8) iniciar as aulas do Curso de Doutorado no 2.º semestre dêste ano; 9) adotar o parecer do Professor Basileu Garcia, referente ao projeto de lei 234, da Assembléa Estadual, parecer que mandou remeter à Congregação; 10) deferir os requerimentos de sete alunos que pertecem ao

C. P. O. R., deliberando, outrossim, que os alunos impedidos de comparecer a exames, por motivos militares, deverão requerer, na época regulamentar, os exames que perderam; 11) deferir, a partir de 11 de outubro de 1950, o requerimento de recondução do livre docente Luiz Eulálio de Bueno Vidigal; 12) iniciar as aulas do Curso de Doutorado no dia 1.º setembro; 13) deferir o requerimento de recondução do livre docente Sinésio Rocha; 14) deferir, excepcionalmente, os pedidos de transferência do curso diurno para o noturno, e vice-versa, ficando estabelecido que, desta data em diante, os pedidos idênticos deverão ser feitos somente na época das matrículas; 15) deferir o requerimento de recondução do livre docente Dr. José Antonio de Almeida Amazonas.

CURSO DE DOUTORADO

A Congregação deliberou que funcionasse, de setembro a novembro de 1950, o Curso Livre de Introdução ao Curso de Doutorado, para os alunos já selecionados pela Secretaria da Faculdade, curso êsse com as mesmas cadeiras do Doutorado, e regido pelos seguintes professores: História do Direito Nacional — Professor Waldemar Ferreira; Direito Civil Comparado — Professor Lino de Moraes Leme; Criminologia — Professor José Soares de Mello; Direito Público, Teoria Geral do Estado e Partes Especiais — Professor Miguel Reale.

CURSO DE DIREITO COMPARADO

Funcionou, em setembro, o Curso de Direito Comparado Latino-Americano, regido pelo Professor Tullio Ascarelli, especialmente contratado pela Reitoria da Universidade.

BIBLIOTECA CIRCULANTE

Em outubro de 1950 foi instalada a Biblioteca Circulante da Faculdade de Direito, a fim de promover o empréstimo de livros a alunos e demais interessados.

AFASTAMENTOS E LICENÇAS DE PROFESSORES

- Professor J. J. Cardozo de Mello Neto** — com exercício na Câmara Federal de Deputados, até 6 de Julho, quando reassumiu o exercício de seu cargo. Foi substituído pelo Professor Ernesto Leme.
- Professor Spencer Vampré** — em gozo de licença em prorrogação, para tratamento de saúde. Foi substituído pelo Professor Miguel Reale.
- Professor Honório Fernandes Monteiro** — com exercício no cargo de Ministro do Trabalho, até quanto pediu exoneração, para continuar na Câmara de Deputados.
- Professor J. C. de Ataliba Nogueira** — com exercício na Câmara Federal de Deputados sendo substituído pelo livre docente Dr. Genésio de Almeida Moura.
- Livre docente Dr. Silvio Marcondes Machado** — nomeado, por ato de 4 de abril, do M. Reitor, para substituir o Professor Honório Monteiro, a partir de 1 de Abril.
- Professor S. Soares de Faria** — dispensado, por ato de 4 de Abril, do M. Reitor, da substituição ao Professor Honório Monteiro, a partir de 1.º de Abril.
- Professor Alvino Ferreira Lima** — obteve, por decreto de 11 de Abril do Sr. Governador do Estado, concessão de mais a sexta parte de seus vencimentos, a partir de 10 de Julho de 1949.
- Professor Miguel Reale** — designado, por ato de 14 de Março do Sr. Governador do Estado, para representar o Govêrno na Comissão da UNESCO.
- Livre docente Dr. Luiz Antonio da Gama e Silva** — nomeado, por decreto de 30 de Abril, do Sr. Governador, para substituir o Professor Sampaio Doria, na regência da cadeira de Direito Internacional Privado, do 5.º ano, a partir de 1.º de Abril, em virtude da licença para tratamento de saúde concedida áquele professor.
- Professor Ernesto Leme** — nomeado, por ato de 7 de Junho, do Magnífico Reitor, para exercer as funções de membro do Conselho Técnico-Administrativo, desta Faculdade.
- Professor Gabriel de Rezende Filho** — nomeado, por ato de 7 de Junho, do Magnífico Reitor, para exercer as funções de membro do Conselho Técnico-Administrativo, desta Faculdade.
- Professor Miguel Reale** — exonerado, a pedido, do cargo de Reitor da Universidade, por ato de 20 de Junho, do Sr. Governador

