

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
da
Faculdade de Direito

EM HOMENAGEM AO CENTENARIO
DE NASCIMENTO DO ILUSTRE MESTRE QUE FOI
JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR.

1956

VOLUME LI



Revista
da
Faculdade de Direito

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

VICE-DIRETOR

DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. GABRIEL JOSÉ DE REZENDE FILHO
DR. JORGE AMERICANO
DR. ERNESTO DE MORAIS LEME
DR. BASILEU GARCIA
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
DR. MIGUEL REALE

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1869-1944)

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (1869)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1953)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Internacional público
DR. VICENTE RÃO, de Direito Civil
DR. MÁRIO MASAGÃO, de direito administrativo
DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, de direito judiciário civil
DR. JORGE AMERICANO, de direito civil
DR. ERNESTO DE MORAIS LEME, de direito comercial
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, de direito comercial
DR. ALEXANDRE CORREIA, de direito romano
DR. LINO DE MORAIS LEME, de direito civil
DR. NOÉ AZEVEDO, de direito penal
DR. JOSÉ SOARES DE MELO, de direito penal
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR, de legislação social
DR. ALVINO FERREIRA LIMA, de direito civil
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, de direito judiciário penal
DR. BASILEU GARCIA, de direito penal
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA, de teoria geral do estado
DR. BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, de direito judiciário civil
DR. MIGUEL REALE, de filosofia do direito
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, de ciência das finanças
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR, de medicina legal
DR. CANDIDO MOTA FILHO, de direito constitucional
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, de direito internacional privado
DR. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, de direito judiciário civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, de introdução à ciência do direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES, de economia política

DOCENTES LIVRES

DR. VICENTE DE PAULA V. DE AZEVEDO, de direito judiciário penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO, de direito judiciário penal
DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS, de direito internacional público
DR. GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, de direito público e constitucional
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, de direito penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA, de direito penal
DR. SINÉSIO ROCHA, de direito penal
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de direito judiciário civil
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO, de direito comercial
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, de direito civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de medicina legal
DR. ALFREDO BUZUID, de direito judiciário civil
DR. FLÁVIO QUEIROZ DE MORAIS, de direito penal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, de direito civil
DR. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de direito penal
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA, de direito romano
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET, de direito constitucional e de economia política
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR, de direito constitucional
DR. NICOLAU NAZO, de direito internacional privado
DR. MOACIR AMARAL SANTOS, de direito judiciário civil
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES, de direito judiciário penal
DR. ALBERTO M. ROCHA BARROS, de introdução à ciência do direito
DR. VICENTE MAROTA RANGEL, de direito internacional público
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR, de direito civil
DR. JOSÉ LUÍS DE ALMEIDA NOGUEIRA PORTO, de economia política
DR. ROBERTO PINTO DE SOUZA, de economia política
DR. CAIO PRADO JÚNIOR, de economia política
DR. JOSÉ PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES, de economia política

SECRETÁRIO

* SR. FLÁVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
da
Faculdade de Direito

EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO
DE NASCIMENTO DO ILUSTRE MESTRE QUE FOI
JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR.

1956

VOLUME LI



COMISSÃO DE REDAÇÃO

PROFESSÔRES:

DR. BASILEU GARCIA

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA

DR. MIGUEL REALE

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO:

MARIA ANGÉLICA REBELLO

O PRESENTE FASCÍCULO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. FOI MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DE SEUS PROFESSORES, EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO ILUSTRE MESTRE, QUE FOI JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR.



1956

SÃO PAULO

João Mendes Júnior, mestre de processo.

Gabriel de Rezende Filho

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

Nesta época que atravessamos, de tão marcado utilitarismo, assoberbados pela luta de todos os dias, quando tempo não nos sobra para repousar e poder voltar atrás, evocando as horas felizes de nossa juventude, a sessão de hoje representa, sem dúvida, um momento de pausa, permitindo-nos volver os olhos do espírito para a nossa gloriosa Faculdade, a Academia de outros tempos, com seus mestres a ensinarem no vetusto casarão de São Francisco, dentre os quais, como estrela de primeira grandeza, pelas suas qualidades intelectuais e morais, surgia, resplandecente e inolvidável, a figura de João Mendes Júnior.

