

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXV

1970



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR.

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

VICE-DIRETOR.

DR. SILVIO RODRIGUES

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO.

DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR
DR. SILVIO RODRIGUES
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA
DR. ANTONIO CHAVES
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

PROFESSORES HONORÁRIOS.

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

PROFESSORES EMÉRITOS.

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

PROFESSORES CATEDRÁTICOS.

DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR de Legislação Social.
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal.
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal.
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado.
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito.
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciência das Finanças.
DR. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional.
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito.
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política.
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial.
DR. ALFREDO BUZARD de Direito Judiciário Civil.
DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil.
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil.
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal.
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil.
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano.
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro.
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial.

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

LIVRES-DOCENTES.

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal.
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO de Direito Judiciário Penal.
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal.
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal.
DR. HILARIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal.
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil.
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal.
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR de Direito Constitucional.
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política.
DR. LUIS ARAÚJO CORREIA DE BRITO de Direito Internacional Privado.
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal.
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil.
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política.
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política.
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito.
DR. JOSÉ GLÁUCIO VEIGA de Economia Política.
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal.
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política.
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil.
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil.
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal.
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil.
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil.
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR de Direito Administrativo.
DR. JOSÉ LUIS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional.
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social.
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil.
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado.
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil.
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal.
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil.
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito.
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro.
DR. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA de Direito Financeiro.
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro.
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil.
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial.
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil.
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro.
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política.
DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado.
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil.
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à
Ciência do Direito.
DR. FABIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial.
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA de Direito Constitucional.
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA, de Direito Processual Civil.
DR. LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, de Direito Comercial.
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR, de Direito Processual Civil.

SECRETARIA

Bel. DRINADIR COELHO.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXV
1970



Comissão de Redação.

Prof. Dr. Antonio Ferreira Cesarino Junior

Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira

Prof. Dr. Miguel Reale

Secretária de Redação.

B.^{cl} Maria Angélica Rebello

Honorio Monteiro*.

Philomeno Joaquim da Costa

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

O biólogo considera a morte até mesmo no setor espiritual como incidente imanente no princípio da transformação da matéria; é um episódio como um outro qualquer no quadro de um ser vivo; o biólogo, sentindo hoje em dia adicionalmente a confusão em última análise entre a física e a química, encastela-se friamente na inexorabilidade dos ditames da lei de Lavoisier e balbucia que na natureza nada se perde e nada se cria.

O biógrafo considera porém a morte o coroamento de uma atividade do ser, notadamente no campo intelectual, e recusa enxergar aí a separação dos seus elementos para uma futura recomposição nova.

O biólogo não vê a intermitência, a interrupção ou a descontinuação e só enxerga a contigüidade da matéria. O biógrafo eterniza o passageiro ou o transitório, tal como o fotógrafo apanha na sua câmara o cintilar do corisco, riscando aceleradamente o firmamento.

E por isto mesmo reverenciamos hoje a memória de Honorio Fernandes Monteiro, "o Honorio", como íntima e carinhosamente o chamavam os seus alunos, os seus amigos e os seus colegas. A nossa homenagem é assim e também uma forma de protesto contra a sua ausência porque, como dissemos, o biógrafo, registrando sim a alta

*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada em honra do Prof. Honório Monteiro, no trigésimo dia de seu falecimento, aos 28 de fevereiro de 1969.

qualidade daquilo que êle analisa, rejeitará sempre o encaideamento ciclico da matéria.

E tem razão. E a tem sobretudo agora.

Honorio Monteiro — “o Honorio” da nossa respeitosa intimidade — brilhou no zenite do nosso mundo intellectual, de modo que, iniciando o seu elogio merecido, há de comêço a nossa inconformidade sentimental com o seu afastamento. É deplorando-a que nós nos congregamos para perpetuá-lo nas nossas consciências, nos nossos espíritos e sobretudo no calor dos nossos corações.

Para nós, egoisticamente para todos nós desta Casa, êle foi ferreiro da mesma ferraria, porque foi mestre querido dêste Convento Franciscano, forjando repetidamente tantas e tantas gerações de cultores do Direito. Particularmente ainda mais, porque, sendo nosso antecessor, foi professor de direito comercial. Os italianos, os juristas que cultuam o direito romano, Guarino, Biondi, Luzzato, Grosso, Astuti, Voci, Burdese, Maschi, Impallomeni, Albanese, de Martino, Solazzi e mesmo o heráldico de Francisci, etc., passaram de uns anos para cá a não mais se referirem diretamente ao nome do ramo jurídico no que cultuam com um amor e brilho invulgares; sempre que algum dêles deve ao mesmo fazer alusão, quasi que invariavelmente, mas com um certo orgulho e muitissimo carinho, diz “la nostra scienza”. Então, com o mesmo orgulho e carinho idênticos, dizemos que Honorio Monteiro foi cultor da “nossa ciência”, isto é e já agora do direito mercantil.

Nós, os comercialistas, temos bastante de que nos orgulharmos do que repetimos constituir “la nostra scienza”. Ela representa a parte dinâmica das relações privadas entre os cidadãos; Vivante, no prefácio do seu ainda soberbo “Tratado”, disse acertadamente que todos nós nascemos no âmbito do direito comercial, crescemos, vivemos e morremos na sua superfície, porque até para o nosso sepultamento se comercializa o aluguel do coche funerário. Pode não ser isto sofisticado, mas convenhamos que é real. Os franceses afiançam com razão que o belo para o sapo

é a sapa e então não tenhamos nós, comercialistas, o acanhamento de proclamar o destaque da “nossa ciência” no campo do Direito, embora ela seja essencialmente positiva e pouco simpática ao condoreirismo das cogitações filosóficas.

Estamos convencidos de que esta declaração de amor seria de nôvo do agrado intenso de Honório Monteiro e o é ainda da sua alma segundo os espiritualistas. De tudo e de tanto que éle foi, gostava de salientar a sua condição elevada de catedrático da sua amada, da sua querida Faculdade de Direito. Gostava da disciplina em que se especializou.

Por isto mesmo em 1929 fêz aqui concurso para a livre docência, sendo aprovado unanimemente. As duas dissertações, apresentadas segundo o regulamento de então, foram “Da mulher casada comerciante” e “Efeitos da sentença declaratória de falência sôbre o contrato de conta corrente, quanto às remessas com a cláusula — salvo embólso”.

O nosso velho Código de Comércio de 1850, na trilha das legislações contemporâneas, admitia que a mulher casada exercesse legalmente a mercancia, sendo maior de 18 anos de idade e obtendo autorização marital prévia, que devia ser arquivada na Junta Comercial. Era um regime em que, conforme o ponto de vista do observador, já representava uma liberalização jurídica da mulher ou ainda consagrava uma tradição da sua afirmada incapacidade. Sabemos que no regime do direito romano a mulher permaneceu em posição indiscutível de inferioridade. Mas é provável que nem todos saibam que foi exatamente “la nostra scienza”, ou seja o nome que atribuímos sentimentalmente ao direito mercantil, que iniciou a picada da emancipação jurídica da mulher: nas repúblicas medievais do norte atual da Itália, quando, por exemplo a “*missio in possessionem rei servandae causa*”, ou seja a penhora de todos os bens do falido, enquanto se aguardava o acêrto dos seus débitos, abrandava os rigores infamantes

da quebra, o comerciante deu de utilizar a espôsa como mercadora, contornando a incapacidade própria para êle comerciar; para isto lhe dava uma licença especial e expressa que, admitida a principio nos “statuti” das corporações, transbordaram para o juiz estatal nas hipóteses de outras profissões, que à mulher conviesse exercer. Êsse trabalho do professor Honório Monteiro apresenta 112 páginas em que êle mostra que a incapacidade da espôsa já figurava em nosso direito privado mais pelo principio da unidade da chefia do casal ser exercida pelo marido e menos pela ausência de tirocinio uxório. Analisa as conjunturas da autorização, sua extensão e sua ausência, para finalizar com o estudo demorado dos efeitos que decorriam do exercicio do comércio pela mulher habilitada.

O tema, como sabemos, constitui presentemente assunto histórico. A Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, mais conhecida como estatuto da mulher casada, instituiu, entre outras coisas, a liberdade profissional da mulher. Ela prescinde de licença do marido para exercer profissão. Fomos dos primeiros, senão os vanguardeiros, a pugnar contra uma inteligência conservadora da Junta Comercial. Esta entendia de inicio que a legislação especial, representada pelo Código de Comércio, não teria sido revogada pelo preceito genérico, abolidor indistintamente da licença prévia marital para a mulher exercer qualquer profissão. Hoje prepondera essa dispensa, o que tirou conclusivamente atualidade à tese do professor Honório Monteiro.

A sua outra dissertação mantém até hoje a mesma atualidade de quando escrita, em 1929, época em que vigorava a lei Carvalho de Mendonça de falências, de 17 de dezembro de 1908. Quando sobrevem a quebra de um dos contratantes na conta corrente, como se deve compreender o eventual estorno posterior, de quantia nela lançada em virtude do seu não recebimento efetivo?

É êste o tema abordado pelo professor Honório Monteiro em 76 páginas, girando as suas considerações objetivas em tórno do que dispunha o art. 48 da então Lei

n. 2.024: “As contas correntes com o falido consideram-se encerradas no dia da declaração da falência, verificando-se o saldo”. A mesma coisa preceituava a lei Waldemar Ferreira n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929. E o art. 45 do Decreto-Lei n. 7.661, a lei Miranda Valverde de falências, de 21 de junho de 1945 em vigência, reza: “As contas correntes com o falido consideram-se encerradas no momento da declaração da falência, verificando-se o respectivo saldo”. Notamos que as regras permanecem imutáveis.

Cumpre-nos em primeiro lugar expor que o contrato de conta corrente é nada mais nada menos do que a outorga recíproca de crédito entre as duas partes, via de regra comerciantes. Embora Honório Monteiro adote no n. 7, pgs. 9/10, a definição de Carvalho de Mendonça encontrada no grande Tratado dêste último (Vol. VI, parte II, n. 982 — e pgs. 352/3 da 6.^a e última edição de 1960), êle faz alusão feliz ao conceito dêsse contrato dado pelo grande Vivante, no seu Tratado citado atraz (Vol. IV n. 1.720, pág. 1.720, da 5.^a e última edição de 1929). Duas pessoas concordam em manterem entre si relações constantes de negócios, cruzando-se as entregas dos bens, valores e dinheiro, até que num determinado dia acertem normalmente as coisas. É intuitivo que aquêle, que mandou mais do que recebeu, seja considerado credor no final e inversamente o outro seja considerado devedor. As anotações da movimentação entre ambos se faziam num gráfico de deve e haver; sucediam-se as parcelas chamadas especificamente de remessas, umas às outras em ordem meramente cronológica; o contrato tomou o então nome do gráfico ou papel das anotações referidas. Em lugar assim de se denominar contrato de abertura recíproca de crédito, passou a ser conhecido como contrato de conta corrente, e conta corrente porque a conta gráfica continua, não pára, a conta deslisa, corre; daí a denominação de conta corrente.

É ponto de honra dos comercialistas nessa avença tipicamente mercantil, que não se pode confundir o gráfico de conta corrente com o contrato de conta corrente. O próprio

Honório Monteiro tornou a acentuar essa particularidade em conferência judiciosa, que pronunciou no então Instituto Paulista de Contabilidade, em 2 de dezembro de 1931, cujo texto está reproduzido na Revista Paulista de Contabilidade, ns. 89 e 90 dos dois últimos meses desse mesmo ano (pgs. 193/9). A confusão resulta da circunstância de que o registro das operações das remessas ou das parcelas, que formam o desenvolvimento do contrato, se faz do mesmo modo pelo qual também se registram as operações de uma conta corrente não contratual ou de um gráfico simples de conta corrente. Olhando-se um balanço de uma empresa, verificamos que tanto as contas correntes contratuais como as contas correntes gráficas figuram indistintamente na rubrica Contas Correntes, a despeito da profunda distinção jurídica a respeito. Foi por conhecermos esse problema que oferecemos um trabalho, quando na presidência do aludido Instituto Paulista de Contabilidade, em 1939, ao IV Congresso Brasileiro de Contabilidade, em que propusemos que nos balanços surgisse uma nova rubrica sob o nome de Contrato de Conta Corrente.¹ A distinção gráfica ficaria consagrada.

Gráfico não traduz contrato e contrato é sempre um gráfico. Isto tem uma importância muito grande na vida prática porque é somente nos contratos de conta corrente que ocorrem fundamentalmente alguns efeitos: a indivisibilidade da conta corrente, isto é, tudo se concentra no gráfico; outro efeito é a fluência de juros, que podem ter taxas diferentes para as entregas ou remessas entre os contratantes. E um dos efeitos do contrato de conta corrente é a chamada cláusula “salvo embólso” em certas entregas ou remessas.

Tôdas as entregas, ou melhor, tôdas as remessas, são lançadas na conta, provocando aritmeticamente uma alteração no saldo em potencial. Ocorre que nelas existem valores que se inscrevem na grande categoria dos créditos, que podem ser pagos pelos devedores respectivos, mas que

1. *Do Contrato de Conta Corrente na Contabilidade.*

também podem não ser pagos. É o caso padrão do endosso por um ao outro contratante de um título de crédito contra terceiro. Realizada a transferência, realizada na linguagem específica do contrato de conta corrente a remessa, o remetente se credita pelo valor do título, que endossou, e o recipiente se debita como endossatário-beneficiário. Resgatado o papel pelo responsável, nada mais há a se considerar, mas se acontece o contrário, não ocorrendo o resgate, entende-se que o lançamento de transferência do título representou um pagamento “pro solvendo”. A falta do resgate determina o estorno. É em virtude disto que se afirma que as entregas ou as remessas de títulos de crédito, por um contratante ao outro, se efetuam com a cláusula salvo embolso; estornam-se, se não houver o efetivo pagamento dos seus valores pelos responsáveis respectivos, circunstância que a gente entende ser natural.

Acontece porém que na falência há o princípio vital da “par conditio creditorum”: todos os credores são rigorosamente tratados dentro da sua classe. A quebra provoca naturalmente o encerramento da conta corrente contratual, apurando-se o saldo. Este deveria ser em princípio imutável, mas observa acertadamente Honório Monteiro (pgs. 43/4) “poderia parecer que o saldo, a que se refere a nossa lei, seja o resultante do balanceamento da soma da coluna deve e haver do gráfico, mantidas intactas as parcelas aí lançadas. Tal não é verdade entretanto. O saldo, que a lei diz dever ser verificado, é o saldo verdadeiro, real, e não o saldo materialmente manifestado pelo quadro, pois este... não tem a força de alterar a natureza das parcelas nele lançadas, nem de tornar verdade os erros porventura aí cometidos”. Aplicando-se o princípio da efetivação da condição resolutiva, concilia-se a inadmissibilidade de modificação do saldo da conta corrente, pela da falência de qualquer das partes com a realidade de parcelas que representaram nada. Existe uma série grande de problemas práticos em torno do assunto, que Honório Monteiro resolve bem, como, por exemplo, o caso em que o endossatário do

título de crédito, ou recipiente do seu valor no contrato de conta corrente, o descontou e o pagou no seu vencimento; há a hipótese em que o endossatário ou recipiente fêz o estôrno do título e quer exercer o direito de retenção, apesar de aumentado o seu saldo credor ou de diminuído o seu saldo devedor. A matéria tem vivência diuturna nas aberturas bancárias de crédito em conta corrente.

Honório Monteiro, com o falecimento em 12 de novembro de 1931, do pranteado professor Octavio Mendes, passou a reger a cátedra. Em maio de 1932, tendo o grande Waldemar Ferreira assumido a Secretaria da Justiça na interventoria de Pedro de Toledo, resultando, depois da epopéia de 9 de julho do Movimento Constitucionalista, o seu exílio, Honório Monteiro ficou na regência das duas cadeiras de direito comercial. Em 1933 ensinou ainda a mesma disciplina no então curso de doutorado, hoje de especialização. Os bachareis dêsse ano o elegeram parainfo da turma, quebrando a tradição da escolha de cate-drático.

Inscreveu-se no decorrer do ano para o concurso à vaga com a morte de Octávio Mendes. Aprovado em segundo lugar, tendo o primeiro cabido a Ernesto Leme, Honório Monteiro ofereceu o melhor trabalho de direito de todos quantos produziu. A sua tese intitulava-se “Do crédito bancário confirmado”, com 171 páginas de texto e com quasi 70 páginas de anexos.

“La nostra scienza” revela que, no incremento do comércio transatlântico de cereais e produtos agrícolas, em geral na direção da América para a Europa, quando a navegação a vapor se intensificou por volta dos meados do século passado, as flutuações favoráveis ao comprador no mercado da oferta e da procura germinaram a interes-santíssima cláusula cif, que por sinal foi a tese apresentada pelo mestre Ernesto Leme no mesmo concurso. A sigla cif, como sabemos, simboliza as iniciais das palavras inglesas “cost”, “insurance” e “freight” (custo, seguro e frete). Os importadores europeus da época não podiam

manter sempre representantes nas plagas distantes da América, que se encarregassem da compra dos produtos agrícolas e do seu despacho marítimo, cobrindo-as com o seguro. Com as condições favoráveis do mercado, conseguiram impôr aos vendedores que êstes se encarregassem de obter praça nos navios, despachando as mercadorias vendidas, providenciando ao mesmo tempo o seu seguro no transporte marítimo. Surgiu daí a cotação dos produtos pelos exportadores, em que o preço incluía o seu seguro e o seu frete marítimos. É o chamado preço-cif.

A lei da oferta e da procura, tendo-se em vista a ópera de Verdi, ao se referir à mulher, “è mobile qual piuma al vento, muta d’accento e di pensiero”. O mercado flutuou em favor dos vendedores, com a escassez das mercadorias; êles passaram a exigir inversamente o pagamento antecipado do preço das suas vendas.

Podemos compreender fàcilmente os inconvenientes dos sistemas de pagamentos das exportações, depois da chegada ou antes da partida das mercadorias. O vendedor corria no primeiro caso os riscos da solvabilidade do comprador distante e êste, por seu turno, na segunda hipótese, enfrentava os riscos do recebimento de mercadorias viciadas ou diferentes, sem se contar com a imobilização de quantias grandes durante o período do transporte.

Adotou-se o expediente da intervenção de um banco para assegurar tanto o exportador como o importador. Honório Monteiro sintetiza o nôvo mecanismo negocial (n. 9 pgs. 15 no fim): “Comprador e vendedor, sem qualquer interferência de terceiro, contratam a compra e venda de certa partida de mercadoria. Por melhor se garantirem contra percalços da transação, obriga-se o comprador a conseguir de um banco, não só a abertura de crédito de importância igual ao preço a pagar, mas, ainda, que êsse crédito seja confirmado pelo banco ao vendedor, com a declaração de ser em benefício dêste e irrevogável. O vendedor assume a obrigação de transferir ao banco os documentos representativos da mercadoria expedida, no mo-

mento de utilizar-se do crédito”. É éste assim o utilíssimo instituto jurídico do crédito bancário confirmado. A sua prática tornou-se tão importante, que os Congressos das Câmaras Internacionais de Comércio resolveram uniformizá-la periòdicamente, editando em 1933 as Regras de Viena, revendo-as em 1951 como Regras de Lisboa e em 1963 como Regras do México².

Honório Monteiro faz uma análise da noção técnica do contrato, sua natureza jurídica, sua realização e cuida por fim dos direitos e obrigações das partes contratantes. Realiza êsse trabalho escudado na mais autorizada doutrina, fazendo jus a que afirmemos representar a sua dissertação a melhor monografia entre nós sôbre a matéria do mais alto valor prático.

Em 1934 se criou acertadamente mais uma cadeira de direito comercial e para ela foi aproveitado Honório Monteiro, nomeado destarte catedrático no dia 3 de junho. No mesmo ano passou a fazer parte do Conselho Técnico Administrativo da Faculdade.

Em 1943 êle foi nomeado diretor da nossa Faculdade e releva notar que o foi exatamente num período de reação franca dos estudantes desta Casa às restrições do chamado Estado Nôvo, com as franquias constitucionais restringidas como agora se repete infelizmente. Quem quer, que pretenda ser politicamente equilibrado, não pode amarrar-se a tabus jurídicos e deixar que a baderna se aposse impunemente das instituições. Mas quem é simultaneamente professor nesta Casa de tanta espiritualidade e, sobretudo, de tanto amor ao Brasil, não pode deixar de se entristecer, ao sentir que a fôrça bruta militar supera, presentemente, a fôrça eterna dos primados jurídicos. Praza aos céus que a eclipse seja a mais breve possível e não se transforme na durabilidade das noites hibernais nos polos... Procurou

2. LAURO MUNIZ BARRETO precedeu de comentários substanciosos os textos em português confrontados das Regras de Viena e de Lisboa, na *Revista de Direito Mercantil*, 1953, pgs. 17 até 56.

Honório Monteiro dedicar-se à manutenção da vitalidade da nossa querida Faculdade enquanto seu diretor.

Modificado o regime policial do nosso Governo central, em 1945, o então nosso diretor não fugiu à colaboração política; interrompeu as suas atividades docentes para se eleger deputado à Assembléa Constituinte em 1946. Viria a confessar nesta o seguinte: “Presto, senhores, no momento, meu testemunho pelo desapontamento que no primeiro instante sofri. Já no último quartel da vida, afeito apenas aos livros, ao meu escritório de advocacia e à serenidade da cátedra, confesso-lhes meu choque ao perceber, ao sentir o trepidar das paixões e o entrechoque das correntes políticas”.

Honório Monteiro foi integrante da Grande Comissão da Constituição, que esboçou a nossa Lei Magna democrática, de 18 de setembro de 1946. A sua colaboração foi destacada, como podemos todos nós compreender e admitir. E é muito importante assinalar agora que êle, transformada a Assembléa Constituinte em parlamento ordinário nacional, foi eleito para a presidência da sua Câmara dos Deputados, em cujo pôsto honroso ficou até 19 de março de 1947. Declarou, ao assumir a direção da Casa baixa do nosso Parlamento: “Venho das venerandas arcadas do Convento de São Francisco — da gloriosa Faculdade de Direito de São Paulo — cujas tradições liberais e democráticas não desmentirei jamais, como não trairei nunca a confiança em mim depositada. Podeis estar seguros de que, no fragor da luta pelo império do Direito e reinado da liberdade, não ouvirei nunca sussurros de interesses pessoais, tentações de egoismos ou reclamos extremados”.

Em 20 de outubro de 1948 era Honório Monteiro nomeado para o alto pôsto de Ministro do Trabalho do Presidente Gaspar Dutra. Esta pasta grangeara uma fama triste de ninho de politiqueiros, indiferentes aos interesses reais do País ou pouco sensíveis a uma evolução imanente da melhoria indispensável da classe operária. Honório Monteiro evitou a demagogia e desempenhou as suas novas

atribuições árduas, com um profundo convencimento de espírito trabalhista. Elaborou o Decreto n. 27.048, de 12 de agosto de 1949, que regulamentou a Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949, relativa ao repouso semanal remunerado e ao pagamento de salário nos dias feriados. São de sua iniciativa as instruções reguladoras da higiene e segurança do trabalho nas minas, a criação da categoria econômica dos guardadores de automóveis como trabalhadores autônomos, no quadro de atividades da Consolidação das Leis do Trabalho, a fixação de salário-base para associados e diversos sindicatos, a instalação da carteira de acidentes no trabalho do então I.A.P.C., as instruções sobre o valor do salário-base dos trabalhadores avulsos segurados do então I.A.P.T.C., o regulamento para as eleições sindicais, que há mais de um decênio não se realizavam. Permaneceu como Ministro do Trabalho até 29 de junho de 1950, tendo cumulado interinamente, durante cerca de seis meses, a pasta da Justiça.

Não se reelegendo em 1951, retornou para o exercício da sua cátedra de direito comercial, a cuja frente ficou até o dia 25 de junho de 1964, quando completou a idade propecta de setenta anos, pois Araraquara o viu orgulhosamente nascer no mesmo dia de 1894. E foi êle, depois de ter colaborado valiosamente nos mais altos postos do Governo da República, representante desta douta Congregação no Conselho Universitário, até quando se aposentou compulsoriamente em obediência a ditame de ordem constitucional. Também, criado o Conselho Estadual de Educação, foi nomeado, com mandato por seis anos para compô-lo, elegendo-se de pronto presidente da sua Câmara de Ensino Superior, postos em que por último serviu com a mesma dedicação, com o mesmo ardor, com a mesma perseverança e com a mesma correção que marcou a linha reta da sua vida tão proveitosa.

A sua obstinação, a sua perseverança, o seu ardor não se escondiam exatamente quando advogava. Somos testemunhas disso. Chegava à indisposição com os seus colegas quando não via aceitos os seus desejos ou os seus argu-

mentos. Pelejava espanholamente, isto é, botava 101% da sua alma na meta a que se propunha.

Este é o debuxo de Honório Fernandes Monteiro, que corou a sua ligação eterna com esta Casa do Direito com o recebimento, depois de jubilado, do título de professor emérito.

Sucedem-se os Mestres de Direito uns aos outros na Perenidade aqui da docência jurídica. Inscrevem indelêvelmente os traços das personalidades respectivas. Vemos tantos riscos fulgurantes na história da nossa muito amada Faculdade do Largo de São Francisco, viveiro de juristas, forja de juizes, alambique de estadistas. Quando nesta solenidade de preto sincero à memória de mais um batalhador, que descança, quando, registramos a personalidade marcante de Honório Monteiro — deixem-nos repetir carinhosa e cordialmente, quando reverenciamos o Honório, o nosso Honório — quando enfim fixamos as virtudes múltiplas dêsse nosso antecessor, colocâmo-lo no panteão da nossa consagração intensa.

À excelentíssima viuva, dona Zuleika Toledo Monteiro, companheira de todos os maus e bons momentos do seu Honório, do nosso Honório, a quem deu a estupenda prole de onze filhos e também a êstes manifestamos o nosso respeito e a nossa dor. Com a sinceridade da nossa homenagem cordial e profunda à sua memória existe um pouco de lenitivo por êste repouso obrigatório do companheiro inesquecível.

Afirmamos que o biólogo vê na morte um episódio da transformação da matéria. Ao contrário, o biógrafo vislumbra aí a consagração. Pelo muito que Honório foi, pelo seu companheirismo caloroso à nossa grei de sacerdotes do Direito, reunimo-nos aqui em sessão solene. E contritos, genuflexos, pesarosos, inconformados, mortificados, proclamamos as suas virtudes para ecoarem de hoje para sempre.

Honório Monteiro continuará no calor dos nossos corações e viverá eternamente nos corredores desta nossa querida Academia, da sua adorada Faculdade!

Jorge Americano*.

Sílvio Rodrigues

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

Estamos hoje aqui reunidos, 30 dias após sua morte, para examinarmos rapidamente a vida de JORGE AMERICANO, figura humana de extraordinário colorido, de um lado com o propósito de retirar, da análise de seu comportamento nesta terra, a lição que uma existência digna apresenta e de outro com o intuito de homenagear um grande morto.

Mestre insigne perdeu nossa casa, que não mais verá passar, por estas arcadas, a figura altaneira do jurista emérito, que a amou como ninguém a amou e a dignificou como poucos! Homem ilustre perdeu esta cidade onde JORGE AMERICANO nasceu, viveu e morreu e que por ela, com seu entusiasmo e patriotismo, deu mais do que lhe era reclamado, pois deu todo seu amor e sua dedicação! Figura curiosa perdeu êste país, pois, espírito de mil facetas interessantes, o escritor, o artista, o jurisconsulto, o advogado, o cronista de sua terra, o sociólogo se fundiam em uma única pessoa, irradiando uma simpatia contagiante, sujeita a uma discreta humildade! Grande perda sofremos todos nós, seus alunos e seus amigos, que não mais sentiremos, em nossas mãos, a mão amiga e cheia de calor humano, que nos aquecia o coração! Grande perda!

*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada em honra do Prof. Jorge Americano, no trigésimo dia de seu falecimento, a 6 de março de 1969.

Nasceu JORGE AMERICANO na cidade de São Paulo, no dia 25 de agosto de 1891, filho do Coronel Luiz Americano e de d. Amélia Cardoso Americano. Procedia de ilustre família brasileira, e se foi apenas a segunda geração a portar o honrado apelido, isso se deve a peculiar circunstância. Seu pai o Coronel Luiz Americano, alistando-se como voluntário na Guerra do Paraguai, adotou o nôvo sobrenome para evitar que alguma gestão da família o pudesse impedir de levar a cabo sua patriótica deliberação de lutar naquele conflito.

Depois de fazer seus estudos primários na Escola Modelo Caetano de Campos, da Praça da República, ingressou o querido mestre no Ginásio Estadual de São Paulo e ali foi aluno dos mais destacados. Curioso observar, desde logo sua nítida propensão para as ciências sociais a par de seu menor pendor para as chamadas ciências matemáticas. Em seu certificado de promoção da segunda para a terceira série do curso secundário, ao lado de 6 distinções em línguas, geografia e desenho, encontra-se um “simplesmente” cinco, em matemática.

Em março de 1908, com 17 anos, requer JORGE AMERICANO, do Diretor da Academia de Direito, sua inscrição no primeiro ano do curso de ciências jurídicas e sociais e sua matrícula é deferida.

Se nos três primeiros anos do curso de bacharelado é aluno de menor realce, em virtude de sua infirme saúde na ocasião, nos últimos dois anos passa a ser estudante destacado e sua aprovação é com nota 9 em tôdas as disciplinas.

Em 1912 forma-se em direito e no dia 14 de dezembro dêsse ano cola o grau de bacharel.

Munido de seu diploma o jovem advogado parte para a luta. Tem 21 anos de idade, é moço de porte elegante, formosas feições, e a modéstia da fortuna familiar não o impede de ser recebido pela melhor gente da cidade, a quem a sua linhagem, sua educação, sua conversa agíl e espirituosa, seduzem e cativam. Traz no peito algumas

ambições, uma delas, afagada com muita discreção e timidez, é a de voltar para o velho convento franciscano e tornar-se professor da Academia. Dez anos depois fará sua primeira tentativa para consolidar tal aspiração.

Ao sair da escola conserva durante um tempo o emprego de escriturário do Tesouro de São Paulo, para o qual fôra promovido em 1910, depois de haver sido admitido em 1908 como auxiliar extranumerário. Logo mais, entretanto, em 1913, é convidado pelo Secretário da Fazenda, para ser seu oficial de Gabinete, função que exerce por pouco tempo pois, nesse mesmo ano, assume o cargo de procurador fiscal interino.

A carreira profissional marcha lentamente e no ano de 1915 o bacharel JORGE AMERICANO ingressa no Ministério Público, sendo nomeado promotor público na cidade de Bebedouro de onde, em 1918, é promovido para a Comarca de Atibaia; exonera-se, a pedido, do cargo no início de 1919.

Foram anos de grande felicidade aquêles. É que no dia 11 de setembro de 1917 meu querido mestre se casara com d. Maria Rafaela de Paula Souza, formosa moça de muitas virtudes, procedente de ilustre família paulista. Ela o acompanha a Bebedouro, depois à Atibaia. Finalmente o casal regressa a São Paulo em 1921. Anos felizes aquêles, interrompidos por uma grande desgraça. A morte do primogênito do casal, ocorrida nessa ocasião. Tal circunstância veio, talvez, provocar o aparecimento ou agravar a existência de séria e persistente moléstia que acompanhará d. Maria Rafaela por tôda a vida.

A conselho do médico que lhe assiste a espôsa, e que lhe recomenda a busca de melhor clima, muda-se JORGE AMERICANO, no ano de 1921, para a cidade de Santos onde instala sua banca de advocacia. Seguem-se anos de bastante trabalho e de muito estudo, em que o intelectual, de cêrca de 30 anos acalenta a velha ambição e prepara sua carreira universitária.

O primeiro passo no sentido de encetá-la é ensaiado em fins de dezembro de 1922, ocasião em que o mestre

requer sua inscrição ao concurso aberto para preenchimento da vaga de professor substituto da 7.^a Secção desta Faculdade, secção essa que compreendia, entre outras afins, a disciplina de Direito Civil.

O concurso não se realizou por haver o Governo Federal, através do aviso de 17/1/1923, do Ministério da Justiça, determinado a sua suspensão.

Não desanima o jovem bacharel e no dia 27 de outubro de 1925, contando 34 anos, se inscreve simultâneamente em dois concursos; inscreve-se no concurso para livre docente de Direito Civil — 1.^a cadeira do 3.^o ano, e no concurso para livre docente de Direito Judiciário Civil — 3.^a cadeira do 4.^o ano. Para o primeiro concurso apresentou dissertação sôbre a tese. “Como se aplica, nos acidentes de trabalho, o conceito de Ato ilícito”; e para o concurso de processo a monografia intitulada: “É cabível a ação Pauliana para revogação de hipotecas celebradas em fraude de credores?”

Já então JORGE AMERICANO se tornara nome conhecido nas letras jurídicas pátrias, em virtude da publicação de duas obras que se tornaram clássicas no direito nacional: a primeira delas, “A ação rescisória dos julgados no Direito Brasileiro”, alcançou grande repercussão por disciplinar, de maneira extremamente lógica e inteligente, matéria até então objeto de larga controvérsia; a segunda, obra “O abuso do direito no exercício da demanda”, trazia análise profunda da teoria do abuso de direito, entre nós de pequena difusão na época, e da repercussão dessa teoria no campo do processo, onde se fixava um limite para a atividade do litigante, além do qual sua atitude, mesmo que não contrária à lei, se tornava ilícita, por abusiva.

Êstes concursos também não se realizam porque logo a seguir abre-se vaga para uma das cadeiras de direito civil desta Escola. E assim, em outubro de 1926, JORGE AMERICANO requer sua inscrição para o concurso à cátedra, trazendo como principal título as obras já publicadas, às quais, no intervalo, acrescentara uma outra, intitulada “Processo Civil e Comercial no Direito Brasileiro”.

Falou-me, o mestre, muitas vêzes dêsse concurso, em que concorreu com outros ilustres juristas brasileiros e no qual, embora classificado, não o foi em primeiros lugar, assim não tirando a cátedra.

Ouç-o ainda, com sua voz pausada, a contar-me que no dia da argüição saíra madrugada de casa, em Santos, vestindo casaca sob uma pesada capa de chuva e de trem, depois de taxi, dirigira-se a estas Arcadas, no meio de grande calor, para enfrentar o destino. Êste, sem embargo do mérito inescandível de seus ilustres adversários, não foi liberal para com o meu mestre. À época, o regime dos concursos era diverso e tôda a Congregação dava nota às provas, daí resultando a classificação e a média dos candidatos. Um dos examinadores, que meu mestre dizia seu desafeto, dava-lhe zero em provas que outros mestres lhe haviam conferido altas notas, fazendo, assim, com que a sua média caísse. Nunca me disse que ganharia o concurso se menor fôsse a parcialidade daquele gratuito inimigo. Mas, ressentia-se de tal tratamento.

Outro aspecto curioso dessas provas, que merece ser ressaltado, diz respeito às teses apresentadas. Àquêl tempo os candidatos à cátedra deviam apresentar duas dissertações. Uma da escolha do candidato, e outra cujo tema era fixado pela Congregação. Esta escolheu como tema obrigatório “A posse dos Direitos Pessoais”.

JORGE AMERICANO então esposava a opinião, hoje prevalente entre os juristas pátrios, de serem os direitos pessoais insusceptíveis de posse, instituto cujo campo específico é o dos direitos reais. De modo que, em seu espírito, surgiu desde logo séria dúvida. Não gostaria de dar a seu livro o nome “Posse dos Direitos Pessoais”, quando ia combater tal tese; pois poderia enganar seu eventual leitor; por outro lado, apresentar a monografia com outro nome, poderia provocar uma recusa de inscrição por falta de um requisito para ela indispensável, ou seja, a elaboração de monografia sôbre tema fixado pela Congregação.

Correndo todos os riscos JORGE AMERICANO preferiu a 1.^a alternativa e a monografia que apresentou, aliás livro extraordinário sôbre o Instituto, chama-se “Dos Direitos que se exteriorizam pela Posse”.

Havendo conquistado a docência livre de Direito Civil da Faculdade, a carreira do jovem estudioso agora rapidamente se acelera.

Ainda nesse ano de 1927 é JORGE AMERICANO convidado pela direção do Partido Republicano Paulista para disputar o mandado de deputado estadual, pelo 10.^o distrito. A despeito de lhe haverem assegurado a eleição, por fôrça da conhecida maioria do partido, o escrupuloso candidato fêz campanha eleitoral para conhecer o eleitorado, coisa de um certo modo inusitada “àquela” época. Eleito em 1927, foi reeleito em 1928.

Por essa ocasião fêz parte da Comissão Organizadora do Projeto de Código de Processo Civil do Estado de São Paulo, onde, sob a presidência do grande COSTA MANSO, trabalhou quase dois anos. Dessa tarefa resultou um extraordinário trabalho do mestre falecido, que são os seus comentários ao referido Código, a meu ver um de seus melhores livros.

Em fins de 1928 é JORGE AMERICANO nomeado pelo presidente Washington Luiz para o cargo de procurador geral da Justiça do Distrito Federal, cargo que exerce por dois anos, afastando-se dêle sòmente a 24 de outubro de 1930, com a vitória da revolução daquêle ano.

A mudança de JORGE AMERICANO, para São Paulo, se o privou de uma situação econômica menos rigorosa que o cargo de chefe do Ministério Público, da Capital da República lhe proporcionava, abriu-lhe, em compensação, a possibilidade de retornar à sua cidade, à profissão de advogado, e, principalmente, à sua Escola.

Com efeito, a transferência para São Paulo o levou ao escritório de advocacia onde militou muitos anos, ao lado de Olegário Pereira de Almeida, grande advogado daqueles tempos, e, mais tarde, ao lado de Agostinho de Arruda Alvim.

Seu retôrno à Academia, entretanto, só ocorreu em junho de 1931, quando, na qualidade de livre-docente, substituiu VICENTE RÁO, que entrara de licença e lhe confiara a regência da cadeira de Direito Civil do 2.º ano desta Escola. E o livre docente JORGE AMERICANO deu sua primeira aula nas Arcadas, no dia 1.º de junho de 1931.

Nos anos imediatamente seguintes JORGE AMERICANO foi convidado por 4 ou 5 vêzes para substituir catedráticos licenciados.

Para suprir a incerteza dos ganhos vindos dessa atividade e da advocatícia, em que seu sucesso, se bem que apreciável, ainda era recente, o mestre lecionava literatura brasileira no Ginásio São Bento e Direito Civil na Escola de Comércio Álvares Penteado.

Nesse período advem a Revolução paulista de 1932, que encontrou em JORGE AMERICANO, liberal dos mais ardorosos e portanto inimigo intransigente de qualquer regime de fôrça, adepto entusiasta. Logo no início do movimento foi ferido, na explosão que ocorreu no Quartel General da Fôrça Pública, em que pereceu o General Salgado. Restabelecido, poucos dias depois organizou, em colaboração com professôres da Escola Politécnica e do Instituto de Higiene, o curso de instrução e aperfeiçoamento para oficiais combatentes voluntários, curso êsse que preparou três turmas antes do fim da luta. Tôda a gente vivia inflamada àquele tempo e JORGE AMERICANO, dentro de seu habitual equilíbrio, era dos mais apaixonados!

Decepção e derrota. Luto vestindo a bandeira de 13 listas e invadindo o coração de todos os paulistas.

Terminada a Revolução e aberta, em 1933, a campanha eleitoral para a Assembléia Constituinte, seu nome foi indicado para deputado, pela chapa única “Por São Paulo Unido”, composta por tôdas as correntes políticas que representavam o movimento revolucionário. JORGE AMERICANO foi eleito com consagrada votação.

Entre a data da eleição, 3 de maio de 1933, e a da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, novembro

dêsse ano, deu-se o acontecimento mais importante na vida de meu mestre. Realmente, nessa ocasião, fez êle o concurso para a cátedra de Direito Civil desta Academia e foi classificado em primeiro lugar.

Para realçar a importância de tal vitória, convém lembrar que concorreu com Lino de Moraes Leme. A tese que apresentou, trabalho esplêndido sôbre o assunto, se intitulava “Ensaio sôbre o Enriquecimento sem causa”. Na Comissão Examinadora, figuraram, entre outros, VICENTE RÁO, FILADELFO AZEVEDO e VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA.

Em novembro de 1933, ainda sem se haver empossado na cátedra, tão brilhantemente conquistada, muda-se JORGE AMERICANO, com a família, para o Rio de Janeiro e assume o mandado de deputado por São Paulo, na Assembléia Nacional Constituinte.

Poucos dias haviam transcorrido quando a bancada paulista se reúne e aos deputados é feito o comunicado, de que devem votar no ditador, para Presidente do Brasil, em troca de importantes concessões, a serem feitas a São Paulo, no campo político.

JORGE AMERICANO se rebela. Por maior que fôsses as concessões feitas à sua terra, por maior que fôsse o interesse da Piratininga ainda sangrando da luta, parecia ao deputado de hoje uma incoerência votar no inimigo de ontem, justamente no desempenho de um mandato que lhe fôra outorgado pelo povo vencido, com poderes expressos para atuar contra o vencedor da véspera. Obstinadamente o mestre recusa a dar sua anuência e para não quebrar a unanimidade de um pronunciamento de seus pares, renuncia ali a deputação e retorna a São Paulo. Poucos dias haviam transcorrido entre a data da partida, cheia de esperanças, e o regresso cheio de amarguras.

No dia 21 de fevereiro de 1934, em sessão solene da Congregação Jorge Americano toma posse do cargo de professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo. Seu grande sonho da mocidade fôra alcançado!

Aí se inicia uma fase de grande fastígio na sua atividade profissional e de magistério. Ao lado dos trabalhos crescentes do movimentado escritório, onde seus pareceres são muito solicitados e onde é procurado para patrocinar as mais importantes questões, dedica uma parte importante de seu tempo às atividades de classe. Foi, por três vezes, presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, por várias vezes Conselheiro da Ordem dos Advogados, Secção de São Paulo, por três anos membro do Conselho Penitenciário do Estado.

Na cátedra é professor exemplar, de assiduidade excepcional e incansável dedicação. Lembro-me de minha primeira lição nesta casa, ministrada pelo saudoso mestre. Março de 1935! No meio dos gritos ameaçadores dos veteranos, sequiosos do sangue dos calouros, ouve-se a palavra elegante do elegante mestre a explicar o conceito de direito. A clareza da exposição cativa os compenetrados estudantes e a simpatia afetuosa do professor, ao fim da aula, devolve a seus discípulos um pouco de tranqüilidade que a grita vinda de fora havia roubado.

Vice-Diretor da Academia, exerceu a Diretoria em vários períodos, nos anos de 1938 e 1939. Nesse último ano foi, interinamente, Reitor da Universidade de São Paulo.

Sua carreira, no magistério, entretanto, atinge o ápice, no ano de 1941, em que é nomeado para a Reitoria da Universidade. Falando por ocasião de sua morte, o atual reitor em exercício, apontou um fato que retrata bem a gestão JORGE AMERICANO, à frente da Universidade Paulista. Recebendo-a quase que apenas projetada, engatinhando apenas, traçou-lhe a estrutura, cujas principais linhas ainda a norteiam. Em sua gestão foi projetada a cidade universitária. Entusiasmou-se o mestre com o plano e lembro-me ainda de que certa feita, a pedido do consul americano, acompanhei ao Gabinete do Reitor um professor da Universidade de Colúmbia, que o queria conhecer. Ambos, extremamente interessados no problema do ensino superior, conversaram durante mais de hora diante a *maquette* da

cidade universitária, meu mestre empolgado com o futuro da organização, que, em seu espírito, já via como realidade iminente. Aliás, as questões que a universidade suscitava em seu espírito se encontram em seu livro “A Universidade de São Paulo, Dados, Problemas e Planos”.

Contemporânea dêsse período é a idéia dos fundos Universitários de Pesquisa, dos quais foi presidente de 1941 até 1947. Destinava-se essa organização a ajudar o esforço de guerra do Brasil, utilizando o talento científico dêste país, reunido nos laboratórios universitários, para projetar e aconselhar as fôrças armadas brasileiras no campo da ciência. Os resultados alcançados foram enormes e a gratidão da Marinha Nacional se refletiu na outorga da Medalha do Mérito Naval a JORGE AMERICANO, no ano de 1945. No ano seguinte, o presidente dos Fundos Universitários de Pesquisa recebia do Govêrno da República a medalha Rio Branco.

A morte de sua querida espôsa, seguida de moléstia cardíaca de grande seriedade, o afastamento voluntário da Reitoria que de um certo modo o separou de sua querida universidade, baquearam, por um pouco de tempo, o denodado lutador.

Volta êle a seu curso, a seu escritório, a seus estudos, mas sente-se em seu gesto uma certa amargura, um certo desencanto. Seus escritos literários revelam o ceticismo contrastante com o entusiasmo de alguns anos, e o mestre, como que cansado, procura na pintura, na música, em viagens, um descanso das lutas passadas.

Uma última aventura o tira da indiferença. É a criação da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie da qual vai ser o Fundador e primeiro Diretor. Ei-lo de nôvo inteiramente em ação escolhendo o corpo docente, fiscalizando os primeiros vestibulares, lecionando, criando a Representação no Conselho Universitário, lutando para estabelecer um ambiente cultural onde a idéia de autonomia universitária florescesse, e o ensino do direito fôsse excelente. Em poucos anos teve sucesso e aquela escola,

surgida sob o prestígio de seu nome, firmou-se e se tornou respeitada, porque os padrões fixados por JORGE AMERICANO, de seriedade no ensino, de rigor nas aprovações e na seleção dos candidatos, ficaram indelêvelmente marcados naquela Faculdade, que dêsse modo segue a senda traçada por seu fundador.

Todavia, desavindo-se com a direção do Instituto Mackensie, por divergência em questão de princípio, afastou-se o mestre da direção daquele estabelecimento e da cátedra que lá lhe pertencia. Saiu magoado dêste embate, como saíra ferido de muitos outros, em que lutava desinteressadamente por um ideal, que ficava, a seu ver, inatingido, pela renitência da posição contrária.

Aposentado nesta casa, afastado da outra escola, cansado para enfrentar as lides forenses, o intelectual JORGE AMERICANO, homem pobre depois de tanto sucesso, se recolhe à casa e vai viver seus últimos anos com uma dignidade inescdível, dedicando-se, de início, a crônica de sua cidade, depois ao achego da família, com suas queridas irmãs, suas netas, seus parentes amados e uns poucos amigos.

Sua conversa continua viva e espirituosa, seu porte elegante e seu trato da maior afabilidade. As cicatrizes ganhas em cinqüenta anos de luta não aparecem na prosa do homem educado, e as mágoas porventura colhidas nesse interregno são escondidas cuidadosamente na discreção de um viver comedido. A saúde lhe falta, as pernas estão mais fracas e o entusiasmo pela vida diminui.

Sete de dezembro de 1968. Almoçamos juntos; conosco estava o jovem colega e ilustre professor MOREIRA ALVES que testemunhou o fato. JORGE AMERICANO num momento se inflama ao desfiar uma série de história desta casa. É de nôvo o “causeur” encantador ao falar da sua academia. Dois dias depois um derrame o baqueia. Semi-paralisado durante dois meses, o mestre é libertado pela morte a 6 de fevereiro passado, sem se dar ao trabalho de lutar pela vida. Grande perda sofremos todos nós!

Revedo, em rápidos traços, essa grande vida, o observador se entusiasma com a figura do jurista, com a imagem do artista, com a marca do pensador. Mas, acima de tudo, o analista se empolga com a figura humana do vulto amado.

Como jurista e escritor do direito um traço há, na obra de JORGE AMERICANO que deve servir de lição para cada autor. É a extraordinária clareza de sua exposição, a limpidez de seu estilo. Não há em sua prosa uma palavra supérflua, como também não há a omissão de um vocábulo necessário. Desprezava qualquer neologismo inútil e a ordem direta, por êle sempre preferida, mostra sua repulsa ao preciosismo, tão do agrado dos escritores mediocres.

Suas idéias resultam sempre de um raciocínio claro, cuja autoridade dispensa a autoridade de outros autores. Que se leiam seus muitos pareceres para a confirmação desta minha assertiva. Em vez de citações e citações, o que se encontra é uma reflexão precisa e irrespondível, alinhada com uma segurança insuperável.

Seus comentários ao Código de Processo Civil são, por igual, reflexo dessa orientação. Econômico na referência a obras alheias, cada artigo é explicado de maneira suscinta e lógica, seu sentido esvaziado pela verruma do analista. O mesmo direi sôbre seus outros livros já antes mencionados.

Parece que a idéia de justiça corre dentro de seu sangue e o orienta na solução dos problemas apresentados. Porque conhecedor dos grandes princípios que informam a sistemática do direito, os conserva tanto no espírito quanto na sensibilidade.

Lembro-me de uma conversa em que de repente, meio em tom de blague, me propôs a seguinte questão:

“Fala-se tanto em princípios gerais de direito que vivo a procurá-los e acho que em tôda minha vida só encontrei dois que realmente se revestissem do indispensável caráter de generalidade. O prin-

cípio do repúdio à violência e o princípio do respeito a boa fé. Respeitados êsses dois princípios, pode-se estruturar todo um sistema jurídico.”

De sua obra literária as crônicas sôbre São Paulo têm um sabor imenso, e de certo constituirão um rico repositório onde o historiador do futuro irá, inexoravelmente, se abeberar. A primeira série delas, sob o título “São Paulo naquele tempo”, por isso que focalizando época mais afastada, têm uma graça cativante, porque é o menino JORGE AMERICANO que vê São Paulo do comêço do século, com olhos de criança, mas o descreve com a pena amadurecida do homem adulto e talentoso.

Por volta de 1950 já um pouco descrente das lutas que enfrentara, o artista JORGE AMERICANO empunhou o pincel. Amador de extraordinários dotes deixa mais de uma centena de quadros. Há coisas boas e más em sua obra, mas dentre aquelas existem realmente muitas excelentes. Além de jogar audazmente com suas côres, seus quadros têm um equilíbrio de composição estranhável em um pintor de fim de semana. Mas, o que revela sua grande sensibilidade é a repulsa, desde logo manifestada, à gratuidade do academismo. É êle um criador que repudia a convenção, que rejeita as soluções pré-fabricadas.

Tôdas essas facetas acima aludidas, do advogado, do jurisconsulto, do cronista, do artista, do político, compõem a figura do homem e tiram, do manancial humano que pulsava em seu peito, a fôrça vital que a engrandecia.

Como constantes formadoras de seu caráter, encontramos em JORGE AMERICANO dois traços dominantes. Uma correção de conduta irreversível e uma bondade sem medida.

Ninguém poderia quebrar sua vontade, forçando-o a uma decisão que não fôsse absolutamente correta. A vocação do dever o chamava sempre e nada era capaz de fazê-lo fugir da linha honesta. Em tudo, até nas menores

coisas, sua intransigente correção se manifestava. Lembrome de fato corriqueiro, que bem demonstra a afirmativa.

Havia o mestre doado sua estupenda biblioteca à Faculdade de Direito da Universidade Mackensie, que a devia retirar dentro de algumas semanas. Por acaso o visitei dias antes, em época que os nossos laços de amizade eram os mais estreitos; examinando seus livros, milhares ainda não relacionados, encontrei um dêles, já esgotado, que debalde vinha procurando adquirir. Alegre, observei:

— Dr. Jorge, o senhor vai dar a biblioteca ao Mackenzie, talvez, pudesse me ceder êsse livro.

Meu interlocutor olhou-me um tanto espantado e respondeu-me:

— Eu não vou dar a biblioteca, eu já dei, os livros não mais são meus!

De outra feita, contou-me que, sendo Procurador Geral do Distrito Federal, foi chamado por um ministro de Estado que lhe pediu simpatia para um caso de uma urna impugnada, que estava aguardando seu parecer. Respondeu-lhe JORGE AMERICANO que já examinara a hipótese, dera parecer contra o govêrno e não o mudaria. Dias depois, o que não era freqüente, foi convocado pelo Presidente da República. Após as saudações de praxe o Presidente mencionou a questão da urna impugnada, indagando se era realmente convencimento do Procurador Geral ter havido fraude? JORGE AMERICANO redarguiu que sim, aliás já opinara nesse sentido. Mas, como o parecer não fôra ainda encaminhado, o Presidente podia evitar que isso ocorresse, se quisesse substituir o Procurador Geral, pois o cargo continuava à disposição da Presidência. Depois de um segundo de hesitação, o dr. Washington Luiz pediu ao Procurador Geral que encaminhasse o parecer como e quando lhe aprouvesse e o convidou para o chá que estava na iminência de ser servido.

Sua correção e idoneidade só se deixavam igualar por seu grande coração. Amava a humanidade, amava as coisas belas, amava a mocidade que freqüenta esta Escola, amava

Fac-símile da última recomendação à Faculdade,
do Prof. Jorge Americano

Em caso de falecimento.

Meus documentos estão nesta pasta.

Quero ser enterrado onde está minha mãe.

As medalhas de meu pai devem ser entregues a Luiz Alberto.

Avisar o meu escritório, Tel. 352682

Direitos autorais com o Dr. Martins ou o Jnr. Arnaldo, na
Cia Melhoramentos.

Avisar Francisco Emigdio Pereira Tesoureiro da Fac.
de Direito, meu amigo, ^{(casa 81.1946) Rua Cristóvão Viana 196} que providenciara os funerais para
saírem da Faculdade, por conta dela, como é de uso.

Mas se a Fac. estiver tomada pelos estudantes, faço
questão de não sair de lá, nem que eles dêem con-
sentimento, porque um professor, vivo ou morto, não
depende de consentimento dos alunos para entrar ou
sair.

Não tenho bens a não ser 100 contos (e talvez mais um
2 bona) na Cia Brasileira de Investimentos, ações da
Carbocalcio e 50 contos de um antiquíssimo seguro
da Sul America, que vai-se reduzindo ano por ano
porque a Cia se cobra do prêmio cap tal para não
pagar mais os velos anuais dos avisos

Difusos documentos na pasta dentro da Caixa "As
cunhas Diversas."

os seus com uma exuberância que só encontrava paradigma em sua conhecida discreção.

Quanto a seu amor às tradições desta casa, um dos seus últimos pensamentos, antes da doença, foi para elas. Antevendo a morte, escreveu instruções para seu funeral. No bilhete, depois de dar destino às medalhas de seu pai e pedir para ser enterrado ao lado de sua mãe, determina:

“Avisar Francisco Emydio Pereira, (e tel.: 32-4787) tesoureiro da Faculdade de Direito, meu amigo, que providenciará os funerais para saírem da Faculdade, por conta dela, como é de uso. Mas, se a Faculdade estiver tomada pelos estudantes, *faço questão* de não sair de lá, nem que eles dêem consentimento, porque um professor, vivo ou morto, não depende de consentimento dos alunos para entrar ou sair.”

Enorme perda experimenta esta casa com a morte de JORGE AMERICANO! Entretanto a imensidão de seu vulto o alinhará entre as grandes figuras dêste templo, que dêle jamais se separam, e que ficam como fantasmas amigos a perambular por seus vetustos corredores.

Tenho a certeza que se alguém clamar, dentro destas Arcadas, pelo nome de JORGE AMERICANO, de suas sagradas paredes partirá uma voz dizendo:

“PRESENTE”.

Luis Ambra*.

Moacyr Lobo da Costa

Livre-docente de Direito Processual Civil na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

Tôda vez que a morte vem bater-lhe à porta para arrebatá-lo um dos seus membros, a douta Congregação dos Professôres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo realiza uma sessão especial para reverenciar a memória do ilustre extinto.

Prática salutar, que já se incorporou às tradições desta Casa, e serve para dar testemunho aos que ficam de que a lembrança do que se foi não fenece com o seu desaparecimento.

Hoje aqui estamos para render o preito de saudade ao companheiro Luiz Ambra, tão cêdo roubado ao nosso convívio.

Honrado com a designação de meu nome, para ser o intérprete dos sentimentos da douta Congregação, recebi a incumbência com uma contraditória sensação de orgulho e de humildade. Pois, se a escolha é daquelas que enobrecem o escolhido, na verdade, por outro lado, impõe ao orador o dever de se fazer humilde ante o mistério da morte. Denso, impenetrável e terrífico mistério, em cuja presença emudece o entendimento humano.

A morte a que estamos todos destinados desde o nascimento, porque, como disse Santo Agostinho, nem bem se

*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada em honra de Luís Ambra, no trigésimo dia de seu falecimento, a 5 de maio de 1969.

nasce já se começa a morrer. A morte, que nos consome aos poucos, cada dia, não sendo o exalar do último suspiro senão a consumação de sua obra, que durou anos. A morte que nos leva lentamente ou de inopino. Que a todos espera, numa hora incerta, que sempre chega rodeada de angústia e desolação, e só os estóicos e os crentes sabem receber resignadamente.

Sendo a morte o coroamento da vida, a sabedoria popular cunhou num anexim de experimentada filosofia, que “*talis vita finis ita*”.

Vindo extinguir-lhe a vida em pleno sono, a morte arrebanhou o nosso saudoso companheiro, mansamente, suavemente, sem estertores, nem agonia, como que para coroar-lhe a existência pautada pela suavidade.

Luiz Ambra morreu como viveu.

Agora, que entre êle e nós se interpõe a eternidade, podemos medir-lhe a estatura moral, perquirindo no rasto de sua passagem terrena os sinais marcantes de sua personalidade, o traço distintivo de seu caráter.

Dos muitos atributos que lhe exornavam o ser, como homem, como cidadão, como jurista, um a todos excele, porque sempre e em tudo se fazia sentir: a fé. Fé autêntica e pura; uma fé simples e fervorosa, que vivifica e alimenta, ampara e consola. Fé que foi crença e amor.

Luiz Ambra acreditou firmemente nas coisas que amou.

Seu coração, educado na escola do Poverello de Assis, amava a tudo e a todos. Mas, a coordenar-lhe as abcissas do amor, quatro pontos cardeais se firmaram no firmamento de sua existência, a nortear seus passos: DEUS, a FAMÍLIA, a JUSTIÇA e o DIREITO.

DEUS, que amou sôbre tôdas as coisas, como princípio e fim de tudo que existe; que povoou seu entendimento e sentia presente em cada pulsar do coração. Em cujo amor encontrava consôlo e estímulo. E, por isso, se sentia feliz, dessa tranqüila felicidade de que não compartilhamos, aquêles de nós, que, de há muito, sepultaram Deus sob os escombros da fé derruída pelo racionalismo frio e cético.

Seu amor a Deus não se limitou ao fervor da crença íntima, mas se exteriorizava nas práticas litúrgicas do culto, que professava com devoção e sem respeito humano.

Abaixo de Deus, a Família, constituída sob a égide da religião, onde a obediência ao mandamento do “crescei e multiplicai-vos” se traduziu nos oito filhos que lhe engalanaram o lar, vergôntes de um tronco sadio, que hão de frutificar para a glória da seiva generosa que as gerou e alimentou.

A Família, que era o alvo de seu carinho e o motivo de seu viver. De que só se apartava para o desempenho de suas obrigações profissionais. Pela qual e para a qual lutou e morreu.

Generoso e desprendido, não lhe sobrou tempo para cuidar de si, pois sua atenção estava sempre voltada para os outros, seus familiares, amigos ou simples conhecidos. Todos eram o próximo, a quem se deve amar como a si mesmo.

Não é preciso grande perspicácia para lobrigar no tema de sua dissertação de concurso, a motivação cristã do mandamento do amor ao próximo.

Aquêle terceiro, alheio à lide, na qual não tem interesse, que vê seus bens ou direito envolvidos na demanda, é bem o próximo que cumpre amparar e proteger.

Os “embargos de terceiro” — que êle estudou com tanto carinho, no trabalho que lhe abriu as portas desta Academia, assegurando-lhe um lugar entre seus professores — são os meios de defesa daquele próximo, atingido injustamente no seu direito ou nos seus bens. Meios de defesa que importava elucidar e esclarecer, por amor do próximo, para que dêles possa se utilizar convenientemente, em se apresentando a ocasião. Tarefa que êle realizou com proficiência.

Da mesma forma, a Justiça, a que serviu com exemplar correção.

Mais do que uma profissão, ao ingressar para a magistratura no verdor dos anos, quando o sol da juventude doirava o ideal, procurou fazer dela um sacerdócio.

Durante muitos anos foi Juiz, e temeroso do juízo de Deus em que acreditava piamente, porfiou, com reta intenção, por ser justo em seus julgamentos.

Justo, na medida em que os rigores da justiça distributiva podem ser abrandados pelo bafejo da equidade.

No exercício da judicatura esforçou-se, ansiosamente, por antecipar o consôlo divino das bem-aventuranças para aquêles que têm fome e sede de justiça, buscando realizá-la com a fragilidade dos instrumentos humanos.

Depois da justiça, o direito. Não foi menor o amor que devotou ao estudo dessa fôrça social, que disciplina o viver do homem em sociedade.

Tendo percorrido todos os departamentos da ciência jurídica, e, como juiz, tendo tido oportunidade de aplicar a lei na resolução dos mais diversos conflitos de interesses, seu espírito científico sentiu-se atraído pelas belezas e pelas dificuldades do direito processual civil. Esse ramo do direito cuja emancipação, como disciplina autônoma com objeto e leis próprias, distinto do direito privado de que se sustentava ser simples regulamento, é conquista recente na história do direito, como obra dos processualistas alemães da segunda metade do século passado.

Estudioso atento dos problemas doutrinários do processo civil, fácil lhe foi o passo da magistratura para o magistério superior.

Conquistado o lugar de professor livre-docente nesta Casa, não esmoreceu, antes redobrou na dedicação ao estudo da disciplina, não só para ministrar, aos alunos das turmas que lecionou, os conhecimentos básicos da matéria, mas, principalmente, para não desmerecer do conceito dos mestres, que o acolheram no seio da douta Congregação, onde últimamente tinha assento como catedrático interino.

E a uns e outros não decepcionou.

Professor consciente da alta responsabilidade do cargo, diligenciou por despertar o interesse dos alunos pela disciplina e lhes inculcar no espírito em formação o sentimento

da relevância do processo como instrumento da justiça, ou, como diria Calamandrei, como arma da liberdade.

E, por isso, conquistou o respeito, a estima e a admiração dos que lhe ouviram os ensinamentos.

Senhores.

Ao cabo dêste despretençioso necrológio de um processualista ilustre, traçado pela pena consternada do menor dos seus colegas, se me pedissem, por amor da brevidade, para fixar num resumo destinado a perdurar no tempo, como as frases que se inscrevem nas lápides, o retrato moral do professor Luiz Ambra, eu diria, parafraseando a Ruy, que êle amou a Deus, estremeceu a Família, lutou pelo Direito e não desertou o Ideal.

L'ALALC, le marché commun de l'Amérique
centrale et les intégrations européennes
en droit comparé.

Rudolf Moser

Catedrático de Direito Internacional Privado
na Universidade de Saint-Gall (Suíça) e na
Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de
Janeiro (Brasil).

I.

L'ALALC possède la *personnalité juridique*; L'art. 46 du
Traité de Montevideo de 1960¹ le mentionne expressément
en disant:

“La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
gozará de completa personalidad jurídica.”

En poursuivant que l'ALALC est habilitée à conclure des
traités, l'art. 46 la considère comme personne morale du
droit international. Ce fait juridique devrait être confirmé
par la conclusion de conventions ou par la reconnaissance
formelle de l'ALALC en tant que membre de la communauté
des nations par d'autres Etats. En effet, l'ALALC a conclu
avec l'Uruguay un accord concernant les privilèges et les
immunités de ses organes et du Secrétariat de Montevideo,
comme prévu dans l'art. 47, al. 3, du Traité. Ce traité est
analogue à celui que a été conclu entre la Suisse et l'Asso-
ciation Européenne de Libre Echange au sujet de son siège

1. Tratado que establece una zona de libre comercio e instituye
la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, du 18 février 1960.

de Genève, selon la Convention de Stockholm, art. 35, chiffre 2; l'art. 35, ch. 1, parle de la capacité juridique de l'AELE².

Quant à la Communauté Economique Européenne, l'art. 211 du Traité de Rome³ est ainsi conçu :

“Dans chacun des Etats membres, la Communauté possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales...”

Selon l'art. 228, la C.E.E. peut conclure des accords avec d'autres Etats ou des organisations internationales.

Il s'agit donc dans les trois cas d'un sujet du droit international. Ce qui n'est pas le cas pour l'Union de l'Amérique centrale. Le Traité de Managua, du 13 décembre 1960,⁴ ne parle nulle part de personnalité juridique de l'organisation en tant que telle, tout en la reconnaissant expressément à son Secrétariat dans l'art. XXIII. Ce Secrétariat, “Secretaría permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana” — appelé SIECA — a son siège à Guatemala City. C'est, en quelque sorte, la managing company pour l'intégration de l'Amérique centrale dépourvue de personnalité juridique. Cette organisation elle-même n'est ainsi, juridiquement parlant, qu'un simple traité de droit international. Conséquemment, à l'occasion du Seminario sur l'aspects juridiques et institutionnelles de la integration “centroamericana”, organisé par l'Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, tenu à Miami en août 1964,⁵ on a étudié de quelle façon l'Union Economique de l'Amérique Centrale pourrait obtenir la

2. Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange, du 4 janvier 1960 — “Convention de Stockholm”

3. Traité instituant la Communauté Economique Européenne, du 25 mars 1957.

4. Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

5. Cf. Informe de la Secretaría general/Report of the General Secretariat ch. 12.

personnalité juridique du droit des gens et être ainsi habilitée à conclure des traités avec les pays tiers, les organisations internationales et les institutions privées.

II.

Il se pose la question de la *supranationalité* des quatre intégrations. Quel est le critère de la supranationalité? On peut reconnaître tel critère⁶ dans le fait qu'une autorité constituée par un traité promulgue, dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées par ce traité, des normes matérielles ou de conflit qui ont force de loi dans le territoire de la communauté. Ce sera alors du droit communautaire, créé par l'autorité commune douée de pouvoir législatif ("autoridade supra-nacional ordenadora jurídica").

C'est, selon l'avis de la plupart auteurs, ce qui vaut pour le Traité de Rome; en effet, le Conseil des Ministres et la Commission jouissent, suivant les arts. 145s., 155s., d'un tel pouvoir législatif qui est certes limité à certains égards, mais qui est en principe indépendant des Etats membres. Ce dernier point concerne en particulier les décisions majoritaires du Conseil où les Etats membres peuvent être mis en minorité — possibilité actuellement renvoyée à plus tard par le veto de M. De Gaulle, quant aux matières importantes. Que néanmoins la Commission, avant tout, peut être considérée comme organe supranational, résulte du fait que, conformément à l'art. 157, ch. 2, elle "exerce ses fonctions en pleine indépendance, dans l'intérêt général de la Communauté."

Selon l'art. 32, ch. 5, et autres du Traité de Stockholm, le Conseil de l'AELE peut également prendre des décisions majoritaires, mais il n'a pas de fonctions législatives pro-

6. RUDOLF MOSER, *Direito internacional privado, Unificação do direito e Comunidade Económica Européia* in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo", vol. 58, 1963, p. 93s., 98.

prement dites. Par conséquent, d'après le critère établi plus haut, l'AELE ne jouit pas de la supranationalité.

Il en va de même en ce qui concerne les intégrations latino-américaines : le Traité de Managua prévoit comme organes un Conseil Economique, un Conseil Exécutif et un Secrétariat, voir les arts. XX s. Le Conseil Economique doit exécuter les décisions du Comité de l'Amérique Centrale pour la Coopération Economique. Le Conseil Exécutif est subordonné au Conseil Economique, et le Secrétariat, quoique pourvu de personnalité morale, est organe exécutif. Les Conseils Economique et Exécutif peuvent prendre des décisions majoritaires, mais il s'agit de simples "mesures" concernant la politique économique, l'intégration, la coordination et non de législation à proprement parler.

Il n'en est pas de même dans l'ALALC : il y a là des "normas comunitarias", donc de droit communautaire⁷ qui devrait être promulgué par la "Conferencia". Le Comité Permanent et le Secrétariat sont des organes exécutifs, et le Conseil des Ministres créé en 1966 est subordonné à la Conférence, cf. arts. 33 s. Selon l'art. 38, la Conférence prend ses décisions à la majorité des deux tiers pendant les deux premières années, mais sous réserve du droit de veto des autres membres ("siempre que no haya veto negativo").⁸ Après ces deux ans, la Conférence doit fixer le mode de vote pour l'avenir (art. 38, al. 2), ce qui a fait l'objet de la Résolution 68 (III) de la Conférence prise le 4 octobre 1963. Il a été décidé de conserver le mode actuel mais de supprimer successivement le droit de veto en ajoutant au besoin de nouveaux cas de vote non soumis au droit de veto à ceux existant déjà précédemment.⁹

7 Cf. Seminario sobre aspectos jurídicos e institucionales de la ALALC, organisé par l'Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales déjà cité, de Montevideo, en octobre 1965, Rapport du Secrétariat Général, ch. 19.

8. L'abstention est donc considérée comme agrément tacite.

9. Art. 38, lettres a-c: budget, élections, date et lieu des séances.

Quand on considère la liste des compétences de la Conférence, il semble cependant douteux que l'ALALC puisse promulguer, avec ou sans veto, du droit communautaire, comme l'affirment les "progressistes" parmi les critiques juridiques de l'ALALC. L'art. 34 prévoit: a) mesures visant à l'exécution du Traité et à son application, b) négociations entre les partenaires, c) budget, d) règlement, e) nomination du président et du vice-président, f) nomination du secrétaire. Ce sont donc uniquement des compétences exécutives ou administratives. Seule la lettre g), selon laquelle la Conférence doit "entender en los demás asuntos de interés común", pourrait être considérée comme la base étroite d'une compétence législative de la Conférence de l'ALALC. Il est donc permis d'hésiter avant d'affirmer sa supranationalité qu'on peut toutefois admettre en faisant preuve de bonne volonté.

III.

La vue d'ensemble esquissée sur *les organes* des quatre intégrations doit être complétée par l'observation que la C.E.E. possède un parlement, le Parlement Européen auquel n'incombent toutefois que des compétences consultative et de contrôle, cf. art. 137; ensuite une Cour de Justice qui a à juger des différends concernant la Communauté et des questions d'interprétation. Ni l'AELE ni les intégrations latinoaméricaines ne disposent d'un tel organe judiciaire; toutefois l'art. XXVI du Traité de Managua prévoit la formation d'un Tribunal d'Arbitrage ad hoc. En plus d'autres mesures visant au renforcement institutionnel de l'organisation, le séminaire sur l'ALALC, de Montevideo, a discuté en 1965 de la création d'un organe de juridiction.¹⁰

10. Voir le Rapport, chiffre 10s., 12.

IV.

La substance des Traités de Montevideo et de Managua par rapport à la C.E.E. et à l'AELE paraît plus importante et plus intéressante que les questions plutôt théoriques qui viennent d'être examinées. Quant au contenu des traités on peut faire les remarques suivantes :

Le Traité de Montevideo prévoit la création d'une zone de libre échange dans un délai de douze ans, c'est-à-dire jusqu'en 1973, et les arts. 2 s. contiennent les dispositions nécessaires à ce but. La déclaration des présidents des Etats membres faite à Punta del Este en avril 1967 a postulé la création d'un *marché commun* à partir de 1970 et d'une *union douanière* jusqu'en 1985. L'ALALC opérera alors sa fusion avec le marché de l'Amérique centrale.

Par contre, le Traité de Managua a prévu dès le début un marché commun et une union douanière (art. 1), similaire à la C.E.E. (art. 9, al. 1), tandis que le Traité de l'AELE (art. 1 s.) et celui de l'ALALC ne prévoient qu'une zone de libre échange.

En ce qui concerne les impôts, les taxes et d'autres *charges internes*, l'ALALC stipule l'égalité de traitement des importations avec la production indigène (art. 21), alors qu'en ce qui concerne les "privilèges" ("privilegios"), on ne prévoit que le régime du traitement le plus favorisé (art. 18). L'Union de l'Amérique centrale prescrit clairement l'égalité de traitement à accorder aux marchandises d'un Etat membre avec les produits indigènes, c'est-à-dire l'exemption de ces marchandises de toute mesure limitative ou autre (art. III, cf. également art. VII). Cette réglementation correspond avec celle de la C.E.E. (art. 95) et de l'AELE (art. 6).

La C.E.E. établit une *défense de discrimination* absolue pour des raisons de nationalité (art. 7), la *libre circulation* des travailleurs (arts. 48s.), le *droit d'établissement*

des personnes physiques et morales ainsi que des sociétés commerciales (arts. 52s., 58), la *liberté d'échange de services, de paiements et de capitaux* (arts. 106s., 59s., 67s.).

Le Traité de Stockholm également le droit d'établissement (art. 16), celui de l'OCDE¹¹ la libéralisation des services, des paiements et des capitaux.