- Professor Noé Azevedo** — afastado, por ato de 21 de Junho do Magnífico Reitor, devidamente autorizado pelo Sr. Governador pelo prazo de três meses, a fim de tomar parte, como representante desta Faculdade, em conferências e congressos a se realizarem em Londres, Haia e Paris, de acôrdo com o programa pré-estabelecido. O afastamento verificou-se a partir de 1.º de Julho.
- Livre docente Dr. Flavio Queiros de Mores** — nomeado, por decreto de 18 de Julho, do Sr. Governador, para substituir o Professor Noé Azevedo, a partir de 1.º de Julho, enquanto durar seu impedimento.
- Livre docente Dr. Luis Antonio da Gama e Silva** — nomeado, por decreto de 18 de Julho, do Sr. Governador, para substituir o Professor Sampaio Doria, licenciado para tratamento de saúde.
- Professor Antonio Ferreira Cesarino Junior** — afastado, durante os meses de Junho e Julho, por ato de 30 de Março do Magnífico Reitor, devidamente autorizado pelo Sr. Governador, a fim de ausentar-se do país, em viagem do intercâmbio cultural.
- Professor S. Soares de Faria** — designado, por ato de 28 de Agosto, do Magnífico Reitor, para substituir o Professor Cesarino Junior, enquanto durar seu impedimento.
- Professor Vicente Ráo** — designado, por decreto de 31 de Agosto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para fazer parte da delegação que representará o Brasil na V.ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, a reunir-se em Nova York, em setembro de 1950.
- Por ato de 11 de outubro, do Magnífico Reitor, devidamente autorizado pelo Sr. Governador, foi concedido afastamento ao Professor Ráo pelo prazo que for necessário, a partir de 1.º de Setembro, a fim de participar da V.ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, como Delegado do Brasil.
- Livre docente Dr. Octavio Moreira Guimarães** — nomeado, por decreto de 4 de Outubro, do Sr. Governador, para substituir o Professor Vicente Ráo, a partir de 2 de Setembro.
- Livre docente Dr. Paulo de Campos Filho** — nomeado, por decreto de 5 de Setembro, do Sr. Governador, para substituir o Professor Jorge Americano, durante o seu impedimento, por motivo de licença para tratamento de saúde, a partir de 1.º de Agosto.
- Professor J. C. Mendes de Almeida** — designado, por ato de 11 de Outubro do Magnífico Reitor, para substituir o Professor Mário Masagão, a partir de 23 de Setembro, em virtude de o referido professor haver requerido licença-prêmio.

- Livre docente Luiz Antonio da Gama e Silva** — nomeado, por decreto de 24 de Outubro, do Sr. Governador, para substituir o Professor Sampaio Dória, licenciado para tratamento de saúde, a partir de 1.º de Outubro.
- Professor Antonio Ferreira de Almeida Junior** — afastado, de 12 de Outubro a 11 de Novembro, em virtude de haver sido comissionado para tomar parte no Congresso de Educação a realizar-se em Montevidéo, Uruguai.
- Livre docente Dr. Hilário Veiga de Carvalho** — nomeado, por decreto de 31 de Outubro, do Sr. Governador, para substituir o Professor Almeida Junior, durante o seu impedimento.
- Professor Alvino Ferreira Lima** — designado por ato de 7 de Novembro do Magnífico Reitor, para substituir o Professor Ernesto Leme, a partir de 16 de Agosto, em virtude de haver-lhe sido concedida licença-prêmio de três meses;
- Professor Lino de Moraes Leme** — designado, por ato de 14 de Novembro do Magnífico Reitor, para reger a 3a. cadeira do 1.º ano do Curso de Doutorado, Direito Civil Comparado, a partir de 20 de Setembro.
- Professor Miguel Reale** — designado, por ato de 21 de Novembro, do Magnífico Reitor, para reger a cadeira do 1.º ano do Curso de Doutorado, Teoria Geral do Estado e Partes Especiais, a partir de 20 de Setembro, em substituição ao Professor Vicente Ráo.

COMEMORAÇÕES E SOLENIDADES

- 10 de abril** — Sessão solene da aula inaugural dos cursos da Faculdade, Sala João Mendes Junior, tendo estado a respectiva preleção a cargo do professor Waldemar Ferreira.
- 5 de maio** — Solenidade da entrega da placa comemorativa do centenário de Joaquim Nabuco, que a Faculdade de Direito de Recife, por intermédio de seu Diretor, Professor Edgard Altino Correa de Araujo, fez a esta Faculdade, na sala João Mendes. Falou em nome da Congregação, agradecendo, o Professor José Soares de Mello.
- 15 de junho** — Solenidade patrocinada pela Faculdade e pela Academia Paulista de Letras, comemorativa do centenário de nascimento de Ezequiel Freire. A sessão contou com a presença

da Congregação, tendo usado da palavra o Professor José Soares de Mello, sobre a personalidade do homenageado, e o acadêmico Francisco Patti, sobre Ezequiel Freire, homem de letras, poeta e escritor.