O melhor de nossa vida é o passado, são aquêles dias felizes e descuidados de época já tão distante, cheia de recordações, quando nos animava sadio otimismo e não éramos ainda sacudidos pelas dificuldades da vida pública, que nos iria trazer desilusões e, por vêzes, um certo desencorajamento ante a rudeza das tarefas e a crua realidade das coisas.

Sentimos, por isso, transcorridos — aí de nós — oito lustros de nossa formatura, sentimos uma profunda saudade dos tempos acadêmicos, daquela quadra tranqüila de estudos e brincos juvenis, quase intraduzível em palavras, já que para tanto nos faltam engenho e arte.

E nem porque regressamos depois à Casa comum, arastados pela fôrça irresistível do destino, alcançando, com

grande esforço, a cátedra, seguindo, assim, a nobre carreira de nossos antepassados, e nem porque aqui vivemos há tanto tempo, dedicados de corpo e alma à nossa missão de professor, podemos deixar de nos comover intensamente quando nos é dado o ensêjo de rememorar as glórias passadas e os eminentes vultos que por esta Academia passaram.

E na evocação que o nosso espírito vai fazendo, tudo como que se aclara e ressurge, e as imagens vão avultando e emergindo dêsse passado, dando-nos a sensação de que o presente se une ao passado e prepara o futuro para as novas gerações.

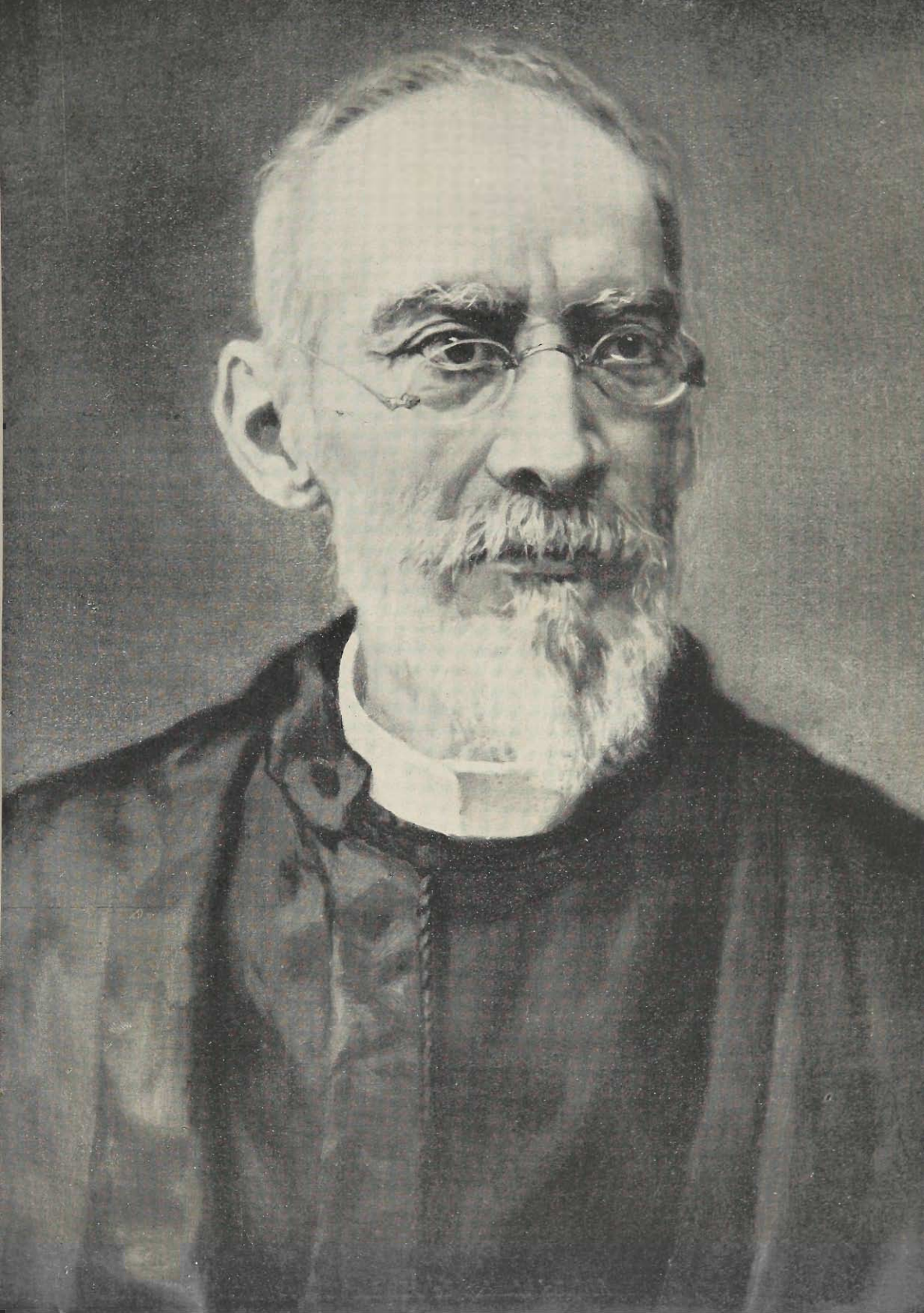
São os mestres de outros tempos, todos êles desaparecidos, que vamos tirando do fundo de nossa memória, grandes sombras da velha Faculdade, figuras imponentes de época longínqua, que passou definitivamente.