Quant à ces matières, le Traité de Managua ne parle que de libre échange monétaire (art. X), tandis que le Traité de Montevideo prévoit l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux capitaux originaires de la zone (art. 20), ainsi que l'harmonisation des prescriptions concernant le trafic des capitaux et des prestations de service (art. 15).

L'établissement de conditions égales de *concurrence* est un objectif auquel, entre autres, les Traités de Rome et de Stockholm consacrent les dispositions concernant les cartels et les monopoles (arts. 85s., respectivement art. 15); on a émis à ce sujet quantité d'actes et de décisions exécutoires. Le Traité de Montevideo mentionne les conditions de concurrence à l'égard de l'harmonisation des règlements d'importation et d'exportation etc. (art. 15) et aussi dans l'art. 52, al. 1, en disant ici:

“Ninguna Parte Contratante podrá favorecer sus exportaciones mediante subsidios u otras medidas que puedan perturbar las condiciones normales de competencia dentro de la Zona.”

D'une façon analogue, le Traité de Managua interdit d'établir des dispositions qui pourraient défavoriser les produits d'un Etat membre par rapport à ceux d'un autre, spécialement à ses propres produits (art. VII).

Ces interdictions de discrimination sont dirigées contre le législateur, c'est-à-dire contre l'administration publique et ne constituent point, par conséquent, une base appropriée pour un droit de cartels des zones d'intégration. Un tel

11. Accord concernant l'Organisation de Coopération et de Développement Economique, du 14 décembre 1960, art. 2, lettre d.

droit n'existe pas jusqu'à présent, mais il y a des prescriptions nationales, par exemple la loi brésilienne n.º 4137 du 10 septembre 1962 concernant l'abus du pouvoir économique ("abuso do poder econômico"), appelée loi anti-trust.¹²

V.

Une dernière observation de droit comparé interesse particulièrement l'internationaliste : elle concerne *le rapprochement des législations*, spécialement en matière de droit commercial. C'est le problème posée par la diversité des réglementations nationales. Les intégrations européennes aussi bien que les intégrations latino-américaines peuvent amener, sinon à une unification, du moins à une harmonisation, à une coordination, à un "rapprochement" des droits nationaux et cela, parce que les nécessités économiques de l'intégration, c'est-à-dire la création de conditions de prix de revient analogues et l'élimination des distorsions qui pourraient survenir au marché commun l'exigent. Le degré du rapprochement des législations déjà effectué ou à effectuer varie considérablement; il dépend du degré de l'intégration déjà réalisée ou à réaliser ainsi que des bases juridiques de celle-ci.

La C.E.E. en tant que communauté supranationale poursuivant des fins économiques *et* politiques, fondée pour une période illimitée (art. 240) et ne pouvant être résiliée, a créé un droit de cartels uniforme supranational, ainsi que le projet d'une société européenne; elle est en train ou a l'intention de harmoniser, au moins partiellement, les lois nationales douanières et fiscales, les lois concernant le

12. Voir RUDOLF MOSER, dans le *Boletim informativo mensal da Câmara Suíça de Comércio e Indústria no Brasil*, Rio de Janeiro, juillet-août 1963, p. 1 s..

travail et l'établissement, la concurrence et les sociétés commerciales, le transfert de leur siège, leur fusion et leur reconnaissance internationale, ainsi que les lois sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires et des sentences arbitrales. Elle se base sur les dispositions du Traité de Rome qui prévoient en termes généraux le rapprochement des législations nationales (art. 3, lettre h, arts. 100 à 102) ou qui, en particulier, la chargent des tâches susmentionnées. En outre, l'art. 220 oblige les Etats membres à résoudre partie de ces problèmes par des accords mutuels.

Par contre, les textes de base touchant l'harmonisation des lois sont très succincts dans les trois autres unions: L'AELE — fondée pour une période limitée allant jusqu'au moment de sa fusion avec la C.E.E. et prévoyant un droit de retrait (art. 42) — ne parle pas expressis verbis de cette harmonisation, tout en la présument pour certaines matières, notamment en ce qui concerne les pratiques commerciales restrictives (art. 15) et le droit d'établissement (art. 16). Quant au reste, ce sont les objectifs généraux qui entrent en ligne de compte (art. 2).

En ce qui concerne l'ALALC qui, comme la C.E.E., a une durée illimitée et qui, au contraire, accorde en tout temps le droit de retrait à ses membres (arts. 63/64), on peut considérer l'art. 15 du Traité de Montevideo comme le point de départ du rapprochement des législations (harmonisation des systèmes d'importation et d'exportation ainsi que des dispositions à l'égard des capitaux, des biens et des services).¹³ Ce sont les arts. 15 et 22 qui ont donné lieu à des efforts pour coordiner les lois fiscales et monétaires

13. Voir RUDOLF MOSER, *Questões de direito comercial latino-americano*, Revista do Instituto de pesquisas e estudos jurídico-econômico-sociais, Bauru (Estado de São Paulo), vol. 6, 1967, p. 133 s., 166, note 80.

dans le but de favoriser les investissements.¹⁴ Récemment, le professeur Manuel A. Vieira, conseiller du Secrétariat de l'ALALC, à Montevideo,¹⁵ affirme que l'art. 34, lettre g, autorisant la Conférence à disposer "en los demás asuntos de interés común", peut servir de base à tout rapprochement légal.¹⁶ Quoi qu'il en soit, les présidents ont décidé en avril 1967 à Punta del Este l'"aproximación a las legislaciones nacionales en la medida requerida por el proceso de integración", et, le 2 septembre 1967,¹⁷ le Conseil des Ministres réuni à Asunción a chargé le Comité Exécutif d'établir une liste des priorités. Les sujets en question n'ont pas encore été nommés. En 1965, le Séminaire de Montevideo a recommandé avant tout l'harmonisation des législations concernant les matières suivantes: commerce extérieur, droit des transports, libre circulation, marques et patentes, droit des sociétés et droit des obligations, droit ouvrier, assurance sociale. Malheureusement rien n'a été réalisé jusqu'à ce jour, et on doit donc se baser encore aux prescriptions nationales.

Dans l'Union de l'Amérique centrale (dont la durée a été fixée à vingt ans suivis d'un droit de résiliation de cinq à cinq ans, art. XXXI), l'harmonisation des législations nationales est en train de s'effectuer, surtout dans le domaine de la législation ouvrière et fiscale, bien que dans

14. Cf. Segunda Reunión especial sobre aspectos jurídicos e institucionales de la inversión privada extranjera, Rio de Janeiro, 1965, Informe de la Secretaría general del Instituto de estudios jurídicos internacionales, Inter-American Institute of international legal studies, Washington, spécialement p. 18 s.

15. La ALALC y el derecho privado internacional, Anuario del Instituto hispano-luso-americano de derecho internacional, vol. 2, p. 176 s., 185.

16. Des commentaires juridiques aux intégrations latino-américaines font défaut. Il semble, en outre, que les relations de droit comparé entre les intégrations latino-américaines et européennes n'aient pas encore été examinées.

17. Resolución 193, cf. Boletín de la Integración, 1967, p. 481.

le Traité de Managua ne soient prévues que des compétences de caractère général.¹⁸

Le rapprochement des législations en tant que moyen juridique pour obtenir l'intégration économique est nécessaire, mais il est difficile à réaliser. L'exemple de l'Amérique centrale montre bien que l'intégration des économies et l'harmonisation des lois nationales sont plus facilement à atteindre dans le cadre d'un espace à dimensions restreintes que dans celui d'un continent. Pour cette raison, l'ALALC tâche de surmonter ses difficultés actuelles par des ententes subrégionales telles que le "Clube Andino".

18. Art. XX pour le Conseil Economique, art.XXII pour le Conseil Exécutif.

Da invenção e do tesouro, como modos de adquirir a propriedade móvel.

Washington de Barros Monteiro

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

O Código Civil Brasileiro disciplina separadamente os modos de aquisição da propriedade imóvel e os modos de aquisição da propriedade móvel.

Segundo o artigo 530, adquire-se a propriedade imóvel pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis, pela acessão, pelo usucapião e pelo direito hereditário (ns. I a IV).

Por outro lado, adquire-se a propriedade móvel pela ocupação, pela especificação, pela confusão, comistão e adjunção, pelo usucapião e pela tradição.

De acôrdo com a ordem prescrita pelo legislador, surge, em primeiro lugar, a *ocupação*, que, aliás, do ponto de vista histórico, é de fato o primeiro e o mais importante de todos os modos de se adquirir o domínio: nas origens da sociedade.

Define-a SÁ PEREIRA (*Manual*, 8/331), como a posse que afirmamos sôbre a coisa, abandonada ou sem dono, com intenção de incorporá-la ao nosso patrimônio.

É método originário de aquisição, uma vez que inexistente transmissão do antigo dono para o ocupante. Este, por ato próprio, faz seu o objeto, que não lhe é transmitido por ninguém.

Assim, como exemplifica TORRENTE (*Manuale di Diritto Privato*, pág. 47), o pescador, que faz seus os peixes apanhados pela rêde, opera aquisição a título originário. De fato, antes de ser apreendido, o peixe era coisa de ninguém (*res nullius*).

O Código Civil individualizou quatro modos de ocupação: a caça (artigos 594 a 598), a pesca (artigos 599 a 602), a invenção (artigos 603 a 606) e o tesouro (artigos 607 a 610).

Da invenção.

Restringir-nos-emos, por ora, aos dois últimos apenas, invenção e tesouro. Dentro da melhor técnica, a primeira não pode ser havida como modo de adquirir coisas móveis.

Efetivamente, que vem a ser invenção? É o achado de coisa alheia, perdida ou extraviada. Aquêlê que acha, isto é, o inventor, não pode guardar para si o objeto que encontrou. Tem êle obrigação de restituí-lo.

A invenção é, portanto, relação jurídica, de que nascem direitos e obrigações para o inventor (obrigação de restituir e direito de ser recompensado).

O Código Civil inclui a invenção entre os modos de ocupação exclusivamente porque gera êsse direito à recompensa.

Preceitua realmente o artigo 603 que “quem quer que ache coisa alheia perdida, há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor”.

Acrescenta o § único que “não o conhecendo, o inventor fará por descobri-lo, e, quando se lhe não depare, entregará o objeto achado à autoridade competente do lugar”.

Tais preceitos impõem ao indivíduo determinado comportamento positivo em face de um direito real alheio. Como lembra BETTI (*Teoria Generale delle Obligazioni*, pág. 14), trata-se de exceção à regra do dever geral de abstenção.

De feito, duas são as características dos direitos reais. Exercem-se contra todos e a êsse poder corresponde obrigação geral e negativa. *Geral*, porque todos, indistintamente, lhes devem respeito, todos os devem observar. *Negativa*, porque não exige a prática de ato algum, como nos direitos pessoais, em que o devedor sujeito está à prestação em favor do credor.

Entretanto, no caso específico da invenção, em que se acha em jôgo um direito real, a lei não se contenta com a obrigação negativa e impõe ao inventor um comportamento positivo e específico — a restituição da coisa achada.

Quando conhecido o dono, praticamente não há problemas. Mas, tudo se complica quando êsse dono não aparece, o que amiúde ocorre, recordando SÍLVIO RODRIGUES (*Direito das Coisas*, pág. 213), o caso de nossos dias, em que um comerciante comprou como sucata os restos de um avião destroçado por acidente, entre os quais encontrou valioso brilhante, que jamais foi reclamado.

A não restituição do objeto achado constitui delito, que o Código Penal, prestes a perder sua vigência, reprimia no artigo 169, § único, n.º II, e que o nôvo, promulgado através do Decreto-Lei n.º 1.004, de 21-10-1969, e a entrar em vigor a 1.º de agôsto próximo, também reprime no artigo 181, § único, n.º II (apropriação de coisa achada), bem como o Código Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.001, da mesma data, artigo 249, § único).

À obrigação de restituir, corresponde o direito do inventor a recompensa. Edita realmente o artigo 604 do Código Civil: “o que restituir a coisa achada, nos têrmos do artigo precedente, terá direito a uma recompensa e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la”.

Não fixa o Código o *quantum* dessa recompensa, que será, destarte, de comum acôrdo, combinado entre as

partes. Na falta de concordância, estima-lo-á a autoridade judiciária, com o seu prudente arbítrio.

O direito à recompensa existe sempre, ainda que não apareça o dono, ou ainda que êste resolva abandonar a coisa, como a lei lhe faculta. De fato, o legislador concede ao dono uma faculdade: a de abandonar a coisa achada, liberando-se, por essa forma, da obrigação de pagar a recompensa.

No artigo 606, determina o Código que “decorridos seis meses do aviso à autoridade, não se apresentando ninguém que mostre domínio sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública, e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do inventor, pertencerá o remanescente ao Estado, ou ao Distrito Federal, se nas respectivas circunscrições se deparou o objeto perdido, ou à União, se foi achado em território ainda não constituído em Estado”.

Alguns Códigos atribuem o domínio ao inventor, desde que não apareça o verdadeiro dono, dentro de certo prazo. Nosso ordenamento jurídico optou, todavia, por critério diferente, e o Código de Processo Civil nos artigos 591 a 594, regula o procedimento a adotar-se quanto ao destino dos *bens vagos*.

Desejo ainda esclarecer que sobre achado de documento sigiloso extraviado, dispõe o recente Decreto Federal n.º 60.417, de 11-3-1967, artigo 66.

A exposição que acabo de fazer não ficaria completa, se não aludisse às *épaves*, que, no velho direito francês, pertenciam ao rei, ou aos juizes superiores — *seigneurs justiciers* (RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, 2/373).

Desçamos, no entanto, a alguns aspectos curiosos. Desde a mais remota antigüidade, considerou-se como dever de humanidade e justiça o respeito às *épaves*, provenientes dos naufrágios. Entre os romanos, quem se apropriasse de qualquer objeto, advindo de navio em

perigo, ou mesmo naufragado, adstrito estava a restituir o quádruplo. Penas ainda mais severas vieram a ser cominadas por Antonino. Mas, tão sábios e salutares preceitos foram em seguida violados pelos próprios imperadores.

Na Idade Média, as *épaves* foram consideradas *res nullius* e o senhor da costa se julgava no direito de apoderar-se delas. Mais ainda: o desesperado desêjo de enriquecer-se a tal ponto corrompeu as criaturas, que os senhores da costa chegavam a acender, perto de determinados rochedos, fogos enganadores, a fim de provocar o naufrágio. Ou então subornavam pilotos para conduzirem as embarcações a lugares perigosos, com êles partilhando o produto das *épaves*.

As leis de Oberon cominaram penas contra êsse crime execrável e a Igreja condenou com anátemas aquêles que se apropriassem de coisas oriundas de naufrágios.

Os primeiros temperamentos de equidade são encontrados nos estatutos das cidades italianas. Para os de Trani, as *épaves* só se consideravam abandonadas depois de certo prazo. Para os de Pisa e Rimini, a obrigação de assistência aos náufragos se transformou em verdadeiro dever jurídico.

Contudo, como adverte FIORE (*Nouveau Droit International Public*, 2.^a ed., 1/543), só depois que o Estado moderno se ergueu sôbre as ruínas do feudalismo e que leis de interêsse dos povos e da humanidade se sucederam às inspiradas em interêsses fiscais dos senhores feudais, é que cessou o abuso.

Entre nós, o Decreto-Lei n.º 37, de 18-11-1966, que dispõe sôbre o impôsto de importação, prescreve, no artigo 55: “a mercadoria lançada às costas e praias interiores, por fôrça de naufrágio das embarcações ou de medidas de segurança de sua navegação, e a que seja recolhida em águas territoriais, deverá ser encaminhada à repartição aduaneira mais próxima”. Acrescenta o pará-

grafo primeiro que se aplica à norma dêsse artigo “à mercadoria lançada ao solo ou às águas territoriais, por aeronaves, ou nestas recolhida, em virtude de sinistro ou pouso de emergência”. Preceitua ainda o artigo 57 que “a pessoa que entregar mercadoria nas condições dêste Capítulo fará jus a uma gratificação equivalente a 10% do valor da venda em hasta pública”. Pelo direito comercial, de um modo muito geral, os navios salvados dos naufrágios e outros inventos marítimos, devem ser arrecadados pelas autoridades do lugar aonde arribaram ou deram à costa e, na falta de reclamante, devem ser arrematados, sendo o produto líquido consignado em depósito para se restituir ao seu dono, quando aparecer (ALMACHIO DINIZ, *Direito das Coisas segundo o Código Civil Brasileiro*, 2.^a ed., pág. 160; Código Comercial, artigos 731 e seguintes; Código de Processo Civil, artigos 769 e seguintes).

Do Tesouro.

Eis aí instituto bastante controvertido, seja pelas suas vicissitudes históricas, seja pela sua construção dogmática. Como ensina BONFANTE (*Corso di Diritto Romano*, 2/95), há quem o tenha considerado profundamente ilógico, digno, pois, de ser cancelado da legislação. Mas, as críticas, senão injustas, pelo menos são exageradas.

Existe, a respeito, verdadeira oposição entre a sociedade antiga e a moderna. Em sentido específico, o verdadeiro tesouro corresponde a uma sociedade e a uma economia rudimentares, de um tempo em que as guerras e as convulsões impunham ocultação das riquezas. A inexistência de estabelecimentos de crédito determinavam aquela ocultação. O esconderijo constituía a caixa-forte de então. Mas, se o proprietário assim conseguia salvar suas riquezas, nem sempre lograva salvar-se a si mesmo, sem tempo para revelar a outrem o esconderijo.

À mente, volvem então as estórias que ouvíamos em nossa infância, vinculadas às casas mal-assombradas, que guardavam o segredo de tesouros escondidos, cujo dono ansiava por revelá-los. É sempre o apólogo do velho moribundo e do imaginário tesouro oculto na vinha e que mostra como tal situação era familiar ao espírito antigo.

Que é um tesouro, economicamente falando, pergunta SÁ PEREIRA (*Ob. cit.*, 8/355)? É muita coisa e não é nada. Muita coisa, se o descobrimos e o pomos a circular. Então adquire êle valor econômico, ocupa um lugar no patrimônio. Nada, porém, se fica soterrado ou oculto.

De vez em quando, os jornais noticiam o encontro de um tesouro. Nas minhas fichas, deparo, por exemplo, notícia estampada no *O Estado de São Paulo*, de 16-6-1959, segundo a qual, no município de São Fidelis, Estado do Rio de Janeiro, ao abrir alicerces para nova construção, um operário encontrou caneca, contendo 93 libras ouro, cunhadas em 1851.

O tema sempre fascinou os escritores, como atestam os livros *As Minas de Salomão* de RIDER HAGGARD, na primorosa tradução de EÇA DE QUEIROZ, e *O Tesouro de Caven-dish*, de PAULO SETÚBAL, inclusive os cinegrafistas (Cidade Submersa e Tesouro de Serra Madre).

Em meu livro sobre *Direito das Coisas*, pág. 182, assim defino o tesouro, do ponto de vista jurídico: “o depósito oculto de moedas ou coisas preciosas, de cujo dono não se guarda memória”. Apoio-me no conceito de PAULO (*Digesto*, Livro 41, Título I, Fragmento 31, parágrafo 1.º) *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*.

De conformidade com o artigo 607 do Código Civil, “o depósito antigo de moeda ou coisas preciosas, enter-rado, ou oculto, de cujo dono não haja memória, se alguém casualmente o achar em prédio alheio, dividir-se-á por igual entre o proprietário dêste e o inventor”

São requisitos dêsse modo de adquirir o domínio, incluído pela antiga doutrina na acessão: a) — tratar-se de depósito antigo de moedas ou objetos preciosos, como vasos e jóias; b) — não restar memória de seu dono; c) — estar oculto ou enterrado; d) — ser casual a invenção.

Em primeiro lugar, preciso é se trate de depósito antigo de moedas ou objetos preciosos, como vasos e jóias. Realmente, a coisa há de ser móvel. Portanto, não pode ser havido como tesouro o que se ache incorporado ao solo, como a mina ou a jazida, e que compartilhe, pois, da natureza imóvel.

Em segundo lugar, importa que não haja memória de seu dono. Tesouro tem de ser *res sine domino*. Esclarece o artigo 610 do Código Civil que “deixa de considerar-se tesouro o depósito achado, se alguém mostrar que lhe pertence”.

Em terceiro lugar, o depósito há de se achar *oculto ou enterrado*. Sustenta CLÓVIS (*Código Civil*, 3/138), que se não considera tesouro o achado de objetos preciosos nos escaninhos de um móvel. Pela mesma razão, não seria também tesouro o achado de valores dentro das páginas de um livro. Explica o eminente civilista pátrio que assim acontece porque a ocultação não se reveste da indispensável vetustez, necessária a caracterizar o tesouro, não sendo difícil, destarte, identificar-lhe o dono. Mas, tal opinião foi vantajosamente refutada por SÁ PEREIRA (*Ob. cit.*, pág. 358), o qual demonstrou a possibilidade de achado de tesouro hábilmente escondido em móvel de tal antigüidade, que problemática se tornaria a individualização do dono. Acrescente-se ainda que não pode ser havido como tesouro o que se encontre na superfície. Nesse caso, será um objeto perdido ou extraviado, não um tesouro no sentido jurídico. De modo idêntico, o encontrado no ôco de uma árvore, dentro de lata enferrujada (*Revista Forense*, 55/338).

Por fim, preciso se torna seja casual a invenção. Por conseguinte, inexistirá direito ao prêmio na hipótese em

que o inventor, intencionalmente, sem autorização, penetra em prédio alheio para realizar a pesquisa. Com a invasão do imóvel o inventor pratica ato ilícito, de que direito algum pode advir.

A lei prescreve que o tesouro seja dividido por igual entre o proprietário do imóvel e o inventor (artigo 607, *in fine*). No regime mais antigo, o tesouro era, por inteiro, do proprietário do solo. Era a velha atração do *dominium* romano. Em polo oposto, chegou a ser atribuído por inteiro ao inventor.

O Código Civil Brasileiro determina a partilha entre ambos. Ganha o proprietário do solo porque tem o domínio dêste, como extensão de seu direito dominial. Ganha, outrossim, o inventor, como prêmio, por haver restituído à economia social uma coisa esquecida (SÁ PEREIRA, 8/360).

Se o que o achar fôr o senhor do prédio, algum operário seu, mandado em pesquisa, ou terceiro não autorizado pelo dono do prédio, a êste pertencerá por inteiro o tesouro (artigo 608). O tesouro corresponde a um acessório do solo, a que adere. Por isso, pertence ao dono respectivo, se êste descobre — o por si, ou através de operário especialmente encarregado da busca. Mas, se entregue a outro serviço, casualmente o descobre o operário, terá direito à metade. Se vários operários o descobrem, fará jus ao prêmio aquêle que primeiro avistou ou topou com o tesouro. Relativamente ao terceiro, o Código mostra-se ambíguo. Contudo, o pensamento do legislador é o seguinte: direito ao tesouro êle não tem se, deliberadamente, se entrega à sua pesquisa. Merecê-lo-á, todavia, pela metade, se acidentalmente o encontra.

Se se tratar de terreno aforado, partir-se-á o tesouro, igualmente, entre o inventor e o enfiteuta, ou será dêste por inteiro, quando êle mesmo seja o inventor (Código Civil, artigo 609). O usufrutuário, por sua vez, não tem direito à parte do tesouro achado por outrem (artigo 727).

O sistema do Código, portanto, é este: na enfiteuse, o senhorio direto não aufere parcela alguma; e na enfiteuse, quem é excluído é o usufrutuário, cabendo o direito ao nu-proprietário.

Ad instar do que ocorre com a invenção, constitui crime a apropriação do tesouro, quer em face do antigo Código Penal (artigo 169, § único, n.º I), quer em face do nôvo (Decreto-Lei n.º 1.004, de 21-10-1969, artigo 181, § único, n.º I).

Pela sua analogia com a matéria que ora estamos a cuidar, interessa igualmente falar dos tesouros no fundo do mar. De fato, imensas riquezas esconde o fundo do mar, provenientes dos naufrágios. Refere a Enciclopédia Espasa que só defronte ao pôrto de Nova Yorque, num raio relativamente pequeno, submersas se acham riquezas num valor superior a vinte bilhões de pesetas.

Por exemplo, defronte a Hell Gate, jaz a fragata inglesa Hussar, afundada a menos de sessenta metros e que encerra em seu bojo vinte e cinco milhões de pesetas-ouro. A duzentos metros da Hussar se encontra o Lexington, que trazia de Vera Cruz quatro mil quilos de prata fina, meia tonelada de ouro e quinhentas mil piastras mexicanas. O Lusitânia, que jaz a oitenta e dois metros de profundidade, guarda no seu interior cinco milhões de pesetas, e o Ocean, que conduzia para a China parte do empréstimo, que lhe fôra concedido, afundou com vinte e cinco milhões de pesetas.

Entre nós, é conhecido o caso daquele navio pirata, que naufragou no pôrto de Paranaguá e que tem sido objeto de ingentes pesquisas por parte de um patricio, aliás, advogado de São Paulo. Se o tesouro vier a lume, a quem pertencerá? O problema jurídico já foi levantado, tendo-se sustentado que o mesmo pertencerá à União.

Também oferece conexões com o nosso estudo os vários tesouros perdidos, como o dos Incas, o do El Dorado e o de Lobengula. O primeiro foi escondido durante a con-

quista pelos espanhóis. Destinava-se ao resgate de Atahualpa e foi enterrado quando os incas se inteiraram de que seu soberano já havia sido morto. Deveria ser conduzido por doze mil lhamas e o seu pêso era de seiscentas toneladas. Jamais foi encontrado.

O de El Dorado teve sua tradição divulgada pelos conquistadores espanhóis, que mencionaram uma laguna sagrada da Guatemala, em que se guardariam incalculáveis riquezas do “homem dourado”. Os espanhóis inútilmente tentaram esvaziar a laguna, sendo realmente encontrados alguns objetos de grande valia.

O de lobengula é outro tesouro que se perdeu. Constituíam-se de marfim e diamantes, em tal quantidade que, segundo a tradição, daria para encher dez vagões.

Poderíamos aludir ainda ao de Rhampsinit, mencionado por Herodoto, mas ficamos por aquí. Já não estamos mais na ciência do direito, porém, em pleno domínio da fantasia. Cessa, portanto, a palavra do jurista, para que outrem, isto é, o escritor, retome o assunto, tão cheio de fascínio e de mistério.

Existiu, em Roma, Direito Comercial?*

Alexandre A. de Castro Corrêa

Catedrático de Direito Romano da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Grande número de legislações modernas conhecem ou conheceram o desdobramento do Direito Privado em *Commercial* e *Civil*. Assim, por exemplo, as legislações da França, Alemanha, Espanha, Itália, Áustria, Japão, etc.¹. A Suíça, com seu Código Único das Obrigações suprimiu a dicotomia. A Inglaterra, às vezes colocada entre as nações ignorando o desdobramento possui, entretanto, um “*Mercantile*” ou “*Merchant Law*”, com caracteres nítidos, embora, em consequência da falta de codificação, a separação entre êle e o Direito Civil seja menos pronunciada do que na França, por exemplo. Em *Roma* os jurisconsultos nunca pensaram em separar doutrináriamente o Direito Comercial do resto do Direito Privado. Nem mesmo termo técnico existe designando o comércio. “*Negotiatio*” significa ou exclusivamente o comércio por atacado ou uma operação isolada (equivalente ao “*tékne*” grego). O vocábulo “*mercatura*” refere-se ao comércio de *mercadorias* em sentido estrito.²

*. Fora as notas, reunidas pelo autor, a matéria do presente estudo é tirada dos *Études d'Histoire du Droit Commercial Romain. (Histoire Externe. Droit Maritime)*, Paris, 1929, do insigne romanista francês PAUL HUVELIN.

1. O Brasil também, até ser promulgado o projeto de *Código Único das Obrigações*, unificando o direito privado, separa ainda o Comercial do Civil.

2. A analogia é sensível, neste ponto, entre o direito Anglo-Americano e o direito romano pré-justinianeu.

Em tempo algum, ao contrário da Idade Média, se fala, entre os Romanos, do “Jus Mercatorum” (ou “Mercatorium”); êles nunca distinguem o *ato de comércio* do *ato jurídico civil*. — Por que?

A questão é tanto mais interessante quanto o direito grego, estreitamente aparentado ao romano e exercendo sôbre êste profunda influência, distinguia o Direito Comercial do Civil muito mais nitidamente do que o faziam os romanos. Existem, em Direito Grego processos comerciais (“emporikái dikai”) sujeitos a regras especiais e quanto ao Direito Marítimo encontramos corpos de direito costumeiro ou legislativo (“emporikói nómoi”) dotados de *unidade* e *autonomia*. O Direito Grego antigo, semelhante neste ponto ao Direito Inglês, não chegou à divisão da maioria das legislações modernas devido à insuficiência da doutrina, interpretando o direito e elaborando-lhe a síntese.³

Os romanos, pelo contrário, tiveram grandes jurisconsultos: e no entanto a autonomia, entre êles, do direito comercial, não chegou nem mesmo a esboçar-se. Por isso não tem sentido em Direito Romano a questão relativa à *natureza do ato de comércio*.

Vêr, aliás, a importante obra de BUCKLAND e MCNAIR, “*Roman Law and Common Law — A Comparative study*”, Londres, 1952. Em relação ao assunto, o “Common Law” é “comum” inclusive enquanto não distingue formalmente os dois ramos do direito privado.

3. A tendência para a dicotomia seria, assim, inerente ao direito grego o qual, neste particular, corresponderia mais ao espírito do direito moderno do que o Direito Romano. Seriam porisso, dignas d’interesse investigações históricas sôbre o direito grego clássico.

Vêr “*L’Autonomia del Diritto Commerciale nella Grecia Classica*”, artigo do Prof. UGO PAOLI, in “*Revista del Diritto Commerciale*”, 1935, vol. XXXIII, 1, pág. 36; vêr ainda, “*The law and legal theory of the Greeks*”, de J. WALTER JONES, Oxford, 1956, 1 vol.

Na conhecida “*História Universal del Derecho Mercantil*” (tr. espanhola de Gomez Orbaneja, Madrid, 1941) dedica PAUL REHME à Grécia um parágrafo, o 5.º (pp. 49-53), de seu capítulo II sôbre a Antiguidade.

Certos autores como PARDESSUS (in “*Lois Maritimes*”, I, 55) e MOREL (“*Les juridictions commerciales au Moyen-Âge*”, p. 13 e ss.) afirmam ter sido, em Roma, inútil o Direito Comercial. Tal opinião, segundo HUVELIN, carece por completo de fundamento. São, entretanto, divergentes as opiniões dos autores examinando a questão. GOLDSCHMIDT por exemplo (“*Universal Geschichte des Handelsrechts*”, p. 71-72) invoca a “tendência enérgica dos romanos para a abstração e a centralização (“*Abstraktions — und Centralisierungstrieb*”) — levando-os a elaborar e desenvolver a noção jurídica de *pessoa*, da *personalidade privada abstrata*, tendo por corolário a *igualdade jurídica* de todos os homens. A mesma tendência fê-los construir a noção de *coisa* (bem corpóreo)”. Para MOREL também, “a existência d’um Direito especial aos comerciantes contrariava diretamente a idéia romana da *unidade do direito*. O gosto inato dos Romanos para a *abstração*, levava-os a *unificar* invéz de *desdobrar* as normas jurídicas: assim, as normas *sobre pessoas* não distinguiam os *comerciantes* dos não *comerciantes* bem como *os bens* comerciais não eram separados dos *civis* ou não comerciais, nem os *atos de comércio* se distinguiam dos *atos civis*.

A razão de GOLDSCHMIDT não convence: o alegado espírito de abstração dos romanos não os impediu de consagrarem muitas desigualdades entre as pessoas, tais como as existentes entre cidadãos e estrangeiros, libertos e ingênuos, pessoas “*sui juris*” e “*alieni juris*”, etc.. Não se compreende, pois, porque êles não procederiam de maneira idêntica distinguindo o comercial do civil caso observassem *na prática* separação nítida entre os dois domínios.

GOLDSCHMIDT acrescenta: “O fato da indistinção se torna mais compreensível se considerarmos a seguinte circunstância: o grande número de questões pertencentes ao direito comercial ficou, em Roma, fora do âmbito jurídico; entre o senhor e o escravo, ou “*filiusfamilias*” comerciantes pode haver relações de contas sem haverem relações jurídicas *pròpriamente ditas*”. Entre o senhor e a pessoa “in

potestate” não há comércio nem relações jurídicas, pois, falando juridicamente *existe uma só pessoa*. A observação, apesar de verdadeira, não impede o desdobramento do direito em comercial e civil; o campo do direito comercial seria apenas mais restrito eliminando as relações entre o senhor e os “alieni juris”.⁴

THALLER (in “*De la place du commerce dans l’histoire générale*”, *Annales de Droit Commercial*”, 1892) dá explicação mais clara e plausível: é preciso considerar sobretudo o *espírito d’assimilação dos romanos* recolhendo principalmente da filosofia e do direito gregos o patrimônio intelectual bem como os *preceitos de política prática*. “Devido à rápida penetração no direito privado das concepções da filosofia liberal os comerciantes não precisavam colocar-se sob proteção de estatuto especial: a administração oficial da justiça pelo pretor romano peregrino satisfazia-lhes as exigências processuais. O comércio não precisa modelar-se segundo tipo corporativo quando os poderes públicos superiores sabem protegê-lo e compreendê-lo”. Quando a classe intermediária *dos cavaleiros*, plebeus enriquecidos, transformou as mais elevadas centúrias em diretoras da opinião e do direito a legislação se preocupou por assim dizer com sancionar os contratos suscitados pelo comércio. Se assim não procedessem, as centúrias teriam

4. Parece procedente, ao menos em parte, a resposta de HUEVELIN: a tendência, apontada por GOLDSCHMIDT, dos Romanos para a abstração e a centralização, de modo nenhum suprime ou anula seu senso *crítico* e *analítico*, revelado em tôdas as partes do direito e responsável pela transformação da *mera prática em ciência*. Sobre o espírito analítico dos juriconsultos romanos lembramos, entre outras, as brilhantes observações de JHERING nos parágrafos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 de seu “*Espírito do Direito Romano*”; vêr, também, SCHULZ — “*Principles of Roman Law*”, Oxford, Clarendon Press, 1936 (ou a tradução italiana de ARANGIO-RUIZ, Florença, 1946); do mesmo romanista alemão consulte-se ainda “*History of Roman Legal Science*”, Oxford, 1946.

desservido a seus próprios interesses profissionais pois os grandes encargos financeiros estavam em suas mãos; continuariam o regime de opressão contra povo sedentário, formado de “clientes” e fariam triste figura perante os mercados estrangeiros, trazendo, com suas trocas, riquezas aos romanos.

Veio finalmente o momento no qual os “clientes” se libertaram. Tal fato poderia ter prejudicado o comércio caso a plebe, senhora dos destinos da República, pendesse para um socialismo de igualdade forçada. A constituição do Império atendeu é certo a idéias igualitárias jamais chegando, entretanto, a limitar o livre exercício da maioria das profissões. As ofensas à liberdade verificadas no último período e levando, nos municípios imperiais, à organização corporativa forçada, decorrem de razões policiais e fiscais especiais sem qualquer relação com a necessidade de proteção autônoma dos homens, quando a autoridade deles desconfia, abandonando-os à própria sorte.”

Em resumo, observa HUVELIN, as idéias de THALLER se consubstanciam nas duas proposições seguintes:

1 — Um direito comercial diferenciado, encontra sua fonte no *direito corporativo dos comerciantes*; faltando corporações de comércio não há direito comercial diferenciado. Esta primeira proposição parece mui contestável a HUVELIN: o direito comercial das nações modernas sofreu por certo a influência do direito interno das corporações, sobretudo quanto à organização corporativa dos comerciantes com jurisdições comerciais e registros do comércio em certas legislações. Ele *não nasceu*, porém, do direito interno das corporações, sendo, como é, direito inter-corporativo, nascido no mercado em consequência da prática das trocas e estas encontram na corporação apenas *parte* de sua razão de ser. A verdadeira causa das trocas se encontra nas relações de uma corporação com outra, nas relações entre o membro da corporação e o estranho à mesma.

Na Idade Média “*jus mercatorum*” ou “*jus mercati*” é o *Direito Internacional ou inter corporativo do mercado*.⁵

2 — Em Roma não existiram corporações mercantis ou pelo menos elas só tardiamente apareceram para atenderem às necessidades administrativas e fiscais; tal fato se explica pelo direito comum dar aos comerciantes tôdas as garantias e liberdades necessárias. Esta última afirmação parece também inexata a HUVELIN, o qual nota:

5. Concordamos também com a crítica de Huvelin à engenhosa hipótese de THALLER; o direito comercial moderno é *inter-corporativo* e não *corporativo*: as corporações medievais surgiram como órgãos de defesa da burguesia nascente contra o poder feudal, baseado na conquista do solo e na servidão.

Visavam defender o comércio já existente é claro e juridicamente regulado, perante um poder central ou inexistente ou muito fraco. As trocas e o direito disciplinador delas são de todos os tempos e porisso HUVELIN chama com razão o “*jus mercatorum*” da Idade Média de *direito internacional* (no sentido de inter-corporativo) do mercado.

As opiniões do tratadista francês sôbre o assunto podem ser melhor apreciadas através de seu clássico “*Éssai historique sur le droit des Marchés e des Foires*”, 1 vol., Paris, Rousseau, 1897; leiam-se por exemplo, os caps. VII, “*Le Marché au moyen-âge-Sa place dans le régime seigneurial et féodal*” e VIII “*Le droit du marché et les formations municipales au moyen-âge*”.

Sôbre as rotas do comércio internacional durante o Império Romano (comércio de Roma com o Egito, a Síria; rotas marítimas para a Índia e Ceilão; comércio com a Ásia Menor; roteiros terrestres para a China e a Índia; comércio com a Grécia, a África, a Espanha, a Itália e as fronteiras do norte, com a Galia e com a Britania), vêr o conhecido livro de M. P. CHARLESWORTH “*Trade-Routes and Commerce of the Roman Empire*”, Hildesheim (Alemanha) 1961 — com tradução italiana de 1940 publicada em Milão.

Obra clássica sôbre as classes sociais e a economia do Império Romano é a de ROSTOWZEW, M., *The social and economic history of the Roman Empire*”, Oxford, 1926; há traduções, espanhola de 1937 por LOPEZ BALLESTEROS, Madrid, e italiana por SASENA, 1933.

desde os mais antigos tempos existiram em Roma corporações mercantis vivendo em regime de liberdade⁶.

6. Também aqui concordamos com HUVELIN: as “societates” e os “collegia” existem em Roma desde as XII Tábuas, onde eram permitidas em geral as associações, com a condição de “ne quid ex publica lege corrumpant” (“que os “sodales” (sócios) façam para si os regulamentos que entenderem contanto que não prejudiquem o público”, Tab. VIII, 2, segundo a tradução do prof. SILVIO MEIRA, em seu livro “*História e Fontes do Direito Romano*”, Editôra da U. de São Paulo, Saraiva, 1966, pp. 94).

No direito romano clássico as pessoas jurídicas do tipo das associações chamam-se “universitates”, “collegia”, “sodalitates”, “corporas”, v.g. D, 3, 4, “Quod cujuscumque universitatis nomine, vel contra eam agatur”, 38, 3 “De libertis universitatum”, 40, 3, “De manumissionibus, quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur”, 47, 22, “De collegiis et corporibus”. Apontam-se as seguintes no campo do direito privado: colégios sacerdotais, associações para funerais e sepultamento, “collegia tenuiorum”, “funeraticia”, associações de artes e ofícios (o rei Numa teria já formado nove corporações hierarquizadas na seguinte ordem: músicos, ourives, pedreiros e empregados de construções, tintureiros, cordeleiros, marceneiros, ferreiros, ceramistas, outros ofícios — vêr o precioso livrinho de DAUTRY e MAISANI, premiado pela Academia Francêsa, “*Guide Romain Antique*”, Paris, Hachette, 1952, pp. 35, 100 e 164) associações de funcionários públicos, “Apparitores” chamadas “Collegia, decuriae apparitorum”.

Desde a República são famosas as corporações industriais explorando minas de ouro, de prata e sal. As salinas, por exemplo, eram propriedade do Estado romano o qual concedia sua exploração a particulares, os “conductores salinarum”, “salarii”. Quanto à administração das finanças públicas, os “publicani”, formando “societates” ou pessoas jurídicas cram classe poderosa (“cavaleiros”) dentro do Estado romano, unida aos senadores. Obtinham dos *censores*, por cinco anos, a concessão de recolhimento dos impostos. Adiantavam ao Estado a soma a perceber dos contribuintes aos quais oprimiam. Os publicanos se reuniam em *sociedades* por *ações*, dispoendo de numeroso pessoal em Roma e nas províncias.

A discussão sôbre si constituíam pessoa jurídica é excelentemente resumida entre outros por CUQ, “*Manuel des Institutions Juridiques des Romains*”, 2.^a ed., Paris, 1928, p. 500, n. 6.

Que lhes era permitido erigirem-se em corporações prova-o, entre outros, o texto de Ulpiano, D, 37, 1, 3, 4.

Durante o Império podem elas ter adquirido o carácter originariamente desconhecido de órgãos fiscais e administra-

As “societates publicanorum” apareceram na época das guerras púnicas. Eram sociedades financeiras, exigindo grandes capitais, os quais ultrapassavam a fortuna dum particular. CUQ, op. cit., p. 493, explica: durante as guerras púnicas o tesouro público se esvaíra e o Estado precisava de empréstimos para poder garantir o funcionamento regular dos serviços públicos. O Senado, por conseguinte, apelou para o crédito, aparecendo assim a classe dos publicanos, credores do Estado. Associavam êles seus capitais, surgindo as “societates publicanorum”, semelhantes, nota CUQ (op. cit., pp. 500-1) às modernas sociedades em comandita, pois compreendiam duas espécies de membros: associados e participantes (“socii”, “adfinis” — Tito Lívio, 34, 16, 2).

Êstes últimos são meros prestadores de capitais, não participando da administração nem usando da ação “pro-sócio”. Podem usar a “Communi dividundo” — TITO LIVIO menciona a existência de “societates publicanorum” em 215 a.C. Elas subsistiram por muito tempo, sobretudo para a cobrança de direitos alfandegários (“portoria”), durando até o V.º século d.C.

Quanto às “salinae”, minas de sal, eram elas propriedade pública e exploradas mediante concessões a particulares, os “conductores salinarum”, “salarii”. As salinas existentes em terrenos particulares devem ser declaradas aos censores, informa o D, 50, 15, 4, 7. Os imperadores cobram direitos sôbre as salinas pertencentes ao Estado e arrendadas a concessionários os quais têm o monopólio da venda aos particulares (C.4, 61, 11).

As minas de ouro e prata eram também exploradas por “societates” — Segundo o C, 11, 6, 1, os exploradores eram obrigados a entregar ao govêrno oito escrúpulos por onça de metal extraído. Em C. 11, 6, 1, lemos: os exploradores de minas situadas em propriedades alheias devem 10% ao proprietário do fundo onde se encontra a mina, ficando para si próprios com o restante.

Durante o Império desaparecem os publicanos e com êles a possibilidade da formação do *grande capitalismo*: de Tibério aos Severos os imperadores confiscam as propriedades dos adversários, sobretudo terras de senadores e *minas das sociedades capitalistas*. Vêm assim a possuir enormes latifúndios (os “saltus” ou terras imperiais onde HADRIANO por exemplo, incentiva as pequenas indústrias. Da mesma forma procedem os particulares ricos, explorando por todos os meios os vizinhos pobres, transformando-os em meeiros quase servos (“coloni”) de seus domínios (v. DAUTRY e MAISANI op. cit., p. 161). Para um apanhado

tivos⁷. Da mesma forma, exemplifica HUVELIN, as corporações francesas de comerciantes e artesãos tenderam, no séc. XVIII, a assumir funções fiscais e administrativas ignoradas no século XIII. O Direito Romano, por outro lado, não parece ter sido desde o início liberal, individualista e favorável ao comércio: a “exceptio doli”, os contratos consensuais de compra e venda, locação e condução aparecem só no VII século; depósito, comodato e penhor surgem tardiamente; o formalismo subsiste mesmo no Baixo Império⁸. A explicação de THALLER, conclui HUVELIN, parece, pois, insuficiente devendo procurar-se alhures a causa da anomalia. O direito comercial romano ter-se-ia sem dúvida separado do direito civil se continuasse a se desenvolver nas mesmas condições de seu nascimento, a saber como

sobre a evolução econômica de Roma, desde o término das guerras púnicas até à época de Constantino, consultar entre outros ROSTOVZEFF, “*História de Roma*”, tr. portuguesa de Waltensir Dutra, Zahar editores, Rio, s.d., caps. 8, 13, 20, 22, 24.

7. Em consequência, parece-nos claro, da crescente intervenção do Estado na economia privada. Desaparecidos, por exemplo, os antigos “publicani” a “societas publicanorum” transformou-se em órgão estatal arrecadador e em órgão portanto do próprio Estado. Aliás, segundo observa PAUL REHME, op. cit., p. 56, os bancos públicos do Estado, imitando modelo egípcio, surgem a partir do Império, principalmente na África do Norte.

O mesmo autor, a pp. 59 e ss. resume, com brilho, a evolução do Direito Romano no Baixo Império, mostrando as restrições à economia capitalista, decorrentes da intervenção estatal.

8. Também aqui devemos concordar com HUVELIN: a influência do “jus gentium”, movido pela força propulsora do comércio, só lentamente se fez sentir; nos primórdios do Direito Romano não havia a bem dizer comércio, nem por conseguinte qualquer esboço de instituição de natureza comercial. A sociedade romana, até o fim das guerras púnicas, foi durante séculos patriarcal e de economia agrária, ignorando os contratos reais e consensuais, por exemplo.

*direito internacional do comércio.*⁹ Tal não aconteceu porque o direito dos mercados se tornou direito privado interno, em consequência do desenvolvimento político e das conquistas de Roma. A expansão do comércio romano e a conquista dos países com os quais Roma comerciava coincidiram; por conseguinte *as convenções* bilaterais de “*commercium*” transformaram-se em *concessões unilaterais* de “*commercium*” modificando-se o próprio sentido de “*commercium*”; em igual medida o “*jus gentium*”, internacional na origem, tornou-se direito interno, tendo os súditos do Império conquistado a igualdade de direitos. O direito comercial especializado, observa HUVELIN, só existe quando se pode desenvolver *como direito internacional*. Nas civilizações modernas se o abismo cavado entre o direito civil

9. Parece ao não especialista extremamente sugestiva a idéia de HUVELIN, ligando, de modo necessário, *internacionalismo* e *direito comercial*: com efeito, sendo universal, o fenômeno da circulação econômica transpõe, pela própria natureza das coisas, as fronteiras, por assim dizer, artificiais dos Estados. Vemos, em nossos dias, os países ocidentais negociando com a Cortina de Ferro. Na Antiguidade, embora a partir de certa época sujeitas à hegemonia de Roma e ao Império, perdendo por conseguinte sua soberania, as nações ou “*gentes*” não deixaram de existir, com suas peculiaridades respectivas. Nêste sentido, o “*jus gentium*” seria expressão lídima de *internacionalismo*, embora encerrado dentro dos limites políticos e militares do Império Romano, durante a existência dêste. Aqui, justamente, encontramos alguma dificuldade em atinar com o verdadeiro alcance do pensamento de HUVELIN: precisará o direito internacional ser necessariamente *inter-estatal*? Dentro do Império Romano, único *Estado*, politicamente falando, havia inúmeras “*nationes*”, concorrendo, com suas culturas diferentes para a eclosão do “*jus gentium*” o qual se formou não por imposição estatal e sim pela própria fôrça das relações entre as diversas culturas, mantidas pela *mediação* de Roma.

Encontramos modernamente o “*Commonwealth*” britânico reunindo em unidade política “*sui generis*”, aliás análoga à do Império Romano, várias e diferentes nações: deixará, por isso, o “*Common Law*” à semelhança do “*jus gentium*” romano, de ser formação eminentemente internacional? E internacional por se abrir, por assim dizer, a todos os povos, graças ao espírito mercantil do povo inglês?

e o comercial tende a desaparecer isto se explica pelo fato de *atenuar-se* o caráter internacional do comércio, à medida que progride a idéia da comunhão de interesses e solidariedade econômica entre os súditos de nações estrangeiras.¹⁰

Seja como fôr se, em verdade, não existe em Roma ramo jurídico próprio das instituições comerciais existem por certo instituições de direito privado tendendo a satisfazer às necessidades interiores das transações comerciais.¹¹ Quais os caracteres comuns, indaga HUVELIN, dessas instituições? Os meios diretos e imediatos, empregados pelas legislações modernas, afim de satisfazerem às exigên-

10. Também aqui podemos observar: a incorporação de nações inteiras ao Império Romano, transformando, diz HUVELIN, em concessões unilaterais as convenções antes bi-laterais de “*commercium*” não pôde alterar em sua essência o fenômeno comercial. Da mesma forma si no futuro a O.N.U., por exemplo, vier sobrepor a dos diferentes Estados uma super soberania, nem porisso terá desaparecido o direito comercial, com finalidades diversas das do direito civil. A solidariedade crescente entre as nações aumenta a interdependência entre os respectivos cidadãos, atenuando a força da noção de soberania. Assim, a prosperidade européia ou a norte-americana, por ex., são essenciais à nossa e muitas leis regulam a economia interna dum país em função do comércio exterior. O direito internacional do comércio vem, na exata proporção, a tornar-se direito *interno*. Mas, nem porisso desaparece a essência *mercantil* dos interesses internacionalmente regulados, nem, por conseguinte, o próprio *direito mercantil*. O direito comercial só desapareceria, propriamente, si dentre os motivos da conduta dos indivíduos e dos povos desaparecesse, como por milagre, o intuito de lucro..

11. Pelas razões indicadas acima não podemos concordar inteiramente com HUVELIN: o essencial para nós é a existência de instituições jurídicas tendentes à satisfação das necessidades do comércio, quer tais instituições pertençam ao direito externo quer pertençam ao interno. Por isso mesmo, a unificação do direito privado não pode eliminar a natureza *comercial* de certas relações jurídicas nem, por conseguinte, o *direito comercial*.

No caso do Direito Romano essa observação é reforçada pelo fato de, enumerando as características do direito comercial moderno, o próprio HUVELIN reconhecer com sua autoridade, que elas já existem no “*jus gentium*” romano como passa a demonstrar.

cias do comércio, facilitando o crédito pessoal e a circulação de valores, garantindo a boa fé e favorecendo a realização dos contratos são os seguintes: 1 — Presunção de solidariedade em tôdas as obrigações comerciais; 2 — presunção de seu caráter oneroso; 3 — materialização das obrigações; 4 — simplificação do processo; 5 — supressão, nos contratos, de tôdas as formalidades retardando-lhes a conclusão.

Ora, nota HUVELIN, tais meios (é possível mostrá-lo) não eram desconhecidos ao Direito Romano e nós os encontramos, desenvolvidos ou em germe, no direito das instituições privadas aplicadas ao comércio.

1.º — *Presunção de solidariedade nas obrigações comerciais*. Os legisladores modernos (especialmente o francês) admitiram êste princípio para darem mais segurança ao credor, favorecendo, por conseguinte as operações de crédito. Em direito civil (Código Civil Francês, art. 1.971) a solidariedade deve ser estipulada; em todos os contratos comerciais, pelo contrário, tal solidariedade se presume. Na compra e venda todos os compradores são solidários podendo o vendedor, se lhe convier, reclamar de qualquer dêles a totalidade do preço. O mesmo acontece nos outros contratos, sobretudo na fiança: a fiança comercial é solidária e nela se renuncia tácitamente aos benefícios de discussão ou de divisão. É a extensão do princípio governando os associados em nome coletivo. Sucederá o mesmo em Direito Romano? Questão discutida, responde HUVELIN e difícil de resolver. A lei presume solidariedade em tôdas as instituições do direito comercial sôbre as quais possuímos informações. São por exemplo solidárias as obrigações dos “argentarii”, dos armadores de navio e dos estalajadeiros, dos “institores” e dos “magistri navium”, etc.¹²

12. “Argentarii”, informa BERGER, em seu “*Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*”, são banqueiros, donos de firma bancária (Vêr na coleção “*Que sais je?*” — Presses Universitaires de France, Paris, 1964 — o volume “*Histoire de la Banque*”, por A. DAUPHIN-MEUNIER, cap. III, pp. 22-32). Realizavam diversas operações financeiras tais

Embora não possamos, em rigor, concluir que a solidariedade se presume em *tôdas* as obrigações comerciais e

como compra e venda de moedas, empréstimos a juros, com ou sem hipoteca, etc. Estavam obrigados a manter contabilidade exata e honesta, pois seus livros ("*rationes*") gozavam de fé pública, "*fides publica*", devendo ser exibidos como prova ("*edere rationes*", "*editio rationum*") em processo envolvendo clientes, ainda quando o banqueiro mesmo não fôsse parte. O dever de exibição dos livros em juízo era explicitamente formulado no edito do pretor, dando-se ação especial contra o "*argentarius*" recalcitrante. Quando executasse o cliente por dívida em dinheiro ("*actio qua argentarius experitur*") devia o "*argentarius*" deduzir do pedido tudo quanto por sua vêz devesse àquele ("*agere cum compensatione*") sob pena de perder a ação por "*pluspetitio*". As mulheres não podiam exercer a profissão de banqueiras — V. D., 2, 13 — "*De edendo*" ("*Da apresentação em juízo*"). "*Relegare pecuniam*" significava a ordem dada pelo cliente ao banqueiro para êste efetuar um pagamento *em nome e por conta* daquele. "*Nummularius*" era o dono de pequeno banco realizando principalmente operações de câmbio. "*Mensa*" era o balcão onde se faziam tais operações "*mensa argentaria*", "*nummularia*" e "*mensalarius*" chamava-se o dono do estabelecimento, aceitando, também, depósitos em dinheiro. A responsabilidade de capitães de navio "*nautae*" e estalajadeiros, "*caupones*" pelo dano, furto ou roubo causados às coisas custodiadas por êles (Cód. Civ. br., arts. 1.284-5) era sancionada pelo pacto pretoriano denominado "*receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*".

"Institores" donde "responsabilidade institoria", "*actio institoria*" etc., são os administradores de estabelecimentos comerciais ou industriais, nomeados pelos donos dêstes. Tais donos podiam responder diretamente aos termos duma "*actio institoria*" em razão das obrigações, conexas com o ramo de indústria ou de comércio, assumidas pelo "institor", isto é, preposto ou gerente (G. 4, 71; Inst. 4, 7, "Dos contratos feitos com quem está sob o poder de outrem" 2; D., 14, 3, "Da ação institoria"; C. 4, 25, "Da ação exercitória e da institoria"). Durante ainda o período clássico prescindiu-se do caráter comercial da transação, de modo a qualquer pessoa poder responder pelas obrigações contraídas por um administrador ("*procurator*") seu. A ação chamou-se porisso "quasi institoria", modelando-se pela institoria. Esta ação junto com outras afins como a "exercitoria", a "quod jussu", a "de in rem verso", a "de peculio", etc., pertence ao grupo das ações chamadas "*adjecticiae qualitatis*" (ações adicionais ou obliquas) pelo fato de

em *tôdas* aquelas contraídas por comerciantes é lícito, pelo menos, pensar, tivesse a prática romana sentido a necessi-

nelas a responsabilidade “in solidum” do preponente resultar de ato do preposto. “Magister navis”, define o D. 14, 1, “De exercitoria actione” 1, 1 (Ulp.) é aquêlê “cui totius navis cura mandata est”, isto é, “o encarregado (preposto) de cuidar de todo o navio” — Seu contrato com o dono do navio (armador), informa BERGER, op. cit. v. “Magister navis” era ou de locação de serviços (locatio conductio operarum) ou de mandato, caso assumisse o encargo gratuitamente.

Em 4, 71, GAIO diz: “Pela mesma razão, instituiu o pretor mais duas ações, chamadas uma “exercitoria” e “institoria” a outra. A primeira tem lugar quando o pai ou o dono colocam o filho ou o escravo como comandante de navio e alguém realiza negócios com o preposto, dentro dos limites das suas atribuições. Pois, considerando-se serem também concluídos por vontade do pai ou do dono, parece justíssimo dar uma ação para haver a totalidade da dívida, contra êles. E esta ação pretoriana é exercitável contra o pai ou dono quer tenham colocado um estranho como comandante do navio quer o próprio filho ou um escravo. Chama-se a ação “exercitoria” por denominar-se “exercitor” (armador) aquêlê que conhece dos lucros quotidianos do navio.

Aplica-se a fórmula “institoria” quando alguém coloca o filho, um escravo ou homem livre como preposto de taberna ou de qualquer emprêsa e algum negócio se conclui com o preposto, dentro dos limites das suas atribuições.

Chama-se à ação “institoria” por denominar-se “institor” (gerente) o preposto à taberna”

Em livro interessantíssimo intitulado “Études sur les classiques latins, appliquées au droit civil Romain” — lère Série — “Les Satiriques — Horace, Perse, Martial, Juvenal”, por BENECH, Paris, 1853, informa o Autor (p. 221):

“Êste preposto toma o nome “d’institor”, “ex eo quod negotio gerendo instet” (D. 14, 3, “Da ação institoria” 3, Ulp.) “pelo fato de *instar* na gestão dum negócio”, dizem os jurisconsultos. O “institor” estabelecia seus empórios e lojas nos bairros mais frequentados e suas usurpações acabaram obstruindo e asfixiando grande parte das ruas, invadindo o próprio “Forum”

Marcial agradece ao Imperador pelo fato dêste haver reprimido as espoliações do “institor” fazendo-o voltar a justos limites e ressuscitando assim Roma, sumida por assim dizer no meio das lojas, transformada de fato, em imensa loja: “Abstulerat totam temerarius institor

dade de adotar a regra, *generalizada* pela prática moderna.¹³

2.º — *Presunção do caráter oneroso das obrigações comerciais*. Sendo a especulação o móvel da atividade comercial tôda a obrigação presume-se assumida mediante contra-prestação. Este princípio se manifestou de maneira esporádica em Direito Romano, embora jamais tenha sido afirmado pelos jurisconsultos de maneira dogmática. O antigo mútuo, por exemplo, como contrato entre amigos era gratuito e os romanos por muito tempo o consideraram como insuscetível de juros; o contrato, a princípio, não era comercial.¹⁴ O empréstimo comercial, entretanto, desenvol-

urbem. In que suo nullum limine limen erat; Jussisti tenues, Germanice, crescere vicos, Et modo quae fuerat semita, facta via est.

Nulla catenatis pila est praecineta lagenis; Nec praetor medio cogitur ire luto.

Nunc Roma est; nuper magna taberna fuit". (*"Satiras"*, VII, epigrama 61).

Tradução: "O mercador temerário acabara privando-nos de Roma inteira e nenhuma entrada havia onde entretanto deveria haver (*). Mandaste, ó Germânico, alargar nossas ruelas e a outrora estreita passagem transformou-se em avenida. Não mais se vêem colunas rodeadas de bilhas acorrentadas (**), nem o pretor é mais obrigado a caminhar em plena lama. . Agora, Roma existe; antes, não passava de grande armazém".

* O poeta quer dizer: a exposição das mercadorias ocupava o limiar das casas vizinhas às lojas. Dessa forma, os comerciantes em Roma tinham invadido aos poucos a via pública, dificultando muito a circulação. Domiciano (81-96) regulou a matéria mediante edito.

** Trata-se de estabelecimento de vendedores de vinho os quais encadeavam as bilhas para evitarem o seu furto. A palavra "pila" parece indicar espécie de coluna móvel servindo à exposição ou anúncio dos gêneros vendidos.

13. A fórmula da "actio institoria" é também "in solidum" Sobre a solidariedade vêr nosso pequeno: "*Estudo sobre as obrigações solidárias em Direito Romano*", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1960.

14. Tal concepção, liga-se, sabemo-lo, à evolução histórica do Direito Romano, preso durante séculos, até às guerras púnicas, às necessidades rudimentares de sociedade patriarcal e agrária, com escasso comércio.

"A agricultura era, de longe, o modo de vida mais importante da antiga Roma. O termo latino "cultura" significa "o trabalho da terra"

veu-se sob a influência de circunstâncias econômicas novas e passou a render normalmente juros. Chamaram-no “foenus” e nos séculos VI e VII de Roma distinguiram-se com cuidado os vocábulos “mutuum” e “foenus”. Assim por exemplo na “Asinaria”, I, 3,59 PLAUTO diz: “Nam si mutuo non petero, certunst suman foenere” (“pois si eu não puder obter o dinheiro gratuitamente, obterei a juros”). Mais tarde os dois termos se confundiram às vezes chegando-se a falar de mútuo a juros, admitindo-se que todo o empréstimo consentido por “argentarii”¹⁵ fôsse oneroso. Talvez

(agri-cultura)”. CARL GRIMBERG, “*História Universal* 4.^a *Das origens de Roma à formação do Império*”, Tr. de Jorge de Macedo, da Faculdade de Letras de Lisboa, Publicação Europa-América p. 51. A partir de 146 a.C., mais ou menos, começa, com o capitalismo o “jus gentium”. Daí por diante generaliza-se o mútuo feneratício, aparecendo junto com os juros as figuras clássicas dos usurários, satirizados pelos poetas latinos — Na *Sátira* II, livro 1, descreve Horácio a Fufidio, exigindo 5% ao mês pagos antecipadamente (BENECH, op. cit., p. 96). Vale a pena recordar com GRIMBERG, op. cit., p. 181, a figura de Crasso: “Estabelecera as bases de enorme fortuna comprando bens e propriedades por preços ridículos e enriquecera ainda mais por meio de novas iniciativas: especulações imobiliárias e atividades industriais. duma longa série de especuladores e capitalistas, que surgiram com a transformação econômica da Itália, que fôra até então país agrícola. Além disso praticava a usura em grande escala. Crasso foi o primeiro. Este processo era a consequência inevitável das conquistas de Roma no Oriente. O espírito mercantil fêz imensos progressos e foi acompanhado, em tôdas as classes da sociedade, de uma necessidade sempre crescente de luxo e de prazer”.

O aparecimento relativamente tardio, em Roma, do comércio, talvez seja a causa principal da distinção entre “jus civile” e “jus gentium”, origem histórica da distinção moderna entre direito civil e comercial. O mútuo “amicitiae causa” é gratuito (C.c., art. 1.262) enquanto o empréstimo comercial é sempre oneroso (art. 248, C. Com.).

15. Depois das guerras púnicas, a profissão de banqueiro (“mensa argentaria”) foi regulamentada pelo Estado. Os banqueiros, apesar das sátiras dos poetas têm, em geral, boa reputação (“optimi viri”), enquanto os falidos são manchados pela “infamia”; falir, dizia-se: “mergere mensam” (“afundar a mesa”), “mensam evertere” (“virar a mesa”). Vêr “*Guide Romain Antique*”, op. cit., p. 61, contendo a

devamos estender a mesma regra a outros comerciantes e outras obrigações tomando por base o seguinte fragmento de PAPINIANO in D., 22,1, “*De usuris*”, 1,1 — “*Socius si ideo condemnandus erit quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit: omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae*” (Tr.: “Se o sócio duma sociedade comercial — devêr ser condenado por desvio de fundos sociais ou pelos ter empregado para seu uso particular, pagar-se-ão juros mesmo sem constituição em mora”). Há finalmente, sempre presunção de onerosidade nos casos de mútuo comercial, isto é, de “*nauticum foenus*”¹⁶. Neste contrato o simples pacto basta para fixar

fotografia de recibo passado por banqueiro de Pompéia. O “*receptum argentarii*” é contrato pelo qual o Banqueiro (“*argentarius*”) se obriga a efetuar determinado pagamento por conta do cliente, confundindo-se, assim, com o “*constitutum debiti alieni*” — (Inst., 4, 6, “*De actionibus*”, 9; D., 13, 5, “*De pecunia constituta*”, C., 4, 18, “*De const. pec.*”; Nov. 115, 6).

16. Sôbre o “*nauticum foenus*”, ou “*trajecticia pecunia*”, (D. 22, 2; C. 4, 33) como origem remota da *sociedade em comandita simples*, vêr o artigo do Prof. DARCY DE ARRUDA MIRANDA JUNIOR, in “*Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos, econômicos e sociais*”, (publicada pela “*Instituição Toledo de Ensino*”, de Baurú); para o histórico da mesma sociedade, *ibid*, pp. 45 e 55. Enquanto as simples convenções não bastam em Direito Romano para obrigarem o devedor ao pagamento dos juros sôbre o dinheiro mutuado, exigindo-se as *estipulações* (“*stipulationes usurarum*”) respectivas, (v. C. Civil Bras., art. 1.262) o dinheiro emprestado para viagem marítima (“*empréstimo a risco*” do *C. Com. Brasileiro*, art. 633 e ss.) e chamado porisso “*trajecticia pecunia*” autoriza a cobrança de juros convencionados por *simples pacto* e até mesmo acima da taxa legal, fixada, respectivamente, em 4% (“*tertia centesima*”) ao ano para os devedores “*nobiles*” ou “*inlustres*”, em 8% para os comerciantes e em 6% para as demais pessoas.

Desde o fim da República encontramos a taxa legal de juros fixada em 1% ao mês (“*centesimae usurae*”) mas, na prática, os mutuantes se contentavam com a metade ou 0,5% ao mês (“*semisses usurae*”, “*semunciarium foenus*”, 6% ao ano). CÍCERO, citado por CUQ, in “*Manuel des Institutions Juridiques des Romains*”, Paris, 1928, p. 437 e ss., diz nas *Cartas a Attico*, I, 12: “*nam a Caecilio propinqui minore centesimis*

os juros e em falta de cláusula contrária tal pacto se sustentando. Não é, pois, temerário concluir, afirma HUVÉLIN: pelo menos em *certos casos* os Romanos chegaram à mesma regra das legislações comerciais modernas.

nummum movere non possunt”, “de Cecílio nem mesmo os parentes conseguem um sestercio sequer a menos de 12% de juros”. Em outro lugar das “*Cartas*”, citado pelo mesmo CUQ, (V, XXI, 10-13) expõe Cícero caso de cobrança de juros legais e à cima da taxa legal, chegando a 4% ao mês. O caso merece ser resumido, pois mostra de maneira expressiva aspecto interessante da vida econômica romana ao tempo do grande orador. Quando Governador da Cilícia (51-50 a.C.), foi êle procurado por dois credores de residentes em Chipre (Salamina). Um dêles, M. Scapcio, pediu a Cícero a prefeitura de Salamina, mas o orador negava-se a nomear negociantes para cargos públicos (“negavi me cuiquam negotianti dare”) e tranquilizou o credor, dizendo-lhe: si queria ser prefeito para reaver seus créditos, êle, Cícero, trataria do assunto. (“Sin praefectus vellet esse syngraphae causa, me curaturum, ut exigeret”). Appio dera a Scapcio algumas turmas de cavaleiros para êste coagir seus devedores de Salamina, nomeando-o, ao mesmo tempo, prefeito; revestido de tamanho poder, o usurário vexava os Salamínios. Cícero interveio, ordenando aos cavaleiros que sahissem de Chipre, irritando com isso a Scapcio. Os devedores vieram a Cícero, o qual ordenou-lhes pagassem suas dívidas, deixando de lhes ouvir as recriminações sôbre os “syngraphae”, isto é, as confissões de dívida assinadas pelos devedores e pelo credor, bem como sôbre os vexames praticados por Scapcio.

Em consideração aos serviços prestados à cidade por êle, Cícero rogou-lhes terminassem o negócio ameaçando afinal coagi-los. Os devedores declararam-se dispostos a pagar, dizendo que iriam fazê-lo com dinheiro de Cícero, pois tudo quanto costumavam dar ao pretor, sendo recusado por êle seria como por êle mesmo pago: os créditos de Scapcio eram até um pouco inferiores às requisições do pretor.

Cícero louvou-lhes a resolução. “Certo, respondeu Scapcio, mas façamos os cálculos dos débitos”. E aqui aparece o aspecto interessante da questão: no edito translaticio, isto é, passando de pretor a pretor, Cícero determinara o pagamento de 1% de juros ao mês (“centesima usurae”), mais anatocismo ou capitalização anual, enquanto o credor baseando-se na obrigação literal reclamava juros de 4% ao mês.

Ao observar-lhe Cícero ser impossível violar o edito, o interessado invoca sanatusconsulto dizendo expressamente: “Ut qui Ciliciam obti-

3.º — *Materialização das obrigações*. Por materialização”, doutrina HUVELIN, entende-se a identificação da obrigação com papel servindo de veículo daquela. Exemplos: títulos (“Cód. Civ. br.”, arts. 1.505 a 1.511) ao portador (ações,

neret jus ex illa syngrapha diceret”, isto é, “julgue o governador da Cilícia de acordo com o teor dos documentos” Horroriza-se o grande orador, vendo na execução de tais obrigações abusivas o fim e a morte da cidade. E encontra dois outros senatusconsultos sobre o mesmo assunto. Os Salaminios queriam obter em Roma empréstimo d’amortização, sendo entretanto impedidos pela lei Gabinia. Os amigos de Bruto, porém, movidos pelo prestígio e crédito deste, dispunham-se a emprestar a juros de 4% ao mês com a condição de serem autorizados a tanto por um senatusconsulto. O Senado respeitou o crédito de Bruto decretando: “Sem resultar nenhum prejuízo quer para os Salaminios quer para quem lhes emprestasse” Fêz-se o empréstimo: descobriram, porém, depois, os mutuantes a inutilidade do senatusconsulto, pois a lei Gabinia proibia a cobrança judicial de tais obrigações. Donde, novo senatusconsulto dispozo: “Esta obrigação será tratada por modo igual às outras e não diferentemente”. Dada por Cícero a explicação Scapcio chama-o à parte, dizendo-lhe não ter mais nenhuma objeção; os devedores acreditavam dever-lhe a êle, Scapcio, duzentos talentos, quantia a qual o credor estava disposto a receber. Na verdade a dívida era pouco menor mas Scapcio solicitava os bons officios de Cícero, determinando-os a pagar os mencionados duzentos talentos. “Perfeito”, responde o orador e afastando Scapcio chama os devedores perguntando-lhes quanto devem; “cento e seis” respondem a Cícero, o qual por sua vez informa Scapcio: êste prorrompe em imprecações. Cícero convida as partes ao confronto das contas: elas o fazem, até o último vintém. Terminada a operação os devedores querem pagar, exortando o credor a receber; êste, porém, pede a Cícero mande interromper o negócio e o orador accede ao pedido desabusado, não atendendo a solicitação dos gregos no sentido de guardarem o dinheiro em templo. Todos quantos acompanhavam o caso clamavam contra a impudência de Scapcio, não satisfeito em receber um por cento mais anatocismo; para outros não podia haver estultice maior — Cícero porém, tira do incidente conclusão no primeiro sentido, entendendo haver por parte do credor mais impudência que tolice, pois êle aceitava 1% de juros sobre crédito bom (“bonum nomen”) e esperava obter 4% sobre crédito mau (“nom bonum nomen”). Note-se: o “bonum nomen” (12% ao ano) é legal e garantido pelos tribunais, enquanto o “non bonum nomen”, ilegal (48% ao ano) não é garantido. Exposta a

obrigações, títulos de renda), efeitos de comércio (conhecimentos, apólices de seguros). O direito não pode ser exercido sem a produção do título; titular é quem apresenta o certificado ou aquêle cujo nome se acha inscrito

causa, Cícero dela espera decisão acertada por parte de Bruto, decisão certamente conforme ao pensamento do tio dêste (Catão, meio-irmão de Servilia, mãe de Bruto) sobretudo à luz de *senatusconsulto* recente em favor dos credores e mandando cobrar juros simples à razão de 1% ao mês. Era vantajosa para os Salaminianos tal decisão pois até ela deviam êles o capital “cum anatocismo anniversario”. Um amigo de Cícero queixa-se, por carta, do perigo representado por tal *senatusconsulto* o qual daria perigosa oportunidade de reajuste de contas: (“ne culpa *senatus his decretis res ad tabulas novas perveniat*”); e lembra o mal feito outrora por C. Julio (Cesar, provàvelmente) concedendo moratória aos devedores. O orador termina o relato do episódio pedindo a seu correspondente que medite a defesa perante Bruto em causa contra a qual “*nihil honeste dici potest*”, sobretudo quando Cícero a deixara sem nenhuma alteração — Dizendo isto passa a tratar de questões domésticas, “*reliqua sunt domestica*”, (V, 14).