11 de agosto — Sessão solene, no Salão Nobre da Faculdade, comemorativa do 123º. aniversário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil. Usaram da palavra: o Exmo. Sr. Dr. Laudo de Camargo, Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Professor Ernesto Leme e um representante do Centro Acadêmico “XI de Agosto”.

14 de novembro — Sessão de encerramento dos Cursos da Faculdade, tendo estado a respectiva preleção a cargo do Professor Noé Azevedo, que falou sobre o tema: “Política criminal sem preocupações metafísicas”.

30 de dezembro — Solenidade de colação de grau dos bacharelados de 1950, no Salão Nobre da Faculdade, tendo sido paraninfo o Professor Siqueira Ferreira.

MOVIMENTO DE ALUNOS

CONCURSO DE HABILITAÇÃO — FEVEREIRO DE 1950

Candidatos inscritos	607
sexo feminino	80
sexo masculino	..	527
Candidatos que optaram pelo exame de inglês:	..	373
" " " " " " francês	231
	total: ..	604
Isentos de exames por serem da F.E.B.	3
	total ..	607
Candidatos aprovados	..	301
sexo masculino	246
sexo feminino	55

CURSO DE BACHARELADO

Alunos matriculados:

	Curso Diurno			Curso Noturno		
	sexo masc.	sexo fem.	TOTAL	sexo masc.	sexo fem.	TOTAL
1º. ano:—	229	70	299	37	3	40
2º. ano:—	237	32	269	67	1	68
3º. ano:—	322	40	362	65	1	66
4º. ano:—	260	30	290	52	—	52
5º. ano:—	165	20	185	21	1	22
	<u>1213</u>	<u>192</u>	<u>1405</u>	<u>242</u>	<u>6</u>	<u>248</u>

Total de alunos do sexo masculino: 1455

feminino: 198

Total de alunos da Faculdade: 1653

QUADRO I

QUADRO DEMONSTRATIVO DO MOVIMENTO DA BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO DURANTE 1950

Período diurno

MÊSES	Período diurno													Total de Volumes					
	Lectores	Obras	Filosofia	Religião	Ciências e sociais e jurídicas	Fisiologia	Ciências puras	Ciências aplicadas	Belas artes	Literatura	Historia e Geografia	Espanhol	Francês		Inglês	Italiano	Latim	Português	Total de Obras
Janeiro	1307	189	21	—	781	7	—	5	—	29	5	44	130	—	35	16	812	1037	1236
Fevereiro	670	136	14	—	495	4	—	—	—	22	—	42	90	2	25	48	463	670	812
Março	823	168	17	—	594	7	—	4	—	12	21	47	118	3	22	21	612	823	1032
Abril	468	108	11	—	331	3	—	1	—	3	11	44	68	6	25	14	311	468	625
Maior	1390	221	25	—	1009	11	3	5	—	27	89	82	167	17	48	46	1010	1390	1648
Junho	1212	209	31	—	922	9	—	12	—	14	15	90	140	17	49	44	872	1212	1452
Julho	Permaneceu fechada, por motivo de férias.																		
Agosto	805	190	15	5	576	6	—	—	—	8	5	49	113	5	51	21	566	805	1092
Setembro	1048	213	23	—	746	11	—	5	—	24	26	79	155	14	48	31	721	1048	1275
Outubro	945	165	17	4	720	3	—	7	—	22	7	56	127	8	64	21	669	945	1143
Novembro	1464	208	26	—	1205	5	—	9	—	6	5	78	152	17	54	33	1130	1464	1605
Dezembro	1205	197	24	2	930	10	1	6	—	28	7	70	137	9	40	32	917	1205	1451
Total	11067	2004	224	11	8309	76	4	54	—	195	191	691	1397	98	461	327	8083	11067	13371

Nota: Não funcionou aos domingos, feriados e nos dias de pontos facultativos, nem durante as férias de Julho.