Dentre êles, nunca nos esquecemos de João Mendes Júnior.

Com aquêle seu ar abstrato, como que alheado das coisas terrenas, tipo de asceta, com a face macerada pelas vigílias do estudo, João Mendes Júnior era o mestre exímio, venerado por todos, respeitado pela vastidão e segurança de seus conhecimentos filosóficos e jurídicos, amado pela doçura e fidalguia de suas maneiras, impondo-se como um dos luzeiros mais expressivos da Congregação de então.

Não foi, todavia, o nosso professor mais proficuo, mas isso se devia não apenas à doença pertinaz que, ao nosso tempo, o afastava da cátedra por longos períodos, como principalmente à deficiência do curso de Direito Processual, o qual, pela lei de ensino, compreendia apenas o 5.º ano, tornando, assim, rudimentar e incompleto o estudo de tão árdua e importante disciplina.

No entanto, pela sua impressionante figura e pela autoridade de seus ensinamentos, João Mendes Júnior era um



autêntico mestre e, ainda hoje, todos os seus discipulos dêle se recordam com profunda saudade.

* * *

Proclamada a independência do Brasil, continuaram ainda a vigorar entre nós as Ordenações Filipinas, de acôrdo com o decreto da Assemblêia Constituinte, de 20 de outubro de 1823, até que fôssem elaborados os códigos pelos quais dever-se-ia reger o Brasil.

Outorgada por Pedro 1.^o a Carta Constitucional de 1824, urgia completar os princípios gerais na mesma consigna-dos, princípios garantidores da liberdade, da segurança individual e da propriedade, com leis processuais adequadas, que com os mesmos tão íntima conexão mantêm.

O que nos legara Portugal era, afinal, uma legislação que não podia mais acomodar-se ao nosso país, ditada, como fôra, por necessidades de outras épocas, com um espirito retrógado, exigindo as condições e os anseios dos brasileiros modificações legislativas melhor ajustadas ao nosso meio.

Uma decisão da Regência, em 1831, punha em evidência o lamentável estado da administração da justiça, dizendo que contra esta erguia-se “um geral clamor público, em grande parte devido à minuciosidade de um processo que tantos recursos oferecia às trapaças dos litigantes.”

Surgiu, afinal, o famoso regulamento comercial 737, de 25 de novembro de 1850, sem dúvida alguma um verdadeiro monumento, que atesta o alto padrão da cultura jurídica dos homens do Império, talvez a obra legislativa brasileira mais admirável em todos os tempos, segundo a consagração geral dos nossos maiores juristas.

Pela distribuição da matéria, pela precisão da linguagem, pela simplificação dos atos processuais, pela redução dos prazos, por uma melhor organização dos recursos, o

regulamento 737 marcou sem dúvida uma fase de progresso em nosso direito processual.

Mas, êste regulamento applicava-se apenas às causas comerciais, e não se destinava a reger o processo civil.

As causas cíveis continuaram a ser disciplinadas pelas vetustas Ordenações Portuguézas, acrescidas de leis extravagantes, alvarás, assentos e cartas régias, consolidadas em 1876 pelo Conselheiro Ribas, com aprovação da resolução imperial de 28 de dezembro daquele ano.

Na primeira metade do século 19, surgiu a figura de José Antônio Pimenta Bueno, visconde e depois marquês de São Vicente, que aos nossos anais políticos e às letras jurídicas legou uma notável obra, que para sempre lhe aureolou o nome.