Vale a pena lembrar aqui as palavras conhecidas de Catão, o Antigo (234-149 a.C.), iniciando o “*De Agricultura*”; elas refletem bem a mentalidade austera dos velhos romanos, desdenhosos do comércio e sobretudo da usura. Tal mentalidade opõe-se, de maneira direta, à predominante no tempo de Cícero, um século mais tarde. Eis o texto de Catão: “*Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, nisi tam periculosum sit et item fenerari, si tam honestum sit. Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanto peiorem civem existimarit feneratorem quam furem, hinc licet existimare. Et virum bonum quom laudabant, ita laudabant, bonum agricolam, bonumque colonum. Amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur. Mercatorem autem strenuum studiosumque rei quaerendae existimo, verum, ut supra dixi, periculosum. At ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque invidiosus minimeque male cogitantes sunt qui in eo studio occupati sunt.*” (I, 1-4). Permitimo-nos oferecer a tradução portugueza do texto latino:

“Ganhar dinheiro no comércio seria, por certo, mais lucrativo às vezes si não fôsse tão arriscado; emprestar dinheiro a juros também si fôsse tão honesto. Nossos antepassados assim julgavam, incorporando tal modo de pensar em suas leis as quais condenavam o ladrão

no mesmo; onde estiver o título aí estará seu titular. Os Alemães, ensina HUVELIN, dizem comumente: há *incorporação* da dívida no título. Tal fenômeno, característico do direito comercial moderno é chamado de *materialização* das obrigações pelo autor francês aqui parafraseado. ROMA não chegou tão longe dentro desta direção; não achamos ali propriamente o título ao portador ou à ordem. Todavia, nas obrigações comerciais, a “cautio” romana desempenhava freqüentemente papel mais concreto do que a “cautio” atestando obrigações civis. Assim os “chirographa”, instrumentos das obrigações contraídas pelos peregrinos eram essencialmente títulos comerciais. Ora, segundo GAIO atesta, em termos precisos (III, 134) tais “chirographa” eram contratos formais. “Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis...” (Tr.: “Além disso, a obrigação literal parece constituir-se mediante quirógrafos e singrafos..”).

Mesmo repelindo, observa HUVELIN, a idéia da assimilação ao contrato literal romano, é forçoso reconhecer que nos encontramos aqui perto da idéia de incorporação do direito no título. Nas comédias de PLAUTO fala-se já, muitas vezes, de obrigações exigíveis em proveito de quem apresentar ao devedor os títulos ou o anel de seu credor (“*Curculio*”, III, 59 e ss.; “*Bacch*”, II, 3,92 e ss.; “*Curculio*”, II, 3,67). Isto não basta para provar tivesse o Direito Romano *consagrado* tal prática, já aceita ao contrário pelo *Direito*

no dôbro e o usurário no quádruplo. Donde se depreheende quão menos indesejável era para êles o ladrão, comparado ao usurário. E quando queriam louvar um homem digno chamavam-no “bom agricultor”, “bom lavrador”. A pessoa assim elogiada reputava-se alvo da mais alta recomendação. Considero homem enérgico o mercador, voltado para o lucro; sua carreira porém, como acima disse, parece-se arriscada e sujeita a desastres. Da classe rural, pelo contrário, vêm os homens mais corajosos e os mais expeditos soldados; sua profissão é mais altamente respeitada, sua existência mais garantida e considerada com menos hostilidade. Os agricultores, finalmente, parecem menos inclinados à malevolência”. Poder-se-ia melhor do que nestas palavras exprimir mais completamente a filosofia prática da aristocracia rural?

Grego. Como porém, observa HUVELIN, o “chirografum” grego se naturalizou romano sob o nome de “cautio” pode-se admitir não fôsse estranha ao Direito Comercial Romano a prática helênica descrita por PLAUTO. Certos indícios atestam, no Baixo Império, a idéia persistente da materialização das obrigações. Exemplo: o sistema da “querela non numeratae pecuniae” e sobretudo a existência de “condictio” dada a quem subscreveu bilhete e não recebeu o dinheiro, afim de reclamar o bilhete (chamado pelos textos “cautio” ou “obligatio”). Assim, no C., IV, 30, “De non numerata pecunia”, const. VII, lemos: “Per condictio-nem obligationem repetere . . . potestis”; e a “Const.” IV, do livro IV, Título 9, “De conditione ex lege” do mesmo Código diz: “Reddi tibi cautionem praesidiali notione postulare potes”. JUSTINIANO criou também, no mesmo sentido, uma “Condictio sine causa” aplicável sobretudo à “cautio” continuando com o credor apesar de paga a dívida.¹⁷

17 É viva na literatura romanística e assáz instrutiva a contro-
vérsia sôbre a verdadeira natureza dos contratos chamados “literais”.
GIFFARD, no excelente volume “*Droit Romain et Ancien Droit Français
Obligations*”, 2.^a ed. com a colaboração de VILLERS (Dalloz, Paris, 1967)
distingue: os “nomina arcaria”, “indicações de caixa” (Gaio, 3, 131)
são *simples meios de prova de contratos reais*. Esta mesma, aliás,
é a declaração de Gaio no lugar citado; ouçamo-lo: “Alia causa est
eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei non litterarum
obligatio consistit, quippe non aliter valent quam si numerata sit
pecunia: numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. Qua de
causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem sed
obligationis factae testimonium praebere”. Exemplo de lançamento
comprobatório, apenas, de mútuo: “Titio datum centum *ex mutuo*”
Trata-se, aqui, de obrigação *causal*. Já, pelo contrário, os “nomina
transcripticia” (“transcrições de créditos”) são puramente literais e
abstratos, sob a dupla forma indicada por Gaio (3, 128 a 134): “trans-
criptio a persona in personam” e “transcriptio a re in personam”
Tais registros originam o crédito de soma de dinheiro independentemente
de qualquer empréstimo efetivo. E, neste sentido, contém já,
sem sombra de dúvida, o *princípio* ao menos da abstração e literalidade
modernas. Confirmando tal maneira de vêr, encontramos claro texto
de CÍCERO, citado por CUQ, “*Manuel des Institutions Juridiques des
Romaines*”, 2.^a ed., Paris, 1928, pág. 422, n. 9. Trata-se de passagem

4.º — A simplificação do processo é o quarto meio empregado nas legislações modernas afim de favorecerem o

dos “*Tópicos*”, 3, onde o grande orador afirma: “Multum enim differt, in arcane positum sit argentum aut in tabulis debeatur” GAIO (3, 124) mostra em singelo exemplo o modo de se transformar em *abstracta* uma obrigação *causal* (novação objetiva) ao descrever a “*expensilatio*” dizendo: “A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod tu exemptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas id expensum tibi tulero”. A “*expensilatio*” (De “*expensum ferre*”, quantia pesada e dada ao devedor) em razão da qual nasce o crédito *abstracto* (v.g. “*expensum Titio Centum*”), sucedendo ao crédito anterior *causal* (v.g. “*Expensum Titio Centum e societate*”) constitui verdadeira “*novatio*” (C. *Civil Brasileiro* art. 999, I). Aliás, exatamente como a “*stipulatio*” o contrato literal, além da função novatória, podia *crear* obrigação primitiva.

A novação subjetiva (C.C.B.º, art. 999, II) é também descrita sucintamente por GAIO, 3, 130) — “A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi”. À vista do acima exposto, compreende-se, com facilidade, o juízo de CUQ (op. cit., p. 422) dizendo: “L’inscription sur le “*codex*” peut servir à rendre juridiquement obligatoire la promesse de payer une somme d’argent qui n’a pas été réellement prêtée”. Em abono de seu modo d’entender aduz o preclaro romanista o texto de CÍCERO, nos “*Tópicos*”, 3: “Multum enim differt, in arcane positum sit argentum aut in tabulis debeatur” (op. cit., ib., nota 9). Si assim é, podemos concluir afirmando, desde o “*jus civile*”, a existência de obrigações literais e abstractas, semelhantes às do direito comercial moderno. A simples inscrição no “*codex*” *origina* o vínculo jurídico de débito e crédito. Quanto aos “*chirographa*” e “*syngraphae*” parecem verdadeiras *notas promissórias* da Antiguidade, autênticos títulos de transações comerciais, acessíveis aos “*peregrini*” e de aplicação internacional, portanto.

No “*chirographum*”, o devedor, exprimindo-se na primeira pessoa, reconhece-se obrigado perante outrem. O ato, de origem grega, apresenta a forma de carta, com fórmula inicial de saudação (Exemplos no D, 17, 1, 59, 5; 17, 1, 60, 1; 17, 1, 60, 4). Sendo bilateral o negócio as duas partes saúdam-se reciprocamente formulando suas declarações respectivas.

O “*syngrapha*” é redigido na terceira pessoa, contendo a assinatura de testemunhas (D, 45, 1, 126, 2), as quais, no Egito, eram usualmente seis.

movimento comercial. Tal meio era já empregado pelo Direito Grego onde os “*emporikái dikai*” (“processos co-

O documento é confiado a uma das testemunhas, encarregada de exhibi-lo em juízo, no caso de controvérsias; tem maior valor probatório do que o “*chirographum*”; êste, no Egito romano, só podia ser utilizado mediante *registro* (“*demosiosis*”, em grego) no tribunal de Alexandria. Depois destas informações de caráter histórico, pronuncia-se CUQ (op. cit., p. 425) sôbre a matéria jurídica dos “*chirographa*” e “*syngraphae*” dizendo: “*Le chirographum*” et la “*syngrapha*” sont des contrats formels par lesquels l’une des parties se reconnaît débitrice de l’autre ou lui promet une dation”.

Seu caráter internacional e pois *comercial* resulta de serem tais documentos “*obligatoires entre pèrègrins sans stipulation*” como decorre de GAIUS, III, 134: “*Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat*”.

A conclusão de CUQ é categórica: “*On n’a pas non plus à rechercher si la remise de valeur qu’ils mentionnent est réelle ou fictive*” “*Ce sont des contrats abstraits*” (grifo nosso).

Ora, que mais é preciso para reconhecer nestas obrigações a “*incorporação da dívida no título*” ou a “*materialização das obrigações*” segundo a terminologia de HUVELIN? — Para comprová-lo é bastante mencionar a nítida distinção funcional existente entre os documentos aqui estudados e as “*cautiones*”, títulos *meramente probatórios*. Comentando lei do imperador Arcadio, contida no *Código Teodosiano* (II, 4, 6), observa acertadamente CUQ (op. cit., p. 426, 1) não ter a expressão “*litterarum obligatio*” ali empregada o seu sentido técnico, pois quer designar escrito *comprovando* apenas uma estipulação, contrato, como se sabe, distinto do literal. Logo, êste último pode, com razão, considerar-se abstrato. Tal conclusão é corroborada quando estudamos a história dos “*chirographa*” e “*syngraphae*” no Baixo Império resumida ainda por CUQ (p. 426.) — Caindo nessa época em desuso o antigo contrato literal romano, constante do “*codex*” o qual, aliás, “*semble bien avoir été dès l’époque ancienne un acte générateur d’obligations*”, tendo tido “*une fonction créatrice*” como muito bem observam GIFFARD e VILLERS no excelente “*Droit Romain et ancien droit français des obligations*”, já citado (pp. 44 e 45, da 2.^a ed., Paris, 1967) sucedeu o seguinte: o contrato literal dos peregrinos não sendo reconhecido pelas leis romanas (DIOCLECIANO rejeita os pedidos de aplicação do direito peregrino — C, IV, 2, 6, 14) perdeu muito de seu alcance prático a partir do momento em que os Imperadores estenderam aos

merciais”) gozavam de andamento acelerado.¹⁸ Sucederia o mesmo em Direito Romano? Também aqui não encontramos sistema coordenado e completo. Na carta CVI SÊNECA atesta, é certo, terem sido tomadas precauções visando ga-

devedores *chirografários* os benefícios da “querela non numeratae pecuniae”, dada aos devedores por estipulação.

As Insts., III, 21, pr., dão-nos a informação seguinte:

“Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis, exceptionem opponere non potest: hoc saepissime constitutum est”. Isto significa: no tempo de Justiniano quando alguém subscreve bilhete reconhecendo dever valor o qual lhe não foi entregue (grifo nosso), não poderá impugnar o débito depois de expirado o prazo de dois anos. Por conseguinte, a obrigação literal, depois de dois anos de sua constituição, *reacquire* a antiga função criadora, tal como as próprias “*Institutas*” o dizem no mesmo livro III, 21, pr.: “Sic fit ut *et hodie* (também hoje, como antigamente quer dizer o texto) dum queri non potest, *scriptura obligetur* (grifo nosso): et ex ea nascitur *condictio, cessante scilicet verborum obligatione* (grifo nosso): a estipulação extingue-se ao cabo de dois anos e o título torna-se “abstrato”. Quanto ao processo da “querela non numeratae pecuniae”, vêr, entre outros, CUQ (op. cit., p. 434, § 3). Lamentamos não poder aqui aprofundar tão interessante questão, dados os limites inevitavelmente reduzidos dum simples artigo. Mas, prometemos voltar ao assunto.

18. Sôbre êsses processos informam, entre outros, DAREMBERG e SAGLIO no “*Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*” (Paris, 1919) in I, 387b — “Os magistrados supremos da Grécia eram os nove “archontes”, escolhidos anualmente por sorteio. Dentre êles, os seis últimos chamados “tesmotetas” formavam collegio ou “synêdrion”, decidindo em comum as questões de direito marítimo.” O mesmo dicionário, in III, 1760 a, continua — “As jurisdições comerciais gregas são públicas, formando, na origem, o direito comum, pois na Grécia o direito comercial não se separa do civil. Mas, a partir do V.º século, verificamos, na organização dos processos chamados “comerciais”, (“*emporikái dikai*”) caracteres específicos. O processo contra Zenóthemis, atribuído a Demóstenes assim define ditos processos: “As leis concedem ação em Juízo aos homens do mar (“náucleroi”) e aos comerciantes (“êmporoi”), nas questões relativas a viagens marítimas, partindo de Atenas e com destino a Atenas, havendo contrato escrito. Fora dêsses casos a ação não é cabível.” Trata-se, aqui, de negócios de alto comércio marítimo, cujo processo admitia a prisão do devedor,

rantir justiça pronta aos comerciantes, sem, contudo, indicar a natureza de tais precauções. Se o sistema das ações, pensa HUVELIN, remetidas pelo pretor peregrino ao tribunal dos recuperadores, pudesse conservar durante bastante tempo seu caráter internacional, dêle resultaria, sem dúvida, processo especial simplificado e acelerado. As ações enviadas aos recuperadores gozam de procedimento rápido (limitação do número de testemunhas, cujos depoimentos não ficavam sujeitos ao “actus rerum”, por exemplo).¹⁹ Exata-

ao contrário dos princípios do direito comum. No V.^o século os processos marítimos eram instruídos por magistrados especiais, os “nautodikai”, desaparecidos no século seguinte, quando as questões comerciais passaram a ser decididas pelas “tesmotetas”, mediante processo particularmente rápido, concedido, aliás, às questões comerciais pela maioria das legislações. Xenofonte já notara quanto a rapidez dos processos ajudava ao comércio. Reforma efetuada entre 355 e 342 incluía os processos comerciais entre os processos mensais (“dikai émmenai”) isto é, processos sumários, julgados no prazo máximo dum mês, contado a partir do pedido inicial” Consulte-se, também, *The Law and Legal Theory of the Greeks*”, op cit., pp. 219 e 233.

19. Sobre os “recuperadores”, vêr, entre outros, a longa e profunda monografia de YVONE BONGERT, “*Recherches sur les Récupérateurs*”, in “Publications de l’Institut de Droit Romain de l’Université de Paris”, Paris, Sirey, 1952, pp. 99-266. Os recuperadores, ensina CUQ, op. cit., p. 808, julgam processos entre romanos e peregrinos em razão de atos praticados em território romano, sendo sua competência consagrada por tratados internacionais; a missão originária dos “recuperadores” consistiria, depois dos tratados de paz, em fazer reaver ou recuperar os bens capturados pelo inimigo. A competência internacional, informa YVONNE BONGERT, op. cit., p. 100, dos “recuperadores” é confirmada por plebiscito do ano 71 a.C., a “lex Antonia de Termessibus”, concedendo aos cidadãos de Termessus, na Pisidia, (Ásia Menor) o privilégio de “liberdade, amizade e aliança com o povo romano” como retribuição pela ajuda prestada em tempo de guerra. Um dos textos fundamentais sobre os “recuperadores” é de FESTO (III.^o século), citando (v. “Reciperatio”) definições de AELIUS GALLUS, jurisconsulto do I.^o século a.C. Ei-lo: “Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur”. Permitimo-nos, aqui, para facilidade do leitor pouco afeito aos estudos latinos, oferecer a seguinte tradução:

mente por isso eram também julgadas pelos recuperadores as ações movidas por causa de “injuria atrox”²⁰. A jurisdição do pretor peregrino e os “juris” de recuperadores saíram do direito internacional e comercial. E o sistema

“Segundo Elio Gallo “reciperatio”, (recuperação ou restituição judicial) é o tratado entre o povo romano e os reis, nações ou cidades estrangeiras fixando o modo pelo qual as coisas, por intermédio dos recuperadores, sejam devolvidas e restituídas, sendo também as coisas pertencentes aos particulares mutuamente devolvidas ou restituídas”. O processo, ao qual se refere HUVELIN, presidido pelos “recuperatores”, sofre algumas alterações. A “in jus vocatio” (citação do réu) é substituída pela intimação de comparecimento em dia marcado, “conductus dies cum hoste” de Cícero e Gélio, dia cuja data é escolhida pelo magistrado, “status dies cum hoste”; as testemunhas são obrigadas a depor: “testes necessarii”, segundo QUINTILIANO (V. 7, 9), o julgamento deve ser proferido dentro de dez dias, segundo se depreende do tratado em 261 concluído entre Roma e as cidades da confederação Latina; uma lei agrária de 643 (111 a.C.) fixa o mesmo prazo, nas ações dos publicanos, movidas contra os contribuintes. Cada questão era decidida em regra por três e às vezes por cinco “recuperatores”.

Tal é a lição de CUQ, a pp. 808-809 do livro citado.

Quanto ao “actus rerum” é em substância, o ano judiciário, dividido, ensina GIRARD, in “*Manuel Élémentaire de Droit Romain*”, 8.^a ed., Paris, 1929, p. 1.039, em sessões d’inverno e de primavera (“menses hiberni, aestivi”).

20. Em III, 225, GAIO define: “Atrox autem injuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit injuria” — Ou, em nossa tradução: “A injuria grave é apreciada quer segundo o fato que a constitui; por exemplo, quando alguém foi ferido, chicoteado ou fustigado por outrem; quer segundo o lugar, por exemplo quando foi injuriado no teatro ou na praça; quer segundo a pessoa, por exemplo, quando a vítima da injúria fôr magistrado, ou quando um senador fôr injuriado por pessoa de condição humilde”. Veja-se, no direito moderno, por exemplo nas *Ordenações Filipinas* a discriminação usual das penas, conforme seja fidalgo ou peão o infrator. Consultem-se também, a título de confronto com o Direito Romano, os números I, II e III do artigo 141 do atual *Código Penal*.

da “*condictio*” das leis “*Silia*” e “*Calpurnia*” teria também surgido das necessidades do comércio?²¹ Assim pensam

21. “*Jurisdictio*”, ensina CUQ, op. cit., p. 809, significa, em Direito Romano, o conjunto dos poderes atribuídos a certo magistrado, o “*praetor*”, enquanto encarregado de administrar a justiça civil. Dentre esses poderes, cumpre distinguir: 1.º os comuns a todos os magistrados, tais como: a) decidir sobre o recebimento do pedido do autor, instaurando o processo, o que constitui a “*jurisdictio*” em sentido estrito; b) julgar o feito (“*judicatio*”) ou mais comumente remeter seu exame a determinado juiz (“*judicis datio*”); c) decretar medidas preventivas ou de execução, como por exemplo a “*pignoris capio*”, ou penhora autorizada por magistrados municipais, segundo atesta ULPIANO in D., 9, 2, 29, 7, a execução sobre a pessoa (“*manus injectio*”), ou a aplicação de “*mulcta*” como atributo da “*judicatio*” (Ulp., D, 50, 16, 131, 1); 2.º os poderes reservados aos magistrados revestidos “*d’imperium*”, com exclusão dos magistrados municipais — ULPIANO, aliás, in D, 2, 1, 3, denomina “*mixtum*” o “*imperium*” “*cui etiam jurisdictio inest*”; distingue-o do “*imperium merum*”, conferindo o “*jus gladii*” contra os criminosos; tal “*jus*” é o direito, por delegação do Imperador, de exercer a jurisdição capital sobre os cidadãos romanos. Pertence, na cidade de Roma e até cem milhas de distância, ao “*praefectus urbi*”, além de cem milhas ao “*praefectus praetorio*” e nas províncias ao “*praeses*” (Ulp., D, 1, 12, 1, 4; 1, 18, 6, 8). Os poderes reservados são, aliás, a “*missio in possessionem*”, ou autorização dada pelo magistrado de tomar posse dos bens alheios; constitui medida preventiva tomada em defesa de certos credores, de certos titulares de direitos sobre uma herança, como os legatários, aos quais o herdeiro recusa prestar garantia de entrega de legado deixado com prazo certo (“*missio in bona legatorum servandorum causa*”, D, 36, 4); a “*missio in possessionem*” constitui também, frequentemente, medida preliminar de via normal d’execução ou “*bonorum venditio*” (v. D. 42, 4, 1; C.P.C., art. 381 e ss.; *C. Civil*, art. 473;) em segundo lugar, as “*restitutiones in integrum*”, ou ações de nulidade do direito moderno (*C. Civil*, arts. 1.333, 158; G., 4, 57, in fine; 2, 163; Insts., 3, 11, 5), os Interditos ou ações possessórias (G, 4, 138-173; C. C., arts. 499, 519, 523; C.P.C., arts. 371-380) e as “*stipulationes praetoriae*”, ou promessas orais e solenes, chamadas também “*cautiones*” devido à sua função de garantia. Tais promessas são impostas pelo magistrado a uma das partes; 3.º os poderes estranhos à administração da justiça (“*jurisdictio mèmamente graciososa*” de nosso direito) conferidos por leis especiais a certos magistrados os quais não os podem delegar, como o direito de

alguns romanistas, inseguramente, porém, responde HUVELIN. Não há provas apreciáveis de tal modo de ver, assim

nomear tutores, autorizar a alienação dos “pradia rustica vel suburbana” dos menores, presidir às transações relativas aos créditos d'alimentos; 4.º) os poderes só aparentemente ligados à administração da justiça, tais como aquêles em virtude dos quais o magistrado preside a atos jurídicos praticados “dicis gratia”, isto é, à imitação sòmente de verdadeiros processos, v.g. “in jure cessio”, (G, 2, 25), “emancipatio” (G, 1, 132-173a), “adoptio” (G, 1, 97-107), “manumissio” (G, 1-17; 35; ULP., 1, 7; G, 1, 37, G.1, 47; G. 2-200; G.1, 42-46; 2, 228-239). Êstes poderes pertencem também à esfera da jurisdição graciosa ou voluntária e os magistrados municipais só por favor especial podem exercê-los (PAULO, II, 25, 4; CONSTANTINO, C, VII, 1, 4). A função dos magistrados superiores é pois muito ampla (D., II, 1, 1 — ULP.) não se limitando ao contencioso e extendendo-se, mesmo, a atos extrajudiciais. (v. GIRARD, “*Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*”, Paris, 1901). A “jurisdictio” é, em suma, o poder do magistrado “dizer o direito” (“jus dicere”) poder manifestando-se, clàssicamente, através dos três verbos: “Do, dico, addico”. “Do” designa o ato pelo qual o pretor, ouvidas as partes, nomeia-lhes um juiz “dare judicem”; “Dico”: o magistrado declara a qual dos litigantes será atribuída a posse da coisa litigiosa durante o processo: “dicere vindicias”; “Addico”: o magistrado atribui ao autor a coisa reivindicada (“addicere rem”) ou então abandona-lhe a pessoa do réu em falta de contestação regular dêste.

No exercício da jurisdição contenciosa, o magistrado decide no tribunal, situado no “comicium” e nos dias chamados “fasti”, fixados pelo calendário judiciário; mas, a jurisdição voluntária pode ser exercida, fora do “comicium”, onde o magistrado estiver, em qualquer dia e “de plano”, sem subir ao tribunal (GIFFARD, “*Précis de Droit Romain*”, tomo 1.º, Paris, 1938, p. 89, n.ºs. 136 e 137; sòbre o assunto, como também sòbre o processo civil romano em geral, vêr ainda a jexuberante monografia de SILVIO MEIRA, “*Processo Civil Romano*”, 2.ª edição, Belém do Pará).

O pretor peregrino — No comêço do VI.º século (154 a.C.) informa CUQ, op. cit., p. 806, a organização judiciária romana sofreu dupla inovação: o aumento notável do número de peregrinos domiciliados em Roma determinou a criação de segundo pretor, (D., 1, 2, 2, 28 Pomp:) havendo, a partir de então dois pretores, o “praetor urbanus” exercendo

como também não está provado e nem é mesmo verossímel tivesse o processo formular surgido em consequência do

a “*jurisdictio*” entre cidadãos e o “*praetor peregrinus*”, dizendo o direito entre cidadãos e peregrinos ou entre peregrinos.

Os países extra-italicos, conquistados e reduzidos pelos Romanos à condição de províncias ficavam sob a jurisdição do respectivo governador (G., 1, 6) — A importante criação do cargo de pretor peregrino, aplicando o “*jus gentium*”, direito internacional do comércio, pela analogia evidente das situações, constitui o precedente histórico do Direito Internacional Privado.

Sobre a “*condictio*” e as leis Silia e Calpurnia, provavelmente de 204 a.C., vêr G., 4, 17b-20.

A lei Silia introduz o processo mais simples da “*condictio*” para a cobrança de quantias certas de *dinheiro*, e a lei Calpurnia estende o mesmo processo às ações versando sobre outras coisas certas, diferentes do dinheiro. O termo “*condictio*” origina-se de aviso ou notificação feitos pelo credor, propondo ao devedor a aceitação dum juiz no prazo de trinta dias; o prazo permite ao devedor com crédito a obtenção do dinheiro necessário para exonerar-se. A lei permite ao credor de soma de dinheiro estipular do devedor um terço da importância reclamada caso se comprove a falta de fundamento da resistência dêste (“*sponsio tertiae partis*”). O credor, por sua vez, promete pagar um terço a mais caso o devedor seja absolvido. É a punição da lide temerária (G., 4, 171 e ss.). A “*legis actio per conditionem*” representa modernização da “*legis actio sacramento*” mais antiga. (CUQ, op. cit., p. 847; GIFFARD, op. cit., I, p. 104). Embora HUVELIN conteste o aparecimento da “*condictio*” em razão das necessidades do comércio, tal ação, graças à generalidade de seus termos, é muito apropriada às transações comerciais; as ações sancionando o mútuo, “*actio certae creditae pecuniae*”, “*actio certae creditae rei*” são “*conditiones*” em sentido estrito. Ora, o mútuo feneraticio é essencialmente comercial. Além disso, os intérpretes consideram “*abstrata*” a “*condictio*” pelo fato dela não conter “*demonstratio*” ou exposição do fato gerador do crédito (GIFFARD, op. cit., II, p. 20). E também por aqui se evidencia a afinidade entre semelhante forma de processo e a “*abstração*” característica das obrigações comerciais, desde o Direito Romano. A fórmula da “*actio ex stipulatu*”, tipicamente abstrata é a seguinte: “*Si paret Numerium Negidium centum dare oportere, condemna; si non paret, absolve*”. — Não existe aqui nenhuma referência à *causa* da obrigação.

pequeno programa (“formula”) redigido pelo pretor peregrino, a fim de guiar aos jurados no julgamento das ações instauradas perante o magistrado.²²

22. O direito romano clássico formou-se sob o império do processo formular. GAIO (3, 30) depois de descrever as “legis actiones”, observa: “Mas, tôdas estas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor êrro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela lei Ebúcia e pelas duas leis Julias, levando os processos a se realizarem por palavras redigidas, isto é, por fórmulas” — Os elementos da demanda são pois fixados em escrito, cuja redação é apropriada a cada espécie (“concepta verba”). Cedo, porém, o texto foi concebido em têrmos idênticos, nos casos semelhantes, recebendo o nome de “formula”. As formulas eram elaboradas por juristas, pois o pretor, sendo político, raramente possuía os conhecimentos jurídicos necessários. Limitava-se a publicá-las, quando assumia o cargo, dando-lhes a autoridade decorrente dos atos dum magistrado. Quando presidia ao tribunal o pretor examinava a oportunidade de conceder ou modificar, na espécie, a fórmula a êle apresentada.

As fórmulas imprimiram ao processo a flexibilidade que faltava às “legis actiones”. O magistrado possuía todos os poderes necessários para sancionar relações novas: pôde inspirar-se no direito peregrino, consagrando os bons costumes, preparando, em suma, os elementos de direito mais amplo e mais adaptado às necessidades do comércio internacional. Aliás, o processo formular introduziu-se, segundo a opinião geral, graças à jurisdição do pretor peregrino. Com efeito, para decidir as controvérsias entre estrangeiros ou entre cidadãos e estrangeiros os litigantes não podiam recorrer às solenidades das “legis actiones”, assim como o juiz também não podia decidir segundo a lei romana. Conhecendo mal a língua latina, os estrangeiros incorreriam facilmente nas nulidades resultantes do emprêgo de têrmo impróprio (G., 4, 30; 4, 11). Tais razões, ligadas ao que hoje denominamos “direito internacional privado”, levaram o próprio magistrado a indicar ao juiz os fatos submetidos ao exame dêste e devendo apreciar-se de acôrdo com regras fixadas em tratado d’aliança. Quanto aos peregrinos, sujeitos ao domínio romano, era preciso dar ao juiz instruções especiais, indicando-lhe os fatos cuja verificação decidiria, por comum acôrdo, o litígio. — A instrução verbal não bastaria, necessitando-se escrito, o qual suprimiria as incertezas a respeito das questões submetidas ao juiz, em virtude d’acôrdo efetuado entre as partes na presença do magistrado (CUQ, op. cit., pp. 849-850). Das observações supra

No processo formular as necessidades do comércio puderam contribuir para a introdução dalgumas ações mais favoráveis, tais como várias dentre as ações úteis e de boa-fé²³; para a fixação de regras excepcionais de processo tais como a da “compensatio” a favor do “argentarius” e do

citadas e pertencentes ao ilustre romanista francês ÉDOUARD CUQ, parece resultar, com clareza, a existência de íntima relação entre a introdução do processo formular e a jurisdição internacional e comercial do pretor peregrino, ao contrário do afirmado por HUVELIN. Também aqui podemos supor e admitir certa influência do comércio internacional.

23. Admite aqui HUVELIN a possível influência do comércio na introdução das ações úteis e de boa fé. Quando, no uso de seu “imperium” o pretor, recorrendo à *ficção*, estende a aplicação da fórmula a caso para o qual não fôra originariamente criada, a ação recebe o qualificativo de “util” (“utilis”). É o caso da fórmula Publiciana mediante a qual, tomando por modelo a “reivindicatio”, o pretor protege o possuidor de boa fé. (G., 4, 36). Supõe existente a propriedade “ex jure civili” *fingindo* houvesse decorrido o prazo necessário para usucapir, o qual de fato ainda não decorreu. Sobre as “ficciones” e seus principais casos discorre GAIO em 4, 34-37. A *representação* também, tão útil ao comércio e ignorada pelo “jus civile” introduziu-se no direito clássico mediante a intervenção do pretor, recorrendo às fórmulas com *translação* de sujeitos (G., 4, 35): isto é, na “condemnatio” da fórmula o magistrado indica pessoa diferente do autor ou do réu, indicados na “intentio”. Opera-se, dessa forma, a representação. Vêr sobre o assunto, além de CUQ, op cit., p. 855, o “Manual de Direito Romano” de CORREIA e SCIASCIA, p. 84 da 5.^a edição, Rio, 1968. Sobre as “actiones bonae fidei” oiçamos a excelente exposição de GIFFARD, op. cit., I, p. 142: são ações pessoais, incertas (o montante da condenação é variável; trata-se de pedido incerto para usarmos a terminologia do *Código de Processo Civil Brasileiro*, art. 48) “in jus”, isto é, baseadas no “jus civile”, cujas fontes são a lei, o costume, a jurisprudência ou ciência do direito e apresentando a questão de direito na “intentio” Como, por exemplo, na “reivindicatio”: “Si paret rem Auli Agerii esse ex jure Quiritium”, “si parecer que a coisa pertence a Aulo Agerio por direito quiritário.” Além disso, o magistrado ordena que o juiz decida segundo a boa fé, isto é, de acôrdo com as normas da honestidade e da correção. “Quidquid dare facere oportet ex fide bona” são as palavras usadas pelo pretor. “Tudo quanto o réu deve dar ou fazer segundo a boa fé” Tais ações eram

“bonorum emptor”²⁴; nos processos relativos aos naufrágios organisou-se procedimento acelerado com publicidade completa. Trata-se do procedimento “levato velo”, isto é, eli-

já numerosas no tempo de Cícero o qual no “De Officiis”, 3, 17, 70, cita as de tutela, sociedade, fideucia, mandato, compra e venda e locação. A esta lista GAIUS (4, 62) acrescenta as ações de gestão de negócios, de depósito e “rei uxoriae” (garantindo à mulher a restituição de seu dote). Nas ações “bonae fidei” a “exceptio doli” é sempre incluída, podendo o réu alegar sempre o dolo em juízo (“in iudicio”) embora não tivesse pedido a inserção da “exceptio” no momento da redação da “fórmula” pelo pretor (instância “in iure”); as ações de boa fé apresentam regras especiais em matéria de *compensação*; a elas se aplica, tipicamente, a regra “omnia iudicia absolutoria esse” (G., 4, 114; Inst., 4, 12, 2). As ações ou “arbitria bonae fidei” dão, em resumo, poderes mais amplos ao juiz de condenar ou absolver do que as demais.

24. A “compensatio”, sabêmo-lo, é, em Direito Romano, um dos modos de extinção das obrigações “exceptionis ope”. A definição de Modestino é conhecida: “Debiti et crediti inter se contributio” (D., 16, 2, 1) isto é, “balanço entre débito e crédito” (Vêr Código Civil, art. 1.009 e ss.).

“*Compensatio argentarii*” — O banqueiro (“argentarius”) mantendo conta corrente com o cliente e reclamando qualquer pagamento dêste, sob pena de perder o processo por “plus petitio” (G., 4, 53a, b, c, d; sãbre a “compensatio argentarii”, vêr 4, 64), é obrigado a agir “cum compensatione”, efetuando êle próprio e “ab initio” o balanço entre o crédito e o débito da conta, de modo a reclamar sòmente o saldo. Deve fazer redigir a “intentio” da ação “certae creditae pecuniae” nos têrmos seguintes: “Si parêcer que Ticio deve dar dez mil sestercios ao Autor, além da quantia devida a Ticio pelo próprio autor”

O mesmo GAIUS (4, 66-68) expõe claramente as regras da “compensatio”: deve ela constar da “intentio” da fórmula; só pode recair sôbre créditos e dívidas cujo objeto seja idêntico, “ex eadem specie” (dinheiro compensa-se com dinheiro, trigo com trigo, etc.) seja qual fôr a causa da obrigação; só se compensam dívidas vencidas. Para o banqueiro a necessidade de compensar resulta da própria prática bancária, de acôrdo com a qual a conta de cada cliente deve estar sempre em dia, de modo a, na realidade, ser o banqueiro credor só do saldo.

“*Deductio*” do “bonorum emptor” — Quando, em razão de falência, o “bonorum emptor” ou adquirente do patrimônio falido age contra

minado o “velum”. No processo extraordinário, com efeito, o “velum” separa a sala de audiência secreta, chamada “secretarium”, “secretum”, do resto do auditório²⁵ (*Código*

algun devedor da falência o qual seja ao mesmo tempo credor do falido, o magistrado dá ao “bonorum emptor” uma fórmula “cum deductione”, isto é, mandando condenar o réu só na diferença entre sua dívida e seu próprio crédito (“in id quod superest”); em outras palavras, dedução feita do próprio crédito existente contra a massa falida (G., 4, 65).

As regras da “deductio”, contrárias às da “compensatio argentarii” são (G., 4, 66-68) as seguintes: a “deductio” inserida na fórmula a pedido do réu, será feita pelo Juiz enquanto a “compensatio” é feita pelo “argentarius”; a “deductio” figura na “condemnatio” sempre “incerta” afastando, portanto, o risco de “plus petitio”; pode referir-se a dívidas não vencidas, pois a falência acarreta antecipação do vencimento de tôdas as obrigações do falido. Além disso, a “deductio” pode recair sobre crédito cujo objeto é, por natureza, diferente do objeto do crédito do falido, “ex dispari specie”, pois sendo pecuniaria a condenação no processo formular os objetos diversos serão pelo juiz avaliados em dinheiro.

O crédito deduzido pode, finalmente, ter *causa* diferente da do crédito do falido (“ex pari vel dispari causa”). Vêr GIFFARD, op. cit., II, pp. 291-2. Concordamos, aqui, plenamente, com HUVELIN quando admite a influência possível do comércio sobre a formação das regras excepcionais relativas à “compensatio”. O direito comercial parece mesmo ter-se formado, historicamente, como direito excepcional (“jus singulare”), separando-se, em parte, do “jus civile”. Esta verdade se manifesta desde o Direito Romano com o aparecimento de regras especiais ao comércio. Além disso, “argentarius” e “bonorum emptor” são típicos agentes do comércio.

25. Tratando “*Dos Naufrágios*” no título V.º do livro XI do *Código*, emprega a constituição V a expressão “levato velo” ao declarar: “De submersis navibus decernimus ut levato velo istae causae cognoscantur et si quisquam de talibus negotiis aliquid accepisse detegitur, iudex, apud quem constiterit, his conquerentibus, qui nudantur, pro qualitatibus personarum multandi, removendi, proescribendique habeat potestatem”

“A respeito dos furtos cometidos por ocasião de navios naufragados, (a tradução é nossa) ordenamos: apresentadas as queixas pelos náufragos o juiz conhecerá sem demora (ou: a portas abertas) de

Theodosiano, Livro XI, 4, “*De naufragiis*”, 6 — Const. de Honorio e Theodosio — ano 412). Resumindo: o direito comercial romano também neste ponto não chegou a elaborar sistema geral.

5.º — O último dentre os meios empregados a favor do comércio pelos legisladores modernos é a supressão de tôdas as formalidades capazes de dificultarem a realização dos contratos. Proclamando que o simples consentimento basta para originar obrigações conseguiu-se o triunfo de *princípio de origem comercial*. O Direito Romano da época primitiva era essencialmente formalista enquanto o Direito Romano, pelo contrário, das épocas comerciais tendeu sempre mais a livrar-se dos entraves do formalismo, criando, por exemplo, os contratos reais, consensuais, inominados e os pactos pretorianos e legítimos, isentos todos de forma especial. Até à época de JUSTINIANO, entretanto, subsistiu, pelo menos em teoria, a regra: “*nudum pactum obligationem non parit*”²⁶; o princípio da vontade como fonte de obrigações só veio a triunfar na Idade Média sob

tais crimes, condenando os culpados segundo sua condição, às penas de multa, banimento ou deportação”

Trata-se aqui de direito processual marítimo referente às avarias, de modo geral reguladas pela “*lex Rhodia de jactu*” (D., 14, 2); o assunto é também análogo aos “*emporikáí díkai*”, ou processos comerciais do direito grego, sumariamente descritos na nota 18.

26. É fenômeno dos mais característicos, na história do direito contratual romano, a contraposição entre o formalismo do “*jus civile*” e o predomínio da vontade, próprio do “*jus gentium*”, levando à célebre fórmula de PAPIANO, (D., 50, 16, 219): “*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*” à qual o direito moderno deu alcance geral. “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem” diz o artigo 85 do nosso *Código Civil*.

É também êste o pensamento do *Código Francês*, no art. 1.156 e de todos os demais. Mui acertadamente a nosso vêr fala HUVELIN em *princípio de origem comercial*, referindo-se à supressão gradual em Roma de tôdas as formalidades capazes de dificultarem a realização dos contratos. Com efeito, o “*jus gentium*”, não formalista, é por muitos romanistas considerado o direito *comercial* da antigüidade.

a dupla influência do direito canônico e dos costumes comerciais²⁷. Resumindo, para terminar, tudo quanto disse sobre os caracteres do direito comercial romano, HUVELIN conclui: tal direito apresenta, em germe, em estado imperfeito e incompleto, os caracteres desenvolvidos pelas legislações comerciais modernas sobretudo as legislações alemã e italiana, mais adiantadas que a francesa. Impelida pelas necessidades da vida pôde a prática romana ter obscuramente sentido a necessidade de dar às instituições comerciais privadas certos traços particulares, jamais, entretanto, elevados, pelos jurisconsultos romanos, à categoria de princípios teóricos. Também aqui o Direito Privado Romano, aplicado ao comércio, permaneceu em fase de transição.²⁸

27. Dos mais interessantes, na história do direito ocidental é o tema da recepção do Direito Romano na Idade Média. Obra clássica sobre o assunto é a de SAVIGNY, *"História do Direito Romano na Idade Média"*, publicada em inúmeras edições sucessivas e traduzida em várias línguas. Sobre o tema, especialmente mencionado por HUVELIN, vejam-se, entre outros, GIFFARD e VILLERS, op. cit., cap. V — *"La théorie des Pactes et l'admission de la Consensualité"* (p. 165 e ss.), OURLIAC ET MALAFOSSE, *"Droit Romain et Ancien Droit"*, *"Les Obligations"*, P. U. F., Paris, 1957, (§ 69 — *Pacte nu et pacte vêtu*, p. 71 e ss.), LEFOINTE e MONIER, *"Les obligations en Droit Romain et dans l'Ancien Droit Français"*, Paris, Sirey, 1954 — Livro III.º — *"Notions sommaires des obligations dans l'ancien Droit Français"* (p. 447 e ss.) — Não podemos, infelizmente, nos limites desta nota, reproduzir as linhas da transformação medieval sofrida pela regra romana: *"Nuda pactio actionem non parit sed parit exceptionem"* (D., 2, 14, 7, 4), levando à equiparação, já admitida aliás na última fase do Direito Romano, entre contratos e pactos.

28. O fenômeno moderno parece ter sido o lento processo pelo qual as soluções parciais do Direito Romano foram, pelos juristas modernos, submetidos à abstração dos casos particulares e à generalização dos Códigos. As linhas fundamentais do Direito Comercial moderno acham-se, pois, historicamente prefiguradas no *"Corpus Juris"* e na sabedoria acumulada pela civilização romana.

Bibliografia geral

- PAULYS — *“Realencyclopaedie der Classischen Altertumswissenschaft”*, Stuttgart, 1893-1965.
- “Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines”* — por DAREMBERG e SAGLIO, Paris, 1914.
- “Peuples et Civilisations”* — (P.U.F., Paris) — *“La Conquête Romaine”*, por ANDRÉ PIGANIOL, 4.^a ed., 1944.
- V. DURUY, *“Histoire des Romains depuis les temps les plus reculés”*, 7 vols., Paris, 1874-1885.
- Col. *“Histoire Générale des Civilisations”*, publicada sob a direção de MAURICE CROUZET — tomo II — *“Rome et son Empire”* por AYMARD e AUBOYER — P U.F., 3.^a ed., Paris, 1959.
- “A Companion to Latin Studies”*, por SIR JOHN EDWIN SANDYES, Cambridge University Press, 3.^a ed., 1938, v. *“Agriculture”*, pp. 212-217; *“Finance”*, pp. 341-353; *“Industry and Commerce”*, pp. 409-420; *“Roads and Travel”* — pp. 421-435; *“Roman Measures and Weights”*, pp. 436-441; *“Roman Money”*, pp. 441-457.
- OLIVEIRA MARTINS — *“História da República Romana”*, 2 vols., 3.^a ed., Lisboa, 1919 — Vêr especialmente, *“As finanças”*, p. 405; *“A Economia Nacional”*, p. 420; *“A Nação e suas Colônias”*, p. 429 (tomo 1.^o).
- “Histoire des Institutions”*, por JACQUES ELLUL, P.U.F (tomo 1.^o Paris, 1955 — Segunda parte: *“Institutions Romaines”*
- JEAN GAUDEMET — *“Institutions de l'Antiquité”*, Sirey, Paris, 1967.
- WALDEMAR CESAR DA SILVEIRA — *“Dicionário de Direito Romano”*, 2 vols, 1957 — São Paulo — Bushatsky, editor.

As leis municipais e o direito de construir*.

Dalmo de Abreu Dallari

Livre Docente de Teoria Geral do Estado da
Faculdade de Direito da U.S.P.

SUMÁRIO: I. *Limitações Municipais ao Direito de Propriedade.* II. *Propriedade e Direito de Construir.* III. *Limitações ao Direito de Construir.* a. *O Direito Português e o Direito Brasileiro Anterior ao Código Civil.* b. *Posturas, Regulamentos Administrativos e Leis Municipais.* c. *O artigo 572 do Código Civil Brasileiro.* IV. *Normas Municipais Sobre Construções.* V. *O Sentido das Restrições ao Direito de Construir.* VI. *Conclusões.*

I. Limitações municipais ao direito de propriedade.

A garantia da propriedade de bens imóveis é uma das características fundamentais do sistema jurídico brasileiro, razão pela qual a própria Constituição da República, no artigo 153, § 22, declara expressamente: “é assegurado o direito de propriedade”. Com isto se estende a garantia a todo o território nacional, não sendo admissível qualquer norma legal que disponha em contrário.

Entretanto, o modo de exercício desse direito é o legislador ordinário quem o estabelece, tendo-se colocado a matéria na esfera de competência da União, por força do artigo 8.º, item XVII, letra “b”, da própria Constituição, segundo o qual compete à União legislar sobre direito civil.

* À memória do inolvidável mestre FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA.

Há, porém, outro aspecto, também fundamental na ordem jurídica brasileira, que deve ser considerado: é a “função social da propriedade”, referida no artigo 160, item III, da Constituição, como um dos princípios básicos da ordem econômica e social.

Conjugando essas duas exigências, tem-se que o direito de propriedade é assegurado, mas deve ser exercido em consonância com os interesses sociais. E, como é evidente, a consideração do que seja *interesse social* não pode ficar a cargo de cada proprietário, especialmente para que haja igualdade de critérios e efetiva proteção daquêles interesses. Por aqui é que se abre a possibilidade de atuação restritiva do Poder Público, no exercício do *poder de policia*, que se vem ampliando à medida em que se reduz a esfera de autonomia da vontade individual.

Pela organização federal brasileira, que inovou neste particular, o Município recebe sua competência da própria Constituição da República, tendo-se consagrado a fórmula dispondo que os Municípios são competentes para legislar sobre os assuntos de seu *peculiar interesse*. Esta expressão, sempre repetida nas Constituições republicanas, tem sido objeto de amplas considerações, prevalecendo o entendimento de que cabe aos Municípios a legislação sobre os assuntos de interesse preponderantemente local, ou seja, sobre as matérias que não podem ou não devem receber um tratamento uniforme em todo o país ou em todo o Estado. Daqui a existência de um poder de polícia municipal, permitindo a interferência da municipalidade nas esferas da vida social que produzam conseqüências mais relevantes no âmbito territorial dos Municípios.

Uma das mais importantes expressões do exercício dêsse poder de polícia é o que se relaciona, justamente, com o uso da propriedade imobiliária. Com efeito, se é bem verdade que a má utilização dos imóveis poderá ter repercussões muito sérias na própria vida nacional, quem

sofre direta e imediatamente as conseqüências da utilização anti-social são os vizinhos e aquêles que vivem nas proximidades do imóvel.

Mais particularmente, as edificações sôbre áreas urbanas podem trazer graves e imediatos prejuízos a alguns ou a todos os munícipes, se não forem atendidas certas regras ditadas pelo interêsse social. Disto decorre que, por fôrça da própria Constituição Federal brasileira, o Município já poderá interferir no uso da propriedade de bem imóvel, participando intensamente na fixação das regras relativas ao direito de construir. Além disso, entretanto, conforme se procurará demonstrar em seguida, há uma antiquíssima tradição, que de Roma passou ao Direito português e dêste ao Código Civil brasileiro, atribuindo competência aos Municípios para legislar sôbre construções, impondo limitações ao direito de propriedade quando o interêsse social o recomende.

II. Propriedade e direito de construir.

Desde que assegurada a propriedade de áreas de terras parece implícita a faculdade de uso, especialmente o direito de construir. Mas, o que se verifica, numa incursão até às origens históricas do instituto da propriedade, é que, realmente, jamais se permitiu que alguém usasse a propriedade imobiliária de maneira absoluta, sem restrições de qualquer espécie. Segundo Fustel de Coulanges as primeiras limitações impostas ao uso das terras foram de ordem religiosa. Os Deuses Lares deveriam ficar em absoluto isolamento, sendo interdita ao estranho até mesmo a simples visão do Lar no momento da realização do culto. Por êsse motivo construíam-se vedações, observando-se uma distância mínima pré-determinada entre o Lar e essa edificação que poderia ser um muro de pedra, uma paliçada

ou uma sebe apenas, a qual, por sua vez, designava os limites de cada domínio¹.

Limitações semelhantes, embora por motivos diversos, encontram-se, praticamente, entre todos os povos da antigüidade.

Verifica-se, como conseqüência, a impossibilidade de construções contíguas, pois, embora haja pequenas divergências entre os estudiosos quanto à distância a ser observada entre os prédios, é reconhecida por todos a existência dessas limitações².

Assim, portanto, o direito de construir já surgiu inerente à propriedade imobiliária, conforme o afirma Giffard indicando-o, exemplificativamente, como expressão do “jus utendi”. A única restrição evidenciada, a observância de certo afastamento entre as construções, não poderia subsis-

1. *A Cidade Antiga*, vol. I, págs. 85 e 86.

2. Eis a observação de FUSTEL DE COULANGES “Reportêmo-nos à idade primitiva da raça ariana. A população chegou à Grécia e à Itália e construiu cidades. As moradias aproximaram-se, mas, no entanto, não estão contíguas. A vedação sagrada existe ainda, mas em menores proporções; muitas vêzes, reduzida a um pequeno muro, a um fôssco, a um sulco, ou a simples faixa de terra de alguns pés de largura. Em qualquer caso, duas casas não devem tocar-se; a contigüidade ainda é coisa considerada impossível. A mesma parede não pode ficar comum a duas casas porque então o recinto sagrado dos deuses domésticos desapareceria. Em Roma, a lei fixa em dois pés e meio a largura do espaço livre que sempre deve separar duas casas, e este espaço está consagrado ao “deus da cêrca” *ob. cit.*, vol. I, págs. 86 e 87. No mesmo sentido é o ensinamento de A. E. GIFFARD que, após afirmar que o direito de propriedade jamais foi verdadeiramente absoluto, uma vez que sempre sofreu limitações impostas pela lei da Cidade, ou pela organização familiar e gentilícia, acrescenta: “Ainsi, le propriétaire d’un terrain bâti, il doit anciennement laisser tout autour de la maison un “ambitus” de deux pieds pour circuler; si c’est un champ, il doit laisser un “confinium” de cinq pieds pour la circulation des équipages. L’ambitus disparut de bonne heure et sûrement à la suite de l’encendie de Rome par les Gaulois” *Précis de Droit Romain*, vol. I, pág. 334.

tir com o mesmo rigor quando o aumento das populações das cidades exigisse melhor aproveitamento dos terrenos, como realmente ocorreu, ainda na antigüidade, com o surgimento de grandes aglomerados urbanos. Além disso, dada a origem religiosa daquela prática, era natural que desaparecesse ou se atenuasse a exigência quando diminuído o prestígio da religião em consequência, principalmente, dos movimentos migratórios, quando, para grande parte dos proprietários, aquelas práticas já não tinham a menor significação.

De resto, as técnicas de construção e as preocupações urbanísticas estavam fora das cogitações dos governantes, resultando disso que se poderia exercer na maior amplitude o direito de construir.

III. Limitações ao Direito de construir.

a) *O Direito Português e o Direito Brasileiro Anterior ao Código civil.*

Na legislação antiga de Portugal, sobretudo nas Ordenações Filipinas, encontravam-se já inúmeros dispositivos tratando do problema das construções, sendo interessante notar-se preocupação acentuada pela estética das cidades. Este cuidado não chegava às minúcias do estabelecimento de regras para fachadas ou fixação de estilos, mas era dirigido, sobretudo, a evitar a existência de casas arruinadas que enfeiassem as cidades principais, bem como a impedir que qualquer edificação viesse a sacrificar o bem estar do povo, especialmente dos vizinhos.

Numa visão ampla, as limitações impostas ao direito de construir podiam-se já classificar em dois grupos: ou eram determinados pelo direito de vizinhança ou decorriam da proteção de um interesse público. É o ensinamento de LOBÃO: “regra geral é que quando a Lei ou o Rei permite a um particular fazer alguma obra em lugar

público, sempre se subentende “salvo o prejuízo de terceiro”³. Em se tratando de prejuízo direto, causado ao proprietário de imóvel contíguo ou muito próximo, estaríamos diante das restrições que, modernamente, configuram o direito de vizinhança. Quando o prejuízo a terceiros fôsse de ordem geral ou aos passantes da rua, ou à saúde do povo ou à estética da cidade, estar-se-ia considerando a proteção de um interesse público.

Ao ser ressaltada a situação dos vizinhos, já eram perceptíveis as preocupações pela iluminação, insolação e ventilação das casas, sendo interessante notar que estas preocupações se estendiam até mesmo aos edificios rústicos, de maneira a impedir que uma edificação viesse a prejudicar o bom resultado das atividades agrícolas⁴.

Um aspecto interessante da legislação portuguesa sôbre a matéria é que as Ordenações do Reino, como leis gerais, fixavam princípios básicos e genéricos, ficando a cargo das autoridades locais impor as restrições recomendadas pelas condições peculiares de cada cidade.

Assim é que se encontram nas Ordenações Filipinas as seguintes normas: “Qualquer pessoa, que tiver casas, pode nelas fazer eirado com peitoril, janelas, frestas, e portaes, quanto lhe aprouver” (Ord. L. 1, T. 68, § 24), permitindo-se “aos que tem casas de uma e outra parte da

3. *Casas*, pág. 109.

4. Quem o observa é o mesmo LOBÃO, nas *Notas a Mello*: “Nós encontramos várias leis, se não a prohibir a occupação do ar directamente, a prohibir edificios que privem ao vizinho do ar necessário; como, 1.º, prohibindo que ninguem no seu edifique em termos que prive do ar, do sol e do vento a eira em que o vizinho tritura e seca os seus fructos, e isto em rasão da utilidade pública e beneficio da agricultura; como, 2.º, estabelecendo o modo do edificio em termos que não prive ao vizinho do ar e da luz necessária, de que temos exemplos nas nossas leis pátrias (Ord. L.1.T.68, §§ 24 e 33, sôbre o que se veja o meu *Tratado dos Direitos Relativos a Casas*).” *Notas a Mello*, vol. 3, pág. 29.

rua fazer balcão, ou passadiço sôbre a rua, ainda que pública, ou abobada para passar de uma a outra casa” (Ord. L. 1, T. 68, § 32).

Tais passadiços podem ser vistos ainda hoje, como reminiscência de séculos anteriores, nos bairros antigos de Lisboa, na cidade de Coimbra e em outras localidades que ainda guardam as marcas dos costumes antigos. Contudo, essa permissão legal não era recebida com geral agrado, pelas conseqüências que acarretavam, pois, além de serem prejudiciais à estética, à sua sombra ocultavam-se criminosos e depravados⁵.

Essas permições genéricas, entretanto, encontravam restrições nas próprias Ordenações, como, por exemplo, pelo dispôsto nas Ord. L. 1, T. 1, §§ 6, 13, 14 e 17, obrigando, entre outras coisas, a que todo aquêlê que tivesse casa ruínosa, capaz de deformar a cidade ou vila e de, caindo, causar dano ao vizinho, procedesse à sua reedificação, sendo até mesmo obrigado a vendê-la a quem assumisse o encargo de fazê-lo, caso se tratasse de pessoa pobre e sem recursos para cumprir o preceito.

Por sua vez a Ord. L. 1, T. 66, § 2, tratando “Dos Vereadores”, assim dispõe: “E tanto que começaram a servir, hão de saber, e ver, e requerer todos os bens do Conselho, como são propriedades herdades, casas e foros, se são aproveitados, como devem. E os que acharem mal aproveitados, fá-los-ão aproveitar e consertar”.

Mas, conforme dissemos linhas atrás, as principais restrições e os cuidados mais específicos dimanavam das autoridades locais⁶.

5. LOBÃO, *Casas*, pág. 109.

6. Eis a regra ditada por LOBÃO: “É permittido a qualquer edificar no seu solo por uma liberdade natural, ainda que em consequencia prejudique a terceiro, porque quem usa do seu direito não causa dano. Contanto que: 1.º) não edifique com emulação ao vizinho e em prejuízo delle sem alguma utilidade própria; 2.º) que a nova casa não seja edificada contra a forma prescripta pelo regulamento político.” *Casas*, pág. 48.

Como exemplo da minuciosa regulamentação a que chegavam as disposições das cidades, é das mais interessantes a Portaria de 20 de junho de 1796, da cidade de Lisboa, que, entre outras restrições, proibia que se construíssem fornos de fazer pão sem licença do Senado. Outras Portarias, pelas quais se verifica a preocupação pela salubridade, dispunham que se desterrassem das vizinhanças, por prejudiciais à saúde, os fornos de fazer cal, os fornos dos oleiros para cozer vasos de barro, as fábricas de vidros e os fornos fabricados para cozer cinzas⁷

No direito brasileiro seguiu-se essa tradição de se fixarem normas genéricas na legislação nacional, deixando-se ao cuidado das autoridades municipais o estabelecimento das normas específicas.

A primeira lei brasileira de organização municipal, a Lei de 1.º de outubro de 1828, fixando a competência dos Vereadores deixou-lhes a incumbência de legislar sobre todos os aspectos relativos às edificações e suas decorrências para as cidades.

Eis o que se lê no artigo 66:

“Proverão (os Vereadores) em posturas sobre os objetos seguintes:

§ 1.º — Alinhamento, limpeza, iluminação, despachamento de ruas, caes e praças, conservação e reparo de muros; calçadas, pontes, fontes, para decoração e benefício comum.”

E no artigo 71:

“Vejam meios de manter a tranqüilidade, segurança, saúde e comodidade pública, asseio, segurança, elegância dos edificios e ruas.”

Examinando as restrições legais do domínio, LAFAYETTE faz menção expressa às limitações que dizem respeito às

7 LOBÃO, *Casas*, pág. 149.

construções e ao uso dos imóveis, observando que, entre essas restrições, se enumeram as seguintes:

“As disposições de policia administrativa e municipal que entendem:

- a) com o alinhamento, modo de construção e condições de solidez das casas nas cidades, vilas e povoados;
- b) com a demolição e reparo das que ameaçam ruina;
- c) com o estabelecimento de máquinas, oficinas e fábricas que podem prejudicar a saúde pública.”

E após referir-se à Lei de 1.º de outubro de 1828, especialmente ao seu artigo 66, o próprio LAFAYETTE acrescenta: “Esta matéria é regulada nas posturas municipais”⁸.

b) *Posturas, Regulamentos Administrativos e Leis Municipais.*

É necessário que se abra aqui um parêntesis, para esclarecer a correlação entre as *posturas municipais*, citadas por LAFAYETTE, os *regulamentos administrativos*, a que se refere o artigo 572 do *Código Civil* brasileiro, e as *leis municipais*, através das quais, na prática, os Municípios estabelecem as regras do direito de construir.

As posturas têm longa tradição no Direito Português, aparecendo em plena Idade Média, como atos emanados do próprio rei. De início, quando o Direito Romano foi perdendo autoridade entre os povos conquistados por Roma, em confronto com disposições normativas locais, houve a necessidade de se criarem outras fontes de direito para solução dos conflitos. Esclarece, então, LANGHANS, que “a faculdade conferida aos juizes e homens bons de julgarem sobre os casos não previstos por lei escrita ocasionou o aparecimento de numerosas disposições que vieram a gerar, nos quadros da administração local, um direito novo abundante. Como precipitado dêste direito surge uma regra jurídica de natureza especial — a *Postura*. Mas o

8. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Cousas*, pág. 84.

emprêgo da expressão *postura*, para designar o complexo de medidas policiais do concelho, só aparece mais tarde, depois de ser usada no sentido de lei geral emanada do rei.”⁹.

No moderno Direito Português as posturas aparecem como normas imperativas de conteúdo negativo e fins preventivos, gerais, impessoais, de execução permanente, que os corpos administrativos elaboram no exercício de sua competência regulamentar, como entes autônomos. Pertencem à categoria de atos que MARCELO CAETANO denomina *regulamentos autônomos*¹⁰.

No Direito brasileiro as posturas tiveram largo uso no período do Império, com o sentido de normas regulamentares municipais coincidindo, praticamente, com a natureza que têm ainda hoje em Portugal. E é precisamente com tal significado que o termo vem referido por LAFAYETTE. Notem-se, porém, duas particularidades de muita importância: em primeiro lugar, até o advento da República no Brasil os Municípios eram meras circunscrições administrativas, gozando de autonomia de fato mas desprovidos de poder legislativo, por não terem uma esfera própria de competência. Em segundo lugar, mesmo sem uma atribuição constitucional de competência os Municípios exerciam, por tradição, um poder de polícia em certas matérias, entre as quais se incluem os assuntos referentes a edificações.

A partir da primeira Constituição Republicana os Municípios passam a ter autonomia política, legislando sobre as matérias de seu peculiar interesse, situação que sofreria um hiato durante o período ditatorial de Getúlio Vargas. E foi durante a primeira fase da vida republicana

9. FRANZ-PAUL LANGHANS, *Posturas*, pág. 15.

10. Para conhecimento mais pormenorizado do assunto veja-se: MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 449, e o próprio FRANZ-PAUL LANGHANS, na obra citada, às páginas 383 e seguintes.

brasileira, estando assegurada a autonomia municipal, que surgiu o Código Civil brasileiro, falando nas restrições ao direito de construir imponíveis por *regulamentos administrativos*.

Já se achava então consagrado pelo costume e pela legislação ordinária o reconhecimento da competência municipal para dispôr sôbre construções, o que mais se reforçava pelo reconhecimento de que tal atividade é de peculiar interêsse de cada Município. Assim sendo, parece bem aceitável a conclusão de que os chamados regulamentos administrativos deveriam consistir, fundamentalmente, em disposições normativas Municipais. E como, por fôrça da própria Constituição, só uma lei poderia obrigar alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, fica evidente que o instrumento hábil para regular o assunto passaram a ser as leis municipais, que não se limitam a fixar certas *formas* para as construções mas podem até impedi-las.

Eis, portanto, que a legislação brasileira anterior ao Código Civil, seguindo as mesmas diretrizes adotadas pelas leis portuguesas, situava no âmbito da legislação municipal a capacidade para fixar normas específicas restritivas do direito de construir. Com a Constituição de 1891 foi confirmada a competência municipal, embora ainda ficasse impreciso, por inexperiência, o seu instrumento de atuação, o qual só poderia ser, fundamentalmente, a lei municipal, admitidos os decretos federais, estaduais e municipais em matérias correlatas.

c) *O Artigo 572 do Código Civil Brasileiro.*

Ao ser elaborado o Código Civil Brasileiro, tratou-se, expressamente, do direito de construir. Já no *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS e no *Projeto Coelho Rodrigues* haviam sido incluídas disposições sôbre a matéria. Todavia, segundo remissão do próprio CLÓVIS BEVILÁQUA, a fonte mais remota do dispositivo consagrado no Código Civil foi a

Ord. L. 1, T. 68, § 24. Será, pois, interessante, transcrevermos essa Ordenação e, logo em seguida, o artigo 572 do Código, para verificarmos a evolução experimentada desde o ponto de partida.

Eis o que dispõe a Ordenação:

“Qualquer pessoa, que tiver casas, pode nelas fazer eirado com peitorial, janelas, frestas, e portaes, quanto lhe aprouver.”

E o mencionado artigo do Código Civil Brasileiro:

“O proprietário pode levantar, em seu terreno, as construções, que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos, e os regulamentos administrativos.”

Como se verifica, a lei civil brasileira, após expressar a permissão genérica, acolheu as duas restrições já muito antes enunciadas por LOBÃO: 1.º que se não edificasse com emulação ao vizinho e em prejuízo dêle; 2.º que a nova casa não fôsse edificada contra a forma prescrita pelo regulamento político¹¹.

Seguiu-se, portanto, com as necessárias adaptações, o que já dispunha o direito português. É curioso notar que CLÓVIS BEVILÁQUA, em comentário ao artigo 572, diz textualmente: “O direito do proprietário levantar construções no seu solo compreende-se: em qualquer profundidade; e com elevação que lhe parecer”¹².

Ora, tal observação colide com os termos do artigo 572, que pré-esposara o que viesse a ser dispôsto nos regulamentos administrativos. Assim sendo, não cabia ao comentador do Código Civil dizer qual a extensão de um direito ainda passível de limitações. É bem verdade que, na seqüência a êsse comentário, o notável jurista brasileiro dá a entender que as limitações regulamentares deveriam ter em vista, exclusivamente, as próprias edificações, na

11. *Casas*, pág. 48.

12. *Código Civil Comentado*, vol. III, pág. 114.

sua estrutura e consideradas isoladamente. Com efeito, acrescenta que “as restrições por regulamentos administrativos referem-se à forma, segurança, higiene dos prédios urbanos, assim como à polícia dos estabelecimentos industriais”¹³. Escapou-lhe a observação das edificações dentro do conjunto urbano, tornando necessárias restrições que, sem dizerem respeito ao direito dos vizinhos, vão além das considerações em torno do edifício em si mesmo.

Todavia, não obstante o comentário de CLÓVIS, o fato é que o Código Civil Brasileiro, pela redação dada ao artigo 572, possibilitou a existência de regulamentos administrativos minuciosos e de grande alcance, colocando totalmente no âmbito de tais regulamentos as limitações ao direito de construir alheias ao direito de vizinhança.

IV. Normas Municipais sobre construções.

Para bem situarmos, dentro do quadro das atribuições do Poder Público, a atividade disciplinadora do direito de construir, vejamos o que ensina FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, sintetizando o pensamento dominante na doutrina.

Primeiramente, encontramos a conceituação de Poder de Polícia como “conjunto de limitações impostas pela Administração Pública à atividade dos indivíduos, em benefício do bem comum e da subsistência do Estado” As atividades de Polícia são classificadas como “Administrativas” quando exercidas preventivamente, visando preservar o bem comum e a integridade do Estado, sendo “Judiciárias” se forem revestidas de caráter repressivo, isto é, se forem conseqüentes a uma lesão, tentada ou consumada, ao bem comum ou às condições de subsistência do Estado. A Polícia Administrativa, por sua vez, pode ser “Geral” ou “Especial” e é nesta última classe que se encontra a

13. Ibidem.

“polícia das construções”, destinada a fazer com que os proprietários de imóveis exercitem o seu direito de construir subordinando-se às posturas municipais”¹⁴.

Assim, portanto, ao fixar as normas disciplinadoras das construções o Poder Público está praticando atos de Polícia Administrativa Especial.

Ora, como é de tradição no direito brasileiro, o Município exerce o Poder de Polícia dentro de seu respectivo território, sobre tôdas as atividades em que seu interesse seja mais relevante que o do Estado ou da União. Isto é o que decorre do artigo 28, ítem II, da Constituição Federal, onde se dispõe que o Município terá administração própria, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse¹⁵.

Não há dúvida, portanto, de que as normas municipais atinentes ao direito de construir preenchem um branco da lei civil, o qual se deveu à intenção de possibilitar o tratamento da questão segundo as peculiaridades de cada Município, uma vez que, embora necessária a disciplinação da matéria, seria absurda e ilógica a fixação de preceitos minuciosos aplicáveis a todo o território nacional. ORLANDO compara tal procedimento do legislador que emite a norma em branco ao de alguém que entregue a outrem uma fôlha em branco com sua assinatura, para que a preencha com uma obrigação¹⁶.

A respeito das normas que contêm um comando geral e que deixam um vazio para ser preenchido por outras fonte normativa, ou seja, as chamadas *normas em branco*,

14. *Noções de Direito Administrativo*, págs. 215 e 216.

15. Neste sentido afirma GUIMARÃES MENEGALE: “Na administração de interesses locais encontra-se o “poder de polícia”, a que a Constituição Federal não faz expressa alusão, pela implicitude da matéria”. (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, pág. 198.

16. V. E. ORLANDO, *Principii di Diritto Costituzionale*, pág. 134. Para RANELETTI trata-se, na hipótese, de “regolamenti delegati”, entre os quais êle situa “quelli di polizia locale, di igiene, di edilità, ecc.” *Istituzioni di Diritto Pubblico*, pág. 530.

é muito expressiva a lição de ARNALDO DE VALLES. Começa êle por observar que sòmente em casos excepcionais a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de ditar regras obrigatórias, para interpretação e aplicação da mesma lei. Ou, então, a faculdade de integrar normas legislativas que conferem à Administração um poder genérico, mandando a autoridade competente estabelecer com ordenamento próprio os casos concretos, a respeito dos quais as normas (até então em branco) devem encontrar aplicação.

Transpostas essas considerações para a organização federal brasileira, pode-se ter a norma em branco oriunda do poder legislativo da União, fixando um comportamento geral e deixando ao órgão competente, que pode ser o legislativo municipal, o estabelecimento das circunstâncias concretas.

Então, diz ainda ARNALDO DE VALLES, as disposições emanadas da segunda autoridade têm eficácia, não pela forma que assumem mas pelo que contenham, como integrantes da norma em branco¹⁷.

Bem interessante é a observação de MEUCCI, segundo a qual se uma norma local de polícia administrativa prescrevesse afastamento entre os edifícios ou área mínima para se poder edificar, tal norma não seria obrigatória se o Código Civil não houvesse ressalvado a competência dos estatutos locais¹⁸. Contrário senso, desde que emitida como complementar do Código Civil, por disposição expressa dêste, aquela norma tem exatamente a mesma autoridade e o mesmo alcance das demais normas civis.

Esta última hipótese é exatamente a que se verifica em relação à legislação brasileira, podendo-se, portanto,

17. cf. ARNALDO DE VALLES, *Elementi di Diritto Amministrativo*, pág. 30.

18. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, pág. 52.

dizer que o legislador civil emitiu uma norma em branco, cabendo a cada Município preenche-la, de acôrdo com as peculiaridades locais.

V. O Sentido das Restrições ao Direito de Construir.

As limitações impostas pelos Municípios ao direito de construir, se apreciadas segundo a repercussão que têm sobre o comportamento dos indivíduos, são classificadas por ALCIDES GRECA em três grupos:

- a) as que implicam em obrigação de *fazer*;
- b) as que contêm uma obrigação de *não fazer*;
- c) as que impõem uma obrigação de *deixar fazer*.¹⁹

No primeiro grupo estariam as imposições relativas à impermeabilização de paredes e pisos, à abertura de janelas para insolação, iluminação e ventilação, à adoção de normas técnicas relacionadas com a segurança das edificações, bem como tôdas as demais disposições legais que obrigam o proprietário a dotar sua edificação de certas características.

Entre as limitações da segunda classe estaria a proibição de aberturas, sem a observância de certo afastamento da área vizinha, a obrigação de recuo do alinhamento do passeio público, a proibição de porões habitáveis, como é o caso da cidade de São Paulo, a limitação da altura dos edifícios, assim como tôdas as normas que impõem a abstenção de determinadas práticas.

As limitações da terceira classe não dizem respeito, precisamente, a características que deva ter a edificação. Na realidade, são limitações ao uso do edifício, mas que

19. *Regimen Legal de la Construcción*, pág. 35.

pressupõem já a existência da edificação. Tais restrições seriam, principalmente, a obrigação de permitir a colocação de presilhas ou suportes para colocação de cabos de energia elétrica e telefone, a colocação de caixas de correspondência, a ocupação do sub-solo para passagem de cabos e encanamentos, a ocupação do espaço aéreo para a passagem de cabos, e outras circunstâncias eventuais em que uma edificação deva servir de ponto de apóio para a consecução de um serviço público.

Um aspecto que deve ser ressaltado é que nenhuma dessas limitações, mesmo as que representam verdadeira perda de área, como é o caso dos recuos, dá direito a qualquer indenização ou compensação. Esta orientação é a que vem prevalecendo tradicionalmente no direito brasileiro, em coincidência com o que ocorre em outros países cuja formação jurídica é semelhante à nossa²⁰.

Quanto aos fins a que se destinam, as restrições ao direito de construir são ilimitadas, embora haja umas tantas razões que, com maior freqüência, inspiram a atuação dos Poderes Públicos. Realmente, um motivo que se afigura como preponderante em certo Município num momento determinado poderá não se apresentar em todo o resto do país. Assim, por exemplo, as limitações à altura dos edifícios, de suma importância nas grandes cidades, não tem qualquer significação se aplicada a lugares humildes. Por outro lado, tanto nos pequenos quanto nos grandes Municípios têm igual importância as disposições sobre arejamento ou ventilação.

20. É ainda ALCIDES GRECA quem o observa: "La doctrina, las leyes y la jurisprudencia han uniformado criterio en el sentido de que la imposición de meras restricciones a la propiedad no dá lugar a indemnización alguna. Se las considera como una forma reglamentaria del ejercicio del derecho de propiedad en beneficio de la comunidad en general y aun del propietario que las soporta" *Ob. cit.* pág. 38.