QUADRO II

QUADRO DEMONSTRATIVO DO MOVIMENTO DA BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO DURANTE 1950

Periodo noturno

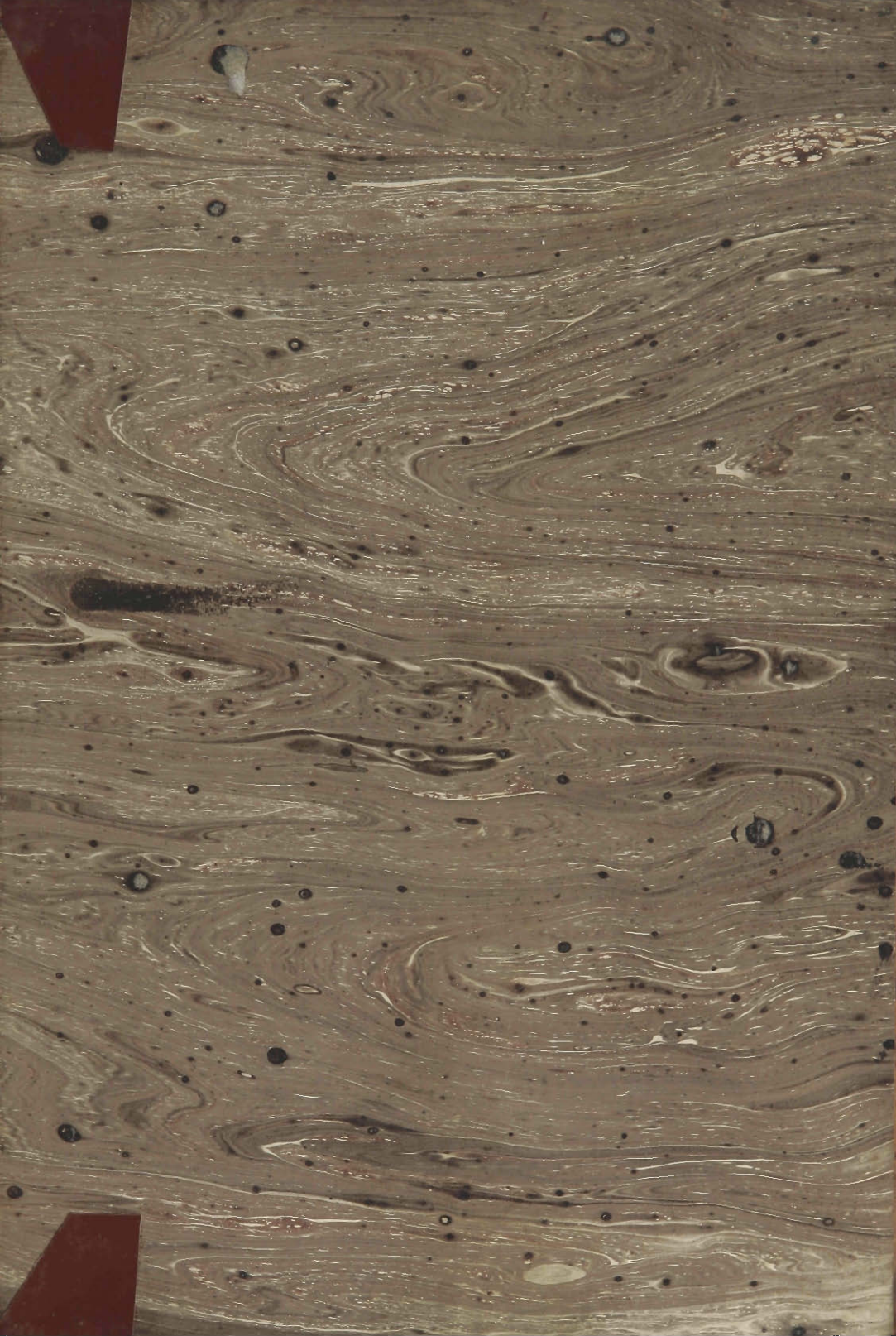
MESES	Periodo noturno														Total de obras	Total de volumes			
	Numero Leitores	Obras Gerais	Filosofia	Religiao	Ciencias Juridicas e Sociais	Filologia	Ciencias puras	Ciencias aplicadas	Belas artes	Literatura	Historia e Geografia	Espanhol	Frances	Inglês			Italiano	Latim	Portugues
Abril	73	2	—	—	70	—	—	—	—	1	—	8	5	—	2	10	48	73	94
Malo	236	33	—	—	179	—	—	—	—	—	24	22	21	—	2	20	171	236	277
Junho	156	16	1	—	131	—	—	—	—	—	8	11	15	—	6	5	119	156	199
Julho	Permaneceu fechado, por motivo de férias.																		
Agosto	172	5	—	—	167	—	—	—	—	—	—	22	15	—	6	5	124	172	233
Setembro	170	19	—	—	143	—	—	—	3	5	5	5	10	1	14	5	135	170	203
Outubro	200	14	—	—	181	—	—	—	4	1	7	20	—	—	17	5	151	200	254
Novembro	278	21	—	—	253	1	—	—	1	—	5	38	—	—	8	7	220	278	359
Dezembro	169	10	—	—	159	—	—	—	—	—	9	29	—	—	1	3	127	169	205
Total	1454	120	1	—	1283	1	—	—	9	38	89	153	1	56	60	1095	1454	1824	1824

Nota: Não funcionou aos domingos, feriados e nos dias de pontos facultativos, nem durante as férias de Julho.

Amendado em 3.6.93

br 45,00

Emendas e alterações





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).