Os seus dois livros “apontamentos sôbre o processo criminal brasileiro” e “apontamentos sôbre as formalidades do processo civil”, que ainda hoje se consultam com proveito, assinalam o empenho de Pimenta Bueno pela boa administração da justiça e pela melhor e mais adequada sistematização do processo, cujos atos e têrmos, dizia êle, devem preencher a finalidade de proteger os litigantes, facilitando também aos juizes o conhecimento da verdade para a boa applicação do direito.

Adrede escolhera, para marcar o pensamento orientador de seu trabalho, a frase de *Faustin Hélie* “*les hommes ne sauraient être libres et tranquilles si la justice est mal administrée.*”

Preocupou-se Pimenta Bueno, principalmente, com as formas processuais, isto é, com o aspecto extrínseco do processo, fiel à lição dos praxistas, mas é de justiça salientar que êle foi além, ao precisar que “estudar as leis não é estudar apenas as suas expressões, mas sim também a sua teoria, os seus princípios, a razão, extensão e valor de seus preceitos e seu fim de pública utilidade, porque o direito funda-se na boa razão.”

Quando Paula Baptista, o notável professor de Recife, publicou, em 1855, o *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, extraordinária foi a repercussão de seu trabalho, no qual, a par de seu profundo saber jurídico, se evidenciava a originalidade de seu pensamento.

No opúsculo “Paula Batista, atualidades de um velho processualista”, o eminente colega, professor Alfredo Buzaid, estuda carinhosamente a obra de Paula Batista e salienta, com inteira justiça, que “a sua bagagem científica é realmente pequena no tamanho, porém grande no esplendor do seu gênio, na independência do seu espírito e na repercussão da sua obra, em que se revelou um precursor, que, antecipando-se aos demais quase meio século, reuniu, ordenou e sistematizou os elementos para a revisão científica do direito processual civil brasileiro.”

Quanto ao Barão de Ramalho, professor da nossa Faculdade, apegado à tradição portuguesa, revelou em seus livros a preocupação de conservar o processo, que herdáramos de Portugal, constituindo, por isso, a sua obra um repositório da lição dos praxistas, um compêndio de prática forense, que em nada contribuiria para a renovação do processo civil pátrio.

Na sua “*Praxe Brasileira*” e na “*Prática Civil*” não há pensamento filosófico e nem o recurso aos princípios que animam e informam a processualística.

Estávamos já nos fins do século 19 e ainda não saíramos dessa fase procedimentalista, que, aliás, dominava nos países latinos.

Assinala MANFREDINI que “o processo civil era, então, como que uma filha abandonada, uma pobre gata borralheira. . . Os grandes juriconsultos e os grandes reformadores com êle não se preocupavam, julgando-o indigno de excitar o ardor de seus generosos espíritos. Os práticos o tinham apenas como um meio de tratar das causas em juízo e de ganhar dinheiro.”

Desdenhado, relegado, assim, à condição de mero capítulo do direito civil, sem autonomia, o processo ficou ainda durante muito tempo à margem do movimento que tão alto elevou os demais ramos da ciência jurídica.

João Monteiro, que ingressara, em 1883, nesta Faculdade, após haver lecionado várias disciplinas, fôra nomeado catedrático de Processo Civil em 1896.

A sua famosa obra “Teoria do Processo Civil e Commercial”, em 3 volumes, iniciada em 1899, terminara em 1901.

Embora se apoiasse na doutrina dos praxistas, uma vez que, apesar da aplicação do regulamento comercial 737 ao cível, o nosso direito civil continuava ainda a reger-se pelas vetustas Ordenações, modificadas em vários pontos pelas leis imperiais e pelas leis da nova república, João Monteiro distinguiu-se como um espírito lúcido e arejado, como um pesquisador de reais méritos, vulgarizando entre nós a melhor doutrina processual do momento, especialmente a italiana.

Dizia que o processo não pode ser considerado apenas como a forma estabelecida pela lei para as causas em juízo, como a arte das fórmulas forenses, afastado, assim, de “princípios, teorias, sistemas, induções ou deduções lógicas, dêsse sôpro coerente e definido das heterogenizações fisiopsicológicas que animam, orgânica e funcionalmente, todo e qualquer domínio da atividade social”

O processo, acrescentava, é a própria dinâmica do direito, e o direito judiciário constitui uma verdadeira ciência com princípios certos e generalizações corretas.

O direito judiciário é o complexo das leis e das formas segundo as quais o Poder Judiciário restabelece o equilíbrio das relações de direito violadas ou ameaçadas ou sòmente as declara de modo solene para garanti-las contra possíveis lesões futuras.