As razões básicas das restrições geralmente verificadas, relacionam-se com a saúde dos moradores e usuários dos edifícios, com a segurança dêles e dos que possam vir a ser prejudicados pelas más condições da edificação, e, além dessas, são também comuns as restrições ditadas por cuidados de estética.

Na cidade de São Paulo, que por sua dimensão registra tôda sorte de problemas ocorrentes num centro urbano, a matéria é regulada atualmente pela Lei n.º 4.615, de 13 de janeiro de 1955, que atualizou as disposições do antigo Código de Obras, representado pelo Ato n.º 663, de 10 de agosto de 1934, que recebera a denominação de “Código Arthur Saboya”.

Examinando as disposições da Lei n.º 4.615 e das que lhe são complementares, poderemos ter clara noção das particularidades que mais preocuparam o legislador. No Capítulo 4 acham-se as “Condições Gerais das Edificações” Surgem em primeiro lugar as normas relativas à insolação, iluminação e ventilação, visando proteger a saúde dos habitantes, além de fixar condições mínimas de conforto. A seguir são estabelecidas as dimensões mínimas dos compartimentos, passando-se, posteriormente, a particularizar as condições a serem observadas em cada dependência da habitação.

Um dos itens dêsse Capítulo consubstancia um cuidado de ordem estética, fixando o princípio da liberdade na composição das fachadas, exceção feita aos locais em que a lei estabelecer restrições visando soluções de conjunto. A defesa da estética das cidades, como vimos ao analisar a legislação portuguesa, é uma preocupação antiga, mas que ultimamente vem sendo considerada com maior zêlo, pelo reconhecimento de que a qualquer núcleo populacional, grande ou pequeno, é salutar o culto da beleza, influindo no bem estar da população. Modernamente vem-se tornando pacífico o entendimento que considera possível

a declaração de utilidade pública, visando, tão só, uma solução estética²¹.

Segundo ALCIDES GRECA que também dá grande realce à questão — dois métodos podem ser adotados para defesa da estética das cidades: a) o método direto, pela imposição de um estilo às novas construções; b) método indireto, pelo oferecimento de vantagens a quem adotar um certo estilo²².

São bem raros os casos de cidades inteiras subordinadas à regulamentação de estilos, havendo, no Brasil, dois casos marcantes de cidades que sofrem restrições de tamanha amplitude. Uma delas é Ouro Preto, onde se preservam tôdas as características que fizeram da antiga Vila Rica uma das cidades mais importantes do Brasil-colônia. A outra é Brasília, que, por sua condição de cidade totalmente construída segundo planos pre-estabelecidos, pôde fixar de antemão cada pormenor de sua estética.

O que se dá mais comumente, porém, é o estabelecimento de zonas, dentro de um Município, nas quais as edificações ficam subordinadas a determinados preceitos.

Voltando ao exame do Código de Obras de São Paulo, encontramos no Capítulo 5 a regulamentação de “Edificações Para Fins Especiais”. Cuidou-se, especialmente, da proteção à saúde e à segurança dos usuários de edifícios onde, habitualmente, reune-se um grande número de pessoas, tais como hotéis, escolas, hospitais, fábricas, locais de

21. É a opinião quase que unânimemente acatada pela doutrina. Do ponto de vista prático, é importante assinalar que os Tribunais brasileiros, de maneira geral, vêm reconhecendo que o poder de polícia do Município alcança também a proteção da estética, havendo inúmeros casos de restrições para proteção da paisagem, e outros semelhantes, apreciados favoravelmente pelo Poder Judiciário.

22. A respeito da imposição de estilos observa ALCIDES GRECA: “La imposición de un estilo, o de ciertas características, que den tono a las avenidas y barrios residenciales, se acentua cada vez mas en las ciudades modernas. También en las viejas ciudades europeas y algunas de America, se tiende a conservar la fisionomia tradicional de la edificación. *Ob. cit.*, pág. 41.

recreação e de reunião, prédios de grande porte destinados a fins residenciais ou comerciais, havendo diversos itens que impõem especiais medidas de proteção aos edifícios utilizados para fábrica ou depósito de substâncias de alta periculosidade. Nêsse mesmo Capítulo, no item 7, estão contidas as exigências para os locais destinados ao preparo de gêneros alimentícios e de produtos farmacêuticos. Neste caso o que se visa, substancialmente, é proteger a saúde das pessoas que irão consumir os produtos, as quais, muitas vêzes, residem, na sua maioria, fora do Município. Dá-se aqui um entrelaçamento de normas que pode gerar conflitos jurídicos de difícil solução. Com efeito, basta que se tome como exemplo o Código Nacional de Saúde, que contém, entre outras, uma série de disposições sôbre os locais de produção de alimentos e produtos farmacêuticos, estipulando que o Ministério da Saúde estabelecerá as condições de higiene a que ficarão sujeitos os estabelecimentos industriais e comerciais daquela natureza. Ora, especialmente as condições das paredes e dos pisos, bem como de arejamento e insolação, têm grande importância naqueles locais, pois têm inegável influência sôbre as medidas que se queiram adotar para defesa da higiene. Mas, apesar disso, são particularidades da construção. Assim sendo, é natural que o Município cuide do problema, fixando normas que, nos têrmos do artigo 572 do Código Civil, dever-se-ão considerar como incorporadas ao próprio Código. Dessa forma, não poderão prevalecer sôbre elas as disposições contidas em Regulamentos expedidos pelo Ministério da Saúde. A matéria, no que toca à construção, é de competência específica dos Municípios, que sôbre ela disporão com plena autoridade.

Finalmente, no Capítulo 6 do Código de Obras de São Paulo tratou-se da “Execução da Construção”. Foram aqui enunciadas as condições em que se deve processar a edificação, bem como as características técnicas que deve ter o próprio edifício, visando a segurança dos que irão

utilizá-lo e das pessoas que eventualmente estarão nas circunvizinhanças.

Aí estão as principais restrições impostas ao direito de construir, com suas características e finalidades.

VI. Conclusões.

1. O legislador federal, segundo decorre do artigo 572 do Código Civil Brasileiro, pre-esposou o que viesse a ser dispôsto pelos legisladores municipais, quanto às limitações ao direito de construir. Assim procedendo, possibilitou a adoção de medidas acauteladoras do interesse comum dos cidadãos, com a adequação que só poderia resultar da consideração direta e imediata das peculiaridades locais. Além disso, reconheceu nas leis municipais que viessem a dispôr sôbre o assunto a mesma autoridade e o mesmo alcance das normas substantivas federais. Desta forma, o dispositivo de lei municipal sôbre a matéria prevalece sôbre as determinações de decretos federais ou estaduais.

2. As limitações impostas pelos Municípios ao direito de construir realizam o equilíbrio entre direitos individuais e interesse social. E, ainda mais, através da legislação municipal é possível maior adequação entre o preceito normativo geral e a realidade social.

Os bens que tais limitações, aqui referidas, visam proteger são essenciais para a consecução do bem comum, podendo-se, portanto, concluir que os Municípios, no exercício dessas atribuições, participam eficazmente das atividades necessárias à realização dos fins do Estado.

Bibliografia

- ATALIBA NOGUEIRA, J. C., *O Município e os Municípios na Constituição Federal de 1946*, São Paulo, 1947.
- BEVILAQUA, CLÓVIS, *Código Civil Comentado*, 9.^a ed., Rio de Janeiro, 1953.

- CAETANO, MARCELO, *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 1937.
- CARVALHO, CARLOS AUGUSTO DE, *Direito Civil Brasileiro Recopilado*, Rio de Janeiro, 1899.
- COULANGES, FUSTEL DE, *A Cidade Antiga*, Lisboa, 1950.
- CRETELLA JR., JOSÉ, *Tratado de Direito Administrativo*, São Paulo, 1969.
- GIFFARD, A. E., *Précis de Droit Romain*, Paris, 1951.
- GRECA, ALCIDES, *Regimen Legal de la Construcción*, Buenos Aires, 1956.
- LANGHANS, FRANZ-PAUL, *As Posturas*, Lisboa, 1938.
- LESSONA, SÍLVIO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Firenze, 1960.
- LOBÃO, MANOEL DE ALMEIDA E SOUZA DE, *Casas*, Lisboa, 1915; e *Notas a Mello*, Lisboa, 1883.
- MASAGÃO, MÁRIO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1959.
- MENDES DE ALMEIDA, FERNANDO HENRIQUE, *Noções de Direito Administrativo*, São Paulo, 1956; e *Ordenações Filipinas (Com Introdução e Notas)*, São Paulo, 1957.
- METRELLES, HELLY LOPES, *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo, 1964; e *Direito de Construir*, São Paulo, 1961.
- MENEGALE, J. GUIMARÃES, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio de Janeiro, 1957.
- MEUCCI, LORENZO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1909.
- ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze, 1915; e *Principii di Diritto Costituzionale*, Firenze, 1889.
- PEREIRA, LAFAYETTE RODRIGUES, *Direito das Cousas*, Rio de Janeiro, 1877.
- RANELLETTI, O., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Milano, 1955.
- REALE, MIGUEL, *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, 1956.
- SCIASCIA, GAETANO, *Sinopse de Direito Romano*, São Paulo, 1955.
- SEVERO, ARCHIBALD, *O Moderno Município Brasileiro*, Pôrto Alegre, 1946.
- SUZANO, LUIZ DA SILVA ALVES DE AZAMBUJA, *Digesto Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1866.
- VALLES, ARNALDO DE, *Elementi di Diritto Amministrativo*, Padova, 1965.
- VEIGA CABRAL, *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1859.
- VIANA, B. ARRUDA, *O Município e sua Lei Orgânica*, São Paulo, 1950.

Os direitos reais.

R. Limongi França

Docente da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I — CONCEITO DE DIREITO DAS COISAS. 1. Doutrina Alienígena. 2. Doutrina Nacional. 3. Conceito que propomos. II — CARACTERES DO DIREITO DAS COISAS. III — ELEMENTOS DO DIREITO DAS COISAS. 1. A lição dos mestres.
2. Orientação que propomos.

I — Conceito de direito das coisas

1. *Doutrina Alienígena.* Não obstante, inexplicavelmente, alguns autores do mais elevado coturno, tenham cuidado do Direito das Coisas sem apresentar de início o seu conceito (v. MARTIN WOLF, *Derecho de las Cosas*, vol. I, págs. 1-4, “generalidades”, trad. de GONZALEZ e ALGUER, 2.^a ed., Barcelona, 1951; GUIDO RAFFAELLI, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 101 e segs., Milano, 1953; MARIO ROTONDI, *Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 224, § 113, 8.^a ed., 1965; MICHEL DE JUGLART, *Cours de Droit Civil*, Tomo I, vol. I, pág. 99 e vol. II, pág. 1, Paris, 1967), dada a sua importância, o mesmo não se deu com outros juristas, das mais variadas nacionalidades.

É assim, pois, que, entre os germânicos, já ensinava DERNBURG que “os direitos reais nos atribuem imediatamente as coisas corpóreas, a êles conexas”. E acrescenta: “Nos as “havemos”, no sentido jurídico, ainda que não

lhes tenhamos a efetiva detenção” (*Diritti Reali*, pág. 76, § 192, trad. de CICALA, Torino, 1907).

Ao seu turno, o clássico VENZI, ensina que “estes direitos pertencem... à classe dos direitos patrimoniais, e consistem essencialmente em uma relação entre certa pessoa e determinada coisa, relação que implica um poder ou faculdade que o *homem* tem sobre a coisa” (*Manuale di Diritto Civile Italiano*, pág. 259, Torino, 1928).

De particular interesse é a lição de JEAN CARBONNIER: “é o poder jurídico que tem uma pessoa de retirar diretamente ao todo ou em parte as *utilidades econômicas* de uma coisa. Na relação de direito que há no direito real, o *contacto é imediato* entre a pessoa e a coisa... A coisa está como sujeitada à pessoa, obrigada a obedecê-la (de lui obéir), e nisto está o podermos falar em direito sobre a coisa e fazer, de algum modo, da coisa, um dos dois termos da relação de direito” (*Droit Civil*, Tomo II, pág. 33, 4.^a ed., Paris, 1964).

Entre os autores de língua castelhana, ressaltamos os ensinamentos de ilustre professor da Universidade Central da Venezuela, MANOEL SIMON EGAÑA, que, em excelente trabalho especializado assinala que “os direitos reais têm como fundamento. . . uma relação entre a pessoa e um objeto de que esta necessita para a satisfação de suas necessidades econômicas”. Por outro lado a pessoa é livre (esta facultada) quanto à disposição da coisa, “sem que possa ser perturbada nessa relação pela interferência da conduta dos demais integrantes do grupo social” (*Biens Y Derechos Reales*, pág. 111, Caracas, 1964).

2. *Doutrina Nacional.* Entre os reinóis, o grande MELLO FREIRE distingue os direitos em *reais* e *personais*, mas não lhes apresenta propriamente os conceitos: *Jam vero jura omnia, cum vel personam, vel rem adficiant, in REALIA, et personali, recte dividuntur. Juris in re species sunt dominus, servitus, pignus.* (*Institutiones Juris Civilis Lusitani*, Lib. III, *De Jure Rerum*, Tít. I, § XII, Coimbra, 1853).

Após a Independência, vários autores lusitanos de autoridade no Brasil cuidaram da matéria.

Assim, BORGES CARNEIRO, tratando do direito que podemos ter sobre as coisas, assinala que o mesmo “*ou está inerente à coisa, sem relação a pessoa determinada, ou se refere a uma pessoa determinada*”. No primeiro caso, acrescenta, a ação que dêle nasce chama-se real (*Direito Civil de Portugal*, Tomo IV, Livro II, pág. 29, Lisboa, 1867).

Por sua vez, CORREA TELLES, em cuja obra, a despeito da minúcia com que se ocupou “dos direitos e obrigações, que derivam da propriedade” e de matéria correlata, não apresenta uma noção geral do Direito das Coisas (*Digesto Portuquez*, Tomo I, §§ 732 e segs., 5.^a ed., Coimbra, 1860).

Não assim no que concerne a COELHO DA ROCHA, para quem tais direitos são os “que se exercem sobre o uso, disposição e posse de uma coisa, os quais os juriconsultos romanos enumeravam nas diferentes espécies de *jus in re*” (*Instituições de Direito Civil Portuquez*, II, pág. 317, 4.^a ed., Coimbra, 1857).

Entre nós, TEIXEIRA DE FREITAS assinala que “há profunda diferença entre os direitos pessoais e os direitos reais, sendo o objeto destes *uma coisa*, e o objeto daqueles um fato” (*Esboço*, Livro I, vol. 1.^o, pág. 192; Livro III, vol. 4.^o, art. 3.703 e segs., da ed. do Ministério da Justiça, 1952; Cf. “Consolidação das Leis Civis”, arts. 884 e segs., 3.^a ed., 1875). De particular oportunidade é a lição de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, autor de obra prima sobre o assunto, e cujo ensinamento é o de que — “direito real é o que afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos e a segue em poder de quem quer que a detenha” (*Direito das Coisas*, I, 21, 5.^a ed., 1943).

Em tese especializada sobre a matéria, MUCIO CONTINENTINO, depois de haver passado em revista as principais teorias a respeito, propende pela orientação de ROGUIN (*La Science Juridique Pure*, 3 vols., Paris-Lausanne, 1923), para quem “o direito real é, como os demais direitos, um

poder-dever, poder do sujeito ativo, juridicamente direto de *utilização sobre uma coisa física*, ao qual corresponde o dever do sujeito passivo universal, todos os homens, de se abster de atos contrários ao exercício daquele poder, *prestação universal e passiva de não apreensão de uma coisa física*” (*Direitos Reais, Direitos Pesssoais*, pág. 141, Rio de Janeiro, 1935).

3. *Conceito que propomos*. De quanto se pode observar, através da comparação dos diversos conceitos sobre o Direito das coisas, quer dos autores estrangeiros quer dos nacionais, a conclusão a que se chega é a de que são fundamentalmente conformes no enunciado do seu ponto de vista.

Alguns, como VENZI, cometem certas imprecisões falando em “faculdade que o *homem* tem sobre a coisa”. Ora, pode não ser o homem, pessoa natural, senão também os entes coletivos por isso que igualmente são sujeitos de direitos em geral, e em especial, dos direitos reais (v. *Manual*, 1.º, 120 e 147).

Outros, como CARBONNIER, referem-se a “utilidades econômicas de uma coisa” e o “contacto imediato entre a pessoa e a coisa”. Não fôra preciso dizer, toda utilidade é econômica (v. FRANCESCO VITTO, *Introduzione all'Economia Politica*, 9.ª ed., Milano, 1946) e, por outro lado, o contacto da pessoa com a coisa só se entende imediato por *fictio juris*, pois na realidade, por exemplo, no caso do imóvel locado, o contacto entre o senhorio e o objeto se dá mediata ou indiretamente.

Por outro lado, a generalidade dos juriconsultos examinados não teve a perspicácia de LAFAYETTE, ao falar em “sob todos ou sob certos respeitos”, expressão felicíssima que engloba não só o direito de propriedade, como também os seus desmembramentos.

Em conclusão, propomos o seguinte conceito de direito real: *é o direito absoluto (erga omnes), que, tendo por objeto uma coisa corpórea, (qui tangi potest) a submete*

juridicamente de modo direto ao respectivo sujeito, para o fim de sua utilização e disposição, de maneira ampla (propriedade) ou limitada (desmembramentos da propriedade, limitações fidejussórias).

II — Caracteres do direito das coisas.

Da nossa própria definição podemos deduzir os caracteres básicos do direito das coisas, a saber: A) é um direito absoluto; B) tem por objeto coisa corpórea; C) submete a coisa, juridicamente, de modo direto; D) nessa submissão, se subentende a possibilidade de utilização e de disposição; E) a referida submissão pode ser ampla ou limitada.

Passemos a examiná-los, suscintamente embora.

A) *O direito real é de caráter absoluto.* Isto quer dizer que, do mesmo modo que os direitos da personalidade, são oponíveis *erga omnes*.

Por outro lado, advém daí aquilo que LAFAYETTE apresenta como uma característica em apartado (*Op. cit.*, I, 22), a saber o *jus sequendi*, ou direito de sequela, i.é., a faculdade do sujeito de exercitar ação para recuperar objeto, contra quem quer que o detenha, *jus contra quem libet hujus rei possessorem*.

B) *Tem por objeto coisa corpórea.* Coisa corpórea é aquela que pode ser atingida pelos nossos sentidos, *quae tangi potest*. No caso, abrange tanto a de natureza móvel como imóvel (v. *Manual*, 1.º, 188 e 189).

C) *Submete a coisa, juridicamente, de modo direto.* Com efeito, no direito real, o objeto está imediatamente ligado ao sujeito. Esse liame, porém, pode ser efetivo ou oriundo de uma *fictio juris*, pois a sua imediatidade se deve entender, num determinado sentido, que permanece mesmo quando um terceiro, preposto ou sujeito de outro direito, esteja na detenção da coisa.

Não se deve confundir aqui a *submissão jurídica imediata*, com a *posse imediata*, o que constitui uma outra categoria (v. de nossa autoria, *A Posse no Código Civil*, pág. 15, ed. Bushatsky, 1964).

D) *Possibilidade de utilização e de disposição*. Essa possibilidade é o próprio fundamento do direito real. É o que o justifica *de jure naturali*, de acôrdo com a lei econômica fundamental de que o homem para conservar a vida e alcançar os fins a que se destina necessita e se utiliza das coisas (v. FRANCESCO VITTO, *Op. cit.*, J. PAPATERRA LIMONGI, *Economia Política*, 5.^a ed., Freitas Bastos, 1959).

Noutras palavras, é o que diz a respeito MARIO ROTONDI, quando fala no “contenido economico” do direito real onde distingue o “valore d’uso” e o “valore di scambio” (*Op. cit.*, pág. 224).

Por outro lado, MANUEL SIMON EGAÑA, expondo a doutrina clássica do direito real, assinala que uma das suas diferenças do direito creditício está no fato de que “no puede ser violado mediante una abstención” (*Op. cit.*, pág. 120, letra a). *Data venia*, discordamos, porque o não uso em certas circunstâncias, atenta contra o próprio fundamento e a finalidade do direito real.

E) *A submissão do objeto pode ser ampla ou limitada*. Ampla se se trata do principal dos direitos reais, a saber, o *direito de propriedade*. Limitada, se concerne aos direitos reais de uso e gozo sôbre coisas alheias (*enfiteuse, usufruto, uso, habitação, servidões*, etc.) ou às adstrições fideijussórias da propriedade (*hipoteca, penhor, anti-crese*, etc.).

Tem-se assinalado ainda que, diferentemente do direito obrigacional, o direito das coisas *se adquire por usucapião* (EGAÑA, *op. cit.*, 120, letra f). Isto, entretanto, não se aplica a certos direitos reais como as servidões não aparentes e as servidões descontínuas. O mesmo se dirá com referência a todos os direitos reais de garantia.

Duas importantes observações de RAFFAELLI colhem no que concerne aos caracteres do Direito das Coisas: A) a necessidade de determinar o interesse público, no que concerne à possibilidade de uso e gozo (e, acrescentamos, *do não uso*); e B) a necessidade de tutelar os interesses privados dos outros sujeitos, prevenindo e impedindo o conflito de interesses (*Istituzioni*, pág. 102, letras *a* e *b*).

III — Elementos do direito real.

1. *A lição dos mestres.* Para MICHEL DE JUGLART, “nous avons, dans tout droit réel, deux elements constitutifs: le *sujet* et l'*objet*” (*Cours*, I, vol. I, pág. 99). No mesmo sentido, CARBONNIER, para quem a *coisa* é, no direito real, “un des deux termes du rapport de droit”.

Vários autores, porém, condenam esta orientação pois a mesma importa em dar caráter subjetivo ao objeto (ORTOLAN, ROGUIN, PLANIOL, FERRARA, CÁNOVAS, em suas conhecidas obras).

EGAÑA (*Op. cit.*) classifica numa terceira posição a autores como BECKER, BARASSI, MESSINEO e VON TUHR, cuja orientação seria eclética. Guardadas as diferenças do modo de expor a matéria, por cada qual desses mestres, o fulcro dessa orientação está em distinguir dois aspectos no direito real: A) o interno; e B) o externo.

Do ponto de vista interno, não haveria negar a relação direta entre a pessoa e a coisa. Do ponto de vista externo, fôra de considerar-se a obrigação geral de abstenção de todos os demais sujeitos.

2. *Orientação que propomos.* A nosso ver, no direito real devemos considerar quatro elementos: A) *o sujeito ativo*; B) *o sujeito passivo*; C) *o objeto*; e D) *a relação jurídica*.

Não há nisto qualquer vês de cairmos na orientação monista de GAUDEMET e de SALEILLES (do primeiro, *Théorie Générale des Obligations*, reimpressão, 1965; do segundo, *Théorie Générale de l'Obligation*, 3.^a ed., 1925), pois já falamos dos caracteres dos direitos reais e, no volume 4.^o, Tomo I, pág. 82, do *Manual do Direito Civil*, assinalamos as diferenças entre o Direito Real e o Obrigacional. Por outro lado, se levarmos a matéria às suas últimas consequências, não há sentido em falarmos no monismo tão somente do Direito Patrimonial (Cf. CARBONNIER, *Op. cit*), porque, segundo determinada perspectiva, todo o direito se deve encarar segundo uma concepção monista, pois envolvendo sempre a questão do meu e do seu, as suas técnicas fundamentais são as mesmas, quer para o Direito Público, quer para o Direito Privado (v. LÉON DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 66, Paris, 1907; ROGER BONNARD, *Précis de Droit Public*, pág. 1, Paris, 1939; de nossa autoria, *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, págs. 17 e segs., ed. da Rev. dos Tribunais, 1969).

A) *Sujeito Ativo*. São os sujeitos de direito em geral, abrangendo inclusive os incapazes, devidamente representados por quem de direito e, nos atos de disposição, assistidos pelo Estado, através do órgão do Ministério Público.

B) *Sujeito Passivo*. Tôdas as demais pessoas, em virtude da obrigação, de caráter negativo, de não turbar o exercício do direito real, por parte do sujeito ativo. *Por vêzes, entretanto, o sujeito passivo é determinado*, como no caso das servidões e dos direitos de vizinhança.

C) *Objeto*. Já vimos que se trata de coisa corpórea. A energia elétrica e mesmo atômica são igualmente coisas corpóreas, pois constituem *res quae tangi possunt*. As coisas incorpóreas, como os direitos pessoais, e a imprópriamente denominada “propriedade imaterial”, refogem ao espectro do Direito das Coisas, inserindo-se ora no campo dos

Direitos Privados da Personalidade (*Manual*, 1.º, Livro III), ora no dos Direitos Obrigacionais (vol. IV. Tomo I e II).

D) *Relação Jurídica*. Já vimos que a sua natureza é *direta* e em que sentido se deve entender essa expressão. Por outro lado, já se examinou o seu conteúdo que, conforme ficou esclarecido, abrange a faculdade de utilização e de disposição.

Reflejos del derecho comunitario sobre el derecho nacional*.

Gustavo Zanini

Assistente de Direito Internacional Público na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

SUMÁRIO: Introducción. Capítulo I. *El Nuevo Concepto de Soberanía*. Capítulo II. *Naturaleza Jurídica de las Comunidades y Relación Derecho Comunitario y Derecho Nacional*. Capítulo III. *Competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas*. Capítulo IV. *El Derecho Comunitario y la Jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades*.

Introducción

Uno de los objetivos de la realización, en Bogotá, de la Sesión Exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, ha sido el estudio de las Comunidades Europeas.

El examen del proceso de la integración económica y social europea debe, ante todo, ser efectuado a la luz de los Tratados que crearon sus instituciones comunitarias más importantes, o sea, el Tratado de 18 de abril de 1951, de París, concerniente a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y los Tratados firmados en Roma, en 25 de marzo de 1957 que dieron nacimiento a la Comunidad

* Trabalho apresentado na sessão exterior da Academia de Direito Internacional de Haia, realizada em Bogotá, em junho de 1969.

Económica Europea y a la Comunidad Europea de Energía Atómica, respectivamente. Se consolidaban de esta manera las ideas de ROBERT SCHUMANN, expresadas en su Declaración de 9 de mayo de 1950. Pero hay que señalar las dificultades de la ejecución de estos Tratados para los seis Estados contratantes (Italia, Francia, Bélgica, Alemania, Holanda y Luxemburgo) en el período inicial.

En verdad, aquellos Estados tuvieron que enfrentar problemas de distinta naturaleza, es decir, sobre la política de inversiones y ayuda financiera; las políticas de precios, sociales y laborales; la tarifa exterior común; la libre circulación de personas, servicios y capitales, y muchos otros. A estos factores propios es menester agregar el difícil equilibrio de la estabilidad de la producción. A este respecto NICOLA CATALANO expresa el siguiente pensamiento: “Si es verdad que el ideal europeísta constituye ante todo una instancia ideológica y política, no debe pasar inadvertido que la realización de un comienzo de integración europea (afortunado neologismo con el cual, como será mejor precisado más adelante, se quiere significar la creación de estructuras de tipo federal) ha podido ser realizada sola y exclusivamente en el sector económico. En efecto, la más tenaz resistencia pudo superarse precisamente en el sector económico, demostrando a quienes actúan en ese campo, la inexistencia de las ventajas emergentes de la creación de un gran mercado que permita el aumento de la capacidad competitiva, el recíproco desarrollo e incremento de actividades y producciones complementarias, pero que deje además, subsistentes, también aquellas actividades de carácter marginal, de otra manera destinadas a desaparecer en el ámbito restringido de los mercados nacionales”¹.

1. NICOLA CATALANO, *Aspectos Ideológicos, Económicos, Políticos y Jurídicos de la Integración Económica Europea*, in Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, n. IV. 1965/1966, pág. 40.

Sin embargo, la creación de las Comunidades Europeas no constituyó solamente un factor de desarrollo económico, político y social para los Estados miembros. En efecto la complejidad de la materia exigiría un estudio más intenso desde el punto de vista doctrinario y práctico. Y el trabajo de los iusinternacionalistas (o comunitaristas) es lo de hacer indagaciones sobre el objetivo de estas comunidades, sus fuentes, su naturaleza jurídica y su jurisprudencia, hasta llegar a la conclusión de la existencia de un nuevo rango del derecho, es decir, el Derecho Comunitario cuyos principios son distintos de los del Derecho Internacional General.

Asimismo, el espíritu de los Tratados y la práctica de su ejecución ponen de relieve una nueva concepción de Soberanía, con características diversas de las conocidas en el derecho clásico.

CAPÍTULO PRIMERO

El nuevo concepto de soberanía.

El aparecimiento de las Organizaciones Internacionales y más concretamente, teniendo en cuenta el estudio que estamos haciendo, la creación de las Comunidades Europeas, ha generado nuevas interpretaciones en lo que concierne el problema de la soberanía.

De hecho, si la teoría clásica hace de la soberanía el criterio del Estado, o sea, en Derecho Internacional tradicional la soberanía significando un conjunto de atributos y derechos “inherentes” a la personalidad del Estado, y por lo tanto, inalienables o indelegables, tenemos que admitir que tras el nacimiento del fenómeno comunitario europeo, el instituto jurídico ha recibido una interpretación nueva de su significado.

Realmente, para que la idea de la formación de las Comunidades Europeas se transformase en una realidad

había que tener presente ante todo, la espontánea y libre transferencia de ciertos intereses de cada Estado miembro para la Comunidad.

El sistema de derecho nacional de los distintos Estados miembros, por necesidad, reconoce la supremacía de las normas de Derecho Comunitario, y los órganos de la Comunidad son competentes para tomar decisiones “*erga omnes*”. Se trata del criterio comunmente designado de supranacionalidad. Sobre este asunto MICHEL GAUDET nos aclara que “Las Comunidades Europeas han sido instituidas por Tratados que han sido objeto, en cada uno de los Estados miembros, de la aprobación parlamentaria y de la ratificación en la forma prevista en las disposiciones constitucionales en vigor.”

“El establecimiento de las Comunidades, por lo tanto, resultó de un acto diplomático clásico mediante el cual los Estados contratantes se obligaron recíprocamente con el objetivo de mejorar las relaciones internacionales, especialmente por medio de la creación de una organización común con la capacidad de actuar en determinados asuntos. Así, la soberanía de los Estados se ejerce mediante la libre adhesión a un sistema de obligaciones mutuas y con un objetivo común.”

“En la celebración de los Tratados que instituyeron las Comunidades Europeas no hubo la necesidad de resolver problemas constitucionales especiales.”²

En este orden de ideas, cabría apreciar ahora las disposiciones constitucionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas en lo que concierne a los problemas de la soberanía. Realmente, es a través de la sistemática constitucional de los países comunitarios, relacio-

2. MICHEL GAUDET, *Información sumaria sobre la “Cuestión Constitucional” en los seis Estados Miembros de las Comunidades Europeas*, in *La Integración de América Latina y la Cuestión Constitucional*, Washington, 1967, pág. 75.

nados con los Tratados que podremos comprender como será posible la transferencia de atribuciones soberanas de un Estado para una Comunidad internacional.

El primer examen que debemos efectuar es lo de hacer referencia a la Ley Fundamental (Grundgesetz) alemana cuyo artículo 24 establece: “La Federación podrá *transferir* por vía legislativa los *derechos de soberanía* a instituciones internacionales.” Lo que se observa en esta regla jurídica de naturaleza constitucional es que la República Federal de Alemania atribuye el ejercicio de competencias a un órgano supranacional, teniendo en cuenta la supremacía de las normas comunitarias sobre su derecho interno.

Basandose en este principio constitucional incontestable se puede concluir que el Estado Alemán no renuncia toda su soberanía, pero solamente, y por vía legislativa, permite la transferencia de algunas atribuciones para que la Comunidad pueda alcanzar sus objetivos comunes, o sea, la Integración Económica de los seis Estados miembros.

Análogo razonamiento podrá aplicarse a la Constitución Francesa de 1958. Realmente, el Preamble de esta Constitución, cuyo texto es el mismo de la de 1948 enuncia:

“Bajo la reserva de reciprocidad, Francia consciente en las *limitaciones de soberanía* necesarias a la organización y a la defensa de la paz.”

Hay que señalar que estos dispositivos constitucionales franceses no se refieren directamente a organismos supranacionales, pero “existen en ellos una referencia de segundo grado”, conforme observa MICHEL GAUDET.³

Al hacer el análisis del artículo 11 de la Constitución italiana se puede constatar de inmediato las expresas referencias sobre las limitaciones de su soberanía en lo que se

3. MICHEL GAUDET, *op. cit.*, pág. 79.

refiere a las organizaciones internacionales. De hecho, declara aquel artículo que Italia,

“en condiciones de reciprocidad con los demás Estados, acepta las limitaciones de su soberanía que sean necesarias para el establecimiento de un orden que asegure la paz y la justicia entre las naciones. Ayuda y favorece a las organizaciones internacionales que persiguen esa finalidad.”

Reconociendo en efecto, la amplitud del problema y sus intereses Italia acoge el principio de la restricción de soberanía, con el objeto de apoyar el desarrollo de las organizaciones internacionales.

En lo que se refiere a los Países Bajos, la materia que hace referencia a las normas internacionales figura en los artículos 63 y 67 de la respectiva Constitución que ha sido revisada en 1953 y en 1956. Establece el artículo 63:

“Cuando la evolución del orden jurídico internacional así lo exija, el tratado podrá revogar las disposiciones de la Constitución. Tal derogación debe ser aprobada expresamente; las Cámaras de los Estados Generales solo podrán adoptar un proyecto de ley referente a esta cuestión por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.”

Y declara el artículo 67:

“Observadas en cada caso las disposiciones del artículo 63, las facultades en los asuntos de legislación, de administración y de jurisdicción pueden ser delegadas por una convención o en virtud de una convención a las organizaciones de derecho internacional.”

Por lo tanto, las cuestiones verdaderamente importantes y útiles de las normas constitucionales holandesas

(la posibilidad de derogación, mediante la aprobación expresa de las Cámaras y la delegación de facultades a los organismos internacionales) responden a una exigencia fundamental del Derecho Internacional, y concretamente, del Derecho Comunitario.

La quinta Constitución que debemos analizar es la de Bélgica en la cual existe una omisión en lo que se refiere a normas tendientes a delegar atribuciones de soberanía a organizaciones internacionales.

Pero si el artículo 25 de dicha Constitución determina que “Todos los poderes emanan de la Nación y los mismos son ejercidos en la forma establecida por la Constitución”, hay que subrayar que el artículo 68 preve la aprobación de Tratados mediante la “votación de una ley ordinaria.”

Para completar este estudio de la materia, es necesario examinar la Constitución de Luxemburgo, la cual, en los artículos 37 y 49, autoriza la transferencia temporal de derechos de soberanía a una organización internacional, mediante una norma convencional.

Conviene añadir y resaltar, teniendo en cuenta el texto del artículo 37, que “los Tratados son aprobados por ley votada de acuerdo con las condiciones del artículo 114, quinto párrafo.” El artículo 114, que se caracteriza por la peculiaridad de sus términos, reglamenta el problema de las revisiones constitucionales.

En el análisis que hemos realizado, nosotros comprobamos que los Estados miembros aprobaron normalmente los Tratados de las Comunidades Europeas, apoyandose en la conciencia de una efectiva solidaridad y una colaboración voluntaria entre ellos, otorgando una soma respectable de intereses, pero manteniendo, con algunas restricciones, la soberanía como personas de derecho internacional.

CAPÍTULO SEGUNDO

Naturaleza jurídica de las comunidades y relación derecho comunitario y derecho nacional

Habiendo admitido que los Estados miembros de la Comunidad han restringido su soberanía para la creación de una entidad jurídica autónoma, nos encontramos ahora en presencia del problema, aun tan discutido, de saber cual es realmente la naturaleza jurídica de esta misma entidad.

Los autores más categorizados en esta materia han establecido criterios diversos para explicar la esencia del sistema de derecho de las Comunidades y el fenómeno de la supranacionalidad. De ahí la necesidad de haceremos indagaciones en torno a dos cuestiones: las fuentes y las teorías del Derecho Comunitario, como un nuevo rango del árbol jurídico.

En cuanto a las fuentes es de particular interés para la doctrina la clasificación hecha por el Profesor NICOLA CATALANO⁴. Establece este autor dos categorías diferentes: a) las fuentes normativas directas y las fuentes normativas subsidiarias. Siguiendo este criterio los Tratados de las Comunidades con sus anexos y protocolos, las reglas de derecho relativas a su aplicación, por las Decisiones de la Alta Autoridad de la CECA y los Reglamentos de la CEE y el EURATOM, y los Acuerdos firmados por las Comunidades con terceros países constituirían las fuentes normativas directas. Las fuentes normativas subsidiarias comprenderían las Disposiciones legislativas o Reglamentos aprobados por los Estados miembros.

4. NICOLA CATALANO, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*, INTAL, Buenos Aires, 1966, págs. 135 a 137.

Con el objeto de delucidar sus ponderaciones, CATALANO establece una otra clasificación en lo que respecta las fuentes normativas directas, sosteniendo que ellas pueden ser fuentes primarias (los Tratados), y fuentes secundarias (las Decisiones de la Alta Autoridad de la CEEA y los Reglamentos de la CEE y el EURATOM).

El examen de estas fuentes, a la luz de los principios jurídicos consagrados en los Tratados que instituyeron la CEEA, la CEE y el EURATOM, nos lleva a las conclusiones siguientes:

- 1.º — Los Tratados de las Comunidades Europeas constituyen una modalidad especial de contratación entre los Estados, caracterizada particularmente por la limitación de la soberanía de cada uno de ellos;
- 2.º — Las Decisiones de la CEEA, por virtud del artículo 14 de su texto institucional, y los reglamentos de la CEE y el EURATOM, por virtud de los artículos 189 y 161 de los Tratados respectivos, se afirman de modo categórico en los sistemas de Derecho Comunitario, teniendo en cuenta los principios de la obligatoriedad y de la ejecución.

Examinemos ahora las características de las teorías más expresivas que cercan de interpretar la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional.

A) *Teoría de la fundamentación propia del fenómeno Europeo.*

Según esta teoría, la solución de los conflictos entre los Tratados internacionales y el derecho nacional podría ser encontrada dentro de las reglas del sistema del Derecho Comunitario.

Al examinar el informe relativo a la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros, elaborado por la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo se puede constatar que dicha Comisión ha defendido esta tesis bajo los siguientes argumentos:⁵

“El pretender resolver el problema de los conflictos entre el derecho comunitario y el derecho nacional mediante la utilización de los mismos medios que se aplican a los conflictos entre los tratados internacionales y el derecho nacional no constituye una solución perfecta. Sería más acertado y, por decirlo así, más científico, buscar una solución dentro de las características mismas del derecho comunitario. La característica predominante de la construcción comunitaria es que, tanto en lo que se refiere a sus objetivos como en lo que respecta a los métodos, no es un sistema internacional de tipo clásico. Al analizar el derecho comunitario y, por consiguiente, el examinar las relaciones entre dicho derecho y el derecho nacional, los juristas no deben hacer caso omiso a las características de esa estructura en comparación con el derecho internacional clásico. *En su origen se halla una voluntad y una finalidad de carácter político ligadas a la primacía del derecho comunitario y las únicas soluciones adecuadas son las que permiten deducir consecuencias de esa originalidad para justificar la primacía.*” (El subrayado es nuestro).

B) *Teoría procesalista.*

En lo tocante a la corriente doctrinaria llamada procesalista, explican sus defensores que los conflictos entre el derecho comunitario y el derecho interno de cada Estado miembro pueden ser decididos de acuerdo con las normas

5. Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, Informe relativo a la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho de los Estados Miembros. Traducción y publicación del Instituto Interamericano, Relaciones entre el derecho comunitario y el derecho nacional, pág. 69.

procesales establecidas en los actos comunitarios y particularmente, en el artículo 177 del Tratado de la CEE, que dispone:

“La Corte de Justicia es competente para estatuir a título prejudicial — a) sobre la interpretación del presente Tratado, — b) sobre la validez y la interpretación de los actos tomados por las instituciones de la Comunidad, — c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando los estatutos lo prevean.”

La crítica más prudente de esta teoría ha sido formulada por IPSÉN⁶, quien se expresa así:

“La solución precesal no puede en consecuencia resolver nuestro problema fundamental. Más todavía, ello ha sido reconocido por Jaenicke en su último estudio sobre esta cuestión: a la Corte no se le debe preguntar sobre si el derecho comunitario debe primar sobre el derecho nacional de acuerdo a la posición legal o constitucional interna. La pregunta que debe hacerse a la Corte, continúa Jaenicke, y sobre la cual debe dictar una decisión obligatoria, es en que medida el Tratado, correctamente interpretado, obliga al Estado a aceptar la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional en caso de conflicto.”

Y más adelante agrega:

“Estoy conciente de que Wohlfarth está en desacuerdo pues, en el caso del conflicto entre el derecho comunitario y el derecho nacional, incluye

6. IPSÉN, H. P., *The Relationship between the Law of European Communities and National Law*, *Common Market Law Review*, March, 1965, pág. 381 y sig.

entre los efectos de la declaración de la Corte de Justicia que pronuncia la nulidad del derecho nacional el de la obligatoriedad de esta declaración para los tribunales nacionales.”

C) *Teoría pragmática.*

La aplicación de los principios tradicionales con todos sus efectos prácticos es lo que caracteriza la actitud de esta teoría, como solución para los conflictos de derechos. Y a esto se debe agregar que el sistema del pragmatismo sostiene el principio de la prevalencia de las reglas jurídicas nacionales sobre el derecho comunitario, o sea, in dubio pro comunitate.

Pero la teoría pragmática ha sido asimismo criticada por IPSEN. De hecho, en su opinión los límites de la cuestión de la preeminencia de un ordenamiento u otro del derecho “no satisfará a quienes consideran el problema de la primacía como una especie de profesión de fé en la integración y una prueba de la estructura y naturaleza jurídica de las Comunidades, que la habilita a decidir si acaso la integración económica puede ser un paso preliminar hacia una integración de mayor escala y se acaso las constituciones de los Estados miembros están adaptadas, no solo para asegurar el respecto de los Tratados sino también para proveerles con las ‘armas’ internas apropiadas para la integración.”⁷

D) *Teoría del efecto útil.*

Se trata de una corriente doctrinaria propuesta por IPSEN y se basa en la “necesidad de asegurar una capacidad de funcionamiento a las Comunidades a través del principio de la efectividad; no se toman en consideración abstracciones como la naturaleza jurídica de las Comuni-

7. IPSEN, H. P., op. cit., *The Relationship...*, pág. 387.

dades, sino el rol de las normas jurídicas para la Comunidad. Interpretando la definición de Reglamento que contiene el artículo 189 del Tratado de la CEE de acuerdo al principio de la efectividad, no se considera que sus efectos no son solo el conferir el carácter de 'self-executing' a las regulaciones; valor y calidad que consistirían, simplemente, en su carácter comunitario, de naturaleza inviolable y que lo hace aplicable uniformemente a través de la Comunidad y, por lo tanto, no puede ser modificado por uno o varios Estados miembros.”⁸

E) *Teoría internacionalista.*

De acuerdo a las concepciones de esta teoría planteada por PAUL DE VISSCHER y SCHEUNER⁹, las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional presenta los siguientes fundamentos:

- a) La naturaleza del acto constitutivo de las Comunidades es la de un Tratado internacional;
- b) Todos los elementos dinámicos de las Comunidades Europeas estarían subordinadas a este carácter 'INTERNACIONAL' y, además se destaca que diversas organizaciones internacionales han gozado de similares facultades y características;
- c) Los Tratados de las tres Comunidades Europeas obligan a los Estados miembros a ejecutarlos y a abstenerse de medidas que puedan resultar incompatibles, e incluso reconociendo que las Comunidades tienen un campo de

8. IPSEN, H. P., op. cit., págs. 393 a 402.

9. DE VISSCHER, P., *La CECA et Les États membres, Rapport au Congrès de Stresa*, citado por Catalano, in *Manual del Derecho de las Comunidades*, Buenos Aires, 1966, pág. 716 — SCHEUNER, citado por IPSEN, op. cit., pág. 381.

jurisdicción propio que les permite dictar normas, aplicar sanciones y recurrir a la Corte de Justicia.

Sin embargo, HALLSTEIN critica esta teoría, y nosotros acompañamos esta tesis, señalando que “los alcances o poderes del derecho internacional público tradicional contradicen la voluntad de los Estados signatarios, manifestada en el Tratado, de fundar una Comunidad indisoluble en la cual se fundirán de manera irrevocable las economías nacionales... A este fin los Estados han transferido definitivamente algunos de sus derechos a la entidad Comunitaria que han creado. Ellos no pueden anular dicha transferencia por medidas ulteriores, unilaterales e incompatibles con el espíritu de la Comunidad... En segundo lugar, esta tesis no tiene en cuenta el principio del Tratado según el cual ningún Estado miembro puede cambiar la naturaleza específica del Derecho Comunitario, que ha de aplicarse uniforme y totalmente en el conjunto de la Comunidad.”¹⁰

No obstante, la importancia que podemos atribuir a las teorías planteadas, creemos que ellas deben ser rechazadas, porque sus autores han hecho extensiva la expresión ‘Comunidades Internacionales’ a conceptos prácticos o institucionales que no merecen tal clasificación y no han elucidado completamente sus fundamentos.

F) *Teoría del federalismo.*

La opinión ‘Federalista’ mucho más satisfactoria que las precedentes, refleja atualmente dominante en la Literatura Jurídica Internacional.

10. WALTER HALLSTEIN, *La Comunidad Europea. Nuevo Orden Jurídico*. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, 1964, Publicación del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, págs. 20 y 21.

En efecto, la tesis sobre el Federalismo demuestra perfectamente las dimensiones entre el Derecho Comunitario y el derecho nacional y revela la verdadera naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas, cuyo sistema está basado en un equilibrio de competencias. Sostienen esta tesis OPHÜLS, HALLSTEIN, CATALANO y WOHLFARTH. A estos nombres debemos agregar lo de JEAN VICTOR LOUIS, quien, sin embargo, hace algunas reservas en lo que concierne a esta teoría.

Según los autores de la tesis denominada Federalista, los tratados de la Integración Europea tienen una estructura de tipo federal puesto que no se asemejan a las organizaciones internacionales tradicionales. Realmente, tales Tratados revelan la existencia de un contenido nuevo y diverso de los conocidos en el derecho internacional.

Otro argumento que sustenta la realidad de la tesis del Federalismo es lo que respecta a las transferencias de soberanía, por vía legislativa, realizadas en favor de las Comunidades, y cuya fuente está en el artículo 24 de la Constitución alemana. En efecto, dispone ese artículo: “La Federación podrá transferir por vía legislativa los derechos de soberanía a instituciones internacionales.”

A este respecto debemos señalar la opinión de HALLSTEIN :

“Siendo el Derecho Comunitario un orden jurídico particular, es importante ver cual es su posición con relación al derecho nacional. En este sentido conviene no solamente tomar en consideración el derecho de los Estados miembros sino también hacer referencia a los posibles conflictos con los sistemas de terceros Estados. Con los progresos de la integración esos conflictos serán más y más frecuentes en los dominios del derecho administrativo, del derecho civil y en particular en el derecho de la competencia. La razón es el fuerte incremento de la economía del mundo occidental.

Para poder reglar sus conflictos de leyes la Comunidad debe tener su propio derecho internacional privado y administrativo, sin que sea necesariamente un derecho escrito. En lo que concierne a la cuestión del lugar del derecho comunitario en relación con el derecho nacional de los Estados miembros, no se trata ya de saber si debemos remitirnos a un sistema jurídico o a otro, es decir, no se trata más de relaciones entre sistemas jurídicos cerrados colocados uno en frente de otro de una manera dualista. Por el contrario, el derecho comunitario y el derecho de los Estados miembros se complementan. Ellos se conectan el uno con el otro en muchos sentidos y se aplican en el mismo espacio jurídico de manera que los tribunales y los ciudadanos deben aplicar esos dos derechos concurrentemente.”¹¹

De otra parte, es de HALLSTEIN una de las mejores definiciones formuladas sobre la naturaleza jurídica del derecho comunitario, cuando expresa que “El orden jurídico de la Comunidad es un conjunto completo de principios jurídicos que han creado el Tratado de Roma y los actos de las Instituciones en aplicación del Tratado.”

En lo que respecta el examen de los reglamentos de las Comunidades y la aplicación del Derecho Federal bajo los principios de la teoría federalista es de un gran interés doctrinario y práctico la tesis sostenida por el Professor JEAN VICTOR LOUIS quien subraya que:

“La conception dite ‘fédéraliste’ des rapports entre le droit communautaire et le droit national n’a pas rallié la doctrine et la jurisprudence pour

11. WALTER HALLSTEIN, *La Comunidad Europea, Nuevo Orden Jurídico*. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, 1964, Publicación del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, pág. 19.

ces raisons et pour des motifs d'ordre plus général. On ne peut nier qu'en droit fédéral, la primauté de ce dernier vienne de la nature même de la structure fédérale qui implique une répartition des compétences. Il n'est pas légitime de transposer, sans plus, pour le droit communautaire des règles conçues dans un cadre étatique, alors même que l'on peut douter de l'existence d'une telle répartition. La doctrine sous l'impulsion des institutions de la Communauté, et en premier lieu de la Comisión et de la Cour a cherché, dès lors, une orientation nouvelle. Les analogies de celle-ci, avec la thèse dite 'fédéraliste' sont nombreuses. L'importance des tentatives nouvelles justifie cependant un examen séparé."¹²

Para terminar el examen de la materia sobre las relaciones Derecho Comunitario y derecho nacional, cabe citar la Resolución acerca de la primacía del Derecho Comunitario adoptada por el Parlamento Europeo, el 26 de abril de 1965, la cual establece que "El Parlamento hace suyas las conclusiones del Informe de su Comisión Jurídica tendientes a afirmar el principio de la supremacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de cada uno de los Estados miembros."

Concluimos la exposición de esta materia, y así creemos justificar la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, sosteniendo la tesis denominada Federalista no obstante las Comunidades Europeas poseer una estructura sui generis. La naturaleza jurídica de las Comunidades es pues, de tipo federal y su fundamento está en la transferencia de derechos de soberanía por vía legislativa.

12. JEAN VICTOR LOUIS, *Les Pèglements de la Comunalité Economique Européenne*, Institut d'Etudes Européennes Université Libre de Bruxelles, Thèses et Travaux Juridiques, 1969, pág. 398.

CAPÍTULO TERCERO

Competencia de la corte de justicia de las comunidades europeas.

En razón de su particular importancia, debe ser consagrado al examen de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas un desarrollo especial, es decir, el estudio de su estructura y de su competencia.

a) *Organización y Composición.*

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas es una Institución creada juntamente con el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, y como órgano soberano, tiene por finalidad el control jurisdiccional y de la legalidad de los actos de las Comunidades. Pero debemos señalar desde luego que se trata de un tribunal concerniente a las tres Comunidades Europeas, o sea, a la CEEA (incluso el Protocolo anexo), a la CEE y al EURATOM (incluso los Protocolos anexos).

“La Corte è dunque l'istanza giurisdizionale propria dell'ordinamento comunitario: il che ha per conseguenza che essa interpreta, applica il diritto comunitario, dirime le controversie che sorgono rispetto al diritto comunitario”.

Afirma RICCARDO MONACO¹³.

De acuerdo con el artículo 165 de dicho Tratado de Roma, la Corte de Justicia se compone de siete jueces quienes son nombrados por los gobiernos miembros, entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones de notoria competencia en materia de derecho.

13. RICCARDO MONACO, *Lezioni di Organizzazione Internazionale*, Vol II, Torino, 1961, pág. 276.

De otra parte, la Corte de Justicia es asistida por dos abogados generales quienes tienen el encargo de presentar públicamente las conclusiones orales sobre los asuntos sometidos a la Corte (art. 166), asimismo nombrados por los gobiernos miembros, con las mismas exigencias hechas a los jueces.

Los jueces y abogados generales son designados para un período de seis años, renovándose parcialmente cada tres años, podiendo además ser reelegidos (art. 167).

Los Jueces y abogados generales de la Corte de Justicia de las Comunidades gozan de inmunidades y privilegios, pero no pueden desempeñar funciones políticas ni administrativas durante el ejercicio de sus funciones.

b) *Funcionamiento.*

En cuanto a su funcionamiento, la Corte de Justicia puede sesionar en pleno o en salas. En el plenario son discutidas: a) las cuestiones prejudiciales; b) problemas planteados por una institución o por un Estado miembro de las Comunidades. En las salas, que se componen de tres jueces y un abogado general, son juzgados los asuntos sometidos por el Presidente de la Corte.

Asimismo la Corte tiene la atribución de nombrar un Secretario por un período de seis años, y cuyas funciones principales son: a) asistir a las sesiones; b) levantar las actas; c) transmitir y conservar los documentos; d) efectuar las notificaciones; y e) ayudar a la Corte y a los jueces en los actos de su ministerio.

Los idiomas oficiales empleados en la Corte son el alemán, francés, holandés e italiano.

c) *Competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.*

De acuerdo con la normatividad establecida en los Tratados de las Comunidades Europeas, la Corte tiene

competencia exclusiva para conocer de los problemas que puedan surgir entre los Estados miembros. Esta es también la posición de A. DONNER¹⁴ cuando subraya que “Au début de leurs sections concernant le pouvoir judiciaire communautaire, tous les trois traités ont caractérisé l'essence de son rôle par une disposition quasi identique: “La Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité” (art. 164 C.E.E., art. 136 C.E.E.A., art. 31 C.E.C.A. légèrement différent). C'est l'adage principal qui revient régulièrement dans l'élaboration de la compétence judiciaire. La Cour est garante que les traités et les règles communautaires sont des instruments de droit, interprétés et appliqués en tant que tels d'une part obligeant la Communauté à l'égard des Étatsmembres et leurs sujets, d'autre part obligeant les Etats membres entre eux, vis-à-vis de la Communauté même et envers leurs propres sujets.”

Primeramente se incluyen en su competencia los recursos generales de nulidad concernientes a los actos emanados de la Alta Autoridad de la CECA y de las Comisiones y Consejos de la CEE, y EURATOM. Pero su función esencial consiste en garantizar el respecto del Derecho de la interpretación y en la aplicación del tratado y de los reglamentos de ejecución.

La Corte debe juzgar la conformidad del comportamiento de los órganos de la Comunidad a las normas del Tratado y a las normas que le dán ejecución. Por lo tanto se debe excluir la posibilidad que las partes interesadas puedan encontrar en otra esfera, por ejemplo en un juicio arbitral o junto a la Corte Internacional de Justicia, la

14. A. DONNER, *Les Rapports entre la Compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et les Tribunaux Internes*, in *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1965, vol. II, tome 15, pág. 11.

tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses conexos con el ordenamiento de la Comunidad.¹⁵

Estos recursos generales de nulidad pueden ejercerse por los Estados miembros en contra de los Consejos, Alta Autoridad y Comisiones; por los Consejos en contra de la Alta Autoridad y Comisiones; y por la Alta Autoridad o Comisiones contra los Consejos. En los Tratados de Roma también pueden ejercerlos las personas físicas y morales, si se trata de un acto individual deberán ser su destinatario y si se trata de un acto general deberá afectarlo directa e individualmente. En el Tratado de la CECA pueden ejercerlo las empresas y asociaciones, salvo en contra del Consejo; si se trata de un acto individual debe afectar al particular y si se trata de un acto general debe estar viciado de desviación de poder respecto de ese particular.

En lo que respecta a los recursos especiales de nulidad, sus dispositivos se encuentran en los artículos 63 del Tratado de la CECA (sobre compradores que han infringido las normas sobre precios); art. 66 (sobre la concentración de empresas).

Por otra parte, el artículo 18 del Tratado del EURATOM admite un recurso contra las decisiones del Comité de Arbitraje, previsto para el otorgamiento de licencias.

Los recursos a título prejudicial

Abordamos ahora una de las cuestiones más importantes contenidas en el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, sobre la competencia, es decir, la competencia a título prejudicial.

En efecto, dispone el artículo 177 del Tratado de Roma (CEE) que la Corte de Justicia es competente para estatuir a *título prejudicial*, sobre la interpretación del Tratado respectivo.

15. RICCARDO MONACO, op. cit., pág. 283.

Se trata pues de uno de los aspectos más delicados de la posible concurrencia de jurisdicción entre los Tribunales de los Estados miembros y la Corte.

Es el artículo 177 por lo tanto, que fija la regla de la prejudicialidad siempre que sea necesaria la interpretación del Tratado, de la validez y de la interpretación de los actos ejecutados por los órganos comunitarios, y también por la interpretación de los Estatutos de los organismos creados con actos del Consejo.

Y sobre la prejudicialidad así se manifiesta DONNER:¹⁶

“Une seule maxime semble dominer l'attitude de la Cour en matière préjudicielle: exerer sa tâche coordinatrice dans le respect des compétences et de la liberté que l'article n. 177 laisse aux juridictions nationales. “L'objet de l'article est suffisamment inusité et innovateur pour ne pas compliquer sa réalisation par l'introduction d'objectifs de nature secondaire. La vocation d'assurer l'application uniforme du droit communautaire demande de la part des pouvoirs judiciaires nationaux une grande abnégation et l'abandon de beaucoup de convictions enracinées et d'habitudes chères et fortes.”

Podemos concluir por lo tanto, a la luz de las reglas jurídicas contenidas en los Tratados de la CEEA (art. 41), del EURATOM (art. 18) y muy particularmente del Tratado de la CEE (art. 177), en lo que respecta a los recursos prejudiciales, que el objetivo de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas es asegurar la unidad del derecho comunitario. Y realmente, esta es la solución desde que un problema sea planteado ante una jurisdicción nacional, pero por sus características, necesite del pronunciamiento de la Corte.

16. A. DONNER, op. cit., pág. 25.

Competencia consultiva

En lo que respecta a la Competencia Consultiva de la Corte de Justicia, esta se verifica cuando los Tratados de las Comunidades y los acuerdos internacionales necesiten el pronunciamiento acerca de su compatibilidad.

El procedimiento

Desde el punto de vista del procedimiento lo que se observa es que sigue las mismas características verificadas en los tribunales nacionales. El procedimiento por lo tanto, puede ser ordinario o especial con las fases escritas y orales. Tras las conclusiones del abogado general es dictado el fallo.

CAPÍTULO CUARTO

El derecho comunitario y la jurisprudencia de la corte de justicia de las comunidades

El problema de la primacía del Derecho Comunitario sobre las normas jurídicas de derecho nacional ha sido planteado principalmente y con toda amplitud ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto FLAMINIO COSTA contra el E.N.E.L. (Ente Nazionale Energia Elettrica)¹⁷

El Abogado de Milán, Sr. FLAMINIO COSTA, pretende no deber una factura de valor 1.925,00 Liras Italianas (cerca

17. Cour de Justice des Communautés Européennes — Recueil de la Jurisprudence de la Cour, Fascicule n. 5, vol. X, 1964, Luxembourg.

de tres dólares norte americanos), que por suministro de electricidad le reclama el E.N.E.L. (Ente Nazionale per l'Energia Elettrica). Dicho Abogado presentó su caso ante el juez conciliador (Giudice Conciliatore) de Milán, competente en primera y última instancia, por razón del monto de la solicitud, aduciendo que la ley 1643, de 6 de diciembre de 1962, que nacionalizó la industria eléctrica en Italia, era contraria a algunas de las disposiciones del Tratado de Roma e inconstitucional.

El 20 de febrero de 1964, el juez conciliador (Giudice Conciliatore) de Milán, por su turno, presentó a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas una solicitud de decisión prejudicial sobre el alcance del artículo 177 del Tratado de la C.E.E. (Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957) en el dicho litigio.

La Corte tuvo de examinar las siguientes cuestiones antes de fallar:

- I) Cuanto a los Fundamentos de Hecho y de Derecho:
 - a) Las disposiciones de la Ley 1643, de 6 de diciembre de 1962 de la Republica Italiana sobre la nacionalización de la producción de la energía eléctrica;
 - b) El juez conciliador de Milán ha acogido la solicitud del Sr. COSTA afirmando haber existido violación de los artículos 102, 93, 53 y 37 del Tratado.
- II) En lo que respecta a las observaciones presentadas de conformidad con el artículo 20 del Estatuto de la Corte:
 - a) La procedencia de la cuestión prejudicial (el Gobierno Italiano formuló agravios ante el juez conciliador;

- b) El artículo 177, que no puede ser utilizado para permitir que una autoridad nacional por iniciativa de un nacional de un Estado miembro subordine la aplicación de una Ley del Estado a la procedencia de la cuestión prejudicial por violación de las obligaciones del Tratado;
- c) La interpretación de los artículos 102, 93, 53, 37 y 177.

Considerando pues, las observaciones formuladas por la Comisión de la Comunidad Económica Europea, el Gobierno Italiano y las Partes. Considerando además, las conclusiones del Abogado General; el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea; las reglas de procedimiento de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, la Corte dictaminando sobre la excepción de la inadmisibilidad basada en el artículo 177, falló sosteniendo la siguiente tesis:

“Las cuestiones planteadas por el Juez Conciliador (Giudice Conciliatore) de Milán, en virtud de lo dispuesto por el artículo 177 son admisibles en cuanto se refieren, en este caso a la interpretación de las disposiciones del Tratado de la CEE, y *ningún acto unilateral posterior puede oponerse a las reglas de la Comunidad*. Así juzgado en Luxemburgo el 15 de julio de 1964.”

Lo que se observa pues, es que está implícita la tesis de la primacía de las normas comunitarias y existe la limitación de los derechos soberanos de los Estados miembros. Dentro del marco del procedimiento prejudicial, la Corte no puede, ni aplicar el Tratado al caso concreto ni dictaminar sobre la validez de las medidas del derecho

interno respecto a éste, como le sería posible hacerlo dentro del marco del artículo 169. La Corte puede, no obstante, extraer de las disposiciones incorrectamente formuladas por la jurisdicción nacional, aquellas cuestiones que solamente se refieren a la interpretación del Tratado.

De acuerdo con los estudios que hemos hecho sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas, el examen del asunto COSTA — E.N.E.L. nos autoriza expresar las siguientes conclusiones:

a) Las Comunidades Europeas constituyen una entidad de tipo federal autónoma en cuanto a sus decisiones, teniendo en cuenta los derechos de soberanía que los Estados miembros les han otorgado, para la persecución de sus fines;

b) Según los textos de los Tratados de las Comunidades Europeas no solo los Estados miembros sino también los nacionales de estos quedan subordinados a la jurisdicción de la Corte de las Comunidades;

c) La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, al dictaminar el fallo en la litis consabida ha sostenido la primacía de su competencia, basada en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, y por consiguiente, reafirmó la regla según la cual la naturaleza de las Comunidades se caracteriza como un orden jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros a partir de la entrada en vigor del Tratado.

Bibliografía

- ANZILOTTI, E., *Il Trattato del Mercato Comune, introduzione al vol. "Comunità economica europa ed Euratom"*, a cura della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale", Padova, 1957.
- CANSACCHI, Giorgio, *Les éléments fédéraux de la Communauté Économique Européenne*. "Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel", Paris, Sirey, 1961, págs. 91-104.

- CATALANO, Nicola, 1) *Aspectos Ideológicos, Económicos, Políticos y Jurídicos de la Integración Económica Europea*, in Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, IV, 1965, pág. 40.
- 2) *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas* INTAL, Buenos Aires, 1966.
- 3) *Les Sources du droit des Communautés Européennes*, Centre Français de droit comparé, Paris, 1961.
- COLLIARD, Claude Albert, *Une vue d'ensemble sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome*. D. 1964 — Cronique, pág. 9.
- CONSTANTINIDÈS-MÉGRET, Collette, *Le Droit de la Communauté Économique Européenne et l'Ordre Juridique des États membres*, Paris, 1967 (Bibliothèque de Droit International).
- DONNER, A., *Les Rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et les Tribunaux Internes*, in Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye, 1965, vol. II, tome 115.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J., *Organisations Européennes, Les Institutions*, vol. I-II — Université Libre de Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963.
- GAUDET, Michel, *Información Sumaria sobre la cuestión Constitucional, en los seis Estados miembros de las Comunidades Europeas*, in La Integración Económica de América Latina y la cuestión Constitucional — Washington, 1967, pág. 75.
- HALLSTEIN, Walter, *La Comunidad Europea. Nuevo Orden Jurídico*, Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Economicas de la Universidad de Paris, 1964 — Publicación del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales —
- IPSEN, Hans Peter, *Rapport du droit des Communautés Européennes* Washington, 1967, *avec le droit national*, "Le Droit et les Affaires", 1964, n. 47.
- LAGRANGE, Maurice de, *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, "Études et Documents du Conseil d'Etat", Paris, fasc. 17, 1964, pp. 55-79.
- LOUIS, Jean-Victor, *Les Règlements de la Communauté Économique Européenne* (Institut d'Études Européennes, Université Libre de Bruxelles, 1969).
- MÉGRET, Jacques, *La Communauté Économique Européenne* (Jurisclasseur de Droit International), 1959, 163-164 A, 164 B, 164 C.
- MONACO, Riccardo, *Lezioni di Organizzazione Internazionale* — Il Diritto Degli Enti Economici Internazionali, Torino, 1961 (E. Giappichelli).

- OPHULS, C. F., *Les Problèmes des Dispositions directement applicables (self-executing) des Traités Internationaux et son application aux Traités instituant les Communautés*. Rapport national allemand au 2e. Colloque International de Droit Européen, La Haye, 1963.
- VISSCHER, Paul de, *Les tendances internationales des Constitutions modernes* "Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye", tome 80, 1952, pp. 511-578.
- ZANNINI, W., *La Giurisdizione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in rapporto agli ordinamenti degli Stati Membri*. Diritto Internazionale, 1962, I, p. 242.

Contrato de edição.

Antonio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto de Código de Direito de Autor e Direitos Conexos e da Comissão Jurídica e de Legislação da "Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs".

Histórico

S.P.M. assumiu perante I.B.E.P. o compromisso de escrever livros de matemática, destinados às quatro séries do curso ginásial, em conformidade com o programa oficial.

Dentre as cláusulas usuais, foram consignadas três que merecem realce:

a) pela 10.^a ficou proibido o autor de dispor da obra enquanto vigorar o contrato, sem prévio consentimento do editor, a quem daria prioridade nas mesmas condições;

b) pela 17.^a, o autor só poderia denunciar o contrato comunicando, por escrito, ao editor, sua intenção, ocasião em que caberia a éste o direito a mais duas edições, cujos exemplares ostentariam obrigatoriamente, além da numeração, a rubrica do autor;

c) pela 12.^a o editor assumiu a obrigação de prestar contas de seis em seis meses.

Nos expressos termos desses preceitos, S.P.N., em data de 10 de novembro de 1968 dirigiu ao editor uma

carta, devidamente recebida, rescindindo o contrato e frisando que o período da carência nêle prevista iria permitir ao autor uma adaptação do conteúdo dos livros ao momento atual, e, ao futuro editor, uma reformulação da apresentação gráfica.

Não tendo obtido qualquer resposta, depois de dez meses, notificou extrajudicialmente o editor reiterando os termos da carta que havia consumado a resolução, e, sem negar o direito do editor a publicar mais duas edições da obra, exigia a numeração e assinatura dos exemplares, bem como prestação de contas.

Deixava explícito, ao mesmo tempo, que, tendo sido feitas as publicações que integram a edição referente ao ano escolar de 1969, restava ao editor o direito apenas a mais uma, dos livros a serem comercializados no ano escolar seguinte, cujo número de exemplares recomendava fôsse rigorosamente fixado com base na experiência pretérita, para serem vendidos normalmente até junho de 1970, não ultrapassando o conjunto a cota de 150.000. Esse número, somado a aproximadamente 45.000 publicados e não vendidos, existentes no estoque da editora, perfaz o montante de 195.000, suficiente para atender à demanda do mercado escolar do referido ano.

A partir de julho de 1970 iria incrementar a divulgação de novos textos destinados a substituir os anteriores, como resultado da utilização de técnica didática e de composição tipográfica mais atualizadas.

Também a segunda interpelação não mereceu qualquer resposta. Não teve dúvidas então S.N.P. em procurar outra editora, com a qual, em data de 12 de setembro de 1969 celebrou novo ajuste.

Formula a segunda editora a seguinte

Consulta

1.º) A carta de 10 de novembro de 1968 e a notificação extra-judicial são bastante explícitas para sustar a execução do primeiro contrato, a partir do segundo semestre de 1970?

2.º) É válida a segunda convenção? No caso afirmativo, é possível a publicação dos livros? Até que ponto este acôrdo pode ser atingido ou prejudicado pelo anterior?

3.º) Quais as conseqüências que poderão advir do fato do primeiro editor ultrapassar, eventualmente, a tiragem estipulada na notificação?

4.º) Terá êle direito a busca e apreensão dos volumes que forem editados pelo segundo, em virtude do novo contrato? Poderá obrigar êste a comprar o estoque remanescente de sua última edição?

5.º) Existe alguma outra medida específica para garantir a segunda editora contra qualquer providência possívelmente maliciosa do antigo editor?

PARECER

Considerações preliminares

O ponto fundamental da controvérsia encontra-se na cláusula

“10 — Fica proibido ao autor dispor da obra em seu todo ou em parte, enquanto viger o contrato, sem prévio consentimento do editor e da natureza específica e da mesma forma dará prioridade a qualquer outra obra sua, nas mesmas condições que lhe ofereça qualquer editor”.

Pareceria, à primeira vista, que, não tendo conseguido o prévio consentimento do editor, não poderia o autor,

como fêz, ceder a um segundo empresário os seus direitos autorais.

Mas a proibição encontra imediata e lógica restrição numa condição suspensiva explícita: “enquanto viger o contrato”, tornando perfeitamente claro que, assim que deixar êle de viger, cessará a proibição.

E quando termina o tempo durante o qual está destinado a vigorar o ajuste?

Tão logo seja êle denunciado, como se verifica pela cláusula subordinada à epígrafe: “DA RESILIÇÃO DO CONTRATO DE EDIÇÃO”.

“17. O autor só poderá denunciar o presente contrato de edição, comunicando, por escrito, ao editor sua intenção e quando caberá a êste o direito a mais duas edições da obra em tôdas as suas séries. Nêste caso, as edições terão obrigatoriamente, além da numeração, a rubrica do autor.”

Apesar da redação aparentemente restritiva, percebe-se, de imediato, que abre, às escâncaras, a porfá ao autor para que saia do acôrdo, exigindo apenas o preenchimento de duas condições: 1.^a) comunicação, por escrito, dessa intenção ao editor; 2.^a) direito, a êste reconhecido, a mais duas edições da obra em tôdas as suas séries.

Tanto é essa cláusula mais favorável ao autor do que ao editor, que, além de admitir êsse direito de maneira tão explícita, ainda o reforça com uma imposição que, embora destinada a ressalvar a honorabilidade do empresário, resguarda os interêsses do autor: a da dupla obrigatoriedade da numeração e rubrica do autor em cada um dos exemplares.

Êsse intróito torna mais fácil a colocação dos problemas, fazendo brotar, com tôda espontaneidade, as soluções correspondentes.

A rescisão do primeiro contrato

A carta de 10 de novembro de 1968 não susta apenas a continuidade do primeiro ajuste; tem um alcance muito mais amplo: rescinde-o, por completo, admitindo apenas, como efeito remanescente, residual, o direito do editor a mais duas edições, nos termos da segunda parte da cláusula 17.^a.

A continuidade da vigência do contrato estava subordinada, já se viu, à condição da não ocorrência de sua denúncia, mediante comunicação por escrito ao editor.

É o que resulta dos seus próprios termos, em perfeita harmonia com o disposto no art. 119 do Código Civil: “Se fôr resolutive a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento por êle estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.”

Acrescenta o parágrafo único distinção de importância fundamental: “A condição resolutive da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo.”

A cláusula 17.^a contém uma condição resolutive expressa, porque claramente enunciada: a do autor poder denunciar o contrato, comunicando, por escrito, a sua intenção.

Perfeitamente dispensável, nestas condições, a interpelação judicial.

O autor fêz mesmo mais do que lhe cumpria: tendo comunicado, por escrito, a sua intenção, ainda a reiterou através da notificação extra-judicial, mera superfetação, no caso, pois a exigência estava satisfeita, o contrato, rescindido.

Não existe divergência a êsse propósito.

ORLANDO GOMES, *Contratos*, Forense, Rio, 1959, p. 202 ressalta que a faculdade de pedir a resolução do contrato pode decorrer de estipulação ou de presunção legal. Acordes as partes em que possa ser exercida, haverá pacto comissório expresso, não sendo necessário que a resolução se dê por sentença judicial.

“Havendo *pacto comissório expresso*, o contrato se resolve de pleno direito. Quando muito o juiz, em caso de contestação, constata a resolução. Não lhe compete pronunciá-lo, como procede quando a cláusula resolutiva é implícita.”

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, *Do Contrato*, Forense, Rio, 1960, p. 325, realça, por sua vez, usando expressões análogas, que a declaração de resolver-se o contrato de *pleno direito* exprime a dispensa de prévia decisão jurisdicional a respeito de sua ocorrência. Não impossibilita a apreciação do fato *a posteriori* pela Justiça, inclusive porque pode esta considerar improcedente a arguição de inadimplemento:

“Apenas significa que o prejudicado pode, de plano, considerar-se desvinculado, sem ter de recorrer previamente ao Judiciário para obter a resolução do contrato.”

OROSIMBO NONATO, *Curso de Obrigações*, Forense, Rio, 1960, Parte II, v. I, p. 320 acrescenta que

“A interpelação pode ser judicial ou extra-judicial, por escrito ou verbal. Ponto é se lhe prove a existência, e o conteúdo, e seja efetuada em tempo hábil. .

“A interpelação pode ser *verbal*, nas condições acima expostas, uma vez ministre o credor a prova de sua ocorrência e conteúdo. É o que passa, em face do *ius quod est*, nas relações de *ordem civil*.”

EDUARDO ESPÍNOLA, no verbete “Condição”, que escreveu para o *Dicionário Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Konfino, Rio, s/d, v. 10, assevera, com base nos ensinamentos de SAVIGNY, WAECHTER, VANGEROW e WINDSCHEID, ficar “fora de qualquer dúvida” a dispensa da intervenção da justiça para pronunciar a resolução.

Para encerrar as citações, que muito longe ainda poderiam ser levadas: AGOSTINHO ALVIM, “Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências”, *Jurídica e Universitária*, Rio, 3.^a ed., 1965, comentando à pág. 130 o art. 960, 2.^a alínea do Código Civil, de acôrdo com a qual não havendo prazo assinado, começa a mora desde a interpelação, notificação ou protesto, acentua: não pode terminar um prazo que não começou. “Não havendo prazo assinado, o remédio do credor está na interpelação, notificação ou protesto”, cujo denominador comum é a cientificação do devedor.

“Admite-se, porém, a cientificação extra-judicial, quando se assenta em convenção, o que é razoável, porque a matéria não é de ordem pública e as partes podem discipliná-la diferentemente.”

Lapidar, finalmente, a proposição contida no Projeto de Código de Obrigações de 1965:

“Art. 337. A resilição unilateral, aos casos em que a lei o não vede, opera mediante denúncia notificada à outra parte.”

Nem se diga que, por essa forma estaremos admitindo que a *vontade unilateral* é suficiente para pôr fim ao contrato.

Abordando exatamente êsse ponto, obtempera DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, na monografia citada, pág. 323, que, em princípio, a vontade unilateral sòmente dissolve o contrato quando a lei outorga êsse poder, como

ocorre nos contratos de mandato, de hospedagem, de serviços domésticos.

“Mas, em geral” — adita logo em seguida — “nos contratos por tempo indeterminado, e de execução continuada, qualquer dos contratantes pode unilateralmente desvincular-se, dissolvendo-os. A indeterminação do tempo de duração do contrato ocasionaria a permanência infinita do vínculo, se não fôsse facultado a qualquer das partes, através do *ius poenitendi*, desligar-se, quando lhe aprouvesse.

“Assiste, assim, a cada um dos contratantes o direito potestativo de desvincular-se.”

Validade do segundo contrato

Não apresenta, assim, qualquer embaraço a análise do ajuste ulterior, à luz dos dispositivos legais reguladores da matéria.

É certo que, nos termos do art. 1.349 do Código Civil, “Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor da obra no todo ou em parte.”

Mas o próprio autor teve o cuidado de ressalvar, na cláusula 17.^a, na notificação de 10 de novembro de 1968, e, com maior clareza ainda, na de 9 de setembro do ano seguinte, o direito do editor a outras duas edições, uma para cada ano escolar de 1969 e de 1970, num total calculado, incluindo em volumes publicados e não vendidos, de 195.000 unidades.

Ainda que o empresário pretendesse rebelar-se contra aquilo que êle mesmo assinou, procurando inculcar a inexistência de um acôrdo insofismável, não há como desconhecer que o autor ressalvou plenamente, por essa forma, os interesses de seu primeiro co-contratante.

Harmonizou, por essa forma, sua conduta com o disposto no art. 1.351 do aludido Estatuto: “No caso de nova edição ou tiragem, não havendo acôrdo entre as partes contratantes sôbre a maneira de exercerem seus direitos, poderá qualquer delas rescindir o contrato, sem prejuízo da edição anterior.”

A ausência de qualquer resposta às interpelações do autor ratificaram a sua liberdade do anterior compromisso.

A não ser assim teríamos, não um contrato de edição, mas uma verdadeira cessão de direitos autorais, o que não só não é de se presumir, mas contraria as próprias cláusulas estipuladas.

Já em 1893 advertia GUSTAVE LARDEUR, “Du Contrat d’Edition en Matière Littéraire”, Rousseau, Paris, p. 153:

“. . . na dúvida a presunção será em favor do simples contrato de edição e não da venda da propriedade literária.”

Também J. LABAURIE, “L’Usurpation en Matière Littéraire et Artistique”, Boccard, Paris, 1919, recomenda, à p. 48, que a autorização do autor seja interpretada como valendo, seja qual fôr a forma em que tenha sido dada, sem deixar lugar a qualquer fato de usurpação que possa ser reprimido pela lei, e, à pág. 49, que o juiz não decida contra o autor a não ser com a maior circunspecção: “O abandono de um direito não se deve presumir fàcilmente.”

Voltando sua atenção para o problema das edições sucessivas salienta LARDEUR, op. cit., pág. 177 que, cedendo ao editor um número ilimitado de edições, de uma vez, o autor interditaria a si mesmo modificar a obra contra a vontade do editor, e perderia o direito de se opor a uma nova edição.

“Parece-nos que semelhante intenção, por parte do autor, não poderia ser presumida, em princípio, e que, na dúvida, o contrato não deva comportar senão uma edição.”

ALFREDO DE GREGORIO, em seu completo “Il Contratto di Edizione”, Athenaeum, Roma, 1913, define, com critério rigoroso, quais os direitos alienados pelo autor e quais os que continuam permanecendo em seu poder:

“restano nell’ autore le facoltà non contenute nel *diritto di edizione* da lui alienato, o non altrimenti trasmesse, mediante una specifica determinazione contrattuale, all’editore.”

Em nada interfere o segundo contrato com a obrigação que tem o primitivo editor de continuar vendendo, ao preço normal, os exemplares que permaneceram em estoque, “sem que essa faculdade reconhecida ao primeiro editor”, — para usar textualmente as palavras da última alínea do art. 56 da lei francesa n. 57-298, de 11 de março de 1957, reconhecidamente a mais perfeita e completa em matéria de contrato de edição, — “impeça ao autor de mandar proceder a uma nova edição...”

O contrato deixa de ter vigência com relação às edições sucessivas, mas continua plenamente em vigor até esgotar a sua finalidade. Por isso mesmo toma o cuidado de aditar a mesma lei:

“Art. 57. O editor é obrigado a garantir à obra uma exploração permanente e seguida e uma distribuição comercial na conformidade dos usos da profissão.”

Efeitos remanescentes de um contrato rescindido

A questão que apresenta o terceiro quesito é mais complexa do que dêle parece resultar.

Antes de verificarmos as possíveis conseqüências da eventualidade de ultrapassar o primeiro editor a tiragem indicada na notificação, será de tóda conveniência averiguarmos se êle tem o direito de prorrogar indefinidamente

a publicação das duas edições a que alude a cláusula 17.^a do contrato.

Bem se compreende a importância de que se reveste o fato de que as publicações remanescentes, a que tem direito o primeiro editor, sejam promovidas em tempo oportuno, isto é, seguindo a praxe já estabelecida nos anos anteriores, de modo a permitir o seu natural escoamento até o mês de julho de 1970.

Do contrário estaríamos outorgando ao editor um arbitrio inadmissível, em prejuízo do autor, permitindo que interfira diretamente sobre a infiltração das novas tiragens a que já não tem mais qualquer direito. Aliás, diga-se de passagem, em prejuízo do próprio empresário, porque ninguém iria procurar os exemplares de uma edição, sabendo que existe outra, mais atualizada, mais moderna.

Bem pertinentes as observações de JEAN RAULT, “Le Contrat d’Édition en Droit Français”, Dalloz, Paris, 1927, pág. 279:

“Em princípio, o editor deve conformar-se às condições do contrato, e jamais se recomendaria suficientemente às partes prever expressamente a época em que a obra deve ser publicada. Excessivo número de contratos sofrem, nesse particular, de uma imprecisão lamentável.”

Indaga qual o critério para determinar o prazo além do qual o editor será considerado como tendo violado as suas obrigações, e consigna:

“On ne saurait en effet reconnaitre à l’éditeur le droit de retarder indéfiniment la publication de l’ouvrage, sous prétexte qu’aucun délai n’a été stipulé au contrat. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi. L’on ne saurait en conséquence permettre à l’éditeur de se soustraire par ce moyen détourné à l’obligation de publier qui lui incombe. L’obligation de publier rentre selon nous

dans la catégorie des obligations visées par l'article 1.146 du code civil, obligations que ne peuvent être exécutées que pendant un certain temps."

Nas cinco páginas que dedica ao assunto encarece que a razão pela qual se deve obrigar o editor à publicação imediata consiste na circunstância de que, como regra geral, um livro, uma vez terminado e remetido ao editor, não perde nenhuma de suas qualidades se fôr imediatamente publicado. "Ao contrário os retardamentos aduzidos ao lançamento da obra não podem ser senão a ela prejudiciais e em certos casos chegam mesmo a retirar-lhe todo interesse."

O público não perdôa ao autor — acrescenta — publicar uma obra que no dia em que fôr posta à venda não ofereça senão o valor de um documento histórico.

"De toute manière, le retard apporté à la publication constitue une atteinte au droit moral de l'auteur."

Aponta, então, duas dentre as várias sanções possíveis:

- a) reclamar perdas e danos equivalentes ao prejuízo sofrido;
- b) reclamar a resilição do contrato e, conseqüentemente, proibir ao editor publicar a obra cedida.

Podem os tribunais ainda, conclue, autorizar a publicação, com a cominação da inserção de uma nota apontando a data da composição ou outras indicações suscetíveis de justificar ou explicar a atitude do autor ou a posição por êle assumida.

LARDEUR, por sua vez, abordando a pág. 163 o problema do prazo dentro do qual deve ser feita a publicação preleciona: "Se o contrato fôr mudo a êsse respeito, a impressão deve ser iniciada logo e continuada sem demora. Eis aí uma questão de fato, cuja apreciação é entregue aos tribunais."

É no entanto na mencionada preciosa obra de ALFREDO DE GREGORIO que iremos, mais uma vez, colhêr os elementos necessários para espancar qualquer dúvida renitente.

Ressalta o professor de Messina o inconveniente da falta de uma disposição legal fixando, no silêncio das partes, o número das cópias de que se deva entender composta cada edição, pois os editores ver-se-iam obrigados a declarar, vez por vez, o seu número, sempre que tivesse de ser diferente do fixado pela mencionada norma. A omissão da indicação — agrega — deve ser considerada como caso de indeterminação, embora parcial, do conteúdo da alienação do direito do autor.

Menos usada do que a indicação do número de cópias que poderão ser tiradas pelo editor, para fixar os limites dentro dos quais deverão manter-se as faculdades do editor, é a indicação da duração do direito de edição que lhe é concedido, justamente o caso que nos interessa.

“De fato êste sistema pode fàcilmente dar lugar a não leves dificuldades no momento em que, expirado o têrmo da mencionada duração, dever-se-ão regular as relações entre editor e autor, principalmente com referência às cópias que ainda permaneçam junto ao editor e junto aos livreiros. Certamente a solução das mesmas constitue fundamentalmente uma questão de interpretação da vontade contratual; mas parece-me razoável presumir — em falta de uma clara disposição contrária — que as partes contraentes não tenham tido a intenção de atribuir ao editor, durante um certo período, a faculdade de fazer *tiragens* da obra, mas sòmente de limitar a faculdade de aproveitamento que lhe foi concedida, ao número das cópias que êle conseguirá colocar dentro dêsse mesmo período.”

Acentua a diferença fundamental entre as duas eventualidades: na primeira o editor poderia, dentro do prazo fixado, imprimir o número de cópias que mais lhe aprouvesse e colocá-las em vantagem própria, mesmo depois. Na segunda, ao contrário, também esta última faculdade viria a faltar com o vencer-se do prazo.

“Ora, per respingere la prima ipotesi, basta pensare che con questa si permetterebbe all’editore di prolungare indefinitamente lo sfruttamento dell’opera, sol che egli volesse sopportare il rischio d’una tiratura sovrabbondante: e ciò accadrebbe proprio per le opere coronate di miglior successo.”

Nota que se se abandonou o sistema comum, é presumível que a intenção tenha sido de estabelecer com segurança o momento a partir do qual o autor voltará ao pleno gozo da sua obra, e não para conservar o inconveniente do próprio sistema — a respeito dêsse momento — agravando-o ainda com o perigo de ir ao encontro de contestações.

E conclue, incisivamente:

“De modo que acredito que quando se tenha estabelecido no contrato a duração do direito de edição, deva-se considerar — ressalvada bem entendido a prova de uma diferente vontade dos contraentes — que vencido o termo da mesma o benefício que poderá retirar-se das cópias ainda não vendidas, deduzidas as despesas proporcionalmente mantidas por elas pelo editor, revertam em vantagem do autor.”

Nem poderão ser olvidadas as advertências de JEAN RAULT, a pág. 126 de sua obra citada: a determinação da natureza de uma obrigação contratual depende unicamente das circunstâncias: é soberanamente efetuada pelos juizes.

“É a intenção comum das partes que determina a natureza de suas relações jurídicas. A pesquisa da intenção, a investigação psicológica implicam por definição

mesmo uma liberdade de julgamento incompatível com tôda qualificação prévia.”

A aludida lei francesa n. 57-298, de 1957, dando a solução que não é senão a que se deduz da lição dos tratadistas, dispõe no art. 56, alíneas 4 e 5:

“A défaut de convention spéciale, l'éditeur doit réaliser l'édition dans un délai fixé par les usages de la profession.

En cas de contrat à durée déterminée, les droits du cessionnaire s'éteignent de plein droit à l'expiration du délai, sans qu'il soit besoin de mise en demeure.”

Responsabilidade pós-contratual Consequências de uma possível contrafação

As características do primeiro contrato, sem embargo de sua indeterminação, dão margem a que seja fixado de ano em ano o número de exemplares, como aliás fêz o autor, indicando, na segunda notificação, o máximo a que o editor teria direito.

Por hesitante que possa parecer e interpretação do silêncio como manifestação da vontade contratual, não há como duvidar, no caso, que a atitude passiva do editor confirma plenamente o brocardo popular segundo o qual quem cala consente: do contrário deveria, de imediato, manifestar sua divergência, e apontar o número de exemplares a que se julgasse com direito.

Não houve contra-notificação, não houve protesto, não houve, sequer, uma resposta genêricamente negativa: está assim fixado, naquele montante de 195.000 exemplares, aliás respeitável, o máximo admissível.

Vejamos agora quais as consequências de querer ultrapassar o primeiro editor essa tiragem.

Comprovado, pela experiência pretérita, que o mercado não está em condições de absorver maior número de exemplares, verificado que não foi superior a tiragem dos anos imediatamente anteriores, manifestada, pelo autor, a intenção de introduzir aperfeiçoamentos no seu trabalho, irá, sem dúvida, o bom senso e o tirocínio profissional do próprio editor aconselhá-lo, a bem do seu interesse, a não aventurar-se numa publicação que corra o perigo de não resultar completamente absorvida no período escolar.

Mas se, por um despique que só se admite para argumentar, pretendesse exceder o limite da tiragem estipulado na notificação, não resta dúvida que estaria cometendo um *crime*, sob o ponto de vista penal, e um *ilícito*, sob o ponto de vista civil.

Nos termos do art. 184 do Código Penal, contrafação é a violação de direito do autor de obra literária, científica ou artística, à qual é cominada a pena de detenção de três meses a um ano, ou multa de um a cinco cruzeiros novos, acrescentando o parágrafo único que na mesma pena incorre quem vende ou expõe à venda, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação do direito autoral.

Dentre os vários dispositivos referentes à matéria, do Código Civil, das Convenções internacionais, e da legislação complementar, há que considerar o art. 689 daquele Estatuto, na parte que diz respeito à reprodução de obra em vias de publicação sem outorga ou aquiescência do autor.

As conseqüências aí apontadas serão a perda, em benefício do autor, dos exemplares da reprodução fraudulenta, que se apreenderem, e o pagamento do valor de toda a edição, mesmo êsses exemplares, ao preço por que estiverem à venda os genuínos, ou em que forem avaliados. Não se conhecendo o número de exemplares fraudulenta-

mente impressos e distribuídos, pagará o transgressor o valor de mil exemplares, além dos apreendidos.

Adita o art. 672 que o autor, cuja obra se reproduzir fraudulentamente, poderá, basta que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos, subsistindo-lhe o direito à indenização de perdas e danos, ainda que nenhum exemplar se encontre.

Incidindo diretamente na possibilidade de uma edição sem numeração dos exemplares e sem a assinatura exigidas no caso, considera o decreto n. 4.790, de 2 de janeiro de 1924, art. 4.º, parágrafo único, contrafação, sujeitando o editor ou impressor ao pagamento de perdas e danos, qualquer repetição de número, bem como exemplar sem numeração, ou que apresente numeração excedente da tiragem contratada.

É a hipótese que os tratadistas lembram em primeiro lugar quando cuidam de caracterizar a contrafação.

Assim, GUSTAVE LARDEUR, pág. 203, com apóio em abundante jurisprudência:

“O editor comete uma contrafação quando continua a publicação após a expiração dos prazos que lhe foram concedidos, . . . ou quando ultrapassem seu direito relativamente ao número das edições ou dos exemplares... A tolerância do autor não é por outro lado suficiente, em princípio, para legitimar a contrafação. .”

J. LABAURIE, em seu citado “L’Usurpation en Matière Littéraire et Artistique”, p. 51:

“O editor cessionário pode, de seu lado, cometer o delito de contrafação. É, por exemplo, o caso do editor que imprime um número de exemplares superior àquele que recebeu a incumbência

de tirar, ou que procede, sem o consentimento do autor, a uma reimpressão, após ter esgotado o número de edições que lhe foi concedido. Êsses exemplares, que permanecerem fora das previsões do autor, constituem reproduções não autorizadas — contrafações. A lei alemã o estipula expressamente. . Mas os princípios gerais são suficientes para estabelecer essa solução.”

Depois de duas notificações, estamos diante de algo muito mais grave do que de uma simples infração contratual. O primeiro aviso constitue como que o separador das águas da boa e da má fé. Aquela, se tinha alguma viabilidade de ser invocada antes do aviso, jamais poderia ser admitida depois de advertido o possível infrator da rescisão do contrato.

Qual a importância da distinção?

Compreendeu bem o velho GUSTAVE LARDEUR, pgs. 205 e 206:

“A diferenciação entre as sanções civis do contrato e a contrafação apresenta um grande interesse. A contrafação é um delito, que deve ser perseguido perante os tribunais criminais, e expõe o culpado a penalidades, sem contar as perdas e danos a serem pagos na ordem civil.

“A simples violação do contrato não dá, ao contrário, abertura senão a uma demanda civil.. Além do mais a má fé é um elemento essencial do delito de contrafação, ela é, por outro lado, presumida, e é ao réu que compete provar a sua boa fé. A ação civil, ao contrário, pode ser exercida com sucesso contra o autor ou o editor que não tiver executado suas obrigações, tivesse êle a melhor fé do mundo.”

Consequências da violação das obrigações de prestar contas, de numerar os exemplares e facultar ao autor a rescisão de assinatura

Revela a segunda editora uma preocupação pelo eventual comportamento da primeira, no momento em que passar a obra a ser divulgada na conformidade do novo contrato.

Sem razão, no entanto. Já vimos que o primeiro contrato está rescindido, no que diz respeito à possibilidade de edições posteriores às ressalvadas na cláusula 17.^a. Mas continua em pleno vigor, até a venda do derradeiro exemplar das tiragens já levadas a efeito.

Para aquilatar a imprudência que cometeria o primeiro empresário, ao procurar prejudicar o segundo e o autor, já no âmbito também pessoal de concorrência desleal, convém ter presente que pelo menos duas violações contratuais gravíssimas já estão perfeitamente caracterizadas. Implicam elas em que, ainda que contrariando a evidência não se quisesse reconhecer a rescisão do contrato de pleno direito, não poderia êle, nos termos do art. 1.092 do Código Civil, “caput”, antes de cumpridas suas obrigações, exigir o implemento do outro contratante.

A primeira violação diz respeito a cláusula 12.^a, pela qual o primeiro editor obriga-se a prestar contas ao autor de seis em seis meses, o que, como resulta da notificação, não cumpriu.

Semelhante infração, no dizer de GUSTAVE LARDEUR constitue outro crime: o de abuso de confiança. O editor, no que diz respeito à venda dos exemplares, constitue-se em verdadeiro mandatário do autor, e como tal é obrigado a prestar-lhe contas e a remeter-lhe as importâncias devidas (pág. 208).

Tem como complemento a obrigação assumida pelo empresário, na cláusula 14.^a, de exhibir seus documentos e li-

vros de escrituração ao autor, para apuração dos seus direitos.

A segunda transgressão diz respeito ao compromisso de numerar os exemplares e de facultar ao autor o direito por êste reclamado sem resultado de apor a sua rubrica nas duas edições remanescentes, tão logo denunciado o contrato.

Terá promovido as edições a que tinha direito? Não terá promovido? Mantendo-se mudo e quêdo, silenciando, mesmo depois de espicaçado duas vêzes, está o editor muito afastado de uma atitude proveitosa.

Longe de beneficiar-se, tôdas as precauções vão se voltando contra êle, principalmente diante da franqueza e da lealdade com que o outro contratante vem se orientando desde seus primeiros passos.

Os contratos — teve oportunidade de ressaltar POTHIER — fazem-se no interêsse e na utilidade recíproca de cada uma das partes. Não se conceberia, na compreensão moderna da reciprocidade dos direitos e dos deveres, que a malícia de uma das partes pudesse beneficiá-la, contrariando a lei, os usos e os costumes, e o próprio espírito da convenção.

Não tendo sido o autor convocado para rubricar os exemplares, a presunção é de que não tenham sido editados, e se o tiverem sido, mesmo dentro da previsão, ou em número inferior, mas sem numeração e sem rubrica, ou sem uma ou outra, serão exemplares contrafeitos.

Ainda uma vez tem razão GUSTAVE LARDEUR quando assinala, a pág. 175, que sòmente por êsse sistema será possível ao autor saber o número exato dos exemplares vendidos, direito tanto mais justificado porquanto o autor está pecuniariamente interessado nos benefícios do empreendimento, não podendo o editor furtar-se a permitir seu contròle e a entregar-lhe, se fôr necessário, a sua contabilidade.

ALFREDO DE GREGORIO, aludindo a êsse meio de fiscalização, consigna, a págs. 275-277 ser bastante difícil que um

editor, por pouco escrupuloso que seja, chegue ao ponto de falsificar a assinatura do autor.

A iniciativa, aliás, devia ter sido tomada pelo próprio editor.

Se várias edições são previstas no contrato — adverte VALERIO DE SANCTIS, com sua imensa autoridade de renomado especialista, em seu recentíssimo “Contratto di Edizione”, Giuffrè, Milano, 1965, p. 201 — o editor é obrigado a avisar o autor da época presumível do esgotamento da edição em curso, dentro de um prazo conveniente, antes da própria época, declarando, ao mesmo tempo, se tem ou não intenção de levar a efeito uma nova edição. Do contrário, incorre na eventual resolução do contrato pela não publicação da nova edição, comportando várias conseqüências.

Dentre tôdas, interessa destacar a possibilidade de retirar o autor a obra do comércio.

No item V da segunda notificação, manifestou êle a preocupação louvabilíssima de incorporar em livros de importância tão fundamental para a formação de nossa juventude não somente o resultado da utilização de novas técnicas didáticas, como até mesmo de composição gráfica, “modernamente exigidas pela evolução acelerada dos conhecimentos humanos.”

À vista dêsses elementos, seria um contra senso vislumbrar-se sequer a possibilidade de conseguir o primeiro editor qualquer apreensão dos volumes a serem editados pelo segundo, em virtude de novo contrato.

É ao autor que se reconhece o direito a essa medida enérgica de busca e apreensão dos volumes que, por não terem sido postos tempestivamente à venda, tornaram-se desatualizados, e, se divulgados, prejudicariam o direito moral do autor.

Tem êle o direito que, na falta de melhor expressão, é denominado de “arrependimento”. Salientávamos em nosso Direito Autoral de Radiodifusão, Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1952, p. 321 e segs., que, nos têrmos do art. 1.350

do Código Civil tem o autor o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que lhe aprouverem, ressalvado o direito do empresário de indenizar-se pelos gastos extraordinários.

E transcreviamos a opinião do grande tratadista norte-americano, STEPHEN P. LADAS, “The International Protection of Literary and Artistic Property”, MacMillan, New York, 1938:

“O direito do autor de retirar sua obra da circulação e de destruí-la pode ser exercido quando sérias razões morais ou pessoais compilam o autor a proceder por essa forma em proteção à sua honrabilidade e reputação, isto é, quando a obra não estiver mais de acôrdo com as convicções morais ou com a sua consciência literária ou artística.”

Esse direito de arrependimento, sancionado pelas leis mais completas, como a francesa de 1957 e a italiana de 1942, é plenamente justificado por E. PIOLA CASELLI, “Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione”, Marghieri, Napoli, 1927, pág. 848, que observa não poder o editor sequer invocar o contrato:

“O contrato, no momento de sua estipulação, justificava a disposição tomada pelo editor no sentido da publicação da obra, não porque o direito de publicação tivesse sido a êle transferido; mas porque a própria publicação resultava naquele momento em conformidade à vontade do autor. Vindo a faltar esta conformidade, a faculdade do editor cai *de jure*, porque entre os dois interêsses jurídicos que então vêm a se chocar, ou seja o interêsse do autor de não publicar, baseado numa exigência da sua personalidade e o interêsse patrimonial do editor de publicar, baseado no contrato, aquele deve sem dúvida prevalecer, seja pela sua maior

nobreza jurídica, seja porque, se o prejuízo econômico que o editor porventura sofra, pode ser eliminado com a prestação dos danos por parte do autor, o prejuízo acarretado à personalidade do próprio autor não pode encontrar uma reparação equivalente.”

E por entre uma série de considerações conclue demonstrando que o editor deve dobrar a cabeça frente à vontade do autor que, no exercício de que não deve dar satisfação do seu direito pessoal, recuse publicar a obra. Não pode, portanto levar a efeito a publicação que lhe foi proibida, e, se o fizesse, expor-se-ia a uma ação de contração.

Não discrepa a lição de VALERIO DE SANCTIS, a págs. 261-262 de sua obra citada, consignando, entre as várias hipóteses de extinção do contrato, a decorrente da retirada da obra por parte do seu criador: “O legislador italiano, no contraste entre os dois interesses jurídicos, o do autor de poder voltar atrás do concedido direito de publicação e de difusão da obra em público, e o do concessionário, de proceder à distribuição comercial dos exemplares da obra, ou de prosseguir na sua distribuição, quis que prevalecesse o do autor, como direito de caráter pessoal e portanto intransmissível, insubrogável, imprescritível e irrenunciável, em condições de alinhar-se ao lado de outros direitos pessoais do autor...”

Uma vez proferida a sentença dever-se-á considerar extinto o contrato de edição,

“in quanto il divieto, da parte del giudice della riproduzione e spaccio dell’opera svuota il contratto del suo oggetto; la prosecuzione della riproduzione e dello spaccio degli esemplari dell’ opera diviene, così, illecita e soggetta, come tale, alle sanzioni civili e penali comminate dalla legge (ultimo comma dell’art. 143 1. d. a.)”

Conclusão

Chegamos ao remate.

Ao primeiro quesito responderemos que, sem dúvida alguma, a carta e a notificação expedidas pelo autor vão muito além de “sustar” a execução do primeiro contrato a partir do segundo semestre de 1970: a primeira foi, por si só, à vista da redação da cláusula 17 do primeiro contrato, suficiente para ocasionar a rescisão do contrato, sem qualquer prejuízo dos interesses tanto do autor como do editor.

Parecem inspiradas no exame do caso em tela as palavras que o já tantas vêzes citado GUSTAVE LARDEUR expende a pág. 190:

“Os direitos do editor subsistem durante todo o período previsto no contrato, ou durante todo o tempo necessário para escoar o número de edições autorizado. Dispensável encarecer, todavia, que o editor, a quem foram cedidas diversas edições, sem indicação da época em que deveriam ser publicadas, não pode diferir além medida sua publicação, a fim de retardar o momento em que o autor deve retomar seus direitos. Existe aí uma questão de boa fé que o tribunal deverá apreciar. Se, por exemplo, depois de notificado pelo autor, o editor recusar publicar, o tribunal poderá decretar a perda do seu direito.

“Quando findam os direitos do editor, o autor recobra os seus; somente êle, daí por diante, pode autorizar a publicação. O editor todavia conserva a faculdade de esgotar livremente os exemplares que permanecem em seus depósitos, desde que êle os tenha legitimamente tirado no limite permitido pelo contrato, e não tenha cometido a êsse propósito abuso de direito.”

Trata-se, aliás, de ressalva que a lei francesa estabelece expressamente na última alínea do art. 56: “L’éditeur pourra toutefois procéder, pendant trois ans après cette expiration, à l’écoulement, au prix normal, des exemplaires restant en stock, à moins que l’auteur ne préfère acheter ces exemplaires moyennant un prix qui sera fixé à dire d’experts à défaut d’accord amiable, sans que cette faculté reconnue au premier éditeur interdise à l’auteur de faire procéder à une nouvelle édition dans un délai de trente mois.”

Quanto à segunda questão: rescindido, como está, o segundo ajuste no que diz respeito às edições futuras, cumpridas, por parte do criador da obra, tôdas as exigências contratuais, desvinculado como ficou, depois das duas notificações, de qualquer ulterior obrigação, podia perfeitamente, como fêz, subscrever o segundo contrato, tanto mais que se propõe respeitar religiosamente os direitos remanescentes do empresário.

Não há, nestas condições, possibilidade de que o segundo contrato seja “alcançado” ou “prejudicado” pelo anterior.

Invoquemos ainda uma vez a lição límpida do último tratadista citado, p. 179, cogitando justamente de contrato relativo a várias edições:

“As obrigações do editor têm a mesma extensão e a mesma medida que seus direitos. A solução contrária colocaria o autor completamente à mercê do editor; ela seria sobretudo injusta, quando o autor estipulou um tanto por cento sôbre a venda, ou não cedeu ao editor senão um número limitado de edições. A inação fraudulenta do editor privaria o autor, no primeiro caso, de benefícios legítimos; ela o impediria, no segundo caso, de tratar com um outro editor.”

Coincide ALFREDO DE GREGORIO, p. 271:

“Dalla estensione del diritto di edizione concesso all'editore risultano anzitutto i limiti entro i quali deve mantenersi quest'ultimo nella tiratura delle copie, la quale deve rispondere a ciò ch'è stato voluto esplicitamente od implicitamente delle parti.”

Respondendo à terceira interrogação, as conseqüências que poderão advir ao primeiro editor, pela eventual ultrapassagem do número de exemplares indicados na notificação, são as já apontadas de ordem penal e de ordem civil.

Não é tão sem importância como poderia parecer à primeira vista a rescisão de um contrato que está no lusco-fusco de seu caso.

O cumprimento correto das obrigações de cada um dos contratantes levará ao esgotamento gradual e normal dos exemplares remanescentes, sem que um tenha qualquer motivo de reclamação do outro.

O cumprimento incorreto dará margem, com a rescisão, a tôdas as conseqüências e sequelas que a lei autoriza.

A primeira já se verificou, em virtude das violações do empresário: a rescisão do contrato no que diz respeito à possibilidade de prosseguir nas edições não expressamente ressalvadas.

A segunda poderá ser a obrigação de indenizar as perdas e danos objetivando a reintegração ao patrimônio do autor do prejuízo decorrente da atitude injusta ou eventualmente fraudulenta de quem publica uma obra sem a necessária autorização.

É a hipótese de ter sido o contrato rescindido por culpa do editor, expressamente prevista pelos arts. 672 do Código Civil, 4.º, parágrafo único do decreto n. 4.790, de 2 de janeiro de 1924, pelos arts. 15 e 16 da Convenção de Berna, pelo art. 13 da Convenção Interamericana.

A terceira será a busca e apreensão, e a quarta a adjudicação à parte lesada dos exemplares da reprodução fraudulenta, nos termos do art. 669 do Código Civil.

J. LABAURIE vê, a pág. 143, na medida, o meio de impedir a continuação do delito: “Elle a pour but de punir le contrefacteur et aussi d’indemniser l’auteur lésé, à qui il est fait attribution du produit de la confiscation. Elle a donc un double caractère; elle est à la fois une peine et une réparation civile.”

Acrescenta, na página seguinte, que ela pode ser decretada mesmo no caso de pagamento, sem prejuízo das mais amplas perdas e danos. Considera uma indenização pelo prejuízo sofrido pelo autor, conforme à equidade, não contrária nem ao texto nem ao espírito da lei, colocando em harmonia a legislação da contrafação artística e a da contrafação industrial.

Cumprir ter bem presente que não apenas o editor é chamado à responsabilidade: com êle, também solidariamente, quem vender ou expuser à venda a obra impressa com fraude, nos termos do art. 670 do Código Civil.

O quarto quesito já está implicitamente respondido. A situação que se apresenta é justamente a inversa: não existe qualquer possibilidade de obter o primeiro editor uma medida, como a de busca e apreensão dos volumes impressos por terceiro, ou de obrigar o segundo editor a comprar os exemplares remanescentes das edições anteriores. Êle é que corre o risco, se persistir na sua attitude negativa, de ver apreendidos os exemplares tardia ou irregularmente produzidos.

Finalmente, quanto à última pergunta: será medida de cautela exija o autor a prestação de contas a que tem direito, por via judicial. Elucidará, uma vez por tôdas, as relações com o primeiro editor, pondo termo à situação de incerteza por êste provocada com o seu silêncio, mesmo porque a remuneração do autor, como acentua CLÓVIS BEVILÁQUA, depende do êxito da venda.

A pericia contábil revelará a realização ou não das duas últimas edições a que tinha direito o I.B.E.P.

Mas se fôr apurado que as duas últimas edições não foram promovidas em tempo oportuno, deverá ser notificado o primeiro editor a que não mais as inicie se, a juízo do autor, as modificações que se façam necessárias tornem a publicação incompatível com as novas necessidades do ensino.

Rescindido, como está, de pleno direito o primeiro contrato, está o segundo editor em condições de promover o lançamento pelas suas impressoras: as cautelas tomadas pelo autor afastam a eventualidade de ofensa aos direitos legítimos do primeiro editor.

São Paulo, 21 de novembro de 1969.

Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade.

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da USP.

Afinal das contas, constituirá mesmo a propriedade individual um furto? Será manifestamente atentatória aos direitos do homem, precisa ser abolida, como querem alguns, ou, ao contrário, é uma instituição vivificadora, fundamental, ligada à prosperidade dos indivíduos, das nações, da própria humanidade, um como que complemento da personalidade, como sustentam outros?

Eis aí, pode-se dizer, o problema dos problemas do Direito das Coisas, pois sem uma colocação exata dos seus termos, sem uma compreensão adequada de como deve ser encarado, não conseguiremos apanhar os fios da meada que hão de nos conduzir a uma visão certa, não estritamente civilística, mas até mesmo política e social, de todos os demais institutos complementares, de sua natureza, de seus fundamentos, de suas finalidades.

Não resta dúvida que a concepção romana, e, mais ainda, a concepção feudal do direito de propriedade são coisas de museu, cuja re-exumação, em pormenor, pouco interesse apresenta.

* Aula inaugural proferida na sessão solene de abertura dos cursos jurídicos, da Faculdade de Direito da USP, no dia 2 de março de 1970.

Mas não é despreciando uma evocação, ao menos sumária, de evolução das idéias, que nos mostrará as balisas do passado, facilitará vislumbrar os possíveis desenvolvimentos futuros, e aplanará as tarefas da sua construção dogmática.

Não vamos entrar na discussão da procedência da doutrina já qualificada como “pura fantasia” de acôrdo com a qual a propriedade teria sido comunitária nos primórdios da civilização, ou se — como parece mais congruente com os instintos do homem, — o direito de propriedade privada exclusiva é inato, estando perfeitamente caracterizado desde os mais recuados tempos.

O testemunho dos povos pré-históricos e dos selvagens do nosso tempo nenhuma contribuição oferece, invocado como é tanto para a demonstração de que a propriedade, nas origens, era coletiva, como para a comprovação da tese oposta.

É com Roma que começa, como em tantos outros setores, o interêsse jurídico da matéria.

É verdade que, nos primeiros tempos, a propriedade individual quasi que desaparecia, diante do poder do “pater familias”, sob cujo império formava-se uma verdadeira comunidade familiar, que não era limitada apenas aos vinculados pelos laços do sangue ou do parentesco afim.

Isso porém constitui a demonstração da existência de um excessivo poder concentrado nas mãos do *pater*, e que não tardaria a abrandar, e não de um comunismo, mesmo parcial e conscientemente aceito.

Sem embargo da ausência de qualquer definição legislativa de propriedade, sem embargo sequer de só ao tempo de Justiniano ter-se firmado a compreensão de sua função econômica e social, tinham os romanos uma noção precisa do instituto e das suas notas características: senhoria absoluta, exclusiva e perpétua, alcançando tudo o que

estivesse acima e tudo o que estivesse abaixo do solo, senhoria essa que era limitada às coisas corpóreas.

Não tardou porém que, aos poucos fôsem esmaecendo os caractéres a principio claramente demarcados. Desaparece o caminho que contornava inteiramente a propriedade, isolando-a das demais, não se repetem as cerimônias sagradas de fixação das divisas, surgem as primeiras limitações, constituídas pelas servidões, alvitra-se um regime diferente para disciplinar a aquisição do tesouro e dos minérios, os impostos abrangem um número cada vez maior de imóveis.

Crescendo lentamente as restrições à propriedade, desponta já na época feudal, o conceito do relacionamento das limitações não ditadas ao acaso pelo arbítrio do detentor do poder público, mas voltadas para uma projeção publicística do poder.

São expressões de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que assinala o fenômeno da dissociação da autoridade, criando células autocráticas, representadas pelo senhor, em torno do qual gravitam os que lhe devem vassalagem, rendem-lhe homenagem, prestam-lhe serviços de guerra e de paz.

Em troca de segurança e de proteção, juravam servir o senhor e transferiam-lhe suas terras, limitando-se à sua fruição, entretecendo-se aos poucos uma rede de auxílios e de alianças, a começar pelo rei, abrangendo todos os condes, barões e senhores feudais, até alcançar o mais humilde dos servidores da gleba.

“A propriedade imóvel é objeto de subordinação diferente e variada a uns e a outros, mas é também o símbolo do poder de comando. Dentro de sua terra, o nobre é soberano. Cobra tributos. Exige obediência. Distribui justiça. Mas não existindo senhor sem terra, a propriedade, que fôra outrora um vínculo místico de apoderamento, torna-se um laço político.”

Temos aí, bem assinalada, a primeira manifestação do caráter político que haveria de marcar a coloração da propriedade no correr dos tempos.

Aos poucos vai se aprofundando a cisão entre o domínio eminente, pertencente ao soberano, o domínio útil, do senhor feudal, e a fruição daquele que valoriza e enobrece a terra pelo seu trabalho, devendo, todavia, para tanto, pagar o tributo de vassalagem.

Eliminar essa superposição de conceitos, unificando a propriedade, constitue um dos méritos da revolução francesa.

Mas a tentativa de igualar os homens apenas redundou em que o predomínio, que outrora pertencia à aristocracia, foi sendo substituído pelo daqueles que detinham a propriedade, passando o homem a valer não pelos seus títulos de nobreza, mas pelo cabedal de que dispunha.

Dentro dessa concepção não é de admirar que o art. 554 do Código Civil francês, que tanta influência havia de exercer nas demais legislações, proclamasse que “A propriedade é o direito de gozar e de dispôr das coisas da maneira mais absoluta, desde que dela não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.”

Mas o liberalismo econômico e o liberalismo político não deram os resultados esperados.

Aquêle, levando à concentração dos capitais nas mãos de alguns, graças ao avanço tecnológico e ao despreparo no trato dos problemas econômicos, aumentou de maneira intolerável a exploração do homem pelo homem.

Êste é solapado pelas doutrinas socialistas, cuja propaganda condena a concentração de riquezas e profliga a iníqua distribuição dos bens, influenciando as massas, cada vez mais alfabetizadas, informadas e esclarecidas.

É dessa época a doutrinação de ENGELS e de MARX, desembocando na vitória da revolução de 1917 e confirmando, de certo modo, os vaticínios de LÉON DUGUIT, que

nas célebres conferências proferidas em 1902, em Buenos Aires, já havia sustentado que a propriedade deixaria de ser um direito subjetivo para converter-se numa função social dos possuidores da riqueza.

Na mesma ordem de idéias, JOSSERAND incluiu no rol dos direitos abusivamente exercidos o direito de propriedade, quando não conforme à sua finalidade social.

Época moderna. Direito comparado.

Ao caráter político da propriedade, outro se acresce, na época moderna: o de natureza social, apenas entrevisto pela revolução francesa, que, se marcou um progresso, suprimindo grande número de ônus, de encargos e de limitações, fê-lo num sentido excessivamente individualista.

A igualdade política revelou-se ilusória, tão longe estava de resolver as questões decorrentes da desigualdade econômica.

Que interessa ao chefe de família o direito de escolher o Presidente da República, quando é incapaz de solucionar o problema da panela de comida para si e para a sua família?

Generaliza-se o reconhecimento da importância muito maior da função social desempenhada por uma adequada regulamentação da propriedade, e mesmo nos países mais aferrados à tradição as idéias igualitárias também no campo econômico não deixam de exercer influência marcante.

Expressou-o bem RENÉ SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, 1948, p. 142:

“Esta mística do “caráter inviolável e sagrado da propriedade” não corresponde mais aos fatos. De um lado, na nossa sociedade, o proprietário,

longe de ser um senhor soberano de seu bem, aparece como encarregado de um serviço social, de que êste bem torna-se instrumento. De outro lado, a humanidade tomou consciência de que a propriedade, que é sòmente matéria, não frutifica a não ser pelo trabalho do homem; a mão de obra humana reivindica pois a sua desfôrta contra a sujeição que lhe havia imposto a mística da propriedade.”

Se não se “nacionalizam” os bens das companhias estrangeiras, se não se expropriam as fontes de produção em favor do Estado ou dos operários, como ocorre nos países socialistas, limitam-se por tôda parte as manifestações do poder outrora irrestrito, reduzem-se as possibilidades de transmissão integral de fortunas colossais aos herdeiros, através de taxações mais gravosas à proporção em que vai diminuindo o grau de parentesco, impõem-se limitações em favor da comunidade.

E sem embargo dessas vicissitudes, vencendo resistências, a propriedade segue seu curso, dando mostras de uma resistência e de um poder de adaptação admiráveis.

Evolução da propriedade no Direito Constitucional brasileiro.

Pouco menos de século e meio nos separam da Carta de Lei de 25-3-1824, que em seu art. 179, n. 22 garantia, “em tôda a sua plenitude”, o direito de propriedade.

“Se o bem público legalmente verificado” — aditava — “exigir o uso e emprêgo da propriedade do cidadão, será êle prèviamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.”

Na mesma ordem de idéias o Código Civil ainda consigna na disposição do art. 544 que já está vazia de sentido,

que a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta.

A Constituição de 1891, usando, sem subterfúgios, a palavra adequada, “desapropriação”, que aquela pùdicamente havia evitado, mantém ainda, art. 72, § 17, “em tôda a sua plenitude” a propriedade, mas já ressalva a desapropriação por necessidade de utilidade pública e mediante indenização prévia, e dá início ao rol das restrições que, de constituição em constituição, outra coisa não faz senão aumentar progressivamente.

Nesta ficou consignado que: “a) As minas pertencem ao proprietário do solo salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas; b) as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros.”

Coube à Constituição de 1934 colocar a propriedade dentro do esquema que caracteriza a época moderna, continuando a garantir, sim, o direito de propriedade, mas substituindo a referência individualista a “tôda a sua plenitude”, à menção francamente coletivista da não possibilidade de seu exercício “contra o interêsse social ou coletivo”.

A alusão foi completamente eliminada pela Carta de 1937, mas restabelecida, com amplitude maior, pela Constituição de 1946, condicionando francamente, no art. 147 seu uso ao bem estar social e autorizando ainda a lei, obedecidas as restrições constitucionais, a “promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”.

A Constituição de 1967 ressaltou, entre os princípios fundamentais da ordem econômica e social, cuja finalidade é a de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, a “função social da propriedade”, mantida “ipsis litteris” pela Constituição de 17-10-1969, art. 160.

E o art. 153 deu ao princípio a seguinte redação no § 22:

“É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

Pode-se chegar assim à conclusão de que está definitivamente inculcado em nosso direito, através de dispositivos da Lei Básica, o princípio irradiado da Constituição de Weimar, proclamando não apenas vantagens para o proprietário, mas denunciando as obrigações a que está sujeito e condicionando seu uso ao interesse geral.

Já não pode mais ser qualificada, a rigor, como um direito subjetivo, é, antes, uma função social, pois o proprietário — na justa observação de DUGUIT — deve “realizar certa tarefa, e não será socialmente protegido senão quando a cumpre, e na medida em que o faz.”

Natureza.

Como, pois, considerar o direito de propriedade sob o ponto de vista do direito civil?

A doutrina começa por separar três conceitos diferentes: o filosófico, o econômico e o jurídico.

— Sob o primeiro aspecto, é a qualidade distintiva de uma coisa;

— sob o segundo, é o aproveitamento por parte do homem das coisas da natureza;

— sob o terceiro, é o equivalente do domínio, correspondente ao mais pleno e ao mais típico dos direitos reais.

Limitando-nos ao exame sob o ponto de vista jurídico, começaremos, com VANCELLS, distinguindo o sentido amplo do restrito.

No primeiro aspecto, separam-se ainda três direções, conforme seja considerada:

a) como direito absoluto sôbre bens em geral, compreendendo não apenas as coisas corpóreas, como também as incorpóreas ou imateriais;

b) como um direito geral sôbre coisas corpóreas, com exclusão portanto das relações do homem com as coisas destituídas dêste caráter;

c) como um direito absoluto sôbre coisas corpóreas, no qual se compreendem não tôdas as relações da pessoa com as coisas materiais, mas sômente as que dão lugar ao direito pleno, ou domínio, e aos demais direitos reais.

“Ao lado dêste sentido amplo do direito de propriedade,” — adita êsse autor — “no qual incluem alguns autores, dando-lhe uma excessiva extensão, os direitos sôbre bens imateriais, mal chamados propriedade intelectual e industrial, existe um sentido estrito e mais técnico, segundo o qual a propriedade é um direito pleno e geral sôbre coisas corpóreas, singulares, íntegras e específicas. Esta é a concepção de WOLFF e de muitos tratadistas modernos, que identificam a propriedade com o direito de domínio, definindo-a aquêle como “o mais amplo direito de senhoria que pode-se ter sôbre uma coisa”, e concebendo-a como um conjunto de faculdades que ordinariamente pertencem ao proprietário, mas que em determinados casos podem faltar, por estarem atribuídas circunstancialmente a outras pessoas, sem que por isso o legítimo dono da coisa deixe de sê-lo, uma vez que será sempre o verda-

deiro titular, embora privado temporariamente de exercer uma ou algumas das faculdades do domínio, e conservará a possibilidade de poder voltar a exercer seu direito com tôda sua plenitude quando êste deixe de estar atribuído parcialmente a outras pessoas.”

Separa PLUTARCO MARSÁ VANCELLS as definições analíticas, que pretendem explicar o direito de propriedade sob o ponto de vista puramente quantitativo, das sintéticas, que, com critério qualitativo, procuram dar um conceito unitário.

Dentre as primeiras transcreve a definição clássica, das antigas escolas: “*Dominium est ius utendi atque abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*”; e dentre as segundas, a curiosa conceituação das Partidas: “*Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que quisiere segund Dios, e segund fuero*”.

Uma das definições mais aplaudidas é a de SCIALOJA: “*la proprietà è un rapporto di diritto privato, pel quale una cosa, come pertinenza di una persona, è completamente soggetta alla volontà di questa in tutto ciò che non sia vietato da diritto pubblico o dalla concorrenza dell'altrui diritto*”.

Critica-a, todavia, CUNHA GONÇALVES, qualificando-a como manifestamente insuficiente por lhe faltarem algumas das principais características do direito definido, implicando a frase “*havida como pertencente*” somente numa presunção ou aparência, ao passo que a propriedade é ou deve ser uma certeza.

Mais aprofundados os reparos de BONFANTE destacando a excessiva preocupação de pôr em relêvo a antítese entre a propriedade — relação de direito privado — e a soberania, relação de direito público. Também não parece necessário enunciar o duplo perfil pelo qual a senhoria do proprietário sôbre a coisa corresponde uma relação de pertença desta àquele, uma vez que é próprio de qualquer

direito ter ao mesmo tempo um aspecto positivo e correlativamente um aspecto negativo: *potestas* e *subiectio*.

ELIO VITUCCI, que os reproduz, adita que a definição, pelo menos formalmente, equipara as proibições opostas ao proprietário no livre exercício do seu direito pelo direito público e as decorrentes da concorrência do direito alheio; aproximação inoportuna, quando se considera que os primeiros colocam limitações absolutas, diferentemente dos segundos, que a vontade do homem pode impor e eliminar.

Silencia por completo, finalmente, a respeito de um carácter essencial do domínio: a sua *elasticidade*, que faz com que readquiria automaticamente a sua plenitude tão logo cessem as restrições impostas, seja qual fôr sua fonte e sua natureza.

Conclui adotando a definição de FERRINI: “é aquêl direito pelo qual uma coisa pertence a uma pessoa e fica sujeita a esta de modo, pelo menos virtualmente, universal.”

De nossa parte preferimos, por ser menos genérica, a de CUNHA GONÇALVES: “direito de propriedade é aquêl que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa certa e determinada, em regra perpétuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que tôdas as outras pessoas são obrigadas a respeitar.”

Caracteres.

Dentro de uma relatividade que se acentua ora mais, ora menos, conforme seja considerado cada um dos elementos peculiares da propriedade, podemos dizer que se trata de um direito que, além da elasticidade já aludida, é unitário, absoluto, exclusivo, ilimitado, universal e perpétuo.

É *unitário*, no sentido bem destacado por FULVIO MAROI, de que não constitui uma série de faculdades que sejam autônomas com relação à propriedade, mas é uma senhoria geral, de que todos os possíveis poderes não constituem senão extrinsecções. Unitário também é o direito de propriedade como conceito.

É verdade que não faltam autores que pretendem ver não um só, mas uma pluralidade de direitos na propriedade.

Assim, PUGLIATTI, citado por GIOVANNI SILVIO COCO, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 215: a expressão propriedade exprime demasiadas coisas para que se possa “manter a ilusão de que à unicidade do termo corresponda a real unidade de um sólido e compacto instituto.”

E o próprio Coco chega à conclusão de que o instituto tem múltiplos componentes, ou, o que lhe parece substancialmente a mesma coisa, existem múltiplos institutos ou tipos de propriedade, ou até mesmo, múltiplas propriedades.

Mas a razão está com MAROI, que, contestando afirmações análogas de VASSALLI, *La Concezione della Proprietà*, Roma, 1936, p. 103, obtempera que o fato do ordenamento jurídico supor limites diferentes, com base nas variadas exigências econômicas e sociais, não quer dizer absolutamente que êle reconheça diversos tipos de propriedade, uma vez que as diferenças dependem somente do diferente conteúdo econômico-social, e não de uma diversa estrutura jurídica.

É ainda um direito *absoluto* — porque, como se exprime o catedrático desta Casa, MANOEL PACHECO PRATES, “o proprietário pode dispor de coisa como bem entender, salvo as modificações dêste poder estabelecidas ou exigidas pelo interêsse público, situação da coisa, ordem moral e vontade do proprietário.”

Adite-se, porém, que êsse conceito de absolutismo não exclui que para harmonizar os interesses — tanto públicos como privados — encontre determinadas limitações que a lei indica expressamente.

É um direito *exclusivo* porquanto pode o proprietário excluir do objeto do seu direito, qualquer interferência de outrem. Isto sem embargo da circunstância anotada pelo mesmo tratadista, dêsse poder ser suscetível de modificações, principalmente pela existência de um *jus in re*, quer êste seja instituído convencionalmente, quer exigido pela situação da coisa, “pois é possível desmembrar certas parcelas da propriedade e erigi-las em direitos separados a favor de terceiros”, sem que êstes desmembramentos privem o proprietário de dispor da coisa, que é da essência do direito de propriedade.

É *ilimitado*, não porque não tenha fronteiras, que existem, e, já vimos, vão gradativamente se acentuando, mas no sentido de que não é possível determinar, através de textos explícitos, o seu conteúdo. Apenas em sentido negativo é que a doutrina, e a própria legislação indicam o que é que o titular não pode fazer, daí se deduzindo, por via indireta, o conteúdo positivo do direito de propriedade.

É um direito *universal*, pelo menos virtualmente, porquanto, se uma ou mais faculdades são subtraídas ao proprietário pelo concurso de outros direitos ou por efeito de vínculos estabelecidos pela lei, — consigna o já citado MAROI — a propriedade conserva a virtude intrínseca de voltar a expandir-se, de retornar à sua mais lata compreensão, de retomar a sua natural universalidade, tão logo venham a se extinguir aquêles pesos ou vínculos, que a comprimem. É nesse sentido que se fala em *elasticidade* do direito de propriedade.

É, finalmente, de certa forma *perpétuo*, no sentido bem esclarecido, entre outros, por CUNHA GONÇALVES: “isto é, de duração ilimitada, embora seja transmissível por con-

trato, sucessão e outros meios legais. A transmissão é, até, um dos meios de tornar durável a propriedade, por tempo indefinido, visto que o adquirente é o sucessor do transmissor, a título singular ou universal; para aquêle passam todos os direitos que êste tinha na coisa transmitida. Por isso, a perpetuidade não significa que uma coisa deve pertencer, sempre, ao mesmo titular, o que seria impossível, visto que os homens duram, em regra, menos do que as coisas de que são proprietários.”

O talvegue das concepções da propriedade.

A essa tendência que se percebe nos países de civilização ocidental de “socializarem” de alguma forma a propriedade privada, quebrando e eliminando progressivamente rebarbas e arestas individualísticas capazes de ferir o interesse coletivo, corresponde um dos fenômenos mais curiosos e característicos do nosso tempo: o de uma incipiente “individualização” da propriedade coletivista, que se nota nos países socialistas.

O regime do comunismo integral, heróico, ferrenho da propriedade, vai aos poucos se abrandando e humanizando, abrindo pequenas brechas para a manifestação pela menos em alguns bens, da propriedade individual.

No Capítulo relativo ao Direito Civil soviético que V. SEREBROVSKI e R. JÁLFINA escreveram para *Fundamentos del Derecho Sovietico*, sob o patrocínio do Instituto do Estado e de Direito da Academia de Ciências da URSS. Edições em Línguas Estrangeiras, Moscou, 1962, está consignado, a pág. 217:

“Os cidadãos da URSS são sujeitos de direito da propriedade pessoal. De acôrdo com o disposto no artigo 10 da Constituição da URSS, o direito dos cidadãos à propriedade pessoal está protegido pela lei. Cada cidadão da URSS, independentemente do sexo, raça, nacionalidade,

credo religioso e origem social pode possuir em direito de propriedade pessoal determinados bens indicados na Constituição da URSS.”

E passam a esmiuçar os bens de que pode desfrutar pessoalmente cada lar kolkosiano: um pequeno terreno contíguo à casa, e, sôbre êsse terreno, como propriedade pessoal, uma propriedade agrícola auxiliar, morada, gado de produção, aves de quintal e pequenos conjuntos de animais de lavoura.

Além dêstes, os membros do lar kolkosiano têm outros bens, que lhes pertencem pessoalmente e que não entram no patrimônio do lar kolkosiano.

“A Constituição da URSS” — aditam textualmente — “fixa entre os objetos de direito da propriedade pessoal dos cidadãos as entradas e poupanças decorrentes de seu trabalho, a casa de morada e a propriedade agrícola doméstica auxiliar, os objetos de uso doméstico, os objetos de uso, consumo e comodidade pessoal. Desta maneira, o grupo de objetos que podem pertencer aos cidadãos em direito de propriedade pessoal é consideravelmente mais limitado do que os objetos de direito de propriedade do Estado e da cooperativa kolkosiana. As coisas destinadas a satisfazer as necessidades materiais e culturais dos cidadãos são objeto de direito de sua propriedade pessoal. Assim o determina a essência e o significado da propriedade pessoal na sociedade socialista.”

Assinalam, entre outras considerações, que os cidadãos da URSS gozam da faculdade de comprar ou construir para êles, em direito de propriedade pessoal, uma casa de moradia, de um ou dois andares, com um número de quartos até cinco, dentro ou fora da cidade, contanto que a superfície total não exceda de 60 m², prestando mesmo o Estado ajuda aos trabalhadores na construção individual de casas de moradia.

Nem se pode afirmar — convenhamos — qualquer contradição com o manifesto do Partido Comunista de

1848, que propunha sim, a abolição da propriedade *privada* dos instrumentos de produção, consignando, porém, que “o traço distintivo do comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas sim a abolição da propriedade burguesa.”

Mas as concessões aos princípios individualistas são maiores das que transparecem desses textos.

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, depois de lembrar que, com a nova política econômica Lenine considerou, em 1921 que o interesse social recomendava a revisão das drásticas soluções de 1918, assinala a similitude entre o art. 58 do Código Civil soviético de 1922, em cujos termos “o proprietário tem o direito de posse, uso e disposição de seus bens, dentro dos limites estabelecidos por lei”, e o art. 524 do Código Civil pátrio, “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

“Mesmo, porém, após o repúdio da N.E.P., não se excluiu a possibilidade da acumulação de riquezas, formando-se verdadeiras fortunas, constituídas por contas em bancos (com juros até 5%), bonus do Tesouro, residências privadas, automóveis, móveis, vestuário, bibliotecas, etc., afastada, assim, a idéia de igualitarismo, que não passaria de uma deformação do pensamento socialista através de “une doctrine sociale utopique bourgeoise” (RENÉ DAVID e JOHN N. HAZARD — *Le Droit Soviétique*, t. II, pág. 25).”

Do confronto dos dois fenômenos não há como não concluir que diminui, pouco a pouco, a distância entre as duas concepções, levando fatalmente um dia, senão a um ponto de equilíbrio, pelo menos a perceber que não se trata de uma distância tão grande.

Não há encostas, por mais largas e escarpadas, que não se encontram num talvêgue: se existem córregos de

água que as separam, se os planos são diferenciados, haverá sempre pontos de aproximação e de similitude!

Conclusão.

Voltando às perguntas iniciais: estamos diante de uma *crise da propriedade*?

Não falta quem, fazendo éco às diatribes que contra ela têm sido lançadas, responda afirmativamente.

Mas crise por quê, se nunca como agora é reconhecida e proclamada a sua utilidade, a tal ponto que é justamente em decorrência das suas indiscutíveis vantagens que não se permite mais fique adstrita ao âmbito limitado e egoístico do seu titular, mas se exige que se espraie em benefícios à tódia a coletividade?

Digamos antes evolução das funções da propriedade, de acôrdo com a finalidade social que todos reconhecem que ela desempenha.

Talvez um dia haja coincidência em reconhecer que se trata mais de um direito de ordem pública do que de interesse particular, ou quem sabe se realize o vaticínio de DUGUIT, segundo o qual virá a época em que a lei obrigue o proprietário a cultivar o seu campo, a manter as suas casas em bom estado de conservação, a fazer produzir os seus capitais, não se contentando em impor limites, mas traçando verdadeiras obrigações ao proprietário, para satisfações de interesses de ordem coletiva.

Mas à pergunta fundamental não há dúvida que a resposta é a de que a propriedade merece ser conservada.

Justifica plenamente CUNHA GONÇALVES a existência da propriedade individual pelos grandes serviços que tem prestado à humanidade, não só inspirando as primeiras idéias de justiça e de moral, pelo *suum cuique tribuere*, mas inculcando aos homens o desejo e a alegria do trabalho,

para conquistarem a sua independência econômica ou a riqueza.

“Ela tem sido a fonte primacial do incremento de tôdas as riquezas, de tôdas as invenções e descobertas, de todos os progressos da indústria, do comércio, das artes, das ciências, e até da literatura, de tudo aquilo que a palavra “Civilização” resume. O egoísmo é o caráter mais geral e fundamental do homem. É inútil esperar que êste se afadigue espontâneamente por altruísmo de desinteresse, só para contribuir ao bem estar dos outros. Sem a propriedade, o homem não trabalharia senão o indispensável para o seu sustento pessoal. Se é possível privar o indivíduo da propriedade da terra ou de certos imóveis, em proveito da coletividade, é absurdo privá-lo de tôda e qualquer propriedade.”

“O que não se pode desconhecer, porém,” — consigna por sua vez o saudoso EDUARDO ESPÍNOLA, “*Posse — Propriedade — Compropriedade ou Condomínio — Direitos Autorais*”, Conquista, Rio, 1956, p. 132 — “é que a vida social e as normas jurídicas que a regulam, em qualquer período da história dos povos civilizados demonstram o reconhecimento da propriedade individual em tôdas as relações da convivência humana, de modo direto ou indireto: é para adquiri-la que se esforça o trabalho do homem, nos vários ramos da produção; todo o direito das obrigações pressupõe a propriedade privada, quer nas transferências, quer nos contratos de outra espécie; nela se baseia a matéria da sucessão hereditária; a ela se aplica o direito de família, quanto ao regime de bens, à obrigação alimentícia.”

Ora, se considerarmos o problema com isenção de ânimo, havemos de convir em que não existe qualquer crise de propriedade, e sim que ela passa por mais uma

das tantas fases de acentuada *evolução*, acompanhando o dinamismo da época em que vivemos.

Mas a malcabilidade de que tem dado tantas provas, êsse poder admirável de adaptação a tôdas as contingências, a tôdas as pressões, a tôdas as políticas, o extraordinário poder de sobrevivência de que é dotada, há de permitir-lhe enfrentar vicissitudes, satisfazer exigências, cumprir sacrifícios.

Demonstrou GIOVANNI SILVIO COCO que a propriedade privada já não pode ser considerada uma entidade ontológica, uma essência com atributos próprios, que se devam conhecer e sistematizar, mas um conceito, com o qual se justifica de modo jurídico a apropriação privada dos bens e se exprime unitariamente a sua disciplina.

“... Cumpre superar a colocação clássica do direito pleno e exclusivo e dos limites e tornar patente que hoje se vão delineando e consolidando novas perspectivas jurídicas, em que o interêsse do proprietário não é o objeto central da proteção, mas um interêsse tutelado no quadro de um conjunto de interêsses com êle contrastantes, que insistem juntamente sôbre a coisa objeto de domínio e que o ordenamento reconhece e ampara além da barreira tradicionalmente colocada em defesa do proprietário.”

ARNOLDO WALD, na admirável prova escrita com que se sagrou vitorioso no preenchimento da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, também realça o esforço de adaptação do instituto, que lhe dá maior fôrça e maior utilidade, transformando a propriedade num instrumento adequado ao serviço do homem, do seu desenvolvimento e da sua integração na sociedade.

E adita: “O individualismo exacerbado fêz um pouco do homem o escravo da propriedade, considerada como fim e não como meio. A democratização da propriedade, que significa a sua proletarização e sua humanização,

pretende inverter os dados do materialismo e fazer da propriedade um meio de liberação do homem e de sua completa realização.

“O verdadeiro individualismo é o que não sacrifica a sociedade ao interesse da pessoa ou do grupo, mas faz da sociedade e dos bens meios para atender ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, no plano material e espiritual. A evolução da propriedade e as suas novas dimensões são elementos que apresentam uma importante contribuição para alcançar tal *desideratum* que é uma imposição para a salvaguarda da nossa cultura ocidental e cristã, em cujo espírito tem vivido e há de viver sempre o nosso direito.”

Nada de crise, portanto, mas, muito ao contrário, evolução. Evolução auspiciosa, que irá nos levar ao ponto de equilíbrio.

Através de uma atenuação das desigualdades, que apenas se inicia, pela reforma agrária, pela participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, pela popularização dos capitais das grandes sociedades, alcançaremos, sem dúvida, uma adaptação da propriedade privada a fins mais humanos, mais dignos, mais construtivos, daqueles que resultariam de um vão e estéril individualismo.

Bibliografia.

- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira, *A Propriedade*, in “Jurídica”, n. 83, 1963, pgs. 456-471.
- COCO, Giovanni Silvio, *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*, Giuffrè, Milano, 1965, 247 págs.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz, *Tratado de Direito Civil*, 2.^a ed., Limonad, S. Paulo, s/, v. XI, t. I, pgs. 175-246.
- ESPÍNOLA, Eduardo, *Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais*, Conquista, Rio, 1956, pgs. 127-133.
- MAROI, Fulvio, verb. *Proprietá* in “Dizionario Pratico del Diritto Privato”, Vallardi, Milano, 1952, v. V, p. II, pgs. 693-704.

- VANCELLS, Plutarco Marsá, verb. *Propriedad*, in "Diccionario del Derecho Privado", Labor, Barcelona, 1961, t. II, pgs. 3 149-3 152.
- VITUCCI, Elio — verb. *Proprietá* (Diritto Civile) in "Nuovo Digesto Italiano", Utet, Torino, 1939, v. X, pgs. 673-695.
- WALD, Arnold — *Novas Dimensões do Direito de Propriedade*, in "Revista dos Tribunais", v. 376, 1967, pgs. 8-17 e Separata de "Jurídica", n. 95, 1966, pgs. 3-18.

O Direito das coisas no novo código civil português*.

José Carlos Moreira Alves
Catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

1.^a conferência

Coube-nos, na divisão das matérias das conferências relativas ao *Nôvo Código Civil Português*, nos “Cursos de Verão” da Universidade Federal do Paraná, sob os auspícios da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciências Sociais e Direito Comparado, a parte referente ao *Direito das Coisas*.

Seguindo as diretrizes da coordenação desse ciclo de conferências, pelas quais se deverá dar aos ouvintes idéia das alterações havidas em relação ao Código anterior, fazendo, ainda, breve análise comparativa com o direito brasileiro, assim esquematizamos as duas conferências que ficaram a nosso cargo:

I

SUMÁRIO: 1. O Direito das Coisas na sistemática do novo Código Civil Português. 2. Análise do conteúdo do Direito das Coisas e de seu sistema. 3. A posse. 4. O usucapião. 5. O direito de propriedade.

II

SUMÁRIO: 1. A propriedade das águas, a compropriedade e a propriedade horizontal. 2. O usufruto, o uso e a habitação. 3. A enfiteuse. 4. A superfície. 5. As servidões prediais. 6. Considerações finais.

* Duas conferências proferidas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em fevereiro de 1969.

A extensão do tema proposto em face da escasses do tempo de que dispomos obviamente sacrificará a profundidade que sua análise exigiria. Esforçar-nos-emos, entretanto, para, com o mínimo de palavras, transmitir o mais que nos seja possível. É o ideal que traduz a máxima latina — *cum paucis, multa*.

I

1. *O Direito das Coisas na sistemática do novo Código Civil Português.* — Rompeu o novo Código Civil Português com a sistemática seguida no velho, de 1867. E, no momento em que, no Brasil, se assiste a movimento de reforma da legislação civil com o repúdio do sistema germânico abraçado, com alterações, pelo nosso Código de 1917, não se deixou levar o legislador português pelas críticas que alguns fazem, sem argumentação convincente, àquele sistema, e aderiu francamente à taxinomia do *Bürgerliches Gesetzbuch*, mais conhecido por suas iniciais B.G.B.

Não se entusiasmaram os juristas portugueses a que se deve a elaboração do novo Código — e note-se que é êle um trabalho de nítido cunho doutrinário, onde, sem se desdenharem as tradições do direito anterior, se acolheram modernas teorias jurídicas —, não se entusiasmaram os juristas portugueses com a unificação parcial do direito privado levada a cabo por suíços e italianos, nem com as diatribes à *Parte Geral* da codificação civil alemã, muito mais antigas do que muitos supõem, pois partem elas de ZITELMANN, no início do século¹.

E, em assim sendo, dividiram o novo Código em cinco livros, dos quais o primeiro se ocupa da *Parte Geral* do direito civil, tratando os quatro restantes da *Parte Espe-*

1. *Der Wert eines "allgemeinen Teils" des bürgerlichen Rechts, in Zeitschrift für das Privat-und Öffentliche Recht der Gegenwart, vol. XXXIII, págs. 1 a 32.*

cial, nesta ordem: Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito da Família e Direito das Sucessões.

Situa-se, portanto, o Direito das Coisas no terceiro dos cinco livros do novo Código, logo em seguida ao Direito das Obrigações, que abre a Parte Especial. Dessa forma, o legislador português, como ocorreu com o alemão na segunda metade do século passado, se afastou da sistemática dos pandectistas, que já se encontra completa na 3.^a edição (1805) do *Lehrbuch der Pandectenlehre* de HUGO e no *Grundriss des Systems des gemeinen Civilrechts* (1807) de HEISE², e segundo o qual o Direito das Coisas, ao invés de suceder, precede ao das Obrigações.

2. *Análise do conteúdo do Direito das Coisas e de seu sistema.* — Versa o livro terceiro (*Direito das Coisas*) do atual Código Civil Português os seguintes institutos jurídicos, na ordem em que se apresentam:

- a) a posse;
- b) a usucapião;
- c) o direito de propriedade (abrangendo a propriedade em geral, a propriedade de imóveis, a propriedade das águas, a compropriedade e a propriedade horizontal);
- d) o usufruto, o uso e a habitação;
- e) a enfiteuse;
- f) o direito de superfície; e
- g) as servidões prediais.

Sob o império do Código Civil de 1867. discutiam os civilistas portugueses quais seriam os direitos que, em face

2. Vide, a propósito, BOEHMER, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, § 11, págs. 70/1, 2.^a ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1965.

do sistema nêle observado, poderiam ser capitulados como direitos reais. Distinguia aquela codificação, no artigo 2.187, a *propriedade perfeita* (a que consistia na fruição de tôdas as faculdades jurídicas contidas no direito de propriedade) e a *propriedade imperfeita* (aquela em que se fruía de parte apenas dessas faculdades). E, em seguida, no artigo 2.189, assim enumerava as propriedades imperfeitas:

- 1.º a enfiteuse e a subenfiteuse;
- 2.º o censo;
- 3.º o quinhão;
- 4.º o usufruto, o uso e a habitação;
- 5.º o compáscuo; e
- 6.º as servidões.

Deixando de lado a posse (a respeito de cuja natureza jurídica — se fato ou se direito — a controvérsia sempre permanece), verifica-se que alguns eminentes civilistas lusos, como JOSÉ TAVARES³ e CUNHA GONÇALVES⁴, entendiam que as garantias reais (o penhor e a hipoteca) não são direitos reais, mas — e isso nos sistemas latinos, em contra-posição ao germânico — simples acessórias do direito de crédito. Daí, dizer CUNHA GONÇALVES⁵, criticando o art. 674 do Código Civil Brasileiro, que — em seu entender — equiparou errôneamente as garantias reais aos direitos reais:

“Os credores garantidos não exercem direito algum permanente *sôbre a coisa do credor*, mas apenas têm o direito de se fazer pagar com o preço dela, se o seu crédito não fôr pago”.

3. *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, n. 103, pág. 601, Coimbra Editora Lim., Coimbra, 1922.

4. *Princípios de Direito Civil Luso Brasileiro*, vol. I, n. 150-A, pág. 292, Max Limonad, São Paulo, 1951.

5. *Ob. cit.*, vol. I, n. 150-A, pág. 292.

E, mais adiante⁶:

“As garantias reais não são fracções ou limitações do direito de propriedade, são acessórios das obrigações, cujas vicissitudes seguem: com elas nascem, com elas se extinguem”.

Tese, aliás, cujas origens remontam a SOHM, que, em 1864, na obra *Die Lehre vom Subpignus*⁷, dividia os direitos subjetivos patrimoniais em *direitos sobre um objeto* e *direitos a um objeto*, correspondendo os primeiros aos direitos reais, e sendo enquadrados nos segundos os direitos que consistiam na expectativa de valor patrimonial decorrente ou de prestação de ato ou de abstenção do devedor (direitos de crédito), ou de coisa de seu patrimônio (direitos de garantia). Donde se vê que, segundo SOHM, direitos de crédito e direitos de garantia são sub-espécies de u'a mesma categoria jurídica: *os direitos a um objeto*.