Abandonando de vez a velha tradição, dava João Monteiro um passo para a concepção publicística — que hoje

a todos nos empolga — colocando o processo no campo do direito público.

Demonstrou, no seu Tratado, prodigiosa cultura, através da citação e da crítica dos trabalhos dos melhores processualistas de seu tempo, franceses, italianos e alguns alemães.

Não se encontra, porém, em sua obra referências ao movimento renovador que se fazia então, de modo cada vez mais acentuado, na Alemanha, movimento de largas proporções, que traria, afinal, profundas conseqüências com a modificação dos rumos da processualística civil.

Com efeito, em 1868, OSCAR BULOW, com a sua famosa obra “teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais”, desbastara o caminho para criar a ciência do processo, que até então não passava de uma mera descrição dos fenômenos processuais.

Posteriormente, ADOLF WACH publicava, em 1888, o Tratado sôbre a ação declaratória, como figura geral de tutela jurídica, repelindo o tradicional conceito do processo como contrato ou quase contrato judiciário e ensinando aquilo que já vislumbrara HEGEL, e explanaram BULOW e KOHLER — o processo como relação jurídica. (CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, n. 17).

Colocando a ação, definitivamente, no campo do direito público, WACH ensinava que ela é — não um simples atributo do direito subjetivo individual, ou êsse próprio direito em atitude de reação contra a violação — mas um direito autonomo, de natureza exclusivamente processual, um direito subjetivo público, pertencente a qualquer individuo, titular de um direito material, a fim de obter do Estado que êste lhe conceda a tutela jurídica mediante uma sentença favorável.

E dentro de sua doutrina, classificava as ações, não pelo seu objeto, de acôrdo com a tradição civilística, mas atendendo apenas aos efeitos das respectivas sentenças, a saber, em ações declaratórias, constitutivas e de condenação.

As idéias alemãs, todavia, não penetraram desde logo no meio jurídico dos países latinos, observando CARNE-LUTTI que os franceses, principalmente os franceses, viviam ainda na fase procedimentalista, aferrados à concepção privatística do processo, utilizando-se do método exegético, sem aprofundar o estudo da história dos institutos e sem lhes dar conveniente sistematização científica.

Verdade é que, na Itália, eminentes juristas haviam, por êsse tempo, aberto horizonte novo à processualística, mas sem chegarem pròpriamente a uma renovação completa dêste importante ramo do direito.

ANTÔNIO CASTELLARI, por exemplo, dedicou-se a investigações históricas e LUDOVICO MORTARA, nos seus Comentários ao Código de Processo Civil, fêz a crítica, com bastante discernimento, às teorias em vigor, planeando um novo quadro para nêle colocar em posição destacada o processo.

E LUIGI MATTIROLO, o autor que João Monteiro preferia, embora o seu afamado “tratado de direito judiciário civil italiano” constituísse, como diz CHIOVENDA, um tesouro de máximas judiciais, com ensinamentos práticos hàbilmente ligados à exposição doutrinária, na verdade não chegou a fazer a revisão dos institutos e nem a construir um sistema capaz de favorecer o surto da disciplina.

Deve-se, inegavelmente, a CHIOVENDA, o mestre de processo civil da Universidade de Roma, através de seus sucessivos trabalhos e de seu constante e fadigoso apostolado doutrinário, a realização de monumental obra, vulgarizando a doutrina alemã, acrescendo-lhe valiosa contribuição pessoal e construindo, enfim, o sistema processual moderno, que tanta repercussão e decisiva influência teve em todos os países latinos, especialmente no Brasil.

* * *

Exatamente nessa época, com João Monteiro ainda na cátedra, exalçando-a com a sua formosa inteligência e pro-

digiosa cultura, surgiu JOÃO MENDES JÚNIOR como professor da mesma disciplina.

Bacharel pela nossa Faculdade, havia defendido, teses com grande sucesso, em 1879, para obter o grau de doutor em direito e, posteriormente, em 1889, através de brilhante concurso, fôra nomeado professor substituto.

Em 1896, afinal, fôra designado para reger a cadeira de teoria do processo civil, comercial e criminal.

Tornou-se desde logo um vulto proeminente da Congregação, firmando-se como uma das mais altas expressões do saber jurídico em nossa terra.