E não é para esquecer a concepção, mais antiga (1833), de BÜCHEL, em seu livro *Ueber die Natur des Pfandrechts*, no qual desenvolve a teoria do *direito real de crédito*, tomando por ponto de partida a idéia de que, quando há penhor, a “devedora” nessa relação jurídica seria a coisa (*rei obligatio*), à semelhança dos direitos de crédito em que a pessoa é quem o é.

Mas havia, também, juristas lusos contrários à doutrina de JOSÉ TAVARES e de CUNHA GONÇALVES. Dentre êles destaca-se LUÍS DA CÂMARA PINTO COELHO, que foi, com PIRES DE LIMA, um dos dois autores dos anteprojetos parciais de que resultou o Anteprojeto do Direito das Coisas. Êsse professor da Faculdade de Direito de Lisboa, em preleções no curso jurídico de 1944-1945 que foram reduzidas a livro (*Lições de Direitos Reais*) por discípulos, defendia a tese

6. *Ob. cit.*, vol. I, n. 150-B, p. 293.

7. Exposição, em português, da tese de SOHM se encontra em NEVES BA-TISTA, *Penhor de Créditos*, n. 7, págs. 24 e segs., Recife, 1947.

de que, além da *propriedade perfeita* e das *propriedades imperfeitas* a que se referia o Código de 1867, existiam outros direito reais, como o penhor e a hipoteca⁸.

Em face do Código atual, o problema pode parecer, à primeira vista, dirimido em favor da opinião sustentada por JOSÉ TAVARES e por CUNHA GONÇALVES. Com efeito, além de o penhor e a hipoteca serem disciplinados na parte concernente ao Direito das Obrigações, o artigo 1.306, sob a rubrica “*numerus clausus*”, estabelece, dentro do livro relativo ao Direito das Coisas, que

“1. Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; tôda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

A questão, porém, não é tão simples quanto se poderá supor, uma vez que não há no nôvo Código (ao contrário do que sucede no Brasileiro) artigo que contenha a enumeração legal dos outros direitos reais que não o de propriedade. Demais, é o próprio Código que, no artigo 1.539, n. 1, tratando da extinção de direitos reais constituídos sôbre o direito de superfície, estabelece:

“A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos *direitos reais de gozo ou de garantia*”⁹.

8. *Lições de Direitos Reais*, págs. 92 e segs., Tipografia das Oficinas de São José, págs. 92 e segs.

9. Note-se que, na ata em que a Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto — de que, mais de 20 anos depois, resultou o nôvo Código Civil Português — fixou as diretrizes de seu trabalho, se lê:

“d) As garantias reais das obrigações deverão ser tratadas na parte das obrigações ou na dos direitos reais ou ainda em parte especial sôbre a defesa e garantia dos direitos (como no novo Código Italiano)? — Resolveu-se que se inte-

De qualquer forma, e ainda que se admita a existência, no Código atual, de outros direitos reais (como a hipoteca e o penhor) que não os capitulados no livro relativo ao Direito das Coisas, escapam eles à nossa apreciação, porquanto o nosso objetivo é apenas o estudo da parte da Codificação nova intitulada *Direito das Coisas*.

Por outro lado, é de observar-se, ainda, na análise do conteúdo e do sistema dêsse livro do Código, a existência dos seguintes aspectos dignos de consideração:

- a) a posse, que se apresenta como a exteriorização apenas dos direitos reais, é colocada no início do Direito das Coisas, ao contrário do que ocorria no Anteprojeto de Código Civil Brasileiro, de autoria de ORLANDO GOMES, onde ocupava ela o último lugar, posição de que foi deslocada pela Comissão Revisora;
- b) a usucapião não é disciplinada, como sucede no Código Civil Brasileiro, entre as normas relativas ao direito de propriedade, mas se segue à posse, por ser modo de aquisição, não somente do domínio, mas também dos direitos reais de gozo, com exclusão das servidões prediais não aparentes, do direito de uso e de habitação;
- c) mantêm-se a enfiteuse, o uso e a habitação, que foram abolidas pelo recente Projeto de Código Civil Brasileiro, por serem consideradas por seus responsáveis “espécies anacrônicas ou inconvenientes, algumas inúteis, outras antieconômicas”¹⁰;

grassem na parte das obrigações por ser essa a orientação tradicional portuguesa no ensino do direito civil e dada a função destas garantias” (*apud* ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *A revisão geral do Código Civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXII (1946), pág. 464.

10. *Projeto de Código Civil*, pág. 13, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1965.

- d) introduziu-se no Código o direito de superfície, que inexistia no de 1867, mas que já se encontrava disciplinado no direito português nos artigos 21 a 29 da Lei 2.030, de 22.6.1948, e que correspondia à tradição do direito luso, pois, embora sem tal denominação, era regulado nos §§ 11, 17 e 26 da Lei de 9 de julho de 1773; e,
- e) em contrapartida, aboliu algumas das *propriedades imperfeitas* a que se referia a codificação anterior, a saber: o quinhão (que era o direito de alguém receber uma quota parte da renda de um prédio indiviso, encabeçado em um dos condôminos do mesmo prédio, e por êle possuído), os censos consignativo e reservativo (que passaram a ser considerados como enfiteuse) e o compáscuo.

3. *A posse.* — O nôvo Código Civil Português, abrindo o livro relativo ao Direito das Coisas, disciplina a posse nos artigos 1.251 a 1.286, que se agrupam em cinco capítulos, assim sistematizados:

- I — *Disposições gerais* (em que se alude à noção de posse; ao seu exercício por intermediário; à detenção; às presunções de posse, à sucessão nela; e à acessão e à conservação da posse);
- II — *Caracteres da posse* (onde se disciplinam as espécies de posse: titulada ou não titulada, de boa ou de má fé, pacífica ou violenta, pública ou oculta);
- III — *Aquisição e perda da posse* (no qual se regulam os modos pelos quais se adquire ou se perde a posse);
- IV — *Efeitos da posse* (capítulo que trata dos efeitos da posse quanto à presunção da titularidade do direito que ela exterioriza; quanto aos frutos, encargos e benfeitorias); e

V — *Defesa da posse* (onde se regulam os meios judiciais e extrajudiciais de proteção da posse).

Confrontando-se a disciplina da posse nos dois Códigos Civis Portuguezes, verifica-se, sem maior dificuldade, que o atual é superior no tratamento doutrinário e sistemático da posse, e, embora mantendo a maioria dos princípios antigos, não se limitou simplesmente a reproduzi-los.

Em rigor, a posse — e essa concepção já se vislumbra em BRUNS (*Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*)¹¹ nada mais é do que o exercício de fato de um direito. A tradicional divisão da posse em posse de coisa e posse de direito (a *quasi possessio* dos romanos) não corresponde à realidade, mas é, antes, fruto da confusão que os jurisconsultos de Roma faziam entre o direito de propriedade e a coisa sôbre que incidiam os poderes do proprietário, confusão essa da qual a linguagem moderna guarda lembrança, quando se diz *essa coisa é minha*, ao invés de se dizer corretamente *tenho direito de propriedade sôbre essa coisa*. Assim, a tradicionalmente denominada posse da coisa (*possessio rei*) é, em verdade, posse de direito de propriedade, o que demonstra a falsidade da dicotomia *posse de coisa — posse de direito*, uma vez que a primeira também é posse de direito¹².

A isso não se atinha o Código Civil Português de 1867, ao conceituar a posse nestes termos:

“Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito”.

O mesmo, porém, não se verifica no Código atual, que, em seu artigo 1.251, adota a seguinte noção de posse, que

11. Vide, especialmente, § 57, págs. 487/8, e § 61, arts. 2 e 3, págs. 504/5.

12. Consulte-se, a respeito, KRUCKMANN, *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein in der Theoria des Gemeinen Rechts, in Archiv für die Civilistische Praxis*, Band 106, págs. 192 e segs.

é tradução quasi literal da primeira parte do artigo 1.140 do Código Civil Italiano de 1942:

“Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”.

E, no artigo 1.287, se lê, no início:

“A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo...”

Por outro lado, da análise do conceito de posse formulado pelo artigo 1.251 do actual Código observa-se que é ela excluída do campo dos direitos pessoais, ou, em outras palavras, que não há posse de direitos pessoais, exactamente como sucede — segundo a opinião comum — no direito civil brasileiro. Já a tese contrária (a da admissibilidade da posse de direitos pessoais) é perfeitamente defensável em face dos termos amplos em que é vasada a definição de posse contida no artigo 474 do Código Civil Português de 1867:

“Diz-se posse a retenção ou fruição de QUALQUER COUSA OU DIREITO”.

Idéia reafirmada no § 2.º do mesmo artigo, sem distinção entre direito real e direito pessoal:

“A posse conserva-se, em quanto dura a retenção ou FRUIÇÃO da COUSA OU DIREITO, ou a possibilidade de a continuar”.

De outra parte, referindo-se ao Código de 1867, JOSÉ TAVARES, com relação às teorias de SAVIGNY e de IHERING, assim se manifestava:

“O nosso código, como resulta claramente do art. 474 e § 1.º, adoptou precisamente a teoria objectiva de Ihering, segundo a qual toda a detenção deve considerar-se posse, desde que seja voluntariamente exercida e a lei não determine o contrário”.

Essas palavras se aplicam, também, ao Código atual, onde, inequivocamente, foi seguida a teoria de IHERING, como se vê, por exemplo, dos termos dos artigos 1.251, 1.253 e 1.257, n. 1. É certo, porém, que o novo Código foi mais preciso no caracterizar as hipóteses em que ocorre a detenção, enumerando-as em três letras, no artigo 1.253 — são detentores: a) os que exercem o poder de fato sem intenção de agir como beneficiários do direito; b) os que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito; e c) os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem —, enquanto o Código de 1867 apenas acentuava no § 1.º do art. 474: “Os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse”.

A semelhança do Código de 1867, não se encontra na atual alusão à tese germânica (que repousa no instituto da *Gewere*)¹³ do desdobramento da posse em posse direta (ou imediata) e posse indireta (ou mediata), acolhido pelo Código Civil Brasileiro. Em vista disso, surge problema que já existia na codificação anterior e que se pode colocar nos termos que seguem.

É sabido que os juristas romanos — e por isso SAVIGNY teve que formular a concepção de *posse derivada* — admitiam, em certos casos (no de credor pignoratício, de sequestre e de precarista), que a *possessio rei* se desdobrasse,

13. Sobre a *Gewere*, vide nosso artigo *A Gewere — um instituto do antigo direito germânico*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LXIII (1968), págs. 193 e segs.

atribuindo-se, assim, a posse, com relação à mesma coisa, e com efeitos diversos, a duas pessoas. Exemplo: tanto o devedor quanto o credor pignoratício eram possuidores (*possessio rei*) com referência à coisa empenhada. Note-se, porém, que, quando ocorria êsse desdobramento, o direito romano outorgava (e tome-se por base o exemplo anterior) ao devedor posse apenas para que êste continuasse a usucapir, e ao credor posse para obter proteção através dos interditos possessórios (*possessio ad interdicta*).

Já os locatários, os depositários (que não o seqüestre), os comodatários não tinham, segundo o direito romano, posse, mas, sòmente, detenção. O que, aliás, ocorria também com os titulares dos direitos reais limitados de gôzo, como, por exemplo, o usufrutuário, que era detentor, e que só passou a ter a proteção dos interditos possessórios quando se admitiu a *quasi possessio iuris*, uma vez que tinha a posse do direito real limitado de que era titular.

Ora, como já salientamos, não se encontra no Código Civil Português de 1867 nem no atual a distinção germânica de posse direta e indireta (de que é precursor o *Allgemeines Landrecht* — Código Prussiano —, com a divisão da posse em *perfeita* e *imperfeita*), a qual distinção possibilita, nos sistemas jurídicos que a adotam (como o brasileiro), a atribuição de posse, com efeitos diferentes, a duas ou mais pessoas — assim, são possuidores locador, locatário e sub-locatário. E, ainda, graças a essa distinção, nos países onde é ela acolhida não há necessidade de o titular de direito real limitado invocar a posse do direito que tem, uma vez que já desfruta êle da posse direta, que é desdobramento da *possessio rei*. A posse de direitos que não o de propriedade só conserva, nesses sistemas jurídicos, importância, no terreno dos direitos reais limitados, para quem dêles não é titular, mas os exerce de fato.

Não se achando nos Códigos portugueses de 1867 e de 1966 essa distinção de posse direta e posse indireta, figuras como o usufrutuário, o credor pignoratício, o locatário, o

comodatário, o depositário seriam, com relação à *possessio rei* (posse de direito de propriedade) meros detentores, sem, portanto, proteção possessória.

Esse fato não tinha maior relêvo no Código de 1867, porque a noção ampla de posse se applicava também aos direitos pessoais, e aquelas figuras, no exercício de direito real ou pessoal, dispunham da *quasi possessio iuris* que lhes assegurava os interditos possessórios.

Já no Código nôvo o problema se agrava porque a posse se restringe ao exercício de fato do direito de propriedade ou de outro direito real. Nêle, não há lugar para a posse de direito pessoal. E, com relação à *possessio rei*, locatários, comodatários, depositários são simples detentores, pois, nos têrmos do artigo 1.253; “possuem em nome de outrem”. Ocorre, no entanto, que o próprio Código atribui expressamente a tais detentores (art. 1.037); n. 2, ao locatário; art. 1.125, n. 2, ao parceiro pensador; art. 1.133, n. 2, ao comodatário; art. 1.188, n. 2, ao depositário; art. 670; letra *a*, ao credor pignoraticio) a faculdade de usar das ações destinadas à defesa da posse.

Em face disso, estaremos diante de casos semelhantes aos, em direito romano, do credor pignoraticio, do seqüestre, do precarista? Serão, portanto, hipóteses de posse derivada, como pretendia SAVIGNY? Ou haverá, embora implícito (como, aliás, quanto ao Código Espanhol, entendem GARCÍA VALDECASAS, PUIG PEÑA e outros)¹⁴, o desdobramento da posse, no Código Português, em direta e indireta?

A nosso ver, a solução para o problema é esta: trata-se de detentores a que a Lei concede o uso de defesa possessória. É o que se depreende claramente dos têrmos do artigo 1.188, ns. 1 e 2, onde se alude, de modo expresso, à

14. A propósito, vide CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, págs. 434 e segs., 9.^a ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

DETENÇÃO, e se faculta, apesar disso, a utilização das ações possessórias:

“Art. 1.188

(*Turbação da detenção ou esbulho da coisa*)

1. Se o depositário for privado da DETENÇÃO da coisa por causa que lhe não seja imputável, fica exonerado das obrigações de guarda e restituição, mas deve dar conhecimento imediato da privação ao depositante.

2. Independentemente da obrigação imposta no número anterior, o depositário que for privado da detenção da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos pode usar, mesmo contra o depositante, dos meios facultados ao possuidor nos artigos 1.276 e seguintes”.

E nada há de mais em que o detentor goze de proteção possessória. Basta atentar para a circunstância de que o Código Civil Italiano de 1942, no artigo 1.168, concede a ação de reintegração de posse (não a de manutenção) a quem tem a detenção da coisa. O mesmo ocorre, também com relação à reintegração apenas, com o direito francês, onde a jurisprudência — como atesta PLANIOL¹⁵ — a outorga a simples detentor. Aliás, na segunda metade do século XIX, escrevia ARNDTS, no *Lehrbuch der Pandekten*¹⁶, que no direito moderno havia a tendência de conceder a proteção possessória ao mero detentor.

O novo Código Civil Português terá, assim, apenas ampliado essa faculdade, não a restringindo à ação de reintegração de posse.

15. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, § 2309, pág. 731, 4ª ed., Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1906.

16. § 135, nota 8, *in fine*, pág. 244, 14ª ed., Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1889.

Outros aspectos, quanto à posse como atualmente existe em Portugal, merecem ainda ser referidos sumariamente.

Assim:

- no artigo 1.266, estabelece, seguindo o Código de 1867, que “podem adquirir a posse todos os que têm uso da razão, e ainda os que o não têm, relativamente às coisas susceptíveis de ocupação”, regra essa que está em consonância com a distinção, adotada no artigo 295, entre negócio jurídico e ato jurídico; de fato, a ocupação, para a maioria dos autores (entre outros, PLANCK, FISCHER, AEUBACH)¹⁷, não é negócio jurídico, mas ato jurídico, por não exigir vontade negocial;
- não se encontra no atual Código Civil Português a admissibilidade da exceção de domínio em ação possessória, o que se permite na parte final do famigerado artigo 505 do Código Civil Brasileiro; e,
- com relação à posse de boa fé, verifica-se que o Código Luso — como o Brasileiro (art. 490) — seguiu a tese de que a boa fé é um conceito psicológico (ignorância de que se fere direito alheio) e, não, ético (convicção consciente e honesta de que se tem um direito); em outras palavras, adotou a doutrina que WAECHTER, a respeito do direito romano, defendia contra a opinião de BRUNS, para quem o conceito psicológico de boa fé é obra dos canonistas, vigorando, em Roma, a concepção ética.

17 Vide, a esse respeito, AUERBACH, *Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes*, pág. 32.

4. *O usucapião.* — À posse segue-se, no novo Código, o usucapião, regulado nos artigos 1.287 a 1.301, em três secções: *disposições gerais*, *usucapião de imóveis* e *usucapião de móveis*.

Comparando com o sistema do Código de 1867, as alterações de significado doutrinário (por isso não aludimos às modificações nos prazos) se resumem na mudança de denominação (anteriormente, ao invés de usucapião, dizia-se *prescrição positiva*) e na de localização dentro do Código, pois, antes, a prescrição positiva (isto é, o usucapião) era disciplinada ao lado da prescrição negativa.

Sem dúvida, modificou-se para melhor, uma vez que, entre os dois institutos (usucapião e prescrição), as diferenças de fundo são inegáveis.

Por outro lado, em matéria de usucapião, também há discrepâncias entre o Código Português moderno e o Brasileiro.

Assim, a posição topográfica do usucapião, no Código Luso, é melhor do que a do Brasileiro, que, obedecendo à orientação dos pandectistas, dêle se ocupa no capítulo da propriedade, apesar de ser êle modo de aquisição, também, de outros direitos reais.

Além disso, enquanto o Código Civil Brasileiro, com base na existência ou não de boa fé e de justo título, distingue o usucapião em ordinário e extraordinário, o atual Código Português, e o mesmo se dava no de 1867, faz distinção entre usucapião quando há título de aquisição e registro dêste, usucapião em que não há registro do título de aquisição mas a mera posse é registrada, e usucapião em que não existem registro de título nem de mera posse, e em tôdas essas três hipóteses varia o prazo, conforme haja, ou não, boa fé.

A título de elucidação do que vem a ser registro de mera posse, leia-se o artigo 1.295, n. 2, do Código Civil Português de 1966, o qual reza:

“A mera posse só será registrada em vista de sentença passada em julgado, na qual se reconheça que o possuidor tem possuído pacífica e publicamente por tempo não inferior a cinco anos”.

5. *O Direito de Propriedade.* — Para concluir a conferência de hoje, falta examinar o direito de propriedade que é disciplinado no título II do livro concernente ao Direito das Coisas.

Esse título se desdobra em seis capítulos, ordenados desta forma:

- I — *Propriedade em geral* (com duas seções: disposições gerais e defesa da propriedade);
- II — *Aquisição da propriedade* (com três seções: disposições gerais, ocupação e acessão);
- III — *Propriedade de imóveis* (com oito seções: disposições gerais, direito de demarcação, direito de tapagem, construções e edificações, plantação de árvores e arbustos, paredes e muros de meação, fracionamento e emparcelamento de prédios rústicos, e atravessadouros);
- IV — *Propriedade das águas* (com três seções: disposições gerais, aproveitamento das águas e condomínio das águas);
- V — *Compropriedade* (com duas seções: disposições gerais, e direitos e encargos do comproprietário); e
- VI — *Propriedade horizontal* (com quatro seções: disposições gerais, constituição, direitos e encargos dos condôminos, e administração das partes comuns do edifício).

Por esse esquema, vêem os senhores que, apesar de deixarmos para a próxima conferência o exame da propriedade das águas, da compropriedade e da propriedade

horizontal, a matéria que sobra ainda é demasiado extensa para análise mais detida.

Limitar-nos-emos, portanto, a destacar alguns aspectos mais importantes.

De início, é de acentuar-se que não se encontram, no novo Código Português, dispositivos correspondentes aos artigos 375 e 377 do atual Projeto de Código Civil Brasileiro, nos quais — conforme salienta o relatório da Comissão Revisora — se traduz o conceito moderno de propriedade que já se apurara

“...em outras fontes de nossa cultura jurídica no esforço construtivo de juristas conspícuos que nêlo introduziram a idéia de *função social*, hoje difundida e aceita em largas correntes do pensamento jurídico”¹⁸.

Mas, nem por isso se alheiou o Código Português dessa imposição decorrente das condições da vida moderna. Apenas não precisou de repetir, no atinente à propriedade, o princípio a que dera alcance geral e que se encontra no art. 334, que veda o abuso do direito: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Já no que diz respeito às disposições gerais sobre a propriedade, abrem-se elas com o preceito segundo o qual somente podem ser objeto de domínio, tal como regulado no Código, as coisas corpóreas, móveis ou imóveis. E, em seguida, se alude à *propriedade intelectual*, declarando-se que os direitos de autor e a propriedade industrial se regem por legislação especial, sendo apenas subsidiárias as normas do Código. Vê-se, portanto, que o legislador português, usando das expressões *propriedade intelectual* e

18. *Projeto de Código Civil*, pág. 12, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1965.

propriedade industrial, não se deixou levar pela crítica dos que, como KOHLER e RANDA, combateram a extensão da propriedade às coisas incorpóreas, mas, seguindo a tradição, se acostou à defesa que dela fizeram autores do porte de HEUSLER, COGLIOLO, FADDA e BENSA, que nada viam de mal em que o direito de propriedade tivesse por objeto bens incorpóreos.

Em outro ponto controvertido também tomou posição o novo Código Luso, e, aí, a nosso ver, não foi feliz. Reza o artigo 1.306:

“Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de FIGURAS PARCELARES DÊSTE DIREITO senão nos casos previstos na lei. .”

Ora, num artigo que estabelece o princípio do *numerus clausus* com relação aos direitos reais, a expressão *figuras parcelares do direito de propriedade* demonstra, inequivocamente que foi adotada a tese defendida, no direito português, por JOSÉ TAVARES, e segundo a qual, nas palavras dêsse jurista, “o direito de propriedade é um direito complexo, composto de diversos direitos parciais ou fracionários de que êle é uma síntese e nos quais se pode decompor, desdobrando-se, desmembrando-se muitas vêzes, para se distribuir por diversos titulares, como acontece no usufruto, na enfiteuse, nas servidões...”¹⁹ Trata-se, porém, de tese cuja falha se demonstra com a simples observação de que, se, para a constituição de um direito real limitado, verdadeiramente se destacassem algumas das faculdades jurídicas que formam o conteúdo do direito de propriedade, não se poderia explicar a volta automática da propriedade à sua plenitude, com a simples extinção daquele direito real limitado. Se tivesse mesmo havido destaque, a parte destacada só retornaria através de um dos modos de aquisição

19. *Ob. cit.*, vol. I, n. 104, pág. 607.

de direito. Aquêlo retôrno automático só se justifica porque — como escrevemos em nosso *Direito Romano* — as faculdades jurídicas de que se compõe o direito de propriedade não se destacam dêle, por fracionamento ou desdôbro, mas

“podem sofrer limitações de tal ordem que — como acentua VOLTERRA — o conteúdo do direito de propriedade se reduz a mero título jurídico (como sucede, por exemplo, quando há uma enfiteuse). Apesar disso, o direito de propriedade persiste, e, extinta a causa dessas limitações, êle automaticamente readquire o seu conteúdo — a êsse fenômeno os autores modernos, a partir de PAGENSTECHEER, dão a denominação de *elasticidade do domínio*”²⁰.

De outra parte, e mantendo a orientação que se encontra no Código de 1867, o atual conserva, como modo de aquisição da propriedade, o contrato, que, no sistema do Código Civil Brasileiro, é tão somente obrigatório, porquanto apenas gera obrigações, não constituindo nem transferindo direitos reais. No direito português, não: à maneira do direito francês (que, nisso, seguiu a concepção jusnaturalista do século XVIII)²¹, o contrato pode constituir ou transferir direitos reais. É o que, em Portugal, o Código denomina, no art. 408, *contrato com eficácia real*.

Aliás, no direito brasileiro, a nosso ver, a lei 4.728 admite que o contrato constitua direito real, pois, regulando a alienação fiduciária, estabelece no § 2.º do artigo 66 que “o instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de tradição...” Somos dos que entendem que, em face desses termos, não há que se falar, no caso, em cláusula *constituti*,

20. Vol. I, n. 152, p. 314, 2ª ed., Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1967.

21. A respeito, vide VIOLETT, *Histoire du Droit Civil Français*, 2ª ed., p. 611, L. Larose & Forcel, Éditeurs, Paris, 1893.

em constituto possessório. O que ocorreu, simplesmente, foi a quebra do princípio, que vinha do nosso Código Civil, de que o contrato não podia constituir direito real.

Não se deve deixar de aludir, finalmente, a uma seção do novo Código, que inexistia no antigo, e que é da mais alta importância sócio-econômica para um país que, como Portugal, tem por inimigo de sua agricultura, não o latifúndio, mas o “mini-minifúndio”. Trata-se da seção que se ocupa da disciplina do fracionamento e do emparcelamento de prédios rústicos, e onde se estabelecem várias restrições visando a impedir a atomização dos terrenos destinados à lavoura.

Meus senhores:

Neste ponto, chegamos ao termo de nossa exposição de hoje.

De sua extensão pedimos desculpa, principalmente por não dispormos dos dons de um DEMÓSTENES, de quem CÍCERO dizia que o mais belo discurso era o mais longo.

2.^a conferência

Na conferência de ontem, em que demos início à análise comparativa do novo Código Civil Português, examinamos a colocação do *Direito das Coisas* na taxinomia desse Código, o conteúdo e o sistema dessa parte do Direito Civil, a posse, o usucapião e, por fim, o direito de propriedade.

Hoje, terminaremos o estudo a que nos propusemos, analisando, como já lhes declaramos, as matérias seguintes:

1. Propriedade das águas, compropriedade e propriedade horizontal.
2. Usufruto, uso e habitação.
3. Enfitese.
4. Direito de superfície.
5. Servidões Prediais.
6. Considerações Finais.

1. *Propriedade das águas, compropriedades e propriedade horizontal.* — Iniciando o estudo da propriedade das águas correntes, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, em sua monografia *Rios e águas correntes em suas relações jurídicas*, observa:

“As questões que na pratica da vida juridica de todos os povos suscitam a propriedade e a posse das aguas são tão antigas e foram sempre tão irritantes, que um phenomeno philologico as gravou eternamente em todas as linguas neo-latinas.

O direito romano definia *rivales, id est, qui per eundem rivum aquam ducunt*. De modo que *rivales* eram aquelles que possuíam aguas em commum. E como era isso fonte de continuas controversias e disputas — *propter eum saepe discreparent* — as linguas modernas dirivaram d’ahi a expressão de todo o antagonismo”¹.

Apesar disso, o Código Civil Português de 1867 não se occupava com a propriedade das águas, o que não succede com o Brasileiro, que lhe dedica alguns dos artigos capitulados na seção referente aos direitos de vizinhança, estando hoje a matéria tratada, amplamente, num Código próprio — o Código de Águas.

O nôvo Código Português não trata do problema no lugar concernente às restrições ao direito de propriedade, mas, no título relativo ao domínio, abriu um capítulo onde regula a propriedade das águas. E procedeu acertadamente, pois nêle não se aludem apenas a questões de vizinhança advenientes do domínio das águas, mas se disciplina o regime jurídico das águas particulares, deixando o das públicas para leis especiais.

1. Pág. 55, n. 25, Editores Annibal Rocha & Cia, Curitiba, 1909.

E, nesse sentido, depois de classificar as águas em públicas e particulares, esclarece o Código atual quais são estas, além de permitir que sejam requisitadas pelas autoridades administrativas em casos urgentes de incêndio ou de calamidade pública.

Em seguida disciplina o Código o aproveitamento das águas tanto de superfície (como as de fontes, de nascentes, da chuva, de lagos) quanto do subsolo.

Regula êle, também, a matéria concernente ao condomínio das águas, dirimindo questões de despesas de conservação e de divisão de águas comuns.

À propriedade das águas segue-se, na sistemática do Código, a compropriedade, que, no Código Civil Brasileiro, é denominada condomínio.

De todos os dispositivos atinentes à compropriedade apenas um não encontra correspondente na codificação civil de 1867: é o art. 1.404, que determina que as regras da compropriedade sejam aplicáveis, com as necessárias adaptações, à comunhão de quaisquer outros direitos, sem prejuízo do disposto especialmente para cada um dêles.

Enfim, a propriedade horizontal.

Não se encontra no Código de 1867 o instituto jurídico que o atual, entre as diversas denominações existentes, preferiu chamar de *propriedade horizontal*.

A mesma lacuna se vê no Código Civil Brasileiro, apesar de promulgado cinqüenta anos depois do primeiro que Portugal teve.

Em ambos os países, a propriedade horizontal tem sido objeto de legislação extravagante: em terras portuguesas, a Lei 2.030, de 22.6.1948, e, posteriormente, o Decreto 40.333, de 14.10.1955; no Brasil, o Decreto 5.481, de 25.6.1928, revogado pela Lei 4.591, de 16.12.1964, ora vigente.

A omissão nos dois Códigos se explica, porque a propriedade horizontal — fenômeno que, como acentua CUNHA

GONÇALVES², remonta à mais alta antiguidade — só despertou a atenção do legislador quando se agravou sobremodo o problema habitacional, ou seja, no final do primeiro quartel do século XX.

Mas, em codificação moderna, como o atual Código Civil Português, não seria admissível lacuna dessa natureza.

É certo, também, que os princípios que êle estabelece para regular a propriedade horizontal já se encontram, em sua generalidade, no Decreto 40.333, que lhe serviu de fonte.

Se, porém, confrontarmos a disciplina da matéria pelo Código Luso com a resultante da nossa Lei 4.591, veremos que o confronto é bastante favorável a esta.

Deixando de lado os pontos de contato entre as legislações brasileira e portuguesa nesse assunto, exemplifiquemos com algumas das várias diferenças entre elas existentes:

- a) não alude o Código Português a instrumento semelhante à *Convenção de condomínio* a que tanto relêvo dá a Lei Brasileira;
- b) em Portugal, por fôrça da lei, dos atos do administrador cabe sempre recurso para a assembléia geral, a qual pode nesse caso ser convocada pelo condômino recorrente; no Brasil, êsse recurso só é cabível quando a *Convenção de condomínio* o admitir;
- c) o Código Português não atribui legitimidade passiva ao administrador (que corresponde, no direito brasileiro, ao síndico) nas ações relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns;

2. *Princípios de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, n. 156-D, pág. 334, Max Limonad, São Paulo, 1951.

d) não se encontra na Lei Brasileira regra semelhante à contida no artigo 1.434 da codificação lusa:

“1. A assembléa pode estabelecer a obrigatoriedade da celebração de compromissos arbitrais para a resolução de litígios entre condôminos, ou entre condôminos e o administrador, e fixar penas pecuniárias para a inobservância das disposições dêste código, das deliberações da assembléa ou das decisões do administrador”; e,

e) em Portugal, se a assembléa não eleger administrador, será êste nomeado pelo tribunal a requerimento de qualquer condômino; como poderá ser exonerado pelo tribunal, a requerimento de condômino, se agiu com negligência no exercício de suas funções, ou praticou irregularidades.

2. *Usufruto, uso e habitação.* — Iniciando a disciplina dos institutos jurídicos a que o Código Civil de 1867 denominava *propriedades imperfeitas*, e a que o nôvo alude como *figuras parcelares do direito de propriedade*, ocupa-se esta Codificação com as figuras do usufruto, uso e habitação, tratando-as como entidades autônomas, e, não — o que ocorria no direito romano justinianeu — como espécies da categoria *servidões pessoais*.

Comecemos pelo usufruto.

É êsse instituto jurídico regulado, no Código Civil atual, em quatro capítulos, assim dispostos:

- I Disposições gerais;
- II Direitos do usufrutuário;
- III Obrigações do usufrutuário; e
- IV Extinção do usufruto.

Nas disposições gerais, além do conceito de usufruto, disciplinam-se os modos de sua constituição (contrato de eficácia real, testamento, usucapião e disposição de Lei),

a possibilidade de usufruto simultâneo e sucessivo, a duração do usufruto e sua transmissibilidade a terceiros.

Não se introduziram, aí, modificações nos princípios que já se encontram no Código de 1867. O mesmo, porém, não se pode dizer em relação ao Código Civil Brasileiro, pois, no Português atual, o prazo de duração do usufruto em favor de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado é de, no máximo, trinta anos, e admite-se a transmissão a terceiros do próprio direito de usufruto. No Brasil, não: aquêlê prazo se estende até cem anos, e a transferência a terceiros que se admite, em se tratando de usufruto, não é dêle mesmo, mas apenas — como sucedia no direito romano, apesar da opinião em contrário de DERNBURG³ e de ELVERS⁴ — de seu exercício. Aliás, quanto à transmissibilidade do direito de usufruto a terceiros o nôvo Código Civil Português, ao contrário do que ocorria no art. 2.207 do de 1867 (e se verifica, também, no art. 980 do Código Civil Italiano de 1942), não declara expressamente que o direito de usufruto cedido cessa quando se extingue o direito do cessionário.

Por outro lado, admitindo o legislador português de nossos dias que o usufruto pode constituir-se por disposição de Lei, considerou êle, genêricamente, como o verdadeiro usufruto legal, não obstante as críticas que a isso fazem, na França, AUBRY et RAU⁵ e MOURLON⁶, e, no Brasil, LACERDA DE ALMEIDA⁷.

3. *Kann ein Ususfruct übertragen werden, in Zeitschrift für Civiltrecht und Prozess*, vol. II, 2^a série, págs. 53 e segs.

4. *Die römische Servitutenlehre*, § 27, págs. 226 e seg., *Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung*, Marburg, 1856.

5. *Cours de Droit Civil Français*, tomo II, § 227, pág. 664, 5^a ed., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1897.

6. *Répétitions Écrites sur le Code Civil*, tomo I, n. 1.505, pág. 759, 11^a ed., Garnier Frères, Libraires-éditeurs, Paris, 1880.

7. *Direito das Cousas*, vol. I, pág. 392, nota 4, J. Ribeiro dos Santos, Livreiro, Editor, Rio de Janeiro, 1908.

No capítulo concernente aos direitos do usufrutuário, além de o novo Código determinar quais sejam êles — e se sintetizam nas faculdades de usar, de fruir e de administrar a coisa ou o direito, respeitando sua destinação econômica —, regula diversas modalidades de usufruto, como o de coisas consumíveis, o de coisas deterioráveis, o de matas e de árvores de corte, o de plantas de viveiro, o de exploração de minas, de pedreiras e de águas, o sobre universalidades de animais, o de rendas vitalícias, o de capitais postos a juros, o constituído sobre dinheiro, o de capitais levantados, e, finalmente, o de títulos de participação.

Em geral, não introduziu o novo Código maiores inovações nesse capítulo; no de 1867 quasi tôdas essas normas se encontram, e no mesmo teor. Apenas o usufruto de títulos de participação não era regulado no Código anterior.

De outra parte, é de acentuar-se que o Código Civil Brasileiro não desce a pormenores como os dois Códigos Portuguezes, especificando e disciplinando essas diversas modalidades de usufruto. E, no particular, outra diferença há ainda entre êles: em se tratando de usufruto de coisa consumível reza o artigo 726 do Código Civil Brasileiro que

“As coisas que se consomem pelo uso, caem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, êste obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição”;

já o artigo 1.451 do novo Código Civil Luso, depois de dizer que

“Quando o usufruto tiver por objecto coisas consumíveis, pode o usufrutuário servir-se delas ou aliená-las, mas é obrigado a restituir o seu valor, findo o usufruto, no caso de as coisas terem sido estimadas; se o não foram, a restituição será feita

pela entrega de outras do mesmo gênero, qualidade ou quantidade, ou do valor destas na conjuntura em que findar o usufruto”,

conclui em sua segunda parte:

“O usufruto de coisas consumíveis não importa transferência da propriedade para o usufrutuário”,

princípio êsse que também vai contra o que vigorava no direito romano, e o disposto nos Códigos Civis Alemão (§ 1.067) e Suíço (art. 772). Analisando êsse preceito, acentua PIRES DE LIMA — autor do anteprojeto sôbre usufruto, uso e habitação — que tem êle efeitos práticos importantes, pois:

*“Considerando-se o usufrutuário proprietário das coisas consumíveis desde a constituição do usufruto, recairá sôbre êle o risco, enquanto que, na concepção oposta, o risco correrá por conta do proprietário da raiz, pois a transferência da propriedade só se verifica no próprio acto de consumo. Também tem interêsse o problema quanto à execução, por terceiros, do patrimônio do usufrutuário. Poderão ser penhoradas *as próprias coisas* ou apenas o *usufruto*? Tudo depende ainda, da questão de saber se a propriedade se *transferiu*”⁸.*

Portanto, vê-se dêsse comentário que a redação do art. 1.451 do nôvo Código não foi feliz, pois o que se pretendeu dizer foi que há — e nem poderia deixar de assim ser — transferência da propriedade sôbre a coisa consumível ao usufrutuário, mas ela não ocorre quando da

8. *Do Usufruto, uso e habitação*, in Boletim do Ministério da Justiça, n. 79 (Outubro, 1958), pág. 55.

constituição do usufruto, e, sim, no momento do consumo da coisa.

Passando à disciplina das obrigações do usufrutuário, no capítulo III, o Código de 1966 regula a caução a ser prestada pelo usufrutuário, além de estabelecer outras obrigações como:

- a) consentir que o proprietário faça quaisquer obras ou melhoramentos na coisa, bem como constitua novas plantações;
- b) arcar com as reparações ordinárias indispensáveis para a conservação da coisa, e avisar o proprietário, em tempo, para fazer as extraordinárias;
- c) responder pelas despesas de administração; e
- d) comunicar ao proprietário fatos de terceiros que possam prejudicá-lo, sob pena de responder por perdas e danos.

Enfim, no capítulo IV, sem inovações quanto ao direito português anterior, fixam-se as causas de extinção do usufruto. Duas observações se impõem aqui. A primeira relativa ao disposto no artigo 1.477, que trata do usufruto até certa idade de terceira pessoa,

“O usufruto concedido a alguém até certa idade de terceira pessoa durará pelos anos prefixos, ainda que o terceiro faleça antes da idade referida, excepto se o usufruto tiver sido concedido só em atenção à existência de tal pessoa”,

e preceito êsse que não encontra correspondente no Código Civil Brasileiro, embora, como atesta LACERDA DE ALMEIDA⁹, fôsse observado no nosso direito anterior. A segunda das observações é referente ao fato de que o artigo 1.482 do

9. *Ob. cit.*, vol. I, § 73, pág. 397, nota 1.

Código Português atual (e assim já o era no de 1867) declara que o mau uso da coisa usufruída não extingue o usufruto, mas

“se o abuso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietário, pode este exigir que a coisa lhe seja entregue, ou que se tomem as providências previstas no artigo 1.470, obrigando-se, no primeiro caso, a pagar anualmente ao usufrutuário o produto líquido dela, depois de deduzidas as despesas e o prêmio que pela sua administração lhe for arbitrado”;

já no Brasil (art. 739, VII), há extinção do usufruto quando, por culpa do usufrutuário, êle aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação.

Vejamos, agora, o uso e a habitação, institutos repudiados pelo atual Projeto de Código Civil Brasileiro, mas que o legislador português, como o italiano em 1942, manteve. É, porém, curioso observar que, no século passado, HEIMBACH asseverava que, durante sua longa prática forense, jamais vira em Juízo uma única questão sobre o direito de uso, não se encontrando também nenhum caso consignado no *Arquivo* de SEUFFERT, célebre revista de jurisprudência¹⁰.

Entre o nôvo Código Português e o Brasileiro não há, quanto a êsses dois institutos, diferenças de relêvo. Ao contrário — e o declara o próprio autor do Anteprojeto, PIRES DE LIMA¹¹ —, o Código Civil Brasileiro serviu de modelo para alguns de seus artigos, como o 1.486 e o 1.490,

10. Cfe. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, § 182, pág. 340, nota 3, 14.^a ed., Verlag der J. G. Gotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1889.

11. *Ob. cit.*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 79 (Outubro, 1958), págs. 99 e seg.

que também encontram correspondência no Código Civil Italiano de 1942.

3. *Enfiteuse*. — Depois do usufruto, do uso e da habitação, vem a enfiteuse — também denominada empraçamento ou aforamento —, que era regulada no Código de 1867 entre os contratos como *contrato de empraçamento*, e agora é disciplinada no Título IV do Direito das Coisas, o qual abrange os artigos 1.491 a 1.523.

Êsse título se divide nos seguintes capítulos:

- I Disposições gerais;
- II Constituição da enfiteuse;
- III Direitos e encargos do senhorio e do enfiteuta;
- IV Extinção da enfiteuse; e
- V Disposições transitórias.

Antes de entrarmos no exame sumário da disciplina da enfiteuse no nôvo Código, devemos chamar a atenção dos senhores para o fato de que foi mantido êsse instituto, apesar da animosidade que existe contra êle por parte de autores e de legisladores. Haja vista que, em nosso País, desde 1943 tem havido tentativas de elaboração de Lei no sentido de abolir a enfiteuse, culminando êsse movimento com o Projeto de Código Civil Brasileiro, ora no Congresso Nacional, onde, no artigo 503, se estabelece:

“É proibida a constituição de novas enfiteuses ou aforamentos”.

O Prof. PIRES DE LIMA, autor do anteprojeto sôbre a enfiteuse, em Portugal, justifica a conservação do instituto, acentuando que, de dezesseis anos para trás, a partir de 1957, se celebraram, em terras lusitanas, novecentos e sessenta e dois contratos enfiteuticos, o que, se por um lado

revela a decadência dessa figura jurídica, por outro demonstra que ainda há conveniência em mantê-la¹².

No capítulo I relativo à enfiteuse — *Disposições Gerais* —, o Código Português atual conceitua o instituto com êstes termos:

“Tem o nome de empraçamento, aforamento ou enfiteuse o desmembramento do direito de propriedade em dois domínios, denominados directo e útil”.

Em conseqüência, não mais se justifica a controvérsia que, sôbre a natureza jurídica da enfiteuse, havia entre os autores que escreveram sob o império do Código de 1867, entendendo uns que, ao constituir-se a enfiteuse, se desdobrava o domínio, consoante ensinavam os juristas medievais; enquanto outros eram de parecer de que a enfiteuse, à semelhança do que ocorria no direito romano, se apresentava como direito real limitado. Atualmente — e quem o assevera é o próprio autor do anteprojeto¹³ —, segue-se a doutrina, que vem dos glosadores, do desdobramento do domínio, repudiando-se, portanto, a romana, do direito real limitado (consagrada no Código Civil Brasileiro), e a mais moderna, segundo a qual o enfiteuta é que seria o titular da propriedade, tendo o proprietário tão somente um *ius in re aliena*. Não é demais lembrar que, no Brasil, LACERDA DE ALMEIDA¹⁴, depois de expor, no corpo de seu livro *Direito das Coisas*, que a enfiteuse, em seu tempo (isto é, antes do Código Civil), era um direito real limitado, em apêndice no final da obra diz que, após muito meditar,

12. *Enfiteuse (Anteprojeto de um título do futuro Código Civil)*, in Boletim do Ministério da Justiça, n. 66 (Maio, 1957), págs. 5/6.

13. *Ob. cit.*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 66, (maio, 1967), pág. 8.

14. *Direito das Cousas*, vol. I, pág. 476, J. Ribeiro dos Santos, Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1908.

chegara à conclusão de que estava errado, e que a construção correta, observada pela tradição portuguesa, era a medieval, do desdobramento do domínio.

De outra parte, o Código Português atual mantém o repúdio do que 1867 com relação à enfiteuse temporária (admitida na França e na Itália), estabelece o princípio da indivisibilidade do prazo (que é o prédio sujeito ao regime enfiteutico), disciplina sua divisão com o consentimento do senhorio, acentua que o domínio direto é igualmente indivisível, e, enfim, confirma a proibição da subenfiteuse, que vem do Código de 1867, posteriormente revogado pela legislação extravagante, e, afinal, revalidado pelo art. 7.º do Decreto de 23.5.1911.

Em seguida, no capítulo II, ocupa-se o novo Código com a constituição da enfiteuse, que se dá por contrato de eficácia real, testamento ou usucapião.

Já no capítulo III, trata o Código de 1966 dos direitos e encargos do senhorio e do enfiteuta, destacando-se, aí, a manutenção da proibição de cobrança de laudêmio, mesmo a título convencional, e isso por considerar PIRES DE LIMA¹⁵ que se não devem ressuscitar vestígios do poder feudal. Demais, a mora no pagamento do fôro dá ao senhorio apenas o direito de haver o triplo do valor dos fôros em débito; a pena de comisso só se verifica se houver falta de pagamento de fôro durante vinte anos. E, ainda com relação a fôro, e ao contrário do que preceituavam as Ordenações, IV, tit. 40, que admitiam, como tal, prestações incertas, conservou o novo Código Português o princípio (igual ao do direito brasileiro) de que o fôro é sempre certo, embora permita — diversamente de nosso Código Civil e da norma vigente no direito romano — que o fôro pode ser reduzido se, por caso fortuito, o prédio enfiteutico se deteriorar ou inutilizar só em parte, de modo

15. *Ob. cit.*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 66 (Maio, 1957), pág. 18.

que o seu valor atual fique sendo inferior ao que era na época do empraçamento. Admite-se, também, a remição do fôro pelo enfiteuta quando o empraçamento tiver mais de quarenta anos de duração, exercendo-se êsse direito — que é irrenunciável — com o pagamento de preço igual a vinte fôros.

Da extinção da enfiteuse se ocupa o capítulo IV, que estabelece que ela pode dar-se nestas hipóteses:

- a) pela confusão na mesma pessoa dos domínios direto e útil;
- b) pela destruição ou inutilização total do prédio;
- c) pela expropriação por utilidade pública; e
- d) pela falta de pagamento do fôro durante vinte anos.

Finalmente, no capítulo V, vêm as disposições transitórias, o que, sem dúvida, é criticável. Melhor teria feito o legislador se as tivesse colocado numa Lei de Introdução ao Código Civil, como se fêz na Alemanha, ou num Decreto especial, como, na Itália, o de n. 318, de 30 de março de 1942.

Nessas disposições transitórias, o Código, entre outras providências, fixa o critério para a atualização dos fôros em dinheiro; disciplina o laudêmio relativo aos empraçamentos ou subempraçamentos anteriores a 22 de março de 1868; dispõe que os contratos de censo consignativo ou reservativo (ambos abolidos, sendo que êste pelo Código de 1867 e aquêle pelo atual) celebrados antes do Código de 1966 se consideram enfiteuticos; e, por fim, regula as subenfiteuses de pretérito.

4. *Direito de superfície.* — Da enfiteuse passa o novo Código para o direito de superfície, a respeito do qual são omissos — e, portanto, não os admitem em virtude do *numerus clausus* dos direitos reais — o Código Português

de 1867 e o Código Civil Brasileiro. Aliás, também omissos a propósito são os Códigos Francês e Italiano de 1865. E a explicação provável dessa omissão — principalmente no Código Napoleão, já que o direito consuetudinário francês conhecia o contrato superficiário — é a falta de simpatia com que deviam ser vistos institutos como o censo, a enfiteuse e a superfície, depois do rompimento de vínculos vindos do feudalismo.

Em Portugal, o direito de superfície não é novidade, pois — como já foi salientado anteriormente — dêle se ocupava a Lei 2.030, de 22.6.1948, nos artigos 21 a 29. E, no Brasil, onde o direito de superfície foi abolido pela Lei Hipotecária n. 1.237, de 24.9.1864, autores há que propugnam pela sua inclusão no rol dos direitos reais limitados: quando da discussão do Projeto que se converteu no nosso Código Civil, BARRADAS, com o apoio de LACERDA DE ALMEIDA, se bateu por isso; atualmente, ORLANDO GOMES colocou o direito de superfície em seu Anteprojeto, com o que, porém, não concordou a Comissão Revisora, que, assim, não o incluiu no Projeto.

Colocando o direito de superfície entre os direitos reais admissíveis em Portugal, o novo Código seguiu o exemplo do Italiano de 1942, aderindo à tese daqueles que entendem que o direito de superfície é o meio jurídico apto a solucionar certas questões de moradia popular, de reforma agrária, de direito de sepulcro e até de cadeiras cativas em estádios.

Em quatro capítulos, o Código de 1966 regula o direito de superfície:

- I Disposições gerais;
- II Constituição do direito de superfície;
- III Direitos e encargos do superficiário e do proprietário; e
- IV Extinção do direito de superfície.

Nas disposições gerais, conceitua-se o direito de superfície como “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”; em seguida, estabelece-se que, tendo por objeto a construção de obra, êsse direito pode abranger parte do solo não necessária à sua implantação, mas que tenha utilidade para o uso da obra. Uma vez construído o prédio sôbre terreno alheio, aplicam-se-lhe as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes comuns. O direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas está sujeito a legislação especial, só se aplicando subsidiariamente os dispositivos do Código.

No capítulo concernente à constituição da superfície, verifica-se que, como a enfiteuse, pode ser ela constituída por contrato de eficácia real, testamento ou usucapião; mas pode também surgir através da alienação de obra ou de árvores já existentes separadamente da propriedade do solo.

Em Portugal, além de obra, plantação pode ser objeto de direito de superfície, ao contrário do que sucede na Itália, onde o Código de 1942, em seu artigo 956, preceitua:

“Não pode ser constituída ou transferida a propriedade das plantações separadamente da propriedade do solo”.

Por outro lado, disciplinando os direitos e encargos do superficiário e do proprietário, estabelece o Código Português atual que, quando da constituição da superfície, se pode convencionar que, a título de preço, o superficiário pague uma só prestação, ou, então, prestações anuais, perpétuas ou temporárias. Essas prestações são sempre em dinheiro, e, em caso de mora, o proprietário do solo tem direito ao triplo do valor em débito.

Além do recebimento dessa prestação, são direitos do proprietário a fruição do solo antes do início da obra ou

da plantação, o uso e a fruição do subsolo, e a preferência, em último lugar, na venda ou dação em pagamento do direito de superfície.

Demais, quer o direito de superfície, quer a propriedade do solo, ambos são transmissíveis *mortis causa* ou *inter vivos*.

A extinção do direito de superfície ocorre nestes casos:

- a) se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos;
- b) se, destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição;
- c) pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo;
- d) pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade;
- e) pelo desaparecimento ou inutilização do solo; e
- f) pela expropriação por utilidade pública.

Atente-se, finalmente, para que a falta de pagamento das prestações anuais durante vinte anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu favor.

5. *Servidões Prediais*. — Depois de regular o direito de superfície, o nôvo Código fecha o *Direito das Coisas* com o título VI, concernente às servidões prediais.

Não havendo distinguido — ao contrário do que sucedia no direito romano justinianeu — as servidões em pessoais e reais, uma vêz que alude àquelas como institutos autônomos (usufruto, uso e habitação), não havia necessidade de utilizar-se da expressão *servidões prediais*, bastan-

do dizer, como fazia o Código de 1867, *servidões*. Mas o novo Código preferiu a denominação *servidões prediais*, também utilizada no Código Civil Brasileiro, que igualmente não se refere a *servidões pessoais*.

As *servidões prediais* são reguladas em cinco capítulos, que assim se apresentam:

- I Disposições gerais;
- II Constituição das *servidões*;
- III *Servidões legais*;
- IV Exercício das *servidões*; e
- V Extinção das *servidões*.

Nas disposições gerais, o Código conceitua a *servidão predial* sem se afastar da noção consagrada no de 1867, e mantendo a idéia tradicional de que é ela direito real sobre coisa alheia. Note-se que, apesar de a noção de *servidão*, no Código, se referir a “encargo impôsto num prédio em proveito exclusivo de outro”, não quer com isso dizer que aderiu à tese de BOECKING¹⁶, segundo a qual o imóvel, considerado como pessoa jurídica, é o verdadeiro sujeito da *servidão*. Sujeito dela, para a codificação portuguesa, é o proprietário do prédio dominante.

Após o conceito, o Código fixa o conteúdo das *servidões* (o que não se encontra no anterior), de conformidade com os artigos 1.028 e 1.029 do Código Italiano de 1942, acentuando, particularmente, que as utilidades — mesmo futuras ou eventuais — que podem ser objeto de *servidão* não precisam de aumentar o valor do prédio dominante. Assim, como salienta o autor do Anteprojeto relativo às *servidões*, PIRES DE LIMA¹⁷, é possível estabelecer *servidão* pela qual o

16. Cfe. ARNDTS, *ob. cit.*, § 183, nota 1, pág. 343.

17. *Servidões Prediais (Anteprojeto de um título do futuro Código Civil)*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 64 (Março, 1957), pág. 7.

proprietário do prédio serviente não possa construir em estilo diferente do do prédio dominante, ou somente possa construir em determinado estilo, pois em ambos os casos há vantagem para o imóvel dominante, ainda que não patrimonial: a de sua estética. Em seguida, no artigo 1.545, o novo Código estabelece o princípio da inseparabilidade das servidões, já expresso na codificação civil anterior. Conclui o capítulo com a determinação da indivisibilidade das servidões, nos termos, também, do Código de 1867.

Quanto à constituição das servidões, podem elas sê-lo por contrato de eficácia real, por testamento, por usucapião, ou por destinação do pai de família. Este último modo de aquisição (já consagrado no Código de 1867, na redação da reforma de 1930) se apresenta em contradição com o princípio romano de que *nemini res sua servit*, mas, embora não expresso na legislação brasileira, é admissível em nosso país¹⁸, como demonstrou FILADELFO AZEVEDO¹⁹, e hoje vários autores, entre os quais ESPÍNOLA²⁰, o acolhem.

Por outro lado, o Código Português atual estabelece que as servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa. Observe-se ainda, e o artigo 1.548 o repete, que — como já vimos no estudo do usucapião — por este modo de aquisição não podem ser constituídas servidões não aparentes. Essa proibição, porém, e ao contrário do que se dá no Código Civil Brasileiro, não se estende às servidões descontínuas, que, assim, em Portugal, podem surgir através de usucapião.

18. Já o era no direito anterior, como se vê em LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, vol. I, § 133, n. 3, págs. 431/2, 5.^a ed., Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943.

19. *Destinação do Imovel*, n. 14 e segs., págs. 47 e segs., Typografia Alba, Rio de Janeiro, 1932.

20. *Os Direitos Reais Limitados ou Direitos sobre a Coisa Alheia e os Direitos Reais de Garantia no Direito Civil Brasileiro*, n. 102 págs. 141 e seg., Conquista, Rio de Janeiro, 1958.

Da constituição das servidões em geral passa o Código à disciplina das servidões legais. O Código de 1867 se referia, ainda, às servidões constituídas pela natureza das coisas, mas o nôvo as considera restrições ao direito de propriedade. Distinguiu, assim, o Código atual as servidões em voluntárias e legais, estas impostas pela Lei, e dando ao proprietário do prédio serviente direito a indenização. O Código Civil Brasileiro restringiu as servidões às voluntárias, e disciplinou tanto as servidões naturais quanto as legais como restrições ao direito de propriedade (direitos de vizinhança), embora, na legislação extravagante (como no Código das Águas, de 1934), se encontre a expressão *servidão legal*.

Nas servidões legais, o Código Português moderno distingue duas espécies: as servidões legais de passagem e as servidões legais de água. Entre estas últimas, coloca a servidão legal de escoamento, que o Código Civil Brasileiro, ao contrário do que sucedia em nosso direito anterior, não regula. Demais, a Introdução, que precede ao Projeto de que resultou o atual Código Português, chama a atenção para o fato de que

“...a nota mais interessante do título das servidões estará provàvelmente no facto, de haverem sido chamados à categoria das servidões legais de águas, de acordo com a doutrina proposta pelo autor do anteprojeto e que fez vencimento na Comissão, os aproveitamentos de águas existentes em prédio alheio”²¹.

Já no capítulo concernente ao exercício das servidões, o nôvo Código estabelece, primeiramente, que o seu modo de exercício é regulado pelo título aquisitivo, e, subsidiariamente, pelos artigos daquele capítulo; e, nas normas dis-

21. *Projeto de Código Civil*, pág. 45.

positivas, que se seguem a essa, traça a extensão da servidão (declarando que esse direito compreende tudo o que é necessário para o seu uso e conservação), disciplina o direito do proprietário do prédio dominante de fazer obras no prédio serviente, regulando, inclusive, a quem cabe o ônus dessas obras; e finaliza admitindo, em certas circunstâncias, a possibilidade de ser mudada a servidão de um local para outro.

O último capítulo que regula as servidões é o que se refere às hipóteses em que ela se extingue, e são as cinco seguintes:

- a) pela reunião dos dois prédios, dominante e serviente, no domínio da mesma pessoa;
- b) pelo não uso durante vinte anos, qualquer que seja o motivo;
- c) pela aquisição, por usucapião, da liberdade do prédio;
- d) pela renúncia; e
- e) pelo decurso do prazo, se tiverem sido constituídas temporariamente.

Antes de concluirmos o exame das servidões prediais no Código de 1966, cabe indagar se será admissível, em face dessa codificação, a constituição de servidões irregulares.

Servidões irregulares são um misto de servidão predial e de servidão pessoal: através delas se atribui a uma pessoa determinada poderes equivalentes ao de que dispõe o titular de uma servidão predial; em outras palavras — são servidões prediais estabelecidas, não em favor de um imóvel, mas de uma pessoa certa, ainda que ela não seja proprietário do imóvel vizinho àquele que será o serviente, e servidões que estabelecem um vínculo pessoal entre o

concedente e o concessionário, e que se extinguem com a morte dêste.

A resposta a essa indagação fornece-a o artigo 1.306, que reza:

“1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; tóda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

Portanto, é possível a constituição de servidões irregulares, cuja eficácia é meramente obrigacional.

6. *Considerações finais.* — Do exame, a que procedemos, dos institutos jurídicos que compõem o Direito das Coisas no nôvo Código Civil Português, chegamos à conclusão de que, nessa parte do direito civil, não são muitas as inovações, nem revolucionárias.

Observa SCIALOJA que o espírito de originalidade a que se dá hodiernamente tanto valor, não é sempre o verdadeiro e próprio espírito de progresso; o aperfeiçoamento do que já se adquiriu é, na maioria dos casos, muito mais útil do que o recomeçar *ab imis*.

Se a observação é válida para obras doutrinas, muito mais o será para trabalho legislativo.

E é isto o que se lê, com outras palavras, no final da Introdução ao Projeto que se transformou no Código Civil de 1966:

“...ides ter agora um diploma atualizado, um estatuto do direito privado que, embora se mantenha fiel aos valores eternos da personalidade humana e não repudie as tradições perduráveis da

comunidade nacional, se acha impregnado das mais nobres aspirações da época que vivemos”²².

Consigne-se, por fim, que, além disso, é indubitável o progresso, no tocante à sistemática e à técnica jurídica, que o novo Código apresenta sobre o anterior. A codificação civil de 1867 era — no elogio de LACERDA DE ALMEIDA²³ — “uma autoridade irrecusável em assunto de purismo e correção de linguagem. Já o Código de 1966 é, antes que tudo, em respeitável monumento legislativo, de acentuado cunho doutrinário, e que honra a segurança e a atualização da cultura jurídica portuguesa.

Meus senhores:

Ao finalizar esta conferência, quero agradecer a paciente atenção que me dispensaram.

De mim dei o que pude, e espero que os senhores não tenham visto em mim o que VERNEY, no *Verdadeiro Método de Estudar*, dizia ver nos juristas:

“Nenhum facilita a inteligência das coisas que trata; nenhum se contenta de dizer pouco, contanto que diga bem; todo o ponto está em acarrear erudição e amontoar textos sem pés nem cabeça”²⁴.

22. *Projecto de Código Civil*, pág. 54, Lisboa, 1966.

23. *Obrigações*, pág. 7, nota 5, *in fine*, 2ª ed., Typographia “Revista dos Tribunais”, Rio de Janeiro, 1916.

24. Vol. IV, pág. 175, Livraria Sé da Costa, Editora, Lisboa, 1952.

*CONTRIBUIÇÃO PARA AS
MEMÓRIAS ACADÊMICAS*

Estudantes de São Paulo no arquivo de
Ubaldino do Amaral.

Hélio Vianna

Catedrático de História da Universidade
Federal da Guanabara.

Estudantes de 1868

Nesta época, em que os estudantes universitários, em numerosos países, procuram exercer intensa ação política, será oportuno lembrar quais eram, o que faziam, há um século, alunos da Faculdade de Direito de São Paulo, que, com a do Recife, ao Segundo Reinado, como depois à República Velha, forneceram as elites que até 1930 governaram o Brasil.

Naquele ano de 1868 brilhante era o corpo discente da Academia paulistana, pelo que já significavam, mas principalmente pelo que ainda viriam a ser, na política e nas letras brasileiras, os seus componentes.

Basta recordar que nêle se matricularam calouros que da Faculdade depois seriam eminentes professôres, como João Pereira Monteiro Júnior e Brasílio Augusto Machado de Oliveira, futuro Barão papalino; Fernando Luís Osório, Deputado Geral, filho do General do mesmo sobrenome, Barão, Visconde e Marquês do Erval; Hipólito de Camargo, magistrado; Peixoto Gomide e Silva Bastos, políticos paulistas; Benedito Cordeiro dos Campos Valadares, mineiro que na Câmara dos Deputados corajosamente combateu o atrabiliário govêrno do Vice-Presidente Marechal Floriano Peixoto.

Alunos do 2.º ano eram João Álvares Rubião Júnior, político paulista; Francisco Antunes Maciel, idem, gaúcho; Carlos Augusto de Carvalho, notável jurista, Ministro das Relações Exteriores de dois governos da República; José Machado Pinheiro Lima, do Paraná, magistrado em São Paulo.

Excepcionalmente brilhantíssimo, caso único em nossa História, o 3.º ano de 1868. Pois dêle fizeram parte dois dos melhores Presidentes da República: Francisco de Paula Rodrigues Alves e Afonso Augusto Moreira Pena; transferidos da Faculdade do Recife, os excepcionais baianos Antônio de Castro Alves e Rui Barbosa; ao contrário, em Pernambuco indo depois terminar o curso, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo e o notável advogado Sancho de Barros Pimentel. E mais: Crispim Jaques Bias Fortes, futuro Presidente de Minas Gerais; Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, magistrado e professor da Academia; Alberto Bezamat, político conservador, depois republicano.

Dentre os quartanistas, figuravam o orador paulista Martim Cabral Moreira dos Santos; o mineiro Feliciano Augusto de Oliveira Pena, Senador da República; Francisco de Paula de Oliveira Borges, Deputado Geral e Presidente da Paraíba, magistrado.

Bacharéis de 1868, foram D. Francisco de Assis Mascarenhas, filho do Senador D. Manuel; Antônio Ferreira França, Ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo; Carlos Leôncio de Carvalho e José Rubino de Oliveira, professôres da Faculdade, o penúltimo também Ministro do Império; Eduardo Ernesto da Gama Cerqueira, político mineiro; Venâncio de Oliveira Aires e José Francisco Diana, idem, gaúchos, o segundo último Ministro dos Negócios Estrangeiros do Império; Dídimo Agapito da Veiga, Presidente do Tribunal de Contas.

Na formatura, o abolicionista Antônio Bento de Sousa e Castro foi malcriado, agradecendo aos lentes João da Silva Carrão e Joaquim Inácio Ramalho (depois Barão de

Ramalho), dizendo, porém, nada ter a agradecer ao severo Francisco Maria de Sousa Furtado de Mendonça, no que foi apoiado por alguns colegas. Retirando-se da sala o ofendido, deu-se por incompleto o ato¹.

Cartas de Aureliano Coutinho a Ubaldino do Amaral.

Entre os terceiranistas de 1868 citamos o carioca Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho (1847/1897), filho do segundo casamento do Visconde de Sepetiba com uma neta de José Bonifácio de Andrada e Silva, D. Narcisa Emilia de Andrada Vandelli de Oliveira Coutinho.

Estudante no Rio de Janeiro, depois no tradicional Colégio do Caraça, em Minas Gerais, cursou Direito de 1866 a 1870.

Do primeiro semestre de 1868 são sete cartas por êle dirigidas ao bacharel paranaense Ubaldino do Amaral Fontoura (1842/1920), formado no ano anterior àquele, então já advogando em Sorocaba. Muito se distinguira na Faculdade, onde grangeou prestígio mantido entre os ex-colegas.

Do conteúdo dessas missivas, numerosas são as observações úteis ao melhor conhecimento da vida estudantil da época.

Na primeira, de 19 de janeiro, dia em que Aureliano completava 21 anos de idade, escrita da Côrte, lamentou a falta de notícias do amigo, queixou-se do calor do Rio de Janeiro, que dificultava suas leituras: “Não há muito, li uma coisa que muitas recordações me trouxe: *A Côrte na Aldeia*, por RODRIGUES LÔBO. Bom estudo da língua, na verdade, mas comprado a trôco de boas maçadas! Durante a doença de minha Mãe, li para ela ouvir, essa triaga que

1. Para a coleta dêsses dados, servímo-nos principalmente do folheto: *Lista geral dos Estudantes Matriculados nas Aulas Maiores da Faculdade de Direito da Cidade de São Paulo no Ano de 1868* (S. Paulo, 1868), e de SPENCER VAMPRÉ, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, vol. II (S. Paulo, 1924), passim.

ela já tinha engolido desde os 13 anos, quando meu Avô ainda estava em Lisboa, como Secretário da Academia Real das Ciências², onde há, diz ela, muitas preciosidades antigas. Ó, nós lá, tendo o soporífero clássico para chamar o sono tôdas as noites!”

Cartas do segundo Aureliano Coutinho a Ubaldino do Amaral

Em capítulo anterior, começamos a comentar cartas em 1868 escritas pelo acadêmico de Direito AURELIANO DE SOUSA E OLIVEIRA COUTINHO ao bacharel UBALDINO DO AMARAL, advogado em Sorocaba.

Além da citada, de janeiro de 1868, outra já lhe havia enviado, por intermédio do Padre Chico, isto é, Francisco de Paula Rodrigues, depois professor de Francês nas Aulas Menores da Faculdade paulistana.

Já em São Paulo, a 20 de março, acusou carta do amigo, pela mãe devolvida do Rio de Janeiro. Entretanto, de la escrevera-lhe três, depois mais duas, de São Paulo. Por isso, não gostou que Machadinho (o futuro Barão Brasílio Machado) de Ubaldino tivesse recebido um “libelo epistolar”.

Estando aquêle em comêço de carreira, ofereceu-lhe os préstimos para tentar algo junto ao Vice-Presidente da

2. Neste ponto ligeiramente se enganou AURELIANO, pois seu avô materno, Alexandre Antônio Vandelli, foi “Guarda-Mor”, não pròpria-mente Secretário da Academia portuguesa, pôsto que coube ao bisavô José Bonifácio. Quando aquêle veio fixar-se no Brasil, sua filha Narcisa tinha realmente 13 anos, conforme o Passaporte de 19/10/1833, expedido em nome do Regente de Portugal, D. Pedro, então Duque de Bragança. Embora nascidos lá, como a avó Carlota de Andrada Vandelli, tornaram-se todos brasileiros, por naturalização (Alexandre) e por filiação (Carlota e Narcisa). (Cf. *Documentos biográficos de Alexandre Antônio Vandelli*, na Seção de Manuscritos da Divisão de Obras Raras da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro; indicação do Catálogo: C-302, 13).

Província, Joaquim Floriano de Toledo. O mesmo podendo fazer o colega Malheiro (Antônio Benedito dos Santos Malheiro), junto a certo Barão, talvez o de Tietê, também Vice-Presidente.

Quanto aos seus livros, não lhe enviava o 2.º volume de CORMENIN, por ter ficado com outro colega, Frederico de Almeida Rêgo.

E terminou: “O *Jornal* que debes assinar de preferência é o *do Commercio*”.

A 1.º de abril comunicou-lhe já ter pago a assinatura da *Asneirocracia*, isto é, do jornal paulista *Democracia*, aparecido no ano anterior.

Deu notícias de vários colegas, inclusive por meio de apelidos, difficilmente identificáveis. Um dêles era sempre o “Idiotinha”.

Noticias Teatrais Paulistanas.

A 3 de abril contou que, na véspera, fôra à cena o drama *Os Destinos*, de JOAQUIM NABUCO. “Prima pelo estilo, mas ressentente-se muito do *Suplício de uma Mulher*. O drama de F. Coelho — *Remorso Vivo* é uma criação fantástica, com um tipo à maneira da sombra de Banquo, no *Macbeth*. Parece-me que não se adapta à cena, e mesmo não está a par do ilustrado público da actualidade. São as únicas novidades que existem nesta boa terra”.

Ainda como repercussão teatral, aludiu aos amôres de um Mestre, “transformado em Armand Duval”.

E em outra carta, de 23 de abril: “A Eugênia Câmara sempre chegou a organizar a sua companhia dramática, que daria o seu primeiro espetáculo no dia 26: eu e o Idiota assinamos, ambos, cadeiras”.

O amigo lhe havia pedido a remessa de peças teatraes, mas não sabia de que especialidade, para atendê-lo.

Reclamou porque em carta recebida fôra tratado de “Exmo.”

“*O Acadêmico*” contra a “*Imprensa Acadêmica*”.

A vida acadêmica de São Paulo, além do interesse pelo teatro, como vimos, girava em tórno de sociedades mais ou menos literárias, e de jornais e revistas, quase tôdas de existência efêmera.

Desde 1864 saía a *Imprensa Acadêmica*, “jornal dos estudantes de São Paulo, comercial, agrícola, literário e noticioso” Contra ela formou-se verdadeiro movimento, conforme carta de 26 de maio de 1868, de Aureliano a “U”:

“Por mais de uma vez, nas minhas cartas, te puz ao fato das misérias que enlodaram a Academia por ocasião de levantar-se a *Imprensa Acadêmica*. Está erguido o padrão de vergonha, mas uma minoria de gente muito seleta vai erguer ao lado da *Imprensa* um outro Jornal, ao qual eu presto tôda a adesão, com sacrificios até, pecuniários e de tempo. Deve sair no começo do mês próximo futuro, e por isso quero que tu me mandes dizer as assinaturas com que podes contar aí em Sorocaba, a fim de ser enviado o primeiro número. Desejo que ponhas nisto o maior empenho, pois se aqui estivesse e houvesse presenciado tudo que de infame houve, estou certo que te lançarias de braços abertos no partido oposicionista chamado *protestante*, ao qual pertence a *Boêmia*³ tôda, sem exceção, Diana, Mourão⁴ e tôda a gente séria dos diversos anos.

“Ainda exijo mais de ti — quero que me envies sempre e sempre artigos teus para *O Acadêmico*, que serão aceitos e apreciados como foi a declaração que eu fiz de que te escreveria nesse sentido. Não faltes. Nós queremos que não haja comparação possível entre a *Imprensa* e *O Acadêmico* e para isso precisamos de bem aparadas *penas*. Não preciso declarar-te que a *trindade latra* está na *Im-*

3. Um dos vários clubes ou grupos existentes entre os estudantes.

4. AURELIANO MARTINS DE CARVALHO MOURÃO, mineiro, quintanista depois Deputado Geral.

prensa Acadêmica; deve ser para ti um péssimo título de recomendação”.

Saiu, realmente, a 7 de junho, o número inicial de *O Acadêmico*, “jornal jurídico, literário e noticioso”, tendo como redatores ostensivos Carlos Leôncio de Carvalho, José Francisco Diana e Fernando Osório. No dia 13, em carta a “U.”, comentou-o Aureliano:

“Pela carta escrita ao “B. Vinagre”⁵, soube que estavas com *asma na cabeça*. Eis a razão por que te absolvo de não teres me escrito há muito tempo e sobretudo de não teres ainda enviado trabalho para *O Acadêmico*. Lembra-te que é uma liça de honra em que estão empenhados nomes de mais de um amigo teu, e, por isso, embora ausente, debes trabalhar por afastar tôda a possibilidade de confrontação com a *Imprensa* “quod Deus avertat”. Pelo correio passado devias ter recebido o primeiro número do *Acadêmico*. O programa (exceto o primeiro período) foi escrito por mim, mas isto por aqui considera-se secreto. Eu não procurei primar pelo estilo, mas pela sanidade das idéias. A *Imprensa* tem sido muito satirizada por anônimos no *Correio Paulistano*, nós não a temos combatido com essas armas pouco leais. Já apareceu um anônimo no “*Diário*” (de São Paulo), “contra um artigo do *Acadêmico* e consta-me que aparecerão mais. Se assim acontecer, escreverei uma série de cartas pelo *C. Paulistano*, esbor-doando os artigos da *Imprensa*, um por um. O trabalho já está começado e estou só à espera das agressões. Contra a opinião suspeita da *Boêmia*, não acho que tenha vasado muito sal no que está escrito, mas, pelo menos, muita ferocidade há.