Espírito profundamente conservador, avêso a inovações, que muitas vêzes, em verdade, não passam de coisas saídas através de roupagem nova, enganando aos menos avisados, João Mendes Júnior pôs sempre em relêvo o valor do opulento corpo de doutrinas herdado de Portugal, imprimindo brilho excepcional à sua obra, que é inconfundível, que se distancia da de seus antecessores, porque nela aplicou de modo constante, sem jamais quebrar-lhe a harmonia do conjunto, os princípios filosóficos de sua preferência os princípios aristotélico-tomistas.

Ecarou o processo, sob o ponto de vista ontológico, como substância, como instituição una, com características próprias.

Não se limitou a uma sistematização processual superficial, citando dos institutos como se apresentavam nos termos das leis vigentes, simplesmente descrevendo-os, nem ficou no asuismo enfadonho da prática forense.

Tudo, no campo por êle hábil e pacientemente explorado, tudo foi submetido a um rigoroso tratamento científico.

Que segurança, que lógica, que amplitude há em tôda a sua profunda lição!

Estabelecidos os princípios, ia êle pouco a pouco tirando as conseqüências e as conclusões, usando de linguagem precisa, evitando expressões equívocas, afastando-se de di-

gressões sem maior alcance, realizando, em suma, um trabalho de perfeita unidade, em que tôdas as partes acabam se entrosando naturalmente dentro do sistema idealizado.

Seguia o método dedutivo, *a priori*, método analítico-sintético, como êle próprio definia, que decompõe para recompor.

Afirmava que o método indutivo, *a posteriori*, exclusivamente sintético, porque sòmente compõe, serve para as ciências físicas, mas não é aconselhável para as ciências morais, entre as quais se inclui o direito.

Os que se utilizam dêsse método indutivo, preocupam-se apenas com os fatos e as leis, ao passo que os seguidores do método dedutivo levam em conta, além dos fatos e das leis, as causas que produzem os fatos e os princípios que legitimam as leis.

Aplicando, assim, o método *a priori*, João Mendes Júnior construiu o seu sistema processual, partindo sempre dos princípios e jogando com as causas aristotélicas para chegar a conclusões certas e precisas, com admirável unidade lógica.

As três noções fundamentais, que formam o conteúdo do Direito Judiciário Civil — expressão de seu agrado, embora equivalente a Direito Processual Civil — são a jurisdição, a ação e o processo pròpriamente dito.

Como disciplina autônoma, o Direito Judiciário é o complexo dos princípios e das leis que regem a atividade do Poder Judiciário e dos que a êle requerem ou perante êle litigam na administração da justiça.

É ciência e legislação, porque abrange princípios e leis.

A jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos-causa específica da atividade do Poder Judiciário.

O aspecto novo da doutrina de João Mendes Júnior, que deve ser ressaltado, consistia no entrosamento que fazia entre a jurisdição e os mandamentos constitucionais.

Já no seu “processo criminal brasileiro” havia ensinado que “o processo criminal tem seus princípios, suas regras e suas leis; princípios consagrados nas constituições políticas, regras cientificamente deduzidas da natureza das coisas, leis formalmente dispostas para exercerem sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha quase mecânicamente a imparcialidade. As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais. As formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. . . As leis do processo são regras práticas, pelas quais cada legislador buscou aplicar aos fatos e às circunstâncias os princípios constitucionais e as regras da ciência. ”

No “direito judiciário brasileiro” continuou a mesma lição, afirmando que “o Poder Judiciário é instituído para garantir a realização dos direitos individuais e, para isso, os respectivos órgãos devem ter jurisdição, isto é, a função de conhecer dos fatos e de dizer o direito” e que as formalidades do processo são necessárias, porque cada ato processual é um meio não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos.

Vigoroso, ainda, se manifestou o gênio de João Mendes Júnior ao conceituar a ação judiciária.

Baseando-se na doutrina tomista, ensinava que a lei é substância e a ação um de seus acidentes: *actio est accidens quo mediante substantia producit effectum*.

Se o efeito da lei se realiza pacificamente pela manifestação da vontade individual, a ação se faz ato — ato jurídico; mas, se o efeito próprio da substância não se realiza dada a oposição da vontade individual, a lei, neste caso, tem por si um de seus acidentes, que é a ação.

Violado ou ameaçado o direito individual, a lei, na ordem social, reage pela força do poder público mediante a ação judiciária.