“Realizo agora aquela idéia tão afagada por nós dois, em outros tempos, e atiro às fossas (*sic*) do público com

5. De 8 a 9 de março de 1868, há carta muito danificada, no Arquivo de Ubaldino, assinada “B.V.” e “Ch.O.” (Benedito *Vinagre* e Chico *Oreia*), colegas identificados, com notícias de outros e de São Paulo da época. Adiante reproduzida.

a “Lanterna de Diógenes”. Mas eu duvido que os homens se atrevam a continuar a agredir-nos; se o não fizerem, deixo-os em paz. Feliz de ti, U., que já estás longe desta canalha”.

Atividades jornalísticas estudantis (1868)

Em capítulo anterior continuamos a aproveitar cartas do terceiranista de Direito Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, de São Paulo em 1868 escritas ao ex-colega Ubaldino do Amaral, então advogado em Sorocaba. Procedentes do Arquivo dêste, mostram as preocupações de estudantes de um dos nossos mais importantes cursos superiores, há um século.

Depois de comentar a saída do jornal *O Acadêmico*, contrário à mais antiga *Imprensa Acadêmica*, de outro grupo da Faculdade paulistana, continuou o filho do Visconde de Sepetiba, em carta de 13 de junho daquele ano:

“Pelo Machadinho⁶ soube que era quase certo ires para o Paraná e que já tinhas um partido vantajoso. Aprecio ver-te fora de Sorocaba, ainda que seja para aturar cascalhos no Paraná.

“Não sei se já te escrevi que o Lobato⁷ mandou pedir licença ao pai para casar-se, e está de pedra e cal para o fazer. Que asneirão!

“Se ainda tens aquêlê trabalho sôbre Pátria popular, não te esqueças de o mandar logo e logo. São precisas e muito precisas coisas de literatura agradável, porque quase todos estão escrevendo artigos de Direito ou sôbre matérias

6. Brasília Augusto Machado de Oliveira, depois Barão Brasília Machado.

7. Rodrigo Lobato Marcondes Machado, paulista, formado em 1867, portanto colega de Ubaldino. Ou Antônio Cordeiro de Negreiros Lobato, mineiro, da mesma turma, que Almeida Nogueira, em *A Academia de São Paulo — Tradições e Reminiscências*, 8ª Série (S. Paulo, 1910), pág. 137, registrou ser “muito sensível às setas de Cupido”.

que cansam a atenção e impróprias de um diário⁸. Você, o Jalhão Bueno⁹ e o Frederico Rêgo hão de, principalmente, suprir esta lacuna.

“Não querendo comprometer o jornal, pouco escreverei, mas entro com o contingente do meu dinheiro, da minha dedicação e, sobretudo, com os trabalhos dos meus amigos. Resta que êles não me deixem em falta.

“Viste como na *Imprensa* o Sr. Eudoro te plagiou e matou o assunto que tu aproveitaste tão bem? Que gente! Desconfio que o Eudoro é J. B.¹⁰, o herói da aventura.

Em pós-escrito, acrescentou Aureliano: “Recebi agora a tua carta muito cínica, em que mandas a lista de probabilidades de assinaturas e mais nada”.

Em segundo *P.S.*, acusou o recebimento de carta de Ubalдино, de 11, a que respondeu em outra fôlha, datada de 26:

“A tua carta de 11 alegrou-me por mais de um motivo. Formaste juízo favorável acêrca do *Acadêmico*, gostaste do meu artigo-programa, sem saber que era meu, e me prometeste escrever para o jornal. O segundo número, que te chegará juntamente com esta, ainda mais deve alegrar-te, pois está muito variado. Já dei as providências para que se remetesse às tuas probabilidades, e de certo já foram remetidos.

“Estou de acôrdo contigo nas críticas que fizeste. Eu também entendi que não se devia fazer uma lista de nomes no frontispício, mas nem todos pensam assim; demais, eu preciso mostrar que a gente melhor da Academia não tinha parte na *Imprensa* e não era solidária com os artigos que o Sr. J. Cesário¹¹ e outros escrevessem.

8. Todavia, *O Acadêmico* não era diário.

9. João Vicente da Silva Bueno, paulista, quintanista em 1868.

10. Talvez Joaquim Bento de Oliveira Júnior, companheiro de Ubalдино na Comissão de Redação da *Revista da Associação Tributo às Letras*, em 1863/1866

11. João Cesário dos Santos, paulista, formado em 1868.

“Aceito com todo o prazer os apontamentos que me ofereces sôbre Bibliotecas e Gabinetes de Leitura, e abraço o teu conselho, escrevendo sôbre isso um artigo de fundo¹². Quando achares outra idéia tão boa, transmite-a, que de idéias careço eu, e muito. Foi aceito com calor e até entusiasmo o teu oferecimento de correspondências tratando de importantes interêsses. Manda logo e logo. *O Acadêmico* tratará dos interêsses da Província. Aponta-me pessoa idônea para ser constituída recebedora de assinaturas aí, visto que tu te vais retirar já da cidade.

“O Idiota não faz parte da Redação, porque teimou em não aceitá-la; só tratou de nos empurrar para lá!¹³

“O Leôncio pretendia escrever sôbre recrutamento, mas, se está pronto o teu artigo, e o mandares, arranjarei modo de o fazer publicar, visto que o outro ainda não está apresentado à Redação, e todos preferimos um artigo teu a qualquer outro¹⁴.

“Está respondida a tua carta. Adeus. Vou à ímproba tarefa de rever as provas do segundo número”.

Por estas últimas cartas de Aureliano Coutinho a Ubalдино do Amaral, vê-se como era grande o empenho de estudantes de Direito, de 1868, pôsto em suas atividades jornalísticas.

Ao seu editor e anotador atual, passado um século, é grato recordar que também êle, sessenta anos depois do filho de seu biografado *Visconde de Sepetiba*, a partir de 1928, estêve envolvido em luta idêntica, na antiga Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro. Isto

12. Em Sorocaba deu Ubalдино grande impulso a um Gabinete de Leitura. (Cf. ALMEIDA NOGUEIRA, *op. cit.*, pág. 270).

13. Prova de que não mereceria o apelido.

14. Recrutamento era assunto grave, à época da Guerra do Paraguai, já tendo gerado crise em São Paulo, contra o Presidente da Província, Desembargador José Tavares Bastos, em 1867, acusado de deslealmente ter conseguido recrutar grande número dos chamados “voluntários de pau e corda”.

quando, ao lado da tradicional revista dos alunos, *A Época*, ali surgiu uma primeira e efêmera revista de tendências comunistas, e a do grupo a que pertencia, apelidado *Caju*, a *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, de saudosa memória. Era o tempo em que pleiteávamos, na Federação Acadêmica, a criação de uma cadeira de Sociologia, e lançávamos um Inquérito de Sociologia Brasileira, em tórno da Formação Nacional, que mereceu a honra de ser aprovado pelo maior representante da especialidade, Mestre Oliveira Vianna.

Carta de dois estudantes de 1968

Em três capítulos anteriores, apresentamos, comentamos e anotamos trechos de várias cartas do então terceiranista da Faculdade de Direito de São Paulo, o carioca Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, segundo do nome, há um século dirigidas ao já bacharel paranaense Ubaldino do Amaral Fontoura. Aquêlo, filho de um dos mais discutidos políticos do Segundo Reinado: o Visconde de Sepetiba¹⁵. O outro, depois político de certa importância, singularizado pelo desapêgo aos cargos públicos, na República Velha.

Carta de Benedito "Vinagre" e "Chico Oreia"

Quem salvou da destruição o Arquivo de Ubaldino, depois gentilmente pôsto à nossa disposição, para que o usássemos e dêle dispuséssemos como de nosso entender, também guardou uma já bem dilacerada carta de 8 e 9 de março de 1868, àquele ex-colega dirigida.

Assinada "B.V" e "Ch.O.", é de fácil identificação, pelo menos quanto ao primeiro signatário. Pois, por refe-

15. Publicamos sua biografia em *Centenário de Petrópolis — Trabalhos da Comissão*, vol. VII (Petrópolis, 1943) de que se tirou separata; depois incluída nos *Estudos de História Imperial* (S. Paulo, 1950)

rências de Aureliano, temos conhecimento tanto de um colega chamado Antônio Benedito dos Santos Malheiro, como de um apelidado Benedito “Vinagre” — e podemos assegurar que se trata da mesma pessoa, à vista de outra carta que, já formado, a 20 de novembro de 1868 dirigiu a Ubaldino, com assinatura integral¹⁶.

Quanto a “Chico Oreia”, dos Franciscos daquela época, biografados por ALMEIDA NOGUEIRA em *A Academia de São Paulo — Tradições e Reminiscências*, o que mais se aproxima do tipo sugerido pela missiva é o mineiro Francisco José da Silva Ribeiro, comumente também chamado “Chico Silva”¹⁷.

Também “Vinagre” e “Oreia” em sua carta se referem a um José “Idiota”, atribuindo-lhe estranhos hábitos.

Cumprimentaram o correspondente por sua brilhante estréia na terra do Rubino¹⁸ e das bestas, isto é, Sorocaba, embora o desejassem em São Paulo. Onde, entretanto, havia muito cinismo e pouco dinheiro, acrescentaram.

Deram notícias de outros colegas, inclusive do Padre Chico (Francisco de Paula Rodrigues), já quase calouro, em 1872 Professor de Francês das Aulas Menores da Faculdade.

Também o teatro, tão importante à época, figurou na carta, como já havia figurado nas de Aureliano. Um dos signatários vira, pela Companhia do Ginásio, *A Família Benoiton*, pelo ator Furtado Coelho, e teve saudades de seu “U.”; era uma boa composição de V. Sardou¹⁹, muito bem desempenhada.

16. “Vinagre” era o injurioso apelido então dado aos prestamistas e usuários, em S. Paulo. (Cf. AFONSO A. DE FREITAS, *A Imprensa Periódica de São Paulo*, na *Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, vol. XIX, de 1914, S. Paulo, 1915, pág. 510).

17. ALMEIDA NOGUEIRA, *op. cit.*, 8.^a Série, págs. 184/186.

18. JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA, depois Professor da Faculdade.

19. VICTORIEN SARDOU (1831/1909), dramaturgo francês.

Acontecimento literário do tempo era o *Rocambole*, famoso *roman-fleuve* de Ponson de Terrail²⁰. Segundo um dos correspondentes, tinham de vê-lo de todo jeito; também nas férias não ouvira falar em outra coisa. Até os caipiras nêle falavam²¹. Foi o seu martírio, o seu Cabrion²², o seu pesadelo. (Como agora as novelas de televisão, acrescentamos).

Também havia a mania do casamento entre os colegas: onze já se haviam casado. Entre êles o Lessa (o fluminense Carlos Marcondes de Toledo Lessa) e o Menandro (o gaúcho Menandro Rodrigues Fontes), ambos quintanistas.

A segunda parte da carta, escrita no dia 9, fêz-se depois de pequena refeição de doce de leite e queijo. (Não fôsse mineiro pelo menos um de seus autores!).

Continuavam a estar “bestas”, diziam, e como “bestas” morreriam. Mas não fazia mal, lá existia muita gente com a mesma doença. E onde havia maior cópia dêles era na Assembléia Provincial...

Todavia, um dos dois já tinha um caso continuado, gênero feminino...

Com mais notícias de colegas, sugeriam que todos deveriam cantar Béranger: “Les gueux, les gueux / Sont des gens heureux, / Ils s’aiment entre eux. / Vivent les gueux!”

Comentando, afinal, o preenchimento de uma vaga na Congregação da Faculdade, a do Professor Luís Pedreira do Couto Ferraz, asseguraram que para a mesma já exis-

20. PONSON DO TERRAIL (1829/1871), fecundo romancista francês.

21. Ainda em 1919, nas *Cidades Mortas*, irônicamente documentou Monteiro Lobato a sobrevivência da popularidade do *Rocambole* em velhas povoações do interior paulista.

22. Em 1866/1867 existiu em S. Paulo o semanário humorístico *Cabrião*, ilustrado por Ângelo Agostini. (Cf. AFONSO A. DE FREITAS, *op. cit.*, p. 510/517).

tiam seis candidatos: Delfin Pinheiro de Ulhoa Cintra Filho, Joaquim de Almeida Leite de Moraes (mais tarde Lente de Direito Criminal), Vicente Mamede de Freitas (depois Professor de Direito Civil), o “Padre Galego” (João Jacinto Gonçalves de Andrade, depois Cônego Arcipreste e Professor de Direito Eclesiástico), Américo Brasileiro de Almeida e Melo (apesar de republicano Professor em 1882) e Francisco Antônio Dutra Rodrigues (Professor Substituto em 1872).

Como se vê, nenhum dêles obteve, então, a entrada no corpo docente da Academia. Mas, com exceção do primeiro, que também o tentou, obtiveram-na posteriormente. A vaga citada, na cadeira de Direito Constitucional, das Gentes e Diplomacia, coube a Justino de Andrade, irmão do mencionado sacerdote, aliás seu substituto²³.

Perplexidades de Bacharel recém-formado

Em capítulo anterior, intitulado *Carta de dois estudantes de 1868*, dirigida ao já Bacharel Ubaldino do Amaral Fontoura, um dos signatários, “B.V.”, identificamos como Benedito “Vinagre”, aliás Antônio Benedito dos Santos Malheiros, de acôrdo com outra missiva, da mesma letra, esta assinada, depois também dirigida àquele destinatário.

Muito significativa nos pareceu esta, por refletir as habituais perplexidades que atingem os recém-formados, ainda um tanto incertos quanto aos rumos a tomar, imediatamente após a formatura.

Embora já bastante dilacerada, com vários trechos ilegíveis, adiante mesmo em parte a transcrevemos:

“U. do meu coração

23. SPENCER VAMPRE, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, cit., vol. II, passim.

“Há muito tempo que não te escrevo, sendo devedor de resposta — a razão tu deves calcular — excesso de trabalho e de preocupação.

“Estou já de ato e grau, tomado no dia 16 do corrente; felizmente deixaram-me passar rinchando e limpo e puro, conio costumam dizer em certa *bitácula*, onde limpam e purificam as algibeiras dos. . tolos²⁴. Estou Bacharel, U., assim como também o José Idiota”. (Segue-se um trecho dilacerado, como outros adiante indicados). . “depois de 9 anos de *trabalho*²⁵, a estar habilitado para ganhar menos do que um trabalhador de enxada. O futuro do Magistrado é triste e desesperador, e o do Advogado, por experiência, sabes qual é²⁶. Quando me decidi a seguir esta malfadada carreira, deviam ter-me vestido um camisa²⁷ e pôsto na nuca um emplasto de cachorrinhos” (?). “Ó! eu invejo aquêles que vêm na Carta²⁸ uma chave de ouro, que abre tôdas as portas do futuro e que sonham quando a realidade *fria* está tão perto! Eu queria ser assim, queria ser cego e que não. possuído dêste desânimo. o incentivo do trabalho e todo gôsto do estudo. Até a presente data já foram simplificados²⁹ no 5.º ano 6 colegas: Vicente Xavier, João Vicente, Guerreiro Lima, José Manuel Freire Júnior, Melquiades e Marcínio José Cardoso de Araújo Abranches³⁰. No segundo ano foram alguns reprovados,

24. Alusão a botequim ou bar, como diríamos hoje, em que se reuniam estudantes de Direito de São Paulo, à época.

25. Para obter êste total, incluiria as Aulas Menores, como então se dizia, no Curso de acesso à Faculdade de Direito.

26. Ubaldino, formado em 1867, já advogava em Sorocaba.

27. Camisa de força, aplicada a loucos furiosos.

28. Carta de Bacharel em Direito..

29. Obtiveram notas 4 e 5, isto é, foram aprovados “simplesmente”

30. Identificamos os de nomes completos: Vicente Xavier de Toledo Sobrinho (boêmio e colaborador do *Correio Paulistano*), João Vicente da Silva Bueno, Melquiades da Boa Morte Trigueiro.

lembro-me de João Tomás de Araújo e Otávio Pereira da Costa, môço inteligente e poeta erótico³¹ distinto. No 4.º ano, Escândalo!!!!!!! Não houve nada, absolutamente. Passaram todos plenamente, até os Rafaéis, os Caldas e os Ildefonsos³²!!! Isto causou-me nojo, não foi indignação: essa famosa plêiade alcançou aprovação plena num só ano, em que eu e os meus companheiros de desgraça fomos sacrificados. A imagem da Justiça, se não tivesse os olhos vendados, havia de ter um olhar bem expressivo para lançar sôbre A. Carlos — o cara d'estanho³³ .. — lentes justiceiros³⁴. Presunção e água benta”...

A seguir, abordou Malheiros o fim do jornal *O Acadêmico*, de que tratámos no capítulo intitulado “*Atividades jornalísticas estudantis (1868)*”, aqui incluído: “*O Acadêmico* fêz ponto final no n.º 15, e eu, apesar da minha proverbial atividade³⁵, vejo diante de mim uma dívida de 125\$000 e, não obstante minhas importunidades e fadigas, há redatores de cujo dinheiro não vi a cruz e côr; três raspam-se ficando a dever³⁶. — Ponto final.

31. Em sentido poético, a palavra “erótico” não tinha a atual e mais corrente acepção.

32. Por motivos óbvios, a êstes não identificamos.

33. Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva (1830/1902, filho do primeiro dêsse nome, lente substituto da Faculdade desde 1859, depois de 1864 catedrático de Direito Comercial, jubilado em 1890. Embora muito inteligente, apresentam-no como pouco estudioso, mas não injusto com os alunos, como deu a entender o missivista. (Cf. SPENCER VAMPRÉ, *op. cit.*, vol. II, págs. 45/46.

34. Em incidente registrado entre professôres e alunos, a 27 de novembro de 1865, êstes chamaram ao Conselheiro José Maria de Avelar Brotero “lente justiceiro”, o que repeliu o lente, logo que dêles se distanciou... (Cf. ALMEIDA NOGUEIRA, 1.ª Série, pág. 269).

35. A de emprestar dinheiro aos colegas, donde proveio seu apelido de Benedito “Vinagre”

36. Ficara convencionado que as despesas seriam repartidas pelos redatores.

“O Leitão e o Leôncio³⁷ tiraram pontos para a defesa de teses, e o Padre-Mestre pretende tirar no fim do mês. Eu, que conheço todos, animei-o e espero que há de ser muito feliz. . . “Não fazes idéia quantas saudades levo do Banco e do principal e prêmios³⁸! Vou de S. Paulo, mas o coração aqui fica todo inteiro; o caso³⁹ está lindo como um querubim formoso e sedutor como uma criança loira é o chefe d’obra do pincel de Rafael — irmão em idéias do falecido Moraes Pupo⁴⁰, de saudosa memória. Quando me escreveres a respeito, fala-me sempre de modo enigmático, para evitar qualquer apêto, a bom entendedor meia palavra.

“Já tirei a Carta e dediquei-a a meus Pais⁴¹, irmãos, parentes e amigos, em cujo número occupas um lugar muito distinto; no reverso pus: ao futuro d’América. América, *cujus nomen est casus*. Que tal o sofisma⁴²? . . .

“Estou com esperança de arranjar uma negociada com meu Pai — quero ver se ponho de sociedade com êle uma casa de comissão de café em Santos; se tal arranjar fico mais sossegado, porque tenho o banco perto e com facilidades que. . .⁴³.

37. Antônio Cândido da Cunha Leitão, em 1864 co-diretor de *A Crença Cismática*, em 1866 de *A Palestra Acadêmica*; Carlos Leôncio da Silva Carvalho (1847/1912), Doutor em 1869, Professor em 1871, político, jornalista, Ministro do Império em 1878.

38. Capital e juros de empréstimos aos colegas, como “Vinagre” ou usurário.

39. Alguma namorada.

40. Provavelmente Antônia de Moraes Pupo, formado em 1862, cf. SPENCER VAMPRE, *op. cit.*, vol. II, pág. 729.

41. Manuel José dos Santos Malheiros e Gertrudes Carolina da Cunha, esta do “Título Cunhas Gagos”, da *Genealogia Paulistana*, de LUÍS GONZAGA DA SILVA LEME, vol. 5.º (S. Paulo, 1904), pág. 118.

42. Alusão à maçônica Loja América, de S. Paulo, a que pertenceram Ubaldino do Amaral, Rui Barbosa e muitos outros estudantes da época.

43. Aqui se vêem como as tendências práticas tentavam o bacharel não seduzido pela magistratura ou advocacia.

“O pai do Canto⁴⁴ veio assistir à formatura do filho, partem amanhã, talvez eu vá com êles. Dei graças a Deus por meu Pai não ter feito o mesmo, como pretendia — calculas os inconvenientes. Escreve-me para São João da Boa Vista, que eu serei pontual d’ora avante. Já é meia noite.

“Adeus. Receba os protestos de estima e amizade de
--- Teu Amigo e Colega ---

“A. B. Santos Malheiros.

“S. Paulo, 20 de novembro de 1868.

“*P.S* — O Chico, com grande escândalo está no 4.º ano⁴⁵; não escreve por andar muito ocupado; manda saudades ao Barata e envia-te o seu cartão. O Idiota partiu ontem²¹, e eu, por falta de condução⁴⁶ ainda estou na terra de Amador Bueno — não estou zangado por isso. Houve uma simplificação no 5.º, a do Peixoto de Melo⁴⁷ Adeus”.

Apesar da repugnância pela magistratura, conforme o início da carta acima transcrita, a ela pertenceu o também fazendeiro em São João da Boa Vista, Antônio Benedito dos Santos Malheiros. Casado com a mineira Maria Rita de Carvalho, teve o casal três filhos, um dêles médico, uma das duas filhas casada com Juiz de Direito de Itaporanga⁴⁸.

44. José Custódio da Cunha Canto, em 1866 redator da acadêmica *Revista da Associação Tributô às Letras*.

45. Tratando-se de “Chico Oreia” signatário, com “B.V ”, de outra carta a Ubaldino, não será o que aqui apontamos no capítulo anterior.

46. Para ir a São João da Boa Vista, grande parte do percurso teria de ser feito a cavalo.

47. José Belisário Peixoto de Melo.

48. LUÍS GONZAGA DA SILVA LEME, *op. et loc. cit.*

Acadêmicos e bacharéis de 1867/1873

No segundo capítulo desta série baseada no Arquivo de UBALDINO DO AMARAL, registramos o aparecimento, em São Paulo, a 7 de junho de 1868, de mais um órgão de alunos da Faculdade de Direito da Paulicéia, *O Acadêmico*, adversário da *Imprensa Acadêmica*, que vinha de 1864.

O mês seguinte assinalou importante mutação política, deixando o poder os liberais, a êle subindo os conservadores. Nessa saída do terceiro Ministério chefiado pelo Conselheiro Zacarias de Góis e Vasconcelos, e ascensão do segundo do Visconde de Itaboraí, vários historiógrafos pretenderam ver significativo ponto de referência na evolução do Segundo Reinado, destinado a descambar na Proclamação da República, vinte e um anos depois.

Aquela transformação imediatamente repercutiu na Faculdade de São Paulo, onde os estudantes festivamente receberam um dos Deputados Gerais que mais veementemente haviam combatido a mudança havida, o seu Professor, Conselheiro José Bonifácio de Andrada e Silva, chamado *o Môço*, para diferenciá-lo do avô, o Patriarca da Independência, de igual nome. Saudado pelo acadêmico Joaquim Nabuco, outro, que na ocasião também discursou, RUI BARBOSA, daí dataria sua entrada na vida política, para o Jubileu de meio século depois, 1918.

Vários estudantes dali partiriam para o republicanismo. Entre êles, Ubaldino do Amaral, nisso seguindo um amigo, ex-Presidente da Província, *o, como êle também* maçom, Conselheiro Joaquim Saldanha Marinho, anos depois alma danada e diabólica da imprópriamente chamada “Questão Religiosa” Seu amigo e correspondente Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, bisneto do primeiro José Bonifácio, portanto primo do segundo, conservou-se monarquista, fiel ao Partido Liberal.

“*A Imprensa Acadêmica*” e “*O Acadêmico*”.

Na luta entre *A Imprensa Acadêmica* e *O Acadêmico*, levou a palma a primeira, pois conseguiu durar mais alguns anos, até 1871, extinguindo-se o segundo no décimo-quinto número, a 19 de novembro, ainda de 1868.

Em 1870, eram primeiros Redatores da *Imprensa* os bons monarquistas e futuros Presidentes da República, Francisco de Paula Rodrigues Alves e Afonso Augusto Moreira Pena. Em 1871, foi Redator-Chefe Carlos Augusto de Carvalho, depois duas vêzes Ministro das Relações Exteriores, na República. Na *Imprensa Acadêmica* arduamente combateu um decreto do Ministro do Império, Conselheiro João Alfredo Corrêa de Oliveira, bem como o ato da Congregação da Faculdade, que o mandava entrar em vigor. Por êsse motivo, respondeu a processo, foi suspenso por dois anos de receber o grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, — punição no ano seguinte espontâneamente invalidada pelo Imperador D. Pedro II. Novamente processado, por artigos a respeito escritos no *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, sòmente a 29 de novembro de 1873 pôde prestar os exames do 5.º ano e colar grau⁴⁹.

Início de carreira do segundo Aureliano Coutinho.

Formado em 1870, Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho seguiu a carreira da magistratura. Foi Juiz Municipal em Amparo, na Província de São Paulo; Juiz de Direito no Prata e Barbacena, Minas Gerais, até 1879. De maio a julho a 1882, no efêmero Ministério presidido pelo excêntrico Conselheiro Martinho Álvares da Silva Campos, foi Chefe de Polícia da Côrte. Apesar da relativa importância

49. Conforme JOSÉ CARLOS DE CARVALHO, na biografia do irmão Carlos Augusto, apud DUNSCHESSE DE ABRANCHES, *Governos e Congressos da República — 1889 a 1917*, vol. I (Rio, 1918), págs. 86/87.

dêsse cargo, voltou a ser Juiz de Direito de Taubaté, de 1882 a 1889.

Dessa cidade paulista, de 21 de dezembro de 1883 datou outra carta ao amigo Ubaldino do Amaral. Nela tratou, primeiramente, de interêsse seu, no Montepio dos Servidores do Estado, que seu pai e homônimo criara, quando Ministro do Império, na Regência Trina Permanente⁵⁰. A propósito, registrou: “Ao mesmo tempo que perco uma renda de 2:400\$000 anuais, com que contava, ganho mais um filho para criar e educar. Bem bom! Se é verdade, como diz minha Mãe, que Deus envia provações aos bons, tenho um pouco o direito de enfileirar-me entre êles. Valha-me isso, ao menos”.

O segundo Aureliano Coutinho e “os micróbios do jornalismo”

Conforme capítulo anterior, o segundo Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho, filho do Visconde de Sepetiba, de igual nome, depois de formado em Direito, na gloriosa turma de 1870, da Faculdade de São Paulo, iniciou-se na carreira da magistratura. A ela voltou, depois de breve passagem, de maio a julho de 1882, pela Chefia de Polícia da Côrte, quando efêmero Presidente do Conselho de Ministros o original Conselheiro Martinho Álvares da Silva Campos, mais acostumado às funções de oposicionista que ao exercício do govêrno.

Era, portanto, novamente Juiz de Direito, então em Taubaté, quando, depois de ter gravemente insultado, nas páginas de seu pasquim *O Corsário*, os oficiais de um dos corpos da guarnição do Rio de Janeiro, o jornalista de escândalo Apulco de Castro, sentindo-se ameaçado, a 25

50. HELIO VIANNA, *Visconde de Sepetiba*, separata de *Centenário de Petrópolis — Trabalhos da Comissão*, vol. VII, cit., pág. 131; nos *Estudos de História Imperial*, cit., pág. 59.

de outubro de 1883 foi pedir garantias ao nôvo Chefe de Polícia, Desembargador Belarmino Peregrino da Gama e Melo. Conseguiu a autoridade, para atender ao panfletário, que ao sair êste da Secretaria da Polícia, sita à Rua do Lavradio, esquina da Rua da Relação, fôsse acompanhado, até um carro, pelo Capitão Ávila, auxiliar do Ajudante-General do Exército, que com êsse fim o enviara. O que não impediu que atacasse Apulco um grupo de onze oficiais, disfarçados com barbas postiças, prontamente o matando a punhaladas e tiros. Entre os assassinos, provávelmente como chefe ou orientador, estava o violento Capitão Antônio Moreira César, então apenas transferido para Mato Grosso, depois arbitrário fuzilador de prisioneiros, em Santa Catarina, 1894, inglòriamente vencido e morto em luta contra os fanáticos sertanejos de Canudos, 1897⁵¹. Punição, aquela, que se não deixou de considerar inevitável a tão habitual caluniador, que a ninguém poupava, nas colunas de seu infame pasquim.

Nos seguintes têrmos e com o título adiante indicado, comentou êsse acontecimento, em carta de 21 de dezembro de 1883, dirigida ao amigo Ubaldino do Amaral, o ex-Chefe de Polícia Aureliano Coutinho:

“Um trecho de História Antiga, que é também moderna”

“Como sabes um pouco a história da minha campanha contra os *micróbios* do jornalismo, hás-de convir que já fui profeta na minha terra, pois disse um dia ao mais audaz, porém não o mais infame dêsses vermes⁵², o se-

51. Cf. HERMETO LIMA e MELO BARRETO FILHO, *História da Polícia do Rio de Janeiro*, vol. III (Rio, 1944), pág. 120/123, onde também se transcreve conhecido trecho de Euclides da Cunha, em *Os Sertões*, sôbre Moreira César.

52. Se o autor se não referia, então, a Apulco de Castro, seria interessante saber-se a quem mencionava como ainda “mais infame” do que aquêle que apontava como “o mais audaz”

guinte: — “O Sr. levanta uma onda tal, que eu hoje não posso garantir-lhe, como pede, sua propriedade; e tempo virá a que nem eu, *nem ninguém* lhe poderá garantir nem a própria existência!”

“A outra pessoa, disse eu: — “O processo que mandei instaurar será ineficaz contra os exploradores do escândalo, que estão escondidos atrás dos *testas-de-ferro*⁵³, mas não é ineficaz para adormecer a indignação pública e impedir que ela faça explosão na praça pública, explosão que eu já consegui sopitar por duas vêzes, mas que não poderei dominar sempre.

“O, por tantos títulos miserável, Apulco de Castro, talvez se lembrasse, quando estava morrendo, das palavras que eu lhe dissera naquela mesma casa⁵⁴ em que êle deu a alma ao diabo.

“Consta-me que a hidra ressurgiu, e que está trazendo o Tito⁵⁵ em bolandeira. Agora, muito à puridade, mais uma profecia: hão de afinal reconhecer que o único meio eficaz de matar os *micróbios* sem ferir a imprensa, que é ou aparenta de séria, é o meu projetado e abortado meio -- uma postura que feche na mão da Polícia os vendedores

53. Era habitual, no século passado, o recurso aos *testas-de-ferro* para burlar as leis que regiam a punição ao excesso dos ataques jornalísticos caluniosos: apresentava-se como autor do escrito impugnado um miserável qualquer, que, por algum dinheiro, sujeitava-se a responder criminalmente pela injúria alheia, embora notòriamente não a pudesse ter redigido.

54. A Secretaria de Polícia da Côrte.

55. Conselheiro Tito Augusto Pereira de Matos, Bacharel de 1857, da Faculdade de Direito de São Paulo, Chefe de Polícia da Côrte no Ministério presidido pelo Jurista Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, que teve de arcar com as conseqüências políticas e morais do assassinato de Apulco de Castro. Substituiu naquele pôsto ao Desembargador Belarmino Peregrino da Gama e Melo.

de jornais, como estão fechados os condutores de veículos públicos, por meio de carteiras ou títulos de habilitação⁵⁶.

“Estou calado, porque não devo falar, mas a ti e confidencialmente digo: os acontecimentos me deram e ainda hão de me dar razão.

“Ai! que estou te *caceteando*. Adeus.

“Teu amigo muito amigo
“Aureliano”.

Aureliano Coutinho e Ubaldino do Amaral

É curioso notar como colegas e amigos de mocidade, podem tomar rumos profundamente diversos, na chamada “vida prática”. Foi o que ocorreu com o segundo Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho (1847/1897) e Ubaldino do Amaral Fontoura (1842/1920). Do Arquivo dêste, felizmente salvo, aqui transcrevemos, em sete capítulos anteriores, várias cartas, muito significativas quanto a alunos da Faculdade de Direito de São Paulo, provindos de diversas Províncias do Império, há um século ali diplomados Bacharéis.

O segundo Aureliano Coutinho.

Já vimos como o carioca, filho e homônimo do Visconde de Sepetiba, depois de formado em 1870, embora por algum tempo tivesse trabalhado no escritório de advocacia do prestigioso Conselheiro Francisco Otaviano de Almeida

56. Não deixava de ser hábil o recurso proposto pelo ex-Chefe de Polícia: contrôle da imprensa, através dos vendedores de seus órgãos. Hoje, porém, não seria mais aplicável, por seu desenvolvimento, e, felizmente, pela diminuição dos pasquins e verrinas, e de seus infames processos de ataques à honra alheia. Aliás, a própria legislação também se modernizou, tornando obsoletas as antigas Leis de Imprensa, vigentes no Primeiro e Segundo Reinados, como na República Velha.

Rosa, no Rio de Janeiro, iniciou a difícil carreira da magistratura, sendo Juiz Municipal em Amparo, na Província de São Paulo; Juiz de Direito no Prata e Barbacena, na de Minas Gerais, até 1879. De maio a julho de 1882 ocupou função mais elevada, a de Chefe de Polícia da Côrte, no efêmero Ministério liberal presidido pelo Conselheiro Martinho Campos. Voltou, porém, ao cargo de Juiz de Direito de Taubaté, até 1889.

Com a Proclamação da República, não sendo de seus imediatos adesistas, passou a ocupar posições diferentes. Assim, foi Gerente da Caixa Filial do Banco do Brasil, em São Paulo, até 1891.

Realizou, então, o desejo de tantos ex-alunos da Faculdade de São Paulo: foi nomeado Professor Catedrático de História do Direito Nacional, recebendo o grau de Doutor.

Além das atividades didáticas, outras, literárias, também assinalaram a relativamente modesta carreira de Aureliano Coutinho. Preparou uma *Coletânea de Autores Clássicos e Lições de Filosofia*. Traduziu obras francesas, como *O Padre Constantino*, de LUDOVICO HALEVY; *Pintura a Fresco*, de OUIDA; a profética *Viagem através do Mundo Solar* e *Heitor Servadac*, de JÚLIO VERNE; *Cartas a Márcio*, de GEORGE SAND; *Honra de Artista*, de OTÁVIO FEUILLET.

Prefaciou as *Madresilvas*, de BRASÍLIO MACHADO, e um drama de UBALDINO DO AMARAL.

Consta ter deixado em início outros trabalhos, inclusive uma biografia do pai, uma *História do Direito Nacional, Relações da Igreja com o Estado, ante o Direito Brasileiro*.

Faleceu em Taubaté, 1897, aos cinqüenta anos de idade⁵⁷.

57 Cf. SPENCER VAMPRÉ, *op. cit.*, vol. II, pág. 592/593, onde foram mencionadas biobibliografias de Rafael Corrêa da Silva, na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, de 1897; e o *Dicionário Biográfico Brasileiro*, de Sacramento Blake, vol. I.

Na política republicana, não foi feliz o Desembargador Aureliano. Tendo participado dos trabalhos da Constituinte paulista de 1891, elegendose Senador estadual, foi entretanto tido como suspeito, pelo arbitrário govêrno do Vice-Presidente Marechal Floriano Peixoto, em 1893⁵⁸.

Concluindo, se a sua biografia não apresentou as realizações a que parecia destinada, nem por isso foi menos digna de seus antepassados, o pai Sepetiba, o bisavô José Bonifácio de Andrada e Silva. Também deixou descendentes ilustres: um filho do mesmo nome, igualmente Bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo. Entre os netos, José Bonifácio de Oliveira Coutinho, também Professor daquela Faculdade, genro do Presidente Campos Sales. Entre os bisnetos, o Engenheiro Frederico de Oliveira Coutinho, morto no desastre aéreo da recepção a Santos Dumont no Rio de Janeiro, 1928. Entre os trinnetos, outro José Bonifácio Nogueira Coutinho, Secretário da Agricultura do Governador Carvalho Pinto, ex-candidato ao govêrno paulista⁵⁹

Ubaldo do Amaral.

Muito diferente da de Aureliano, a biografia de seu amigo Ubaldo do Amaral.

Nascido na Lapa, quando o território depois paraense ainda era paulista, distinguiu-se ainda estudante. Formado em 1867, a princípio advogou em Sorocaba, depois no Rio de Janeiro, no escritório do Conselheiro Joaquim Saldanha Marinho.

58. JOÃO MONTEIRO, *Discurso na Sessão Magna de 1.º de Novembro de 1897*, no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, na respectiva *Revista*, vol. II, de 1896-1897 (S. Paulo, 1898), pág. 416.

59. Cf. MARINA DE ANDRADA PROCÓPIO DE CARVALHO, *A Família Andrada*, na *Revista do Instituto Heráldico-Genealógico*, de S. Paulo, ano IV, n. 7, do 1.º semestre de 1940, pág. 86; SALVADOR DE MOYA, *Titulares do Império*, no *Anuário Genealógico Brasileiro*, também de S. Paulo, ano III, 1941, pág. 417/418.

Abolicionista e republicano, com o advento do novo regime várias vezes teve abertas as possibilidades de longa carreira política, que entretanto mostrou desprezar, preferindo a de advogado.

Logo após o 15 de novembro, foi Inspetor da Alfândega do Rio de Janeiro.

Presidente do Conselho da Intendência Municipal da Capital Federal, em 1890.

Eleito Senador pelo Estado do Paraná, ao Congresso Constituinte de 1890/91, pertenceu à Comissão dos 21, encarregada de rever o Projeto de Constituição. Renunciou ao mandato em dezembro desse último ano. Reeleito em 1892, novamente renunciou em 1894, tendo sido, no Senado, 1.º Secretário e Vice-Presidente.

Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, também por pouco tempo exerceu o cargo, a que renunciou em 1896.

Nomeado Prefeito do Distrito Federal, pelo Presidente Prudente de Moraes, esteve no posto de 23 de novembro de 1897 a 15 de novembro de 1898.

Em 1903 passou a Diretor do Banco da República e membro do Conselho da Junta Administrativa da Caixa de Amortização. Em 1909, presidiu o Banco do Brasil.

Também foi membro dos Tribunais Mistos, Brasileiro-Boliviano e Brasileiro-Peruano.

Advogado do Estado do Paraná, na questão de limites com o de Santa Catarina.

Lente da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro e de outros estabelecimentos de ensino da capital do país.

Presidente da Sociedade de Legislação Comparada.

Como se vê, exerceu muitos cargos públicos e particulares, não demonstrando, porém, grande interesse por nêles permanecer. Preferiu a fidelidade à advocacia. Daí o ter sido apelidado, por um jornalista, “O Ex-Tudo” Talvez o mesmo a quem classificou como “finíssima pin-

tura sobre porcelana de Sèvres, num vaso noturno”⁶⁰. Em 1896, conforme demonstramos, lembrou-se dêle, para candidato à sucessão presidencial de Prudente de Moraes, outro Bacharel de São Paulo, o primeiro Chefe de Polícia da Capital Federal republicana, o campineiro João Batista de Sampaio Ferraz⁶¹. Mais tarde, sua volta ao Senado foi impedida pelo todo poderoso caudilho Pinheiro Machado, que cìnicamente alegou “não poder contar com o seu voto”⁶². O que honra ao preterido, não ao onipotente *dego-lador* de eleitos, chefe do felizmente transitório Partido Republicano Conservador⁶³.

Américo Brasiliense e a crise política de fevereiro de 1891

Personalidade das mais curiosas da História Política de São Paulo, é, sem dúvida, Américo Brasiliense de Almeida e Melo (1833/1896).

Nascido na capital paulistana, era seu pai influente político liberal em Sorocaba, Deputado Provincial em

60. Cf. DUNSCHEE DE ABRANCHES, *Governos e Congressos da República — 1889-1917*, 1.º vol. (Rio, 1918), p. 257/258; ALMEIDA NOGUEIRA, *op. cit.*, oitava série, págs. 268/274; LAURÊNIO LAGO, *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal — Dados biográficos (1828-1939)* (Rio, 1940), págs. 171/172; A. TAVARES DE LYRA, *O Senado da República, de 1890 a 1930*, na *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 210, de janeiro-março de 1951 (Rio, 1953), pág. 17.

61. Conforme trabalho adiante transcrito.

62. Narrou-nos o fato o ex Deputado, Ministro e Senador, além de historiógrafo, Augusto Tavares de Lira, que o ouviu do próprio Pinheiro Machado.

63. Êste trabalho foi primeiramente publicado em oito Folhetins da quarta página do *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, a 28 de setembro, 4, 11 e 25 de outubro, 1.º, 8, 15 e 22 de novembro de 1968. Foram revistos para esta reedição na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, devida à gentileza dos ilustres amigos Professôres Drs. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo e José Carlos de Ataliba Nogueira. A conselho do primeiro, acrescentamos os três capítulos seguintes, também referentes a antigos estudantes da mesma Faculdade.

várias legislaturas, pôsto que passou ao filho, Bacharel em Direito desde 1855, advogado e magistrado logo depois.

Membro do Partido Liberal, foi nomeado Presidente da Província da Paraíba em 1866; mas, eleito Deputado Geral por São Paulo, em 1868 teve a Presidência da mais importante Província do Rio de Janeiro.

Ocorrida a mutação política dêsse ano, com a subida ao poder dos conservadores, voltou a advogar em São Paulo, onde organizou a maçônica Loja América, foco de abolicionismo e republicanismo, que figura na biografia de muitos paulistas e moradores de São Paulo, inclusive estudantes oriundos de outras Províncias, dêsse tempo.

Passando a pertencer ao efêmero Partido Radical, como tantos outros liberais despeitados pela saída do poder, aderiu ao Manifesto Republicano de 1870.

Em 1878 publicou seu mais importante, embora tendencioso, trabalho escrito, dedicado à História Política: *Os Programas dos Partidos e o Segundo Império*. Convém notar que, com êle, vê-se que o êrro do título já se generalizava entre nós, pelo exemplo francês: embora tivéssemos apenas *um Império*, com *dois Reinados*, aqui também errôneamente já se falava, como até hoje, em *Primeiro e Segundo Impérios*...

Apesar de suas idéias republicanas, em 1882 conseguiu entrar no corpo docente da Faculdade de Direito de São Paulo, como Lente substituto.

Proclamado o nôvo regime, fêz parte da Comissão, presidida por outro antigo liberal e Presidente de Províncias, Saldanha Marinho, encarregada de preparar o primeiro projeto de Constituição da República.

Ao entrar em mais uma grave crise o Govêrno Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, em janeiro-fevereiro de 1891, escreveu Américo Brasiliense ao também “republicano histórico” Ubaldino do Amaral Fontoura, então Senador pelo Paraná, uma carta em que deixou bem nítida sua angústia pela situação então vivida pelo país, às

vésperas da promulgação da primeira das numerosas cartas constitucionais do nôvo regime. Guardada pelo destinatário, hoje, por generosa doação de quem salvou o seu Arquivo em nosso poder, é o seguinte o respectivo texto, que bem mostra como não podia saber o destino que o esperava o seu signatário, desde 27 de setembro de 1890 inútilmente nomeado Ministro do Brasil em Portugal:

“São Paulo, 12-II-91

“Dr. Ubaldino

“Pode parecer um pouco impertinente esta carta: mas quem está longe do teatro dos acontecimentos naturalmente se deixa impressionar pelo que ouve, não tendo esclarecimentos que o habilitem a formar juízo seguro.

“Por aqui há *negras* notícias sôbre a situação política no Rio: o Martinico⁶⁴ (isto em reserva entre nós) tem propalado novas desprestigiadoras do govêrno e principalmente de alguns membros dêle; sei disto por pessoas que o ouviram; eu, porém, não me encontrei com êle. Também o redator do *Estado de São Paulo*, Dr. J. Mesquita⁶⁵, diz que a situação republicana está perdida, e que a restauração monárquica está à porta, tendo militares por sustentáculos.

“Dos jornais consta que o J. Simeão⁶⁶ está de *entente* com o Pelotas⁶⁷ e outros antigos monarquistas do Sul; e

64. Martinho da Silva Prado Júnior, republicano, apesar de irmão do ex-Senador e Ministro do Segundo Reinado, Conselheiro Antônio da Silva Prado (que depois aderiria à República) e de Eduardo da Silva Prado, sempre fiel à Monarquia.

65. Júlio de Mesquita, Redator-Chefe do jornal *O Estado de São Paulo*, ex-*A Província de São Paulo*.

66. Marechal-de-Campo João Simão de Oliveira, então Senador pelo Estado de Pernambuco, que transitôriamente governara, e em oposição ao govêrno do Marechal Deodoro. Depois da renúncia dêste, foi primeiro e efêmero Ministro da Guerra do Vice Presidente Marechal Floriano Peixoto.

67. Segundo Visconde de Pelotas, Marechal José Antônio Corrêa da Câmara, ex-Senador do Império, que, tendo aderido à República, continuou chefe político no Rio Grande do Sul.

que o Custódio⁶⁸ faz franca oposição à atualidade e tem muita gente que o acompanha. A *Gazeta de Notícias* diz que o discurso, em que falou que “o país há de expulsar os mercadores do templo”, foi aplaudido pela *maioria do Congresso*⁶⁹...

“Não me poderá Sua Senhoria dar a sua opinião franca sobre as nossas coisas?

“Estão os republicanos do govêrno batidos pelos de 15 de novembro⁷⁰ e também pelos antigos correligionários⁷¹.

“No mesmo sucesso, trabalho de restauração⁷² ou simples desejo de substituir o pessoal do govêrno⁷³?

“Eu estimarei saber o que há, principalmente porque não quero sair às escuras, para a missão no estrangeiro⁷⁴.

68. Contra-Almirante Custódio José de Melo, então Deputado ao Congresso Constituinte por seu Estado natal, a Bahia, em oposição ao govêrno do Marechal Deodoro, contra o qual dirigiu o *pronunciamento* de 22 de novembro de 1891, que teve como consequência a renúncia do primeiro Presidente da República. Com a ascensão ao poder do Vice-Presidente Marechal Floriano Peixoto, dêle foi Ministro da Marinha, embora depois chefe da Revolta da Armada.

69. O primeiro Congresso Constituinte da República, instalado a 15 de novembro de 1890.

70. Referia-se aos vários Ministros do início do Govêrno Provisório, que a 22 de janeiro de 1891 já o haviam abandonado, por divergências com Deodoro.

71. Os *republicanos históricos*, isto é, anteriores a 15 de novembro de 1889.

72. A possibilidade da restauração monárquica, nos anárquicos primeiros tempos da República, constituía permanente preocupação dos partidários desta.

73. Os do nôvo Ministério de 22 de janeiro de 1891, dominado pelo compadre de Deodoro, Henrique Pereira de Lucena, Barão de Lucena, titular da pasta da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, intrinsecamente da Justiça.

74. Referia-se á sua nomeação para Ministro do Brasil em Portugal, pôsto diplomático do qual ainda não havia desistido e nunca chegaria a exercer.

“Tenha (?) Sua Senhoria uns 5 minutos e escreva-me.

“Do atento colega e amigo

“A. Brasiliense”.

Como se resolveu a crise de fevereiro de 1891, todos sabemos. Intimidado o Congresso Constituinte pela abertamente propalada possibilidade de sua eminente dissolução, inclusive por ter estabelecido sua continuidade em legislatura ordinária, depois de ultimada sua tarefa de elaboração constitucional, a 24 do mesmo mês, não conseguiu eleger, no dia seguinte, para a Presidência da República, seu próprio Presidente e natural candidato, o também “republicano histórico” Prudente José de Moraes e Barros. Teve de eleger, embora pela diferença de apenas 27 votos (122 contra 95), o próprio Chefe do Govêrno Provisório, Marechal Manuel Deodoro da Fonseca. Infantil e perigosamente vingou-se, não elegendo para a Vice-Presidência o candidato oficial, Senador e Vice-Almirante Eduardo Wandenkolk, ex-Ministro da Marinha, dando o pôsto, por maioria muito superior àquela, de 96 votos, ao também Senador e ex-Ministro da Guerra, Marechal Floriano Vieira Peixoto. Do que se arrependeria amargamente, como todos sabem...

No desacôrdo então vigente, entre o primeiro Presidente e os chefes republicanos paulistas, o mais extraordinário é que o beneficiário foi o tão inquieto Américo Brasiliense. Sua surprêsa, a respeito, teria sido imensa, se pudesse adivinhar. Agindo como hábil intermediário junto ao poderoso quase Primeiro Ministro Barão de Lucena, o Conselheiro Carlos Leôncio de Carvalho, coube-lhe indicar aquêle para o disputado pôsto de Governador do Estado de São Paulo⁷⁵. A 7 de março de 1891, menos de um mês depois da expressiva carta acima transcrita, tomou posse do tão ambicionado cargo.

75. Cf. SPENCER VAMPRÉ, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, vol. II (S. Paulo, 1924), pág. 326.

Nomeado Ministro da Fazenda do govêrno dito constitucional, do Marechal Deodoro, a 22 de maio seguinte, teve o bom senso de não aceitar a pasta. De 13 de junho a 16 de julho interrompeu o seu govêrno paulista, ocupando-o o Vice-Governador José Alves de Cerqueira César. Retomou-o, mas teve de deixá-lo definitivamente, quando as desconfianças do Marechal Presidente da República levou-o ao *golpe de Estado* de 3 de novembro e à renúncia de 23 do mesmo mês e ano, depois do primeiro *pronunciamento*, na véspera, do Contra-Almirante Custódio José de Melo.

A surpresa da ascensão de Américo Brasiliense ao govêrno paulista, em detrimento dos alegados “direitos” de seus maiores “republicanos históricos” (Prudente de Moraes, seu irmão Manuel de Moraes e Barros, Campos Sales, Francisco Glicério), foi registrada pelo próprio Imperador, em um de seus *Diários do exílio*⁷⁶.

Com a queda de Deodoro, não deixou o arbitrário Vice-Presidente em exercício, Marechal Floriano, de aproveitar a oportunidade para derrubar todos os Governadores estaduais que ao *golpe de Estado* de 3 de novembro haviam aderido, entre êles Américo Brasiliense. A única exceção foi Lauro Sodré, Governador do Pará. O de São Paulo foi apeado do poder a 15 de dezembro ainda de 1891, quando o substituiu o Major Sérgio Tertuliano Castelo Branco.

Embora não estimasse Américo Brasiliense, nomeou-o, Floriano, Ministro do Supremo Tribunal Federal, a 15 de outubro de 1894, pôsto de que entretanto só tomou posse depois do início da Presidência Prudente de Moraes, a 24 de novembro seguinte. Faleceu em seu exercício, a 25 de março de 1896⁷⁷.

76. Cf. HELIO VIANNA, *Diários do exílio de D. Pedro II* (1889/1891, em *D. Pedro I e D. Pedro II — Acréscimos às suas Biografias* (S. Paulo, 1966), pág. 271.

77. Êste capítulo foi primeiramente publicado em dois Folhetins do *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, aparecidos a 20 e 27 de dezembro de 1968.

Ubaldino do Amaral lembrado para a Presidência da República

À margem de uma inexistente *História da República Velha*, bastante minuciosa a ponto de comportar semelhante capítulo, haveria lugar para um em que se registrassem as frustradas candidaturas ao seu pôsto supremo. Tanto aquelas que chegaram a existir (as de Prudente de Moraes em 1891, Lauro Sodré em 1897/98, Rui Barbosa em 1909/10 e em 1919, Nilo Peçanha em 1921/22), como as que não passaram de “balões de ensaio” ou de malogrados desejos, os do prepotente Pinheiro Machado, por exemplo.

Afinal, mesmo incluindo-se a *República Nova*, posterior a 1930, só tivemos *um* Presidente da República que *não foi candidato ao cargo*; que, conforme nos disse no dia em que foi indicado, “não moveu um só dedo para obtê-lo”: exatamente o antepenúltimo, Marechal Humberto de Alencar Castello Branco.

Episódio que acreditamos até agora desconhecido, é o revelado pela carta adiante transcrita, do ex-Chefe de Polícia do primeiro Distrito Federal, João Batista de Sampaio Ferraz, em 1896 de Londres dirigida ao ex-Senador pelo Paraná, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e futuro Prefeito do Distrito Federal em 1897/98, Ubaldino do Amaral Fontoura (1842/1920).

Guardada no Arquivo dêste, foi-nos oferecida por quem o salvou da destruição. E aqui a divulgamos, como singular documento do tempo em que um “republicano histórico” espontâneamente lembrava-se de sugerir para a Chefia da Nação um seu colega, que entretanto salientava-se pelo desapêgo às elevadas posições que merecidamente ocupou.

Como já várias vêzes nos ocupamos da biografia de Ubaldino, preliminarmente convém acrescentar algumas linhas sôbre seu correspondente.

Sampaio Ferraz.

Sampaio Ferraz nasceu em Campinas, 1857, filho de fazendeiros. Formado em Direito pela Faculdade de São Paulo, 1878, veio para o Rio de Janeiro, onde foi Adjunto de Promotor Público de 1881 a 1884, Promotor Público da Côrte até 1889.

Desde o ano anterior aqui dirigiu *O Correio do Povo*, órgão republicano. Proclamado o nôvo regime, escolheu-o o Govêrno Provisório para o difícil cargo de Chefe de Polícia da nova Capital Federal. “Nêsse pôsto melindroso, deu caça sem tréguas aos chamados *capoeiras*, temíveis facínoras que, organizados em grupos sanguissedentos, infestavam os bairros da cidade, provocando distúrbios e aterrorizando a população. Nessa perseguição, não poupou filhos de famílias ilustres, pertencentes a essas maltas de desordeiros, provocando mesmo uma crise no seio do Govêrno Provisório, por causa da deportação para Fernando de Noronha de um irmão de certo titular, amigo íntimo e dedicado de Quintino Bocaiúva, que, por êsse motivo, chegou a exonerar-se do Ministério. Não houve empenhos nem solicitações que fizessem Sampaio Ferraz desfazer o seu ato, aliás prestigiado firmemente por Deodoro”. (Referia-se Dunschee de Abranches, autor dêsse trecho, a certo Juca, irmão do cidadão brasileiro, mas titular português, Conde de São Salvador de Matosinhos, proprietário do jornal republicano *O País*, de que desde 1884 fôra Redator-Chefe Quintino, malgrado primeiro Ministro das Relações exteriores do Govêrno Provisório).

Eleito Sampaio Deputado pelo Distrito Federal ao Congresso Constituinte de 1890/91, exerceu o mandato até o fim da primeira Legislatura republicana, em setembro de 1893.

Na Presidência Campos Sales voltou à Chefia de Polícia do Rio de Janeiro, de 15 de novembro de 1898 a junho de 1900. Retornou à Câmara dos Deputados no triênio de

1900 a 1902, ainda pelo 1.º Distrito da Capital Federal. Não tendo o mandato renovado, dedicou-se à advocacia⁷⁸

Carta de Sampaio Ferraz a Ubaldino.

É o seguinte o texto da citada carta de Sampaio Ferraz a Ubaldino do Amaral, sugerindo a candidatura dêste à Presidência da República, em sucessão a Prudente de Moraes:

“Prezado amigo Ubaldino.

“Londres — 3 — Julho — 1896.

“Permita que eu vá perturbar um pouco os seus afazeres — fazendo-o ler êsse *imbroglio* incluso.

“Sabe bem o meu amigo que a Política é uma terrível bruxa — da qual tanto mais a gente se aproxima quanto mais deseja afastar-se.

“É o caso que eu ando, há muito tempo, metido comigo e arredio da ação — por desgostos de tôda a ordem, que não têm sido parcimoniosos para mim.

“No entretanto, não consegui e creio que jamais conseguiria, ser indiferente ao mal-estar político de nossa terra.

“Vejo as coisas tão mal encaminhadas — os horizontes tão escuros — que a mim se me afigura uma espécie de co-autoria não deixar de parte os legítimos ressentimentos para tentar algum remédio⁷⁹.

“O meu amigo sabe bem o quanto eu tenho sempre me preocupado com a nossa desgraçada República e me justificará, por certo, dêsses naturais impulsos que me levam ainda algumas vêzes a desejar interferir nas lutas políticas

78. Cf. DUNSCHEE DE ABRANCHES, *Governos e Congressos da República — 1889 a 1917* (Rio de Janeiro, 1918), vol. I, págs. 336/337.

79. Era êste o pretexto dos chamados “republicanos históricos”, para intervir, pelo menos com veementes críticas, contra a República que, como tanto então se repetiu, “não era a de seus sonhos”...

que a anormalidade das condições de vida do nôvo regime está sempre criando”.

“Leia com atenção essa carta ao Dr. Prudente e, se entender conveniente, queira ter a bondade de fazê-la entregar em mão própria, se fôr possível⁸⁰.

“Sei que seria uma quase ofensa à sua desambição e desinterêsse, punctuados em cada deporta (?) da sua vida pública e particular, mas, não seria nôvo para você asseverar — que não vejo um outro sucessor no nosso mundo político — para o Prudente, que não seja o meu caro e querido amigo.

“Direi, por exemplo, que a sua personalidade não é isenta de senões — mas — um sobretudo — a bondade exagerada e, daí, um pouco de complacência para os que nem sempre a merecem — seria sufocado pela necessidade de enrugar algumas vêzes os sobrolhos; os outros peccadilhos comuns aos grandes homens — desinterêsse, excessiva modéstia, constante despreocupação pessoal, etc., etc.

“Sei que estou enfadando-o com êste assunto — mas, que quer, nem sempre se pertencem os cidadãos fadados a servir grandes causas e cumprir elevadas missões.

“A sua nova posição — ao em vez de arrancá-lo à flutuação política, a mim me parece que mais o aproximará das camadas sociais da mediania, as únicas que jamais serão embaraçadas de ser o esteio mais forte da República⁸¹.

80. Embora não fôsse achada, no que resta do Arquivo de Ubalino do Amaral, essa carta de Sampaio Ferraz ao Presidente Prudente de Moraes, à vista do caráter daquele, duvidamos que lha entregasse, sendo mais provável que a devolvesse ao autor, certamente desinformado de circunstâncias peculiares ao Brasil político de meados de 1896.

81. Encontrando-se na Europa, é possível que Sampaio Ferraz ainda não tivesse conhecimento de que desde 4 de maio de 1896 Ubalino do Amaral havia sido exonerado, a pedido, do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

“Você sabe que eu nunca o lisongearia — mas — a mim é impossível, como será talvez à maior parte de nossos correligionários⁸², estabelecer confronto entre os merecimentos do amigo como homem político são e sem *chanfraduras* e os outros que por aí só cogitam da indecente politicagem e de quantos recursos indecorosos até Ihes lembra o afã de subir — a sêde tantállica de governar — ainda que em uma necrópole política.

“Não leve a mal estas linhas que vêm do coração e da consciência.

“Estou projetando ir em outubro para lá — deixando, porém, aqui, a *pequenada*.

“Se, por ventura — achar conveniente a entrega da carta e se ela conseguir abrir um pouco os olhos ao Prudente — eu seguirei antes — em ordem a ver se consigo alguma organização séria.

“Poderei estar iludido, mas, com muito esfôrço e algum apoio moral do Prudente — ainda que fôsse dado com o maior sigilo e tática, estou esperançado de que pudesse surgir um grupo eficaz e moralizado⁸³.

“Espero que esta os encontre, a todos, com saúde e felizes.

“Eu e os meus vamos passando regularmente.

“Queira sempre acreditar-me

“Seu velho amigo obrigadíssimo

“Sampaio Ferraz.

“14 Kildare Gardens.

“Bayswater (Londres).”

82. Referia-se aos membros do Partido Republicano Federal, chefiado pelo hábil mas, afinal, vencido, Francisco Glicério, a quem não acompanhou Ubaldino, quando contra a sua liderança declarou-se o próprio Presidente da República.

83. Como se vê, Sampaio Ferraz propunha-se a vir organizar trabalho político em favor da candidatura de Ubaldino.

Inútil seria acrescentar que nenhum seguimento teve a lembrança de Sampaio Ferraz em favor da eventual candidatura de Ubaldino do Amaral à Presidência da República. Talvez por modéstia dêste.

Os acontecimentos políticos de fins de 1896 e de todo o ano seguinte, aliás inutilizariam quaisquer possibilidades naquele sentido. Doente o Presidente Prudente de Moraes, afastou-se do cargo a 10 de novembro de 1896, ocupando-o, com suposições de permanência, o Vice-Presidente Manuel Vitorino Pereira, até 4 de março de 1897. Grave era, então, a situação em Canudos, pela fragorosa derrota da expedição militar contra os fanáticos comandada pelo arbitrário Coronel Antônio Moreira César. Vencidos os sertanejos, em outubro, o atentado contra a vida do Presidente da República, a 5 de novembro do mesmo ano, mudaria ainda mais o ambiente político. Isto, e a também muito séria situação econômica e financeira do país, vigente desde 1889, agravada com o rompimento de Prudente com o Partido Republicano Federal, de Francisco Glicério, conduziram à candidatura, fàcilmente vitoriosa, em março de 1898, do ex-Governador de São Paulo, o também “republicano histórico” Manuel Ferraz de Campos Sales, para o quadriênio seguinte.

Ao fazer sua proposta, relativa a Ubaldino, político do Paraná, Sampaio Ferraz não tinha a experiência depois divulgada, quanto à fragilidade política dos Estados menos populosos, que não dispunham de grandes representações na Câmara dos Deputados, como Minas Gerais e São Paulo. Aquilo que a Augusto Tavares de Lira, do Rio Grande do Norte, que no-lo contou, disse Lauro Müller, de Santa Catarina: — “*Seu Lira, nós, políticos dos Estados pequenos, nos banquetes da república não somos mais que as rodelas de limão, que enfeitam os leitões assados*”⁸⁴.

84. Este capítulo foi primeiramente publicado em dois Folhetins do *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, aparecidos a 30 e 10 de janeiro de 1969.

Prudente de Moraes e as terras devolutas.

A História das Sesmarias, isto é, a do aproveitamento das terras devolutas, começou, em Portugal, antes do Descobrimento do Brasil, pois sua primeira lei data do Reinado de D. Fernando I, o Formoso, ainda no século XIV.

Descoberto o nosso país, veio autorizado a distribuir terras de sesmaria o Capitão-Mór da primeira frota que, além da exploração da costa e da luta contra os entrelopos franceses que a freqüentavam, também estava encarregada de iniciar sua colonização: Martim Afonso de Sousa. A mesma autorização tiveram os Donatários das Capitánias Hereditárias, os Governadores do Brasil e das Capitánias Reais.

O regime da concessão de sesmarias alcançou o Brasil-Reino e o Império, somente recebendo modificação essencial pela Lei de Terras de 1850, cuja reforma se não ultimou até a Proclamação da República.

De acôrdo com a Constituição de 1891, passaram aos Estados as terras devolutas situadas nos respectivos territórios⁸⁵.

Esse regime prejudicou a política federal de imigração, motivo pelo qual tentou modificá-lo o govêrno do Presidente de Moraes. Em 1896 extinguiu-se a Inspetoria Geral de Terras e Colonização, passando suas atribuições à Diretoria Geral da Indústria, do Ministério da Viação, Obras Públicas, Indústria e Comércio, visto ter sido anteriormente extinto o da Agricultura.

85. Cf. HELIO VIANNA, *As Sesmarias no Brasil*, tese apresentada e debatida no II Simpósio dos Professôres Universitários de História, reunido em Curitiba, outubro de 1962, no ano seguinte publicado nos respectivos *Anais*, vol. II, págs. 247/274; transcrita, com acréscimos, nos *Capítulos de História Luso-Brasileira* (Lisboa, 1968), págs. 31/79.

Consulta do Presidente da República.

Sôbre o assunto, a 11 de julho consultou o Presidente ao seu amigo Ubaldino do Amaral, Senador pelo Paraná e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, na seguinte carta, guarda pelo destinatário:

“Dr. Ubaldino

“Peço a sua opinião sôbre a constitucionalidade e vantagem para os interesses nacionais da resolução do Congresso que vai junto a esta. Chamo a sua atenção especialmente para a disposição do artigo 1.º.

“Desculpe a maçada, que provàvelmente não será a última.

“Do colega e amigo obrigadissimo

“Prudente de Moraes”⁸⁶.

Resposta de Ubaldino do Amaral.

No dia seguinte, prontamente respondeu o consultado:

“Rio, 12 Julho 1896.

“Sr. Presidente.

“Cumprindo a ordem que V. Excia. me dá em carta de ontem, recebida hoje, submeto à sua apreciação o meu parecer sôbre o projeto relativo a terras devolutas.

“Presumindo que há urgência na solução dêsse negócio, escrevi ao correr da pena, sem consultar livro ou documento algum. Julguei poder fazê-lo, por ter opinião, por vêzes manifestada, sôbre o assunto.

86. Papel timbrado do “Gabinete do Presidente da República”, antes da data tendo impressa a indicação: “Capital Federal” “Colega”, embora Prudente tenha se formado em 1863, Ubaldino em 1867.

“Aguardando novas ordens com que V. Excia. se digne honrar-me, subscrevo-me, com a maior consideração e respeito,

“de V Excia.

“colega e amigo grato

“U. do Amaral”⁸⁷

Apesar dos propósitos reformistas do govêrno de Prudente de Moraes, sòmente em 1907, sendo Presidente da República o Conselheiro Afonso Pena, Ministro da Viação Miguel Calmon du Pin e Almeida, pôde ser retomado o assunto, criando-se naquela Secretaria de Estado a Diretoria do Serviço de Povoamento, a que ficou afeta a importante matéria. Sòmente em 1909 restaurou-se o Ministério da Agricultura.

Muito ainda teríamos de evoluir, até chegar à legislação do govêrno do Presidente Marechal Castelo Branco, que criou o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA) e o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA)⁸⁸.

87. Conforme originais em nosso poder, por gentileza de quem salvou o Arquivo de Ubaldino do Amaral e quis conservar o anonimato, apesar da benemerência de sua ação.

88. Êste capítulo foi primeiramente publicado em Folhetim do *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, aparecido a 20 de setembro de 1968.

Centenário de nascimento de José Ulpiano Pinto de Sousa.

Comemorou-se solenemente, nesta Faculdade, o centenário de nascimento de José Ulpiano Pinto de Sousa, que foi emérito professor de Direito Civil.

Reuniu-se a Congregação, no salão nobre, aos 14 de abril de 1970, para reverenciar-lhe a memória, sendo encarregado do panegírico o Prof. Dr. Sílvio Rodrigues, sucessor da cátedra do homenageado, que o fez nos termos do seguinte discurso.

Discurso do Professor Dr. Sílvio Rodrigues.

A Congregação dos Professôres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo se reúne, nesta solenidade a fim de render homenagem à memória de um dos seus grandes vultos. Eu invoco a lembrança do professor emérito José Ulpiano Pinto de Souza, ao ensejo do centenário de seu nascimento.

Esta Casa tira sua fôrça do seu glorioso passado; e, ao projetar-se para o futuro, de certo procura exaltar seus ancestrais, cultuando-lhes as virtudes, pois o paradigma de nossos maiores, sem dúvida, será a fonte inspiradora do presente e do porvir.

Entre essas grandes figuras, que deixaram o sinal de sua passagem por êstes vetustos corredores franciscanos, a de José Ulpiano Pinto de Souza certamente se enfileira, como a de um exemplo a ser seguido.

Homem simples e correto, pessoa de grande sensibilidade, jurista de enorme penetração, escritor preciso, chefe

de família exemplar, advogado de grande tirocínio, o mestre cujo centenário se comemora honrou a Escola do Largo de S. Francisco, como honrou a ciência jurídica brasileira.

José Ulpiano nasceu aos 18 de setembro de 1869, na cidade de Casa Branca, filho do Sr. Manoel Joaquim Pinto de Souza e de d. Francisca de Aguirre e Souza, gente de fina linhagem e de boa tradição cultural. Seus pais, quando ainda criança o futuro mestre, mudaram-se para Rio Claro, onde o nosso homenageado passou a meninice. Completados os primeiros estudos, foi enviado para o Colégio de Itu, dirigido por jesuítas, instituto de alta reputação àquela época e para onde iam os filhos de gente abastada de todo o interior de São Paulo e mesmo da Capital.

Nesse colégio completou os seus estudos ginasiais. Foi sempre aluno aplicado, distinguindo-se entre seus colegas, graças à sua notável memória e grande inteligência, ambas reveladas desde os verdes anos.

Terminado o curso secundário, veio para São Paulo, indo morar na rua Aurora, em casa de parentes. Transcorria o ano de 1887, e José Ulpiano, no esplendor de seus 18 anos, matriculou-se na Academia. Dedicou-se, com afinco, aos estudos, durante o curso, distinguindo-se entre seus colegas de turma, entre os quais figuravam homens que mais tarde iriam se tornar ilustres na política, no magistério público, nas letras. Dentre todos tornou-se amigo de dois dêes, que eram seus companheiros de estudo: Washington Luiz Pereira de Souza e Pedro Moacyr. Realmente, ligou-os grande amizade.

Pedro Moacyr, natural do Rio Grande do Sul, homem que veio a ser um dos maiores tribunos de seu tempo, quando deputado federal e residente no Rio de Janeiro, demandava São Paulo frequentemente, para visitar seu amigo José Ulpiano e pedir-lhe conselhos, conselhos êsses sempre inteligentes e originais.

Homem fechado, de pouca exteriorização, José Ulpiano só podia sentir com grande profundidade e esta só a poucos pode abarcar. Foi um dos traços de sua personalidade: não se derramou a muitos, superficialmente, mas concentrou-se a um círculo restrito. Só êsses poucos o conheceram em sua grandeza, daí a amizade que lhe devotaram, pois sabiam que a de José Ulpiano, em relação a êles, tinha raízes na alma, pairando muito acima das vicissitudes cotidianas.

Realmente, José Ulpiano era o amigo que mais se mostrava nas ocasiões de dar, ou seja nas horas de tristeza, do que nas de receber, isto é, nas festividades. Prova-o sua atitude em face do seu amigo de tôda vida, o grande Frederico Steidel, também mestre insigne desta casa.

A amizade que os ligava era enorme; aliás por longos anos, foram companheiros de escritório. Quando moços ambos, era o pai de Steidel homem abastado, que apreciava entreter a sociedade, que recebia muito e cuja casa vivia cheia de amigos e adulares. Ulpiano, sempre arredio, tímido, não freqüentava a mansão dos Steidel, a despeito dos convites insistentes do anfitrião e do filho, seu amigo e colega.

Porém, quando o infortúnio atingiu a casa alegre dos Steidel e as ruidosas companhias dela se afastaram, o primeiro a bater à porta daquela residência, para de lá não arredar, enquanto não se refez o conceito e a fortuna da família, foi José Ulpiano. Frederico Steidel jamais esqueceu a dedicação, e a profundidade do sentimento daquêle amigo, cuja aparência fria dava a impressão de indicar o contrário.

Contaram-me familiares do homenageado que Steidel nada fazia sem consultar o amigo; José Ulpiano era o seu conselheiro. Tôdas as decisões referentes a êle e a sua família tinham que ter o “referendum” de José Ulpiano. Aliás, não era apenas Steidel a tê-lo como conselheiro.

Homem ponderado e refletido, a quem a cultura se formara não apenas na leitura, mas, sobretudo, na arguta observação dos fatos, José Ulpiano converteu-se em conselheiro de amigos, políticos e homens de negócio. Seu escritório, onde êle e o companheiro Steidel, tinham tanto sucesso, situado à Rua São Bento, e no qual o mestre trabalhou por mais de quarenta anos, viu transpor os seus umbrais tôdas as personalidades da época. Iam ouvir José Ulpiano. Homem de grande experiência, a serviço de uma madura reflexão, tinha-se a ganhar escutando suas ponderações. Sabiam-no desprendido, disposto a dar sem nada pedir de volta. Porém, se distribuía conselhos e pareceres, não entregava a todos seus sentimentos. Êstes, como disse, reservava para um pequeno número de amigos diletos.

Dessa forma, não se limitou em ser o jurisconsulto, a quem se consultava sôbre controvertidas questões de direito; não se restringiu em ser o advogado combativo, a quem se entregavam as causas difíceis, ou em ser o professor a quem os discípulos admiravam vendo-o explicar intrincados princípios do direito romano ou do direito civil. Foi além: converteu-se em humanista, de profunda compreensão das coisas da vida social, política, econômica, educacional e familiar. E era no imenso cabedal de sua visão humanística que os consulentes iam buscar a orientação a seguir, o esclarecimento desejado, a lição necessária, o apoio requerido ou a confirmação do que supunham fôsse o certo.

Em 1891, José Ulpiano conclui o curso universitário. João Mendes Júnior, amigo de seu pai, recebe o recém formado em seu escritório. Dêsse preclaro mestre colheu nosso homenageado dois ensinamentos, que o acompanharam por tôda sua longa existência: primeiro, o amor à pesquisa jurídica e à cátedra, como forma de transmitir o produto do seu labor aos jovens; segundo, o apêgo à monarquia como sistema de organização política. Ambas

as lições ficaram gravadas no seu sêr, e disso deu provas: ao ser indicado para exercer a interventoria em São Paulo, em começos de 1932, ao lhe ser formulado o convite, disse ao mensageiro de Getúlio Vargas, general Miguel Costa. E parece serem textuais as palavras: “vivi para minha família, para a minha cátedra e para as minhas convicções políticas; estou por demais idoso para mudar de rumo. Obrigado, mas não aceito.”

Sofreu, aliás, as conseqüências de suas convicções políticas. Ao paraninfar a sua primeira turma, ainda como professor substituto, teceu, em seu discurso, encômios à monarquia e endereçou críticas à jovem República. Rodrigues Alves, Presidente do Estado, que se achava presente à solenidade, nunca mais perdoou o jovem professor e recebeu como afronta a palavra de José Ulpiano, ousando criticar a nova forma de govêrno, que êle, Presidente do Estado, presente ao ato, servia com convicção.

Quanto à outra lição de João Mendes Júnior, José Ulpiano tudo fêz para realizá-la: cinco anos após a sua formatura, em 1896, contando apenas 26 anos de idade, inscreveu-se e foi aprovado em concurso para lente substituto desta Faculdade. À época, os ilustres professôres desta casa, como está voltando a ocorrer agora, para bem dêste país, eram sempre chamados para a vida política ou para exercer cargos de alta administração pública, cargos em que são traçados os destinos desta nação. Assim José Ulpiano, professor substituto na ocasião, esteve sempre ocupando a cátedra no lugar dos mestres convocados para a vida pública. Lecionou quase tôdas as disciplinas do currículo. Em 1908 tornou-se professor catedrático de Direito Civil, matéria em que se especializou e se notabilizou.

A sua formação humanista levou-o a exercer a cátedra em nível muito alto, pois não se limitava aos aspectos de técnica jurídica no expor a matéria. Ia além, enfeixava-a numa visão filosófica e sociológica do fenômeno jurídico.

Descia às entranhas da problemática jurídica, para dela extrair o princípio norteador da questão de direito em causa.

Vicente Ráo, em formosa conferência proferida perante a Congregação dos Professôres desta Academia, por ocasião do trigésimo dia do falecimento do nosso homenageado, e realizada a 30 de abril de 1957, observou quão espinhosa era a seára do civilista, no período imediatamente anterior à promulgação do Código Civil de 1916.

A legislação era confusa e a doutrina um mar de controvérsia. Se a fonte primordial do Direito Civil pátrio eram as ordenações Filipinas, a complementá-las, ou a modificá-las, havia um número enorme de regras extravagantes, decorrentes de leis supervenientes, alvarás, cartas régias, assentos da Casa de Suplicação, etc., isso além das Glosas de Bártolo e de Acursio, as opiniões dos jurisconsultos, as leis das demais nações, se conformes com a “boa razão”; a despeito da *Consolidação das Leis Civis*, de TEIXEIRA DE FREITAS e da Recopilação de CARLOS DE CARVALHO, o oceano em que navegava o civilista era proceloso e o problema de saber, realmente, qual o texto legislativo em vigor, apresentava-se relevante para o jurisperito.

A formação cultural profunda de José Ulpiano, como observou Vicente Ráo, o punha acima da procela. Pois, seu conhecimento dos princípios, suas investigações próprias, abriam-lhe um caminho que em geral se encontrava fechado para outros estudiosos mais superficiais.

Arnaldo Vieira de Carvalho, cujo consultório se localizava no mesmo edifício da rua de São Bento onde José Ulpiano e Steidel tinham escritório, nunca entrava ou saía de seu trabalho sem dar um dedo de prosa com José Ulpiano, para ouvi-lo comentar os últimos acontecimentos ou discorrer sôbre os problemas do país. Ligou-os, igualmente enorme e mútuo afeto o que freqüentemente ocorre entre homens da mesma grandeza espiritual.

Já idoso, tendo perdido seus dois amigos mais chegados, isto é, João Arruda e Frederico Steidel, havendo a morte lhe roubado, igualmente, outros companheiros que também lhe eram caros, José Ulpiano isolou-se, para conviver apenas com a família. Aí exerceu mais uma vez o seu nobre magistério. Com os filhos já criados, frequentando cursos superiores, José Ulpiano, às noites, sentava-se na velha cadeira de balanço e em seu redor distribuía-se a família. Iniciava-se o diálogo entre pai e filhos. Diálogo que continha sempre uma lição de bom senso a respeito dos problemas gerais da vida. Contou-me um dêles, meu querido colega Roberto Pinto de Souza, que José Ulpiano tinha o dom, junto aos filhos, de não pontificar, mas de ponderar. De fazê-los, pelo raciocínio sôbre os fatos qüotidianos, compreender a essência dos mesmos e o que dêles se poderia extrair como conhecimento da realidade e, ao mesmo tempo, como norma de comportamento. De tal forma conduzia o diálogo, que filho nenhum lhe pedia autorização para fazer isso ou aquilo, mas solicitava a opinião do pai, que discorria como conselheiro, apontando as vantagens e desvantagens de uma determinada linha de conduta; e ao chegar à conclusão, esta valia como esclarecimento e não como imposição. O filho que tomasse a decisão, face às considerações que fizera o pai.

A austeridade de José Ulpiano refletia-se não só em sua aparência, como, sobretudo, em suas atividades. Se com os outros mostrava-se tolerante, era austero consigo mesmo. Para si próprio impunha disciplina rígida e seus hábitos eram morigerados. Dava a impressão de um espartano. Recolhia-se cedo e mal o sol nascia, já o encontrava de pé. Alimenta-se frugalmente e suas distrações eram tôdas de caráter cultural. A austeridade que o cercava não surgia como algo que lhe havia sido imposto; ao contrário, decorria da própria natureza de sua personalidade. Era alguma coisa que corria com seu sangue.

Dai refletir-se em tudo que fazia. Porém, tal austeridade não vinha acompanhada de orgulho ou intolerância; não tirou do mestre a marca de humanista que constituía o traço dominante de sua pessoa. Isso explica o trato, lhano e amável, que dava a todos, sem distinção de fortuna ou posição.

É que devotava imenso respeito ao ser humano. Não tomava os indivíduos por suas representações sociais nem os distinguia por sua fortuna; mas via em cada qual uma pessoa humana, merecedora de tôda consideração e de tôda cortesia. Por êsse motivo jamais desconsiderou a alguém. Quando se dirigia a alguma pessoa, fôsse ela cliente abastado ou jardineiro de sua casa, chamava-a de “senhor”. E, se na rua, cumprimentava alguém — o amigo chegado ou a empregada doméstica — tirava sempre o chapéu.

José Ulpiano que tão brilhantemente exercia o magistério desfrutando de grande conceito junto aos alunos desta casa, aposentou-se relativamente cedo. Fê-lo porque sentiu que os muitos anos de magistério ininterrupto já começavam a cansá-lo. Destarte, acreditou não poder mais dispensar aos discípulos o cuidado que sempre lhes devotara. Receava, no recôndito de sua consciência escrupulosa, que se a qualidade de suas aulas decaísse por falta sua, advinda dos longos anos de ensino, estaria traindo a mocidade. Portanto, decidiu afastar-se, antes que isso ocorresse, para que outro mestre, portador do entusiasmo da juventude, o substituísse e levasse avante a tarefa sublime de orientar a mocidade. Em 1926 deixou esta casa, que novamente o recebeu, em 1951, para lhe conferir o título de Professor Emérito.

Prevaleceram mais uma vez a ponderação e o bom senso, pedras de toque de sua personalidade.

Espiritualista que era, José Ulpiano acreditava na idéia como elemento primeiro. Achar a idéia em si mesma, na sua acepção pura, consistia a meta do pensador. Em

sua formulação abstrata, contudo, a idéia, se bem tivesse valor e fôrça, carecia de aplicação como tal. Haveria necessidade de transferi-la para o real, de qualificá-la, de forma a poder ajustar-se às contingências da vida universal. No terreno do Direito, as idéias de propriedade, de família, de pessoa, enquanto encrustadas em suas formulações abstratas eram de pouca aplicabilidade; entretanto transpostas para a sociedade e consideradas em face do emaranhado das contingências sociais do momento, adquiriam majestade. A seu ver a função do professor residia nisso: dar aos jovens a possibilidade de raciocinar sôbre a idéia em sua formulação pura, ensejando-lhes o meio de transpô-la para a norma e, desta, para o caso concreto.

O objetivo de José Ulpiano, como professor, era o de dar consciência do direito, em sua formulação abstrata, ao estudante, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, os elementos necessários para aplicar as regras jurídicas à sociedade contemporânea.

A idéia permanece — a sociedade, em sua evolução, transforma-se.

Meditador acurado, atraía para seu convívio aquêles para os quais a meditação era exercício qüotidiano. Assim, João Arruda, insigne mestre desta Casa, sentiu-se atraído por José Ulpiano e tomou-o como seu companheiro de todos os dias, para o entretenimento nobre dos debates abstratos. Tôdas as noites, durante anos seguidos, mal terminava o jantar, João Arruda dirigia-se para a casa de José Ulpiano e lá ficava horas a fio a entreter-se com o amigo, discutindo assuntos transcendentais. Nasceu entre ambos sólida amizade. Envelheceram juntos e só a morte os separou.

Era intuito de José Ulpiano afastar-se de quaisquer encargos de caráter intelectual. Todavia o movimento de constitucionalização do país, cujo ponto mais alto refletiu-se na Revolução de 1932, o chamou novamente à liça.

Vencida a gente paulista naquela memorável Revolução, não obstante deu frutos o glorioso movimento. Logo após o governo central convocou a Assembléia Constituinte. O Estado derrotado, ainda unido, levantou de nôvo, desta vez pacificamente, a bandeira das treze listas, almejando conduzir ao parlamento constitucionalista, a elite intelectual da terra. E, novamente, os organizadores da “Chapa Única por São Paulo Unido” vieram buscar nesta casa os grandes nomes que a iriam compor.

Nela figuravam as figuras venerandas de Jorge Americano, de José Cardoso de Mello Netto, de Waldemar Ferreira, de Alcântara Machado e de José Ulpiano Pinto de Souza.

Só a insistência dos amigos, companheiros e admiradores, quebrou a resistência de nosso homenageado. Eleito deputado com grande votação José Ulpiano rumo para o Rio de Janeiro e é deputado dos de maior ponderação e equilíbrio. Sua coerência continua manifesta e se reflete, ainda uma vez, na recusa em dar seu voto a Getúlio Vargas, quando é êste candidato à presidência da República.

Aliás outro episódio vem realçar sua posição de fidelidade aos princípios orientadores de sua formação. Promulgada a Constituição de 16 de julho de 1934 e dissolvida a Assembléia Constituinte, fundou-se em São Paulo o Partido Constitucionalista. Um dos chefes do novo partido, o ilustre Alcântara Machado, foi à casa de José Ulpiano a fim de convidá-lo para inscrever-se na agremiação e candidatar-se à reeleição.

“Alcântara — respondeu-lhe José Ulpiano — nunca servi a República, não é agora que vou fazê-lo. Aceitei, por imposição do momento, participar da Assembléia Constituinte, porque entendi ser uma honra que me concediam os meus concidadãos e uma oportunidade de servir minha pátria. Pleitear agora cargo eletivo e inscrever-me em um

Partido, considero servir ao que as minhas convicções não me permitiram que o fizesse.”

José Ulpiano, com a modéstia que a austeridade e o bom senso lhe davam, nunca permitiu que se lhe tributassem homenagens. Sempre que seus admiradores se animavam a promover festividades em sua honra, a princípio e veladamente procurava dissuadir que o fizessem. Se não o conseguisse, amavelmente agradecia a intenção e pedia encarecidamente que a não promovessem.

Em março de 1957, depois de prolongada enfermidade, faleceu José Ulpiano. Esta Faculdade rendeu-lhe homenagem, ao descer ao túmulo, pela palavra do preclaro professor Waldemar Ferreira e reverenciou-lhe a memória, em sessão solene, pelo bellissimo estudo que dêle fez o eminente professor Vicente Ráo, ambos antigos alunos de José Ulpiano.

Agora, por ocasião do centenário de seu nascimento, a Congregação dos professôres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo seu apagado intérprete, rende ainda uma nova homenagem ao seu grande mestre José Ulpiano Pinto de Souza.

Centenário de nascimento de Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta.

Em sessão comemorativa do centenário de nascimento de Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta, reuniu-se a Congregação de professôres desta Faculdade, no salão nobre, aos 15 de maio do corrente ano.

Na presidência da mesa, o Prof. Miguel Reale, magnífico reitor da Universidade de São Paulo, deu a palavra ao emérito professor Noé Azevedo, que em esplêndida oração fez o laudatório do homenageado.

Oração do professor emérito Noé Azevedo.

Cândido Motta é descendente de uma família de intelectuais. Seu pai Fernando Motta era professor e diretor de colégio na cidade de N. S. do Amparo. Sua mãe, Mariana Motta, era poetiza, escrevia nos jornais de Capivari e Pôrto Feliz.

No livro de CARNEIRO LEÃO sôbre *Victor Hugo no Brasil* há um comentário sôbre o fato de Mariana morando numa cidadezinha à margem do Tietê, haver chorado, emocionadíssima com a morte de Victor Hugo!

Quando Cândido Motta saiu de Porto Feliz para São Paulo foi para fazer seus primeiros exames no curso anexo, na Faculdade de Direito onde foi companheiro e colega de classe de Reynaldo Porchat e Gabriel de Rezende, assistiu e participou do movimento pela República competido disso, ainda mais porque seu pai e seu avô estiveram em Itú em 1870.

Formado, foi Promotor Público no Amparo, Delegado de Polícia e Promotor nesta Capital. Em 1897 fêz concurso para a Faculdade com a tese sôbre a Classificação de criminosos.

Participou intensamente da vida política tendo sido vereador, deputado estadual e senador estadual. Fêz parte da dissidência com Júlio de Mesquita e com êste dirigiu o jornal “O tempo”. Como deputado pleiteou pela reforma do juri; defendeu a autonomia municipal, e ofereceu o primeiro projeto, no país, de Instituto Educativo para Menores abandonados.

Na Câmara Federal foi relator do Código Penal Militar.

Por indicação de Herculano de Freitas foi representante do Brasil no Congresso Pan Americano, em Santiago do Chile onde foi aprovada a sua tese sôbre menores delinqüentes e seu tratamento.

Fêz a campanha civilista ao lado de Rui Barbosa e esteve sempre ao seu lado, mesmo quando o Partido Republicano mudou de orientação.

Participou do govêrno Altino Arantes como Secretário da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Criou o ensino primário circulante para a zona agrária e presidiu o primeiro Congresso de Estradas de Rodagem sob o lema “Via Vita”.

Encerrou sua atividade política como senador estadual.

Sua produção cultural não se limitou ao campo do Direito, mas se distendeu para o campo da teoria política, da História e da sociologia criminal.

Escreveu sôbre *Anchieta*, sôbre *São Paulo na República*, sôbre *As antigas penalidades*. *O crime político*, *A mão de obra penal*, sôbre o *Problema semita* e finalmente *Agora e sempre pela República e pelo Parlamentarismo*.

Uma de suas preocupações na velhice, foi o da conservação do “Pôrto das Monções” em Pôrto Feliz que conseguiu restaurar com as barcaças bandeirantes.

Eis em resumo os atos principais de uma longa vida intensa e proficuamente vivida.

Impossibilitado de apresentar ao menos um esquema dos numerosos assuntos de direito penal desenvolvidos em longas dissertações pelo Prof. CÂNDIDO MOTTA, em dezenas de monografias publicadas em volumes ou insertas na *Revista da Faculdade de Direito*, farei apenas algumas anotações, tendentes a mostrar a decisiva influência que êle exerceu na transformação de nossos institutos penais, defendendo com grande coragem e intenso vigor os princípios da Escola Positiva.

Na ocasião em que fêz concurso, ainda dominavam nesta Casa as concepções metafísicas do direito, apesar do intenso trabalho de arejamento iniciado pelo grande PEDRO LESSA. Constituiu, portanto, uma verdadeira ousadia a apresentação de um estudo vasado no estilo revolucionário de FERRI, LOMBROSO, GAROFALO e demais companheiros do positivismo. Com desassombro, compareceu Cândido Motta perante a Congregação, em 1897, com a sua *Classificação dos Criminosos*, em cuja introdução formulou as seguintes posições:

“O fim principal da pena é a defêsa da sociedade, princípio êste que é reconhecido pela grande maioria de criminalistas, desde BECCARIA ao mais ferrenho de todos os clássicos, o mais metafísico dêles, o célebre F. CARRARA.

“Admitido êsse princípio, fâcilmente se chega à conclusão do quanto de errôneo tem o critério com que os legisladores têm encarado o problema de repressão.

“E, de fato, quer se considere o delito como uma mera perturbação da ordem jurídica, pela violação daquilo que a lei convencional e escrita proíbe de o fazer, quer como um fenômeno natural e necessário, pela violação dos sentimentos fundamentais de piedade e probidade, cujo conjunto forma o senso moral, vemos, com a observação e experiência de todos os dias, que não é o crime que devemos combater, porque a despeito de todo esfôrço

possível e imaginável, êle subsistirá com êsse caráter de fatalidade que caracteriza principalmente o mundo físico.

“O crime é um fato abstrato; para seu agente, o homem que o pratica, é que devem convergir as vistas da sociedade colocada em atitude de legítima defesa.

“O fenômeno criminal varia de indivíduo a indivíduo, com as moléstias.”

Como todos os pregadores de idéias novas, ao lado de princípios verdadeiros e dominadores como êsses, defendeu pontos de vista menos seguros e avançou pelos exagêros naturais. Pôs as suas observações no serviço policial do Estado ao lado das de Lombroso e outros pesquisadores dos caracteres somáticos do homem criminoso típico. Essas diligências não puderam, todavia, passar das áreas do empirismo. Se eram freqüentes as malformações físicas e os estigmas de degenerescência nos criminosos, não foi possível, entretanto determinar-se uma relação constante entre os mesmos e a criminalidade. Nem se conseguiu ligar as várias formas de criminalidade aos vários tipos antropológicos.

O problema recebe hoje nova e intensa luz, projetada pelos estudos da endocrinologia e biotipologia. Procura-se agora estabelecer relação entre as malformações físicas e o mau funcionamento de determinadas glândulas de secreção interna. Quando os distúrbios glandulares, além de provocarem a feiura, também atuam sôbre a constituição psicológica, produzindo temperamentos impulsivos, abúlicos ou viscosos, podem surgir daí vários tipos de criminosos.

Já os antigos fisionomistas, precursores das especulações lombrosianas, procuravam estabelecer certa relação entre os instintos maus e a feiura. E SÓCRATES, quando condenado pela mais iníqüa das sentenças, pois representa na História êsse filosofo a personificação da bondade, disse aos seus discípulos que um dêsses fisionomistas, impressionado com a sua fealdade, fizera um prognóstico desfavorável sôbre a sua conduta no mundo, pelo que passara a

recalcar todos os pendores maus e a dirigir os seus atos de acôrdo com os ensinamentos da moral que pregou.

Agora, temos, em nossa Penitenciária do Estado, um serviço científico de biotipologia, empenhado em formular prognósticos criminológicos sôbre a readaptação ou a reincidência dos sentenciados que pleiteiam comutação ou livramento condicional.

O próprio NICOLA PENDE, criador da nova ciência, entende que ela se destina a iluminar um largo setor do problema da constituição física e psíquica dos indivíduos, mas que está muito longe de proporcionar regras para conclusões verdadeiramente científicas.

Verifica-se, porém, que não foi improficuo o trabalho da Escola Positiva, mesmo naquela vereda lombrosiana “dell'uomo delinquente”. Aquêles outros postulados que recomendavam deixar em segundo plano o crime ou fato criminoso, para ter-se na maior atenção a pessoa do delinquente, foram se impondo à consciência de todos os penalistas e pode-se dizer que dominaram decisivamente a ciência penal, achando-se consubstanciados em disposições concretas de todos os Códigos modernos e de todos os projetos ainda em estudos.

No alentado volume *Scritti in onore de Enrico Ferri*, publicado em 1929, por ocasião de seu jubileu científico, encontra-se um balanço das duas escolas penais, feito por ENRICO DE NICOLA. Examina êle todos os institutos que vão sendo introduzidos na legislação nova, em virtude da doutrinação positivista, desde o “sursis” e o livramento condicional até as medidas de segurança.

Mostra que as inovações eram tão numerosas que SILVIO LONGHI chegara a propor que se elaborassem dois códigos, um contendo disposições repressivas, seguindo preponderantemente os ensinamentos da Escola Clássica, e um outro consubstanciando as disposições preventivas propugnadas pela Escola Positiva. Mas o que afinal veio a prevalecer,

em todos os projetos e nos Códigos que tem sido publicados nos últimos tempos inclusive no Código Italiano de 1930 e no Brasileiro de 1940, foi a harmonização das duas Escolas, tendo êsses monumentos legislativos acolhido a contribuição verdadeiramente impressionante da Escola Positiva, destinada à prevenção dos delitos e à individualização da pena.

E Cândido Motta tem, nessa estrondosa vitória do positivismo na legislação criminal brasileira, a mais confortante das recompensas, porque foi não somente um dos pioneiros do movimento no Brasil, como continuou sendo durante mais de 40 anos o combatente mais convicto. A sua atuação se realizou principalmente na Cátedra, criando, com o inolvidável GAMA CERQUEIRA, a mentalidade positivista e pragmática da maioria dos cultores do direito penal no Brasil, formados por mais de seis turmas de estudantes que ouviram as suas sábias lições.

Estas aí estão, nas inúmeras edições mimeografadas e impressas, para atestar-lhe a limpidêz do pensamento; e, ao lado delas, os substanciosos artigos e opúsculos publicados durante 40 anos.

Dentre êstes, destaca-se a *Memória sôbre os menores delinqüentes e seu tratamento no Estado de São Paulo*, apresentada ao 1.º Congresso Científico Pan-Americano reunido em Santiago do Chile em 1909.

Como deputado estadual, apresentou êle em 1900, à respectiva Câmara, o projeto de instalação nesta Capital do “Instituto Educativo Paulista.” As idéias novas contidas no mesmo provocaram intenso debate no congresso legislativo, especialmente no Senado, onde sofreu emendas, aparentemente de pouca importância, mas que vieram a demonstrar mais tarde a inconveniência de se quebrar o sistema idealizado por um técnico, que vira o problema no seu conjunto e em tôdas as suas minúcias. A própria mudança do nome, que passou a ser o de Instituto Disci-

plinar, constituiu um grande êrro, pois as idéias de pena e disciplina andam intimamente ligadas. Com muito mais simpatia seria o estabelecimento encarado se o seu nome sugerisse a idéia de uma casa de ensino, e não de um presídio.

Mas a emenda mais funesta foi a que, sob pretexto de não admitir o Código Penal da República o regime celular para menores, fêz uma nova divisão de classes, seguindo mais ou menos o critério das idades, em vez de adotar o da *perversão* ou *corrigibilidade*, que norteara o projeto.

Assim, não foi possível fazer-se um estudo individualizado de cada um dos menores recolhidos ao estabelecimento, a fim de proceder-se posteriormente à classificação, de maneira a evitar que os já pervertidos viessem a corromper os bons e que os *delinquentes* ficassem em contacto com os *simplesmente abandonados*.

A página 91 da referida memória, consignou Cândido Motta estas ponderações, a respeito da emenda:

“Outro ponto de nosso projeto que provocou os mais vivos protestos foi o que dizia respeito ao regime celular.

“Ninguém então se apercebeu que a cela só era contemplada no projeto em obediência a determinação expressa do Código Penal. Chegou-se mesmo a afirmar no Senado que o projeto instituía a prisão celular, quando o Código Penal da República, vedava tal regime aos menores! Foi evidentemente um lápso que o próprio Senador Paulo Egydio deixou passar em silêncio.

“Se o instituto fôsse destinado exclusivamente aos maiores de nove anos e menores de 14, que obrassem com discernimento ou aos menores vadios e vagabundos, as censuras seriam procedentes.

“Aos Estados da Federação Brasileira não é lícito legislar sôbre o direito penal; e para os menores da primeira categoria vigora a regra do artigo 30 do Código Penal, em virtude do qual serão êles recolhidos a estabele-

cimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos e para os da segunda vigora o § 2.º do art. 399, que os manda recolher a estabelecimentos disciplinares industriais, onde poderão ser conservados até a idade de 21 anos.

“Sem embargo de tudo isso, resta ainda saber se um regime celular não pode ser acomodado dentro dos institutos disciplinares, já que o Código não preestabeleceu o regime destes; e se não será mesmo uma condição salutar para a boa disciplina.”

Cita opiniões de MERCHERZ, PEYRON, PUIBARAUD, ARBOUX, Mme. DUPUYBESSIÈRE e outros, escritores, diretores de escolas correcionais e de prisões na França favoráveis ao recolhimento dos menores durante certo período em celas ou compartimentos individuais, a fim de serem observados e posteriormente distribuídos pelas diferentes secções do estabelecimento. E acrescenta:

“Além de tudo, há celas e celas. As celas nos velhos estabelecimentos europeus, como nos nossos, são, na sua generalidade, uns cubículos imundos de onde os encarcerados jamais saem em perfeita saúde. Estas celas parecem até servir para sofismar a pena de morte, porque produzem igualmente a morte, mas disfarçada, lenta, que vai pouco a pouco roubando as energias do indivíduo, fazendo com que o seu organismo fique saturado de germes morbíficos que, mais cedo ou mais tarde, determinam o seu completo aniquilamento para os misteres da vida.”

Transcreve uma descrição impressionante de uma dessas prisões, feita por ENRICO FERRI. E continua:

“As celas, porém, destinadas aos menores não podem ser tais *cobicoli*, que tanto horror causam aos homens de ciência: são quartos completamente isolados, segundo o nosso projeto, mas com a dimensão de três metros em quadra por quatro de altura. Numa cela destas o menor

acha-se num bom aposento, com a cubagem de ar necessária, com todo o confôrto, e portanto não pode dali sair enervado, o seu físico nada sofrerá e muito menos o seu moral; ao contrário, pode ter a calma e a energia para refletir sôbre as suas faltas e procurar o meio de corrigir-se, afim de tornar-se útil a sí, aos seus e à sociedade.”

Depois do advento da nova legislação sôbre menores abandonados e delinqüentes no Brasil, iniciada com a lei federal n.º 4.242 de 1921, o Estado de São Paulo criou o juízo especial de menores e deu as providências necessárias para a execução dessa lei. Nessa ocasião, em artigo publicado no “O Estado de São Paulo”, tive ocasião de dizer que faltava, na organização feita de acôrdo com um projeto elaborado pelo Sr. Ministro Costa e Silva, uma peça que me parecia essencial, isto é, o Abrigo Provisório, com celas individuais para observação dos menores recolhidos, verdadeiro laboratório de triagem a fim de serem distribuídos os recolhidos pelos pavilhões competentes. Fêz-se mais tarde o abrigo, mas sem os aposentos individuais que o velho professor e o novo doutrinador recomendavam. E o resultado é o que se tem visto: a indisciplina como base de tôda a vida no velho Instituto Disciplinar; a impossibilidade de evitar o contágio entre os delinqüentes e os simplesmente abandonados, entre os vadios e malandros inveterados e aquêles que para ali vão por não terem família. Não há diretor que consiga por ordem naquilo, nem mesmo os que para ali tem ido, e os que ali estão animados de verdadeira vocação apostolar.

Há em Londres um restaurante que fornece aos seus freguêses um cosido, cujo tempero já era elogiado por DICKENS e que é sempre o mesmo há vários séculos, porque nunca se tira o fôgo e nem se esgota o fundo do caldeirão, que vai transmitindo o sabor primitivo aos novos ingredientes, diâriamente acrescentados. Assim é o famigerado Estabelecimento do bairro do Tatuapé: por não ter sido adotado o ponto de vista do grande técnico no assunto que

era o Prof. Cândido Motta, formou-se ali um fermento de indisciplina, que vem se transmitindo de geração em geração dos seus frequentadores, não havendo energias físicas nem morais capazes de endireitar aquilo, pois há sempre um núcleo de almas empedernidas capitaneando as manifestações de hostilidade, desarmando tôda a fôrça moral e vencendo até a paciência de Jesus, que ali já apareceu personificado no grande juiz de menores que foi Oliveira Cruz.

Nos eruditos discursos pronunciados em 1898, na Câmara dos Deputados (*Revista da Faculdade de Direito*, Ano de 1898, pgs. 194 à 297), desenvolveu CÂNDIDO MOTTA tôda a argumentação dos adeptos da Escola Positiva contra a instituição do juri. Foi eloqüente e mordaz. Não lhe parecia razoável que a ciência penal não conseguisse inventar um órgão judicante capaz de assentar a justiça das suas decisões em normas jurídicas rigorosas, de maneira que o seu acêrto se equiparasse ao das leis científicas. O “veredictum” dos leigos sôbre assunto de ordem técnica, como é o da aplicação do direito, parecia-lhe coisa tão aventureira como tripular um barco com 12 indivíduos tirados à sorte, impelindo o mesmo para o alto mar, sem verificar prèviamente se algum dêles tinha conhecimentos, mesmo superficiais, da arte náutica.

Em 1924, ao discutir nova reforma do juri no Senado paulista, voltou à carga contra a instituição, que, numa sociedade civilizada, parecia-lhe aferrada a um método tão empírico de julgar, como o de tirar a sorte jogando os dados.

Mas, uma vez que se devia manter a instituição, entendia êle havia de conservar-se com os seus característicos essenciais. Profligou, porisso, com grande veemência, um dispositivo do projeto que estabelecia o julgamento secreto nos crimes sexuais.

Mostrou que não havia razão para temer o escândalo e que o decôro do Tribunal nada sofreria com a discussão

em público de fatos escabrosos, sendo muito mais prejudicial a exploração que dos mesmos costumavam fazer a imprensa e o cinema antes da censura. Mostrou que desde o direito romano a publicidade dos debates constituía uma das garantias dos direitos do cidadão. E terminou com estas palavras candentes de FERRI, o grande chefe da Escola:

“Mas, enquanto essa abolição não for proposta nem sancionada pela lei, constitue irrefragável obrigação respeitar o instituto do juri, tal como a lei o assegura. E consideremos como sintoma de anarquia moral ferir êsse instituto a golpes de estilete, com decretos que, sob pretexto de coordenar o novo Código Penal com leis existentes, tiram ao juri a competência de cêrca de metade das causas que o Código de Processo lhe atribuía” (*Revista da Faculdade*, vol. 22, págs. 177 a 203).

No estudo sôbre *As Antigas Penalidades* (*Revista citada*, págs. 224 a 229), mostra-se o grande penitenciarista que tanto concorreu para transformar nos modernos estabelecimentos de ensino profissional e agrícola, que hoje possuímos, os presídios brasileiros de então, que não passavam de depósitos ou de colônias de sentenciados, atirados em salões infectos ou nas ilhas longinquas, sempre na mais completa promiscuidade, como se vê da descrição que Souza Bandeira nos deixou da velha penitenciária imperial de Fernando Noronha.

No ensáio sôbre a mão de obra penal, que leu na Conferência de Criminologia reunida no Rio de Janeiro em 1933 (*Revista da Faculdade*, vol. 29, págs. 235 a 284), mais não faz do que reproduzir estudos antigos, como se vê da riquíssima bibliografia com que instrui os seus argumentos. Entretanto, as conclusões a que conduzia eram as mesmas que vieram a ser consagradas modernamente, quer na reunião de 1926 da Associação Internacional de Direito Penal, quer no Congresso de Praga, sôbre as vantagens do trabalho *al aperto*.

O seu pensamento é sempre o de que o trabalho higiênico constitui o melhor fator de regeneração. E nem podia conceber que ainda se viesse a discutir, no Congresso de Berlim de 1935, o postulado (que sempre lhe pareceu ao mesmo tempo jurídico, científico e humano) de que a finalidade principal da pena consiste em assegurar a defesa da sociedade, propiciando ao mesmo tempo a readaptação do delinqüente ao meio social.

Na dissertação sôbre *O Crime Político* (*Revista da Faculdade de Direito*, vol. 26, págs. 19 a 41), é onde melhor reponta uma das faces mais interessantes de seu espírito. Sendo positivista, estava, entretanto, muito longe da frieza com que os anatomistas da sociedade a dissecavam, não recuando diante de quaisquer conseqüências que daí adviessem, distribuindo, como GAROFALO, penas eliminatórias com a mesma insensibilidade dos Torquemadas e Carpzovios. Estudando o crime político, encara a figura do idealista que se bate pela melhoria das instituições sociais, com verdadeira fé e sentimentos altruísticos. Sem ter citado MAXWELL, que certamente ainda não havia publicado a sua distinção dos criminosos anterógrados e retrógrados quando o Prof. Cândido Motta assentara a sua doutrina sôbre o assunto, já estabelecia uma nítida distinção entre os espíritos geniais que precedem o seu tempo e agem impulsionados pelos grandes ideais, como CRISTO e SÓCRATES, e as mentalidades primitivas, os intelectos primários, que são verdadeiras revivescências atávicas de homens de outras eras e que, a pretexto de revolução social, investem como bárbaros contra tôdas as instituições sociais.

E é ainda o mesmo espírito liberal que constitui o sedimento de tôdas as suas reflexões na esplêndida contribuição que escreveu para as festas anchietanas, sob o lema patriótico de *São Paulo e a República*. Amarra no fundo da história, nimbada de romantismo, da fundação de São Paulo as raízes da nacionalidade. Dá-lhe como tronco e

sustentáculo o estupendo surto de ordem econômica, social e cultural que aqui se manifestou, aglutinando em tórno de São Paulo as demais unidades da federação. É o justo orgulho do bom paulista e melhor brasileiro, que aí se expande.

E por fim vemos culminar tôda a espiritualidade do humanista no planfleto *Nova Tormenta*, êsse brado de revolta contra a pulverização de todos os princípios de moral, de direito e de justiça, que a religião havia inspirado e a ciência definira, em dois milênios de civilização. Cumpre, assim, o seu dever de intelectual.

Depois de JULES BENDA haver chamado a atenção do mundo para *La traison des Clercs* surge o libelo de ARCHIBALD MAC LEISH, qual novo *j'accuse*, mostrando que são os intelectuais que devem responder por todo êsse descalabro que vai pelo mundo. Conservaram-se nas cômodas situações asseguradas pelo exercício das profissões liberais, do magistério da judicatura, das artes e das letras enquanto uma onda de anarquia e de ódio crescia entre as classes menos favorecidas da fortuna, dirigidas por falsos profetas, ia fazendo ruir o mundo desde os seus alicerces. Em outras quadras históricas tão tormentosas como a nossa e em que havia menos facilidade para a divulgação do pensamento e para transformar as idéias em fôrças sociais, correram para a liça os grandes tribunos, pregadores e escritores, tratando de dominar as expansões desordenadas, amainando o ódio, causticando as injustiças, levantando, acima das castas e das raças a bandeira da solidariedade humana.

CÂNDIDO MOTTA não traiu o seu dever. Consciente da sua responsabilidade intelectual, deixou o repouso a que tinha direito pela avançada idade e pela saúde cambalida, e veio a público com as suas duas últimas publicações, que constituem ao mesmo tempo uma advertência e um protesto.

Advertência de que as nacionalidades tem de ser mantidas de acôrdo com a sua formação histórica, política e cultural.

Protesto — contra os semeadores do ódio, contra os pregadores da luta de raças, contra os novos messias que lançam o mundo nesta pavorosa confusão de Babel, que tropejam a guerra pelas ondas do ar, que revolvem a terra a dinamite, que fazem monstros de aço sacudir as águas do mar. E é o fôgo que cai do céu, completado pelo gênio infernal das torturas, aplicadas a sangue frio, degradando mais a personalidade humana do que tudo quanto inventara a ferocidade dos bárbaros, naquele dantesco rol de suplicios das nefandas ordenanças e ordenações. (Discurso pronunciado em 16 de abril de 1942, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. XXXVIII, pág. 175 a 186).

Discurso de agradecimento do Professor Cândido Motta Filho.

Agradecendo a homenagem prestada ao Professor Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta, o Prof. Cândido Motta Filho, em nome da família, pronunciou o seguinte discurso.

“A família de Cândido Motta agradece esta homenagem, com a qual a Faculdade de Direito de São Paulo, fiel a seus desígnios, não deixa que seu nome se perca nas enxurradas do nosso tempo.

“Particularmente grato estou por ouvir o que disse, o meu amigo e colega de ano, professor Noé Azevedo que substituiu Cândido Motta, com extraordinário brilho, na cátedra de Direito Penal.

“A solenidade de agora faz-me lembrar que a vida de Cândido Motta poderia dar motivo para um livro de sucesso, porque foi uma vida carregada de acontecimentos, na qual predominou, com um incurável e fecundo romantismo, uma densidade humana pouco comum. Réstif de

La Bretonne, que foi um dos escritores mais fecundos de França, só se tornou famoso quando escreveu a vida simples de seu pai, de onde trouxe, para a curiosidade dos que gostam de ler, uma vida pacata e desprezenciosa, de um camponio ligado mais aos vinhedos e à terra vermelha de sua propriedade do que a acontecimentos de monta. Para Restif as recordações sôbre seu pai eram sedutoras, porque de um homem que foi “*commun et tous les jours...*”

Não perdendo de vista o que Joaquim Nabuco escreveu ou o que Afonso Arinos de Melo Franco escreveu, vejo que só tenho fôlego para evocar, numa reunião de família acadêmica, o que havia de demasiadamente cordial em meu pai: — a ternura de sua vida afetiva, a doçura de seus conselhos, a paciência de sua atenção, o exemplo de sua conduta de chefe de família, de homem público e de professor, a sua vontade de sobrepor às agruras e aos tormentos da vida o que a vida possui de melhor, nos ideais que elabora, nos princípios que compõe, tudo aquilo que resguarda a dignidade do homem, na dialética inevitável do bem e do mal.

Êle contava que dois acontecimentos foram sinaleiros de seu destino: — Nasceu em Pôrto Feliz, quando os voluntários de Araritaguába chegavam a Boiatuva, de volta da guerra do Paraguai. “Assim, dizia êle, nasci sôbre as promessas de paz e as esperanças republicanas.” O outro, foi o meu nascimento, o único filho sobrevivente que vinha à luz, quando êle se entregava, de corpo e alma, ao concurso da cadeira que conquistou. Seu filho seria conduzido pelo amor ao direito. Deveria acreditar no direito como êle acreditava e se tornaria também professor.

Foi, por isso, que procurou fazer sentir que eu devia viver nesta Casa como se fôsse a nossa casa. Lembro-me que, sem ter ainda alcançado os sete anos, subia, com êle, à cátedra e ficava, como animalzinho irrequieto, a ver a estudantada como um manancial de brinquedos. E mais tarde, me explicava que assim procedia para que eu fôsse

compreendendo porque o direito existe e porque o direito se confunde com a vida.

Daí, o seu lema: “pela paz que constrói e pelo direito que a assegura.”

Trabalhou muito, estudou muito e eu cresci em sua biblioteca como o gato Amilcar na biblioteca de Silvestre Bonnard. Machucou-se muitas vezes, com as decepções que a realidade jogou em seu destino. Propagandista da República, viu a República cair ao peso de suas próprias contradições e viu o país, que o regime deveria engrandecer cada vez mais, padecer os tormentos das revoluções e o mundo as tormentas da guerra de todos contra todos.

Morreu contudo, com a alma intacta no culto de suas crenças, com sua maneira de ver o homem como um milagre de Deus!

O professor viveu para esta Faculdade grande parte de sua vida. E foi da cátedra, diante de seus alunos, que deu graças por ter alcançado tudo o que alcançou!

Eu não poderia escrever sua vida, por que ela está demasiadamente em mim, nos meus filhos, nos meus netos e nos meus bisnetos. Só posso, e nem sei como posso, dar graças por ter tido um pai como tive e agradecer a esta Faculdade, ao seu eminente Diretor, e aos ilustres mestres, que tem assento na Congregação, êste instante de saudade, batido pelos doces perfumes de maio. E que, nêsse agradecimento, vejam também, nas minhas palavras, o transbordamento do que meu pai sempre pregou, sem jamais esmorecer: “a crença na paz que constrói e no direito que a assegura.”

Paulo José da Costa Junior Professor Titular de Direito Penal.

O professor Paulo José da Costa Junior, titular da cadeira de Direito Penal, desta Faculdade, nasceu na cidade de São Paulo, aos 15 de fevereiro de 1925. É filho do Dr. Paulo José da Costa e de D. Odete Dória Costa.

Fêz o curso ginasial no antigo Colégio Pan-Americano, diplomando-se em primeiro lugar no ano de 1940; obteve nessa época a segunda colocação em maratona intelectual de português, realizada em todo o Estado de S. Paulo.

Ingressou no Colégio Universitário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1941, obtendo os primeiros lugares e o primeiro prêmio em concurso promovido pela Associação dos Antigos Alunos, com a monografia *História da Academia Brasileira de Letras*. Bacharelou-se, em 1947, pela mesma Faculdade, conquistando sempre as primeiras notas, tendo sido premiado pelo Prof. Waldemar Ferreira com o trabalho *Do Ponto de Negócios*.

Em 1954, iniciou sua carreira de advogado criminal, freqüentando, com assiduidade, o juri da capital, onde alcançou significativas vitórias.

Inicia a carreira docente como professor assistente de Direito Penal, na Universidade Mackenzie, em 1958. Nos anos acadêmicos de 1959 e 1960, submete-se a vinte e dois exames orais sôbre matéria jurídica, biológica e sociológica, na Universidade Roma, obtendo o doutoramento com distinção, após defesa de tese. Nesse tempo, diplomou-se em Criminologia Clínica com o Professor Di Tullio.

Em 1961, por concurso de títulos e por unanimidade de votos da Congregação, conquista a cátedra de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; e, em 1965, na Faculdade de Direito da USP, por concurso de provas e títulos, obtém a docência livre da mesma matéria.

Lecionou ainda, na qualidade de professor visitante, no Instituto Universitário da Somália, no ano letivo de 1967.

Incumbido de missão cultural na Itália, por determinação do Ministério das Relações Exteriores daquele país, para o ano acadêmico 1966/67, serviu-se da oportunidade para elaborar a tese do concurso, do qual participaria dois anos mais tarde; nessa mesma época ministrou aulas nas Universidades italianas de Pádua, Pavia, Milão e Bologna. Em 1968 regeu, na Faculdade de Direito da USP, a cátedra de Direito Penal do 3.º ano noturno e a de Direito Processual Penal do 5.º ano noturno. Foi, ainda, professor regente de Direito Penal nos anos de 1968 e 1969, na Faculdade de Direito de S. Bernardo do Campo. Além disso, proferiu cursos no Instituto dos Advogados, para concurso de ingresso no Ministério Público e na Magistratura, nos anos de 1963 e 1965. Proferiu, também, inúmeras palestras e conferências em Universidades brasileiras e estrangeiras: na Universidade de Pádua, de Pavia, do México, de Coimbra, no Instituto Latino Americano de Criminologia, na Sociedade Brasileira de Criminologia e Ciência Penitenciária; no Rotary Club de S. Paulo, na Escola de Polícia, no Instituto Oscar Freire. Participou de ciclos de conferências promovidos pela Associação dos Advogados, Prefeitura da Capital, Secretaria da Segurança Pública do Estado e Fundação Casper Libero.

Como professor, dinamizou o estudo do Direito Penal e Processual Penal, realizando juris simulados e encaminhando estudantes a juris autênticos; realizando exames práticos, com lavratura de sentenças em processos criminais



arquivados; promovendo o estágio de estudantes nas diversas varas criminais da Capital; visitando, com os alunos, os presídios abertos e fechados de São Paulo e criando a biblioteca do detento.

O atual titular de Direito Penal exerceu, a par de sua atividade docente, outras atividades relacionadas ao Direito: em 1966, por resolução do governo do Estado, foi designado para presidir à Comissão destinada a regular o trabalho obrigatório nas cadeias públicas. Em junho desse mesmo ano, por decreto do então governador do Estado, Laudo Natel, foi indicado para a presidência do Instituto Latino Americano de Criminologia e nomeado, para o mesmo cargo, por decreto do Governo Abreu Sodré, em 1967.

Por ofício da Presidência da Federação do Comércio foi convidado a integrar, durante o biênio 1967/68, o Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política.

Representou em São Paulo a *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*; é o representante para todo o Brasil, da revista *Indice Penale*, editada pela Casa Cedam de Padua, sob a direção do Prof. PIETRO NUVOLONE, da Universidade de Milão.

É, ainda, membro da “Association Internationale de Droit Penal”, da “Société Internationale de Criminologie”, do “Istituto di Diritto Pubblico” da Universidade de Padua, da “Sociedade de Medicina Legal e Criminologia” de São Paulo, do “Instituto dos Advogados” e da “Associação dos Advogados” de São Paulo.

Como representante do Brasil e de São Paulo, apresentando, sempre, comunicações de reconhecido valor, participou de vários Congressos Internacionais: do II Congresso promovido pela ONU, em Londres, 1960, para prevenção do crime e tratamento do delinqüente; do IV Congresso Internacional de Criminologia, Haia, em 1960; do VIII Congresso Internacional de Direito Penal, em

Lisboa, 1961; do IX Congresso Internacional de Direito Penal, em Varsóvia, 1963; da II Reunião do Código Penal Tipo para a América Latina, quando presidiu à Comissão de São Paulo, na cidade do México, em 1965; do Colóquio comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal, Coimbra, 1967; da III Reunião do Código Penal Tipo para a América Latina, em Caracas, 1968; da VII Reunião Penitenciária Brasileira, realizada em Brasília e Goiânia, em 1958; do Comitê de Honra do Congresso Internacional de Juristas que teve lugar em Petrópolis, em 1963. Ainda, neste ano, foi designado pelo Presidente da República, para representar o Brasil em Kioto (Japão), no IV Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Criminosos, a realizar-se entre 17 e 26 de agosto próximo.

Em 1967, foi S. Ex.^a condecorado no grau de Comendador da Ordem do Grande Mérito, pelo Presidente da República Italiana, e, em 1968, recebeu o título de Presidente Honorário do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Sociais, de Baurú.

Culminando a extraordinária carreira, expõe os frutos de conscienciosa pesquisa jurídica e a rica experiência didática adquirida nas Universidades brasileiras e estrangeiras, em dois memoráveis concursos: em 1969, à docência na Universidade de Roma, sendo aprovado com louvor, após defesa da tese *Riflessione sulla "Aberratio Ictus"*, que havia de conter, necessariamente, cunho de originalidade e contribuição para a ciência jurídica internacional; e prova didática, a qual, como homenagem da banca examinadora ao candidato, foi interrompida após trinta minutos de preleção. Aceito o parecer da banca pelo Conselho Superior de Educação, emitiu-se o decreto Ministerial, (Ministero della Pubblica Istruzione), com data de 13 de agosto de 1969, que concede ao candidato o direito de lecionar em todas as Universidades e Institutos Universitários da Itália.

Em razão desse fato, inédito na América Latina, a Televisão Record concedeu-lhe o prêmio Roquete Pinto de 1969.

Em março de 1970, concorre à titularidade de Direito Penal, na Universidade de São Paulo, quando, em brilhante concurso de provas e títulos, defende a tese *O Direito de Estar só — Tutela Penal da Intimidade*, obtendo aprovação unânime.

Bibliografia.

O Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR é autor de várias monografias e artigos, em língua portuguesa e estrangeira, além de trabalhos de natureza doutrinária e razões de defesa, de sua atividade advocatícia. Traduziu do italiano as obras de Direito Penal de GIULIO BATTAGLINI e de GIUSEPPE BETTIOL, esta última anotada. Foi designado pelo Ministro NELSON HUNRGIA, antes de sua morte, para atualizar os seus *Comentários*, ao novo código e, atualmente, elabora o seu *Curso de Direito Penal*. Das publicações do novo professor destacam-se as seguintes:

Monografias.

Do Nexo Causal, São Paulo, 1964.

Da Tentativa, (Prêmio Alcântara Machado de Direito Penal, da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo).

Riflessioni sulla "Aberratio Ictus", Cedam, Padua, 1967.

O Direito de Estar Só. Tutela da Intimidade, São Paulo, 1969.

Artigos.

Legislazione e dottrina attuali nel Brasile, in "Scuola Positiva", Fasc. 1, 1961.

Consideraciones acerca de la supra-legalidad en el Derecho Penal, in "Estudios Penales", Universidad de Deusto, Bilbao, Espanha, 1965.

- Les circonstances aggravantes en Droit Brésilien*, in “Trabalhos Preparatórios ao IX Congresso Internacional de Direito Penal”, Varsóvia, 1963, publicado na “Revue Internationale de droit penal”, 1965, ns. 3 e 4.
- International Correction*, Universidade da Florida, EE.UU
- Imputabilidade e Menoridade*, in “Justitia”, vol. XXVIII.
- Responsabilidade de Diretor de Jornal em Crime de Imprensa na Lei Italiana*, in “Revista dos Tribunais”, n.º 296/52.
- As Moedas da Fonte e o Furto*, in “Revista dos Tribunais”, 315/483.
- Advocacia e Magistratura*, em “Problemas Brasileiros”, n.º 50, maio de 1967 e na “Revista dos Tribunais”, 385/320.
- O Transplante do Coração em Face do Direito Penal Brasileiro*, in “Problemas Brasileiros”, n.º 60, março de 1968.
- Presunzione normative di pericolosità e giurisdizionalizzazione delle misure di sicurezza*, in “Stato di Diritto e Misure di Sicurezza”, Padua, Cedam, 1962.
- La Rieducazione del condannato*, in “Anais da Universidade de Padua”, 1964.
- Limiti Penalistici alla libera manifestazione del pensiero*, in “Anais da Universidade de Padua”, 1966.
- L'esperienza Latino-Americana nel codice penale tipo*, in “Anais da Universidade de Padua”, 1967/68.

A solenidade de posse.

Em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre aos 30 de abril do corrente ano, o novo professor titular de Direito Penal toma posse do cargo.

Presidindo à sessão, o Prof. José Pinto Antunes, Director da Faculdade, designa os Professôres Noé Azevedo, Ernesto Leme e Basileu Garcia para que introduzam no recinto o Prof. Paulo José da Costa Junior.

Após a assinatura do termo de posse, S. Ex.^a recebe a saudação dos professôres, em palavras eloqüentes de seu intérprete, o Prof. Ataliba Nogueira.

Discurso de saudação do Prof. Ataliba Nogueira.

A primeira vez que fomos a Padua, no vêneto italiano, foi para conhecer as derradeiras paragens em que viveu o grande português, Santo Antonio; estudar melhor certos aspectos da sua missão e buscar documentos e ilustrações para um dia escrever-lhe a vida.

Percorridas com ansiedade as campinas paduanas, logo nos dirigimos para a monumental basílica, onde a arte incrementa o espírito religioso e a devoção a *Il Santo* leva a Jesus Cristo.

Nos dias seguintes, a biblioteca do convento, os arquivos, os museus. Foram quatro dias cheios, conduzido pelo mais novo dos seus biógrafos contemporâneos.

Ao cabo desta tarefa, decidimos visitar a vetusta e afamada Universidade de Padua, a primeira da Italia, depois de Bolonha.

Demora mesmo no centro da vida citadina. Buscamos o portão grande, monumental, já a primeira joia artistica que ostenta. Nele estão gravados os nomes dos estudantes mortos pela patria. Encontrava-se fechado. No imenso páteo, o bulício dos estudantes. Chamamos um deles, que prontamente ouve o nosso desejo de conhecer a Universidade. Quando soube que eramos professor de direito, disse-nos que frequentava o quarto ano.

— Mas, a entrada não é por aqui. É pelo portão secundário, na rua de São Francisco.

Lá nos aguardava. Levou-nos pelos pórticos imponentes, dóricos e jônicos. Deixando de lado as escadarias de mármore, endereçamo-nos para o elevador.

— Ora bem, disse-nos o jovem, quem lhe vai mostrar a Universidade já não serei eu, mas o mestre que aguarda o elevador.

Aproximamo-nos.

— É nosso visitante, professor brasileiro — diz êle. E procura nos bolsos o nosso cartão de visitas.

Adiantamo-nos, sem demora: Ataliba Nogueira, lhe dissemos.

— Benvenuto, replica ao apertar a nossa mão.

— Ah! o senhor é o professor Benvenuti?

— Não, o professor Benvenuti é de Milão. Disse-o, sem nenhum riso escarninho.

Era o ilustre professor Opocher, que nos levou por vários departamentos, seminários, grandes corredores, salas amplas. Por toda parte retratos e bustos de antigos docentes e de alunos ilustres, entre os quais um papa, vários reis, numerosos cardiais e príncipes, grandes vultos das ciências, das letras e das artes.

O interessante, porém, é que tanto Opocher quanto outros mestres, ao saberem que somos brasileiro, logo indagavam: — Como vai o professor da Costa?

Estavamos intrigados. Quem será o professor da Costa? A nossa resposta invariável: “Vai muito bem e se recorda sempre de Padua.” No decorrer das conversas é que identificamos o nosso antigo aluno do bacharelado, Paulo José da Costa, jovem e notável advogado criminal, devotado aos estudos de direito.

Foi então que soubemos que em Padua se havia preparado para o doutoramento em direito penal, na Universidade de Roma, dois anos antes, em 1960. Na cidade dos Cesares e dos Papas, submetera-se a longa série de exames de matérias conexas com aquela que elegera e, por fim,

defendeu tese com brilhantismo. Não só, pois também em Roma obtivera laurea no curso de criminologia do professor Benigno di Tullio.

— Ainda o ano passado, em 1961, informaram-nos, proferiu aqui, na Universidade de Padua, uma conferência sôbre “Stato di diritto e misure di sicurezza”.

Esclareceram-se então os motivos das suas grandes e frequentes ausencias do Brasil. Não ia ao velho mundo como turista, mas à busca da ciência, para estudar e preparar o seu futuro.

O segredo estava desfeito e a vocação de cada vez por êle mais perseguida, tenaz e satisfatòriamente.

Não obstante jovem, era admirado pelos mestres de Padua e, mais ainda, deles estimado. Giuseppe Betiol naquele dia estava ausente, mas por êle outros falaram do seu discípulo brasileiro.

Tudo isto se acrescentou ao nosso júbilo por visitar aquele luminar do ensino jurídico com o seu Museu dos cimelios universitários, com a velha cátedra onde se sentou Galileu, o grande físico e astrônomo italiano durante dezoito anos; com o seu *Teatro anatomico*, o primeiro da Europa (1594) e que serviu até 1872; com a estatua da sua brilhantíssima primeira aluna mulher, Helena Piscopia (1678).

Na patria adotiva de Tito Livio, na cidade de *Il Santo*, aperfeiçoou os seus estudos de direito penal e das ciências afins.

Na nossa Faculdade, em 1965, com a sua dissertação “Do nexo causal” e mediante as demais provas públicas, obtem o título de livre-docente e lhe é colado o grau de doutor.

Entremeia as suas atividades no Brasil com as viagens à Europa. Assim, passa a lecionar na Universidade Mackenzie e, posteriormente, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Ministra curso no *Instituto universitario della Somalia*; profere várias conferências em Padua, outras em Coimbra e Pavia; escreve trabalhos para o *Istituto di diritto pubblico* de Padua; *Association Internationale de droit pénal*, *Société internationale de criminologie*. Colabora na *Scuola positiva*, na revista da Universidade de Milão e na da Flórida, nos Estados Unidos. Aqui no Brasil, nas nossas revistas de direito. Profere palestras no *Instituto latino-americano de criminologia*, do qual foi diretor; no *Instituto de medicina legal e criminologia*. Participa de congressos científicos. Preside à comissão estadual incumbida de elaborar o regulamento do trabalho carcerário.

Novamente em Roma, submete-se às numerosas provas para a conquista, com as melhores notas, da livre-docência de direito penal, o ano passado, 1969. Não sabemos de outro brasileiro que haja obtido as laureas universitárias, na Italia, fazendo previamente os cursos e submetendo-se às arduas provas. O caboclo brasileiro, filho de pais bem brasileiros, fala o italiano como o mais culto dos peninsulares. Fala correntia, natural, sem sotaque, sem estrangeirismos e até com a abundante gesticulação.

Revelou-se-nos assim no próprio concurso para professor titular, cuja vitória propiciou esta brilhante solenidade da sua posse.

Não dormira com os triunfos alcançados. Nunca teve pressa de correr. Parecia até que a cátedra o esperava. Fatalismo? Não, sem sombra de dúvida. A pouco e pouco foi executando plano bem engendrado, com duas frentes de combate: uma aqui, outra na Italia. Os louros colhidos lá pelo seu trabalho insano ele os traria para que no Brasil tecessem a corôa do seu regosijo almejado e por fim alcançado.

Quando embarcou para a patria do direito, já levava os conhecimentos primeiros hauridos nas lições dos professores desta casa.

Aperfeiçôou-se acolá, em cursos de postgraduação, no preparo de dissertações, em cursos ministrados, em conferências, em artigos para revistas jurídicas.

Padua e Roma são os polos desta atividade, que se desdobrou por outras universidades.

Levara de São Paulo também a experiência de sua notável vida profissional, como cintilante advogado criminal, frequente nas lides do pretorio, especialmente no tribunal do juri, do qual guardamos saudade imensa, pelos treze anos de nossa promotoria na capital.

Por isto tudo soube escolher a tese de concurso, originalíssima — *A tutela da intimidade*, em que a novidade do assunto ressalta ainda mais a sua sustentação, erudita, clara, firme.

Tão pouco quis sobrecarregar o futuro código penal com mais uma *Tatbestand*, mas nele fazer figurar e castigar um fato que a oportunidade realmente justifica.

Além do mais, foi lucida a defesa das suas idéias e bem fundada. A alguns dos assistentes pareceu estranho a familiaridade com que se referia aos grandes professores do direito penal atual na Italia: Giuseppe Bettiol, Pietro Nuvolone, Giulio Battaglini, Franco Bricola, Vassali, Pisa-pia, Pedrazzi, Delitala, Pagliaro. Todos seus amigos.

E' que nós lhes acompanhamos as lições em seus livros, mas Paulo José da Costa abeberou-se nas palavras saídas dos seus labios, não apenas na cátedra, mas na convivência dos demais trabalhos em comum na universidade e no conchego do lar daqueles mestres. Conhece, aliás, na intimidade a vida italiana. E admira-a.

E' com prazer que saudamos o novo titular. E temos a honra de fazê-lo em nome da congregação, onde doutrinam os três grandes professores Basileu Garcia, Manoel Pedro Pimentel e Canuto Mendes de Almeida, mestres de penal e de processo penal. Aliás, regosija-se a nossa Faculdade por ter tido sempre grandes docentes destas disciplinas. Neste ato não é possível esquecer o seu bri-

lhante antecessor, o professor Soares de Mello. Por mais de trinta anos ocupou a cátedra, marcando a sua passagem pela Faculdade pelo fulgor da sua palavra. Orador nato, seus discursos eram galas nas comemorações acadêmicas, pompas que as assinalavam como certames da inteligência.

Na docência do direito penal Soares de Mello tinha a seu lado o ilustre professor Noé Azevedo e ambos foram continuadores do renome de Candido Mota e Gama Cerqueira.

Junta-se, portanto, mais um aos nomes preclaros dos nossos penalistas do passado e do presente.

Professor Paulo José da Costa, *Dominus custodiat introitum tuum.*

Senhores,

Não é nada agradável verificar que os mestres vamos envelhecendo e os estudantes são sempre jovens.

Parece mesmo pouco lógico que os estudantes das universidades alemãs cantem o seu hino medieval:

Gaudeamus igitur
iuvenes dum sumus;
post iucundam iuventutem,
post molestam senectutem
nos habebit humus.

Em carater individual ainda se podem admitir os versos, mas nunca em relação ao corpo acadêmico.

A mocidade é perene na Universidade. Nós passamos, ela permanece.

Daí a dificuldade para nós de realizarmos aquilo que se nos afigura tão valioso: *Manter vivaz o sentimento, frescas as tradições, importante a fama da nossa Faculdade de Direito.*

Como assim, se o tempo flui, se as instituições se transformam, se a ciência progride a passo acelerado, se a

mocidade anseia pelo novo e não quer o futuro, mas o presente?

O professor tem que se impor. Não é este precisamente o vocábulo. Mas, pelo saber, pela assiduidade, pelo interesse com que acompanha o progresso dos discípulos, impõe-se o mestre. Impõe-se ao respeito do aluno. O respeito leva à admiração, a admiração ao entusiasmo. E voltará a Universidade a ser a corporação de mestres e discípulos.

Não nos parece que a mocidade aspire sòmente a novidade. O seu anseio é pela verdade e pela ciência. A ascendência natural grangeada por este modo, leva o estudante a imitar o mestre e, assim, colhe o maior proveito.

A Universidade que é quase milenar, volverá aos seus primórdios de corporação de mestres e discípulos para a pesquisa da ciência e para o ensino do que foi pesquisado.

Com os processos de então, com os recursos do seu tempo, a nossa Academia cultivou a ciência, deu grandes nomes às letras jurídicas. Não há dúvida que fará ainda muito mais, com os métodos aperfeiçoados da nossa era, com os instrumentos tão numerosos quão novos de ensino e pesquisa. O próprio ambiente de antanho tão preso a verdades assentadas, à intolerância por quanto fosse novidade, ao desdenhar, como escusado e superfluo e inutil, o abandono das fórmulas arcaicas a que estavam aferrados, tudo levava ao *Esto perpetua*, com que encerra os seus comentários à constituição de 1824 um dos maiores filhos desta casa, Pimenta Bueno, marquês de São Vicente.

Aquilo que muitos apontam como males de hoje, justamente isto é que irá contribuir para o progresso da ciência e o renome da Universidade.

Como assim?

E' que hoje são postos em dúvida os dogmas politicos e jurídicos; as sentenças, até ha pouco irrecorríveis, de muitos sábios, a lição, embora altissima, de mestres doutos.

Não devemos pôr reparo na irreverência com que desacisadamente muitos fazem a demolição dos edificios do passado; na forma ousada com que demonstram a duvida; no escarneo com que acompanham o desmorrar-se de quanto até pouco tempo atras se tinha por sólido como o granito ou eterno como o bronze. Não justificamos o desrespeito nem os laivos de orgulho dos que assim procedem. Mas, vemos que êste é justamente o ambiente propício ao progresso da ciência e o momento em que o cientista com humildade, com curiosidade e com amor à ciência, irá pesquisar e trabalhar, lado a lado com os seus discípulos, buscando só e tão sòmente a verdade.

Há quantos séculos dizia Santo Agostinho: *Circulus et calamus fecerunt me doctorem* — A discussão e a pena a mim me fizeram doutor.

No encontro ou desencontro das proposições apura-se a verdade. E' o valor da polêmica, do debate oral, da controversia. E' abrir francamente o campo à disputa, à opposição de opiniões. Ventilam-se assuntos que não estão bem aclarados. Este é o comércio de idéias.

Os deuses do Olimpo, diz nos *Lusiadas* o nosso vate, Luis de Camões: “Debatem, e na porfia permanecem” (I, 34).

Entre os homens de ciência não há de ser assim. Não devem permanecer na porfia, uma vez que o companheiro lhe mostrou o fato ou lhe apresentou a melhor razão. Há de cessar desde então a porfia, pois não pode haver teima, ou teimosia ou obstinação em face da verdade. Antes havia a diferença de sentenças, a altercação de razões, mas daquele instante por diante cessa a peleja.

E' largo e sem limites o campo que se abre à pesquisa. E' imprevisível o seu resultado. Se foi lançada uma hipótese inicial, pode ela ser provada ou rejeitada. Ora, tal caminho a percorrer pode ser bem diverso do trilhado por outrem, mesmo de grande valor. Não há dúvida de que,

muito além da curiosidade, o homem de ciência há de enveredar por novos métodos, novas investigações, cónscio de que não há outro meio de se prosseguir no progresso da ciência.

Professor Paulo José da Costa,

A sua entrada para o corpo docente da velha Academia dá-se no momento em que sobrevém a reforma universitária. Ela preconiza, ao que nos parece, precisamente estes postulados a que acabamos de nos referir e que pressupõem a liberdade de cátedra.

Já é afeito o seu espírito a tais pesquisas, averiguações e debates. Viveu nas universidades italianas o trabalho em grupo. Não lhe será novidade.

Se tudo isto não é estranho à nossa Faculdade ou, por outra, lhe não é absoluta novidade, todavia a sua obrigatoriedade, agora, é incontestável vitoria de quantos desejavam êste passo na senda da docência do direito.

Quando cada departamento cobrar robustez e puder funcionar a velas pandas, o que por certo há de demorar, ver-se-ão os resultados esplendidos.

O cometimento, porém, exige não apenas homens, sejam mestres ou alunos dispendo de tempo e vagar, mas também ordenação jurídica consagradora da autonomia do departamento e do provimento da parte material, da receita do seu orçamento.

Esta última questão é resolvida, na América do Norte e alhures pelas fundações, com grandes cabedais e pela generosidade dos antigos alunos.

Entre nós um dia tal acontecerá, mas, por óra, as despesas universitárias só podem ser pagas pelo tesouro público.

Há quase um século, quando a celebrada universidade de Heidelberg comemorou o seu quinto jubileu, foi na mais alta das solenidades que o ministro do grão-ducado

de Baden, Nokk, proferiu o seu discurso, do qual salientamos esta frase: *Was die Wissenschaft von dem Staate fordert ist Geld*. “O que a ciência pede ao estado é o dinheiro”. E afirmou-o na presença do grão-duque soberano, por sua vez reitor da Universidade.

Que digam hoje os cientistas da Nasa e os cientistas do mundo inteiro se aquela afirmação é ou não verdadeira!

Sem a dedicação do mestre, sem o devotamento dos alunos, sem ordenação jurídica adequada, sem as larguezas do Tesouro, não há Universidade.

Prezado colega, seja bem-vindo em nosso meio e que Deus lhe ilumine as lições.

**Discurso de agradecimento do
Prof. Paulo José da Costa Junior.**

Agradecendo a saudação recebida, Prof. Paulo José da Costa Junior profere seu discurso de posse, em rápidos mas expressivos termos.

“Neste dia grande de felicidade infinita, de plenitude realizadora do grande sonho de fantasia de tão longos anos, meus agradecimentos profundos, minha eterna gratidão, minha comoção perturbadora.

“Aos céus, ao Deus todo poderoso que me concedeu tamanha graça.

“Aos Mestres, dantes e de agora. De cá e de além. Do primário longínquo. Do ginásio, do pré, do bacharelado. Da especialização nas terras estranhas e distantes, mas hospitaleiras. Que me abriram as portas do saber. Dissiparam-me as dúvidas. Acudiram-me nas aflições intelectuais.

“A meus pais: que me deram o ser e o exemplo dignificante. Sacrifício e orientação. Alento e dedicação altruísta e carinhosa.

“A meus filhos, pela obediência, admiração e estímulo.

“À minha mulher, guia moderadora, colega dedicada, companheira de tôdas as horas.

“A meus amigos queridos: que me reergueram nas prostações. Que assumiram corajosamente minha defesa, dos ataques traiçoeiros, desferidos pelas costas. Que me socorreram e que me prestigiaram, desprendidamente.

“A meus inimigos, que me acicataram o amor próprio e me encorajaram a empreender a luta leal, com denôdo.

“A meus alunos de ontem, colegas de hoje. Dedicados e autênticos. Que tanto me incentivaram e a quem tanto devo. Lançando dúvidas, assentimentos, críticas, aplausos. Com a seiva vivificadora, forte, sincera da mocidade.

“À douta Congregação, que se dignou acolher-me em seu augusto seio. Onde entrevejo figuras tão ilustres, tão queridas e bondosas, como aquela do ilustre orador que me saudou, com tamanha prodigalidade.

“A ti, vetusto casarão de São Francisco, que me hospedaste com carinho desde os idos de 1941, quando ingressei no antigo Colégio Universitário. Que hospedaste meu pai e meu tio avô, que aqui lecionou. Que aprendi a amar e venerar. A honrar e cultuar. A sentir-te a alma que se encerra na argamassa de granito. Gritando liberdade. Em todos os momentos dramáticos da história nacional. Com tôda a fôrça do idealismo enrigecido pela tradição dos séculos.

“A ti, Academia gloriosa do Largo de São Francisco, eu te agradeço comovido por me teres recebido em teus braços. E eu te prometo, minha querida Faculdade, que não haverei de trair-te, nem de decepcionar-te, na prova de confiança que me deste.”

ÍNDICE

IN MEMORIAM

Honório Monteiro — Philomeno Joaquim da Costa	7
Jorge Americano — Silvio Rodrigues	21
Luis Ambra — Moacyr Lobo da Costa	37

DOCTRINA

L'ALALC le marché commun de l'Amérique centrale et les integra- tions européennes au droit comparé — Rudolf Moser	43
Da invenção e do tesouro, como modos de adquirir a propriedade móvel — Washington de Barros Monteiro	55
Existiu em Roma direito comercial? — A. A. de Castro Corrêa	67
As leis municipais e o direito de construir — Dalmo de Abreu Dallari	105
Os direitos reais — R. Limongi França	127
Reflejos del derecho comunitário sôbre el derecho nacional — Gustavo Zanini	137

PARECER

Contrato de edição — Antônio Chaves	165
---	-----

CONFERÊNCIA E DISCURSOS

Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade — Antônio Chaves	193
O direito das coisas no nôvo código civil português — José Carlos Moreira Alves	215

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

Estudantes de São Paulo no arquivo de Ubaldino do Amaral — Hélio Vianna	259
--	-----

CRÓNICA UNIVERSITÁRIA

Centenário do nascimento de José Ulpiano Pinto de Sousa	301
Centenário do nascimento de Candido Nazianzeno Nogueira da Motta	313
Paulo José da Costa Júnior, Professor titular de direito penal	329
Discurso de saudação do professor Ataliba Nogueira	335
Discurso de agradecimento do professor Paulo José da Costa Júnior	344

INDEX

IN MEMORIAM

Honório Monteiro — Philomeno Joaquim da Costa	7
Jorge Americano — Silvio Rodrigues	21
Luis Ambra — Moacyr Lobo da Costa	37

DOCTRINE

L'Alac le marché commun de l'Amérique centrale et les intégrations européennes au droit comparé — Rudolf Moser	43
De l'invention et du trésor comme moyens d'acquisition de la propriété mobile — Washington de Barros Monteiro	55
Est-ce qu'il y a eu, à Rome, un droit commercial? A. A. de Castro Correa	67
Le droit de construire et les lois municipales — Dalmo de Abreu Dalari	105
Les droits réels — Rubens Limongi França	127
Les reflets du droit communautaire sur le droit national — Gustavo Zannini	137

AVIS PROFESSIONNEL

Le contrat d'édition — Antonio Chaves	165
---	-----

CONFERENCES

L'évolution, la nature et le fondement du droit de propriété — Antonio Chaves	193
Le droit des choses dans le nouveau code civil portugais — José Carlos Moreira Alves	215

CONTRIBUTION POUR LES MEMOIRES ACADEMIQUES

Etudiants de São Paulo dans les archives d'Ubaldo do Amaral — Hélio Vianna	259
--	-----

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE

Le centenaire de naissance de José Ulpiano Pinto de Souza	301
Le centenaire de naissance de Candido Nazianzeno Nogueira da Motta	313
Paulo José da Costa Júnior, titulaire de droit pénal	329

TABLE OF CONTENTS

IN MEMORIAM

Honório Monteiro — Philomeno Joaquim da Costa	7
Jorge Americano — Sílvio Rodrigues	21
Luis Ambra — Moacyr Lobo da Costa	37

DOCTRINE

The Alac, the Central America common market and the european integrations as to the compared law — Rudolf Moser	43
The invention and the treasure trove as means of acquiring movables — Washington de Barros Monteiro	55
There existed in Rome a commercial Law? — A. A. de Castro Correa	67
The right to build and the municipal laws — Dalmo de Abreu Dalari	105
The real estate laws — Rubens Limongi França	127
Influences of community law on national law — Gustavo Zannini	137

JURIDICAL OPINION

The contract of printing matter — Antonio Chaves	165
--	-----

CONFERENCES

Evolution, nature and fundamentals of property law — Antonio Chaves	193
The real estate law in the new portugese civil code — José Carlos Moreira Alves	215

CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

São Paulo students in the archives of Ubaldino do Amaral — Hélio Vianna	259
---	-----

UNIVERSITY CHRONICLE

The centenary of José Ulpiano Pinto de Souza's birth	301
The centenary of Candido Nazianzeno Nogueira da Motta's birth	313
Paulo José da Costa Junior, the new teacher of penal law	329



COMPOSTO E IMPRESSO NO ANO DE 1970, NAS OFICINAS DA
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S. A.,
RUA CONDE DE SARZEDAS, 38, SÃO PAULO, BRASIL.

ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).