Dai, o texto do art. 75 do nosso cód. civil: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

Para definir a ação, jogando com as quatro causas aristotélicas, João Mendes Júnior, considerou-a sob quatro aspectos.

Na acepção subjetiva, tendo-se em vista a causa eficiente, a ação é um atributo do sujeito, um direito do indivíduo.

Adotando a clássica definição de CELSO — *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* —, dizia que a ação é o direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido.

Na acepção objetiva, levando-se em conta a causa final, a ação é o remédio de direito para pedir ao juiz que obrigue a outrem a dar ou fazer aquilo de que tem obrigação perfeita.

Na acepção material, quanto à causa material, a ação é o litígio em juízo acêrca de uma relação de direito, ou, por outras palavras, aquilo que, na linguagem vulgar, se denomina pleito ou demanda.

Finalmente, na acepção formal, tendo-se em vista a causa formal, a ação é a série ordenada e processual de atos formalizados pela lei para o litígio em juízo sôbre uma causa ou relação de direito.

Estas acepções, concluia João Mendes Júnior, são o resultado de uma abstração, importando uma distinção no conceito, mas não uma separação na coisa.

Afastava-se, assim, das definições de ação, que juristas estrangeiros e nacionais haviam oferecido, afirmando, com a autoridade que possuía, que elas não sobrepujavam a sua, pois umas eram incompletas, outras redundantes, outras não exprimiam o gênero próximo ou a diferença específica, e outras não exprimiam coisa alguma.

Quase tôdas manifestavam mais a imaginação dos definidores que a coisa definida. .

Admirável também a doutrina do mestre sôbre o processo pròpriamente dito.

O movimento, dizia, tendente a um fim imediato, consiste em um só ato, mas quando êste fim não pode ser conseguido imediatamente, o movimento é continuado por atos intermédios que, para realizar a tendência e dirigir-se para o fim intentado, devem seguir para diante, coordenadamente, uns causando os outros.

O movimento assim dirigido chama-se processo, de *pro*, adiante, e *cedere*, ir, visto que os atos intermédios, uns causando os outros, na ordem da anterioridade e da posterioridade, seguem para diante até chegar ao seu último térmo. Processo, pois, ontologicamente, é o movimento dirigido para diante.

Assim, o processo judicial é o movimento dos atos da ação judiciária.

Todavia, acrescentava de maneira admirável, é preciso não confundir processo com procedimento, expressões que geralmente andam confundidas nos trabalhos processuais.

O processo é uma direção no movimento; o procedimento, é o modo de mover e a forma em que é movido o ato.

Em sua derivação etimológica, o sufixo *mentum* exprime os atos no modo de fazê-los e na forma em que são feitos.

Assim, a prática forense é um procedimento que consiste no modo de fazer e na forma em que é feito o ato forense.

O procedimento, em suma, é o movimento em sua forma extrínseca, enquanto o processo é o movimento dos atos em sua forma intrínseca.

A forma extrínseca vem acrescentar-se ao ato já constituído em sua espécie, dando-lhe, na manifestação sensível, formas accidentais, que podem ser diferentes, sem alterar-lhe a substância.

Assim, por exemplo, a proposição da ação, a contrariedade podem ser feitas por simples exposição, ou por itens e articulados, sem que, por isso, deixe de ficar constituída

a ação ou a contrariedade; estas e outras formas extrínsecas dos atos processuais podem ser manifestadas oralmente ou por escrito, sem que se lhes mude a substância.

Que preciosa lição, pelas importantes conseqüências que advem da necessária distinção entre processo e procedimento!

No entanto, esta distinção não é feita geralmente pelos processualistas.

Veja-se, por exemplo, entre outros, ENRICO REDENTI, no “*profilo pratici del diritto processuale civile*”, o qual, depois de assinalar que o vocábulo processo se usa para exprimir o fenômeno da administração da justiça, quando entra em atividade de funções a respeito dos casos concretos, desde o primeiro ato que lhe dá início até o momento em que legalmente se exaure através da sentença, ensina que, nesse sentido, também podem ser utilizadas as expressões “procedimento” e “procedura”.

CHIOVENDA, porém, que conceitua o processo como o conjunto de atos que visam a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual, distingue o procedimento como o conjunto das atividades das partes e dos órgãos jurisdicionais mediante as quais a lide procede do principio até o fim, e que se acham submetidas a diversas condições, denominadas formas processuais em sentido estrito.

Mais incisivo é FRANCESCO CARNELUTTI, no seu “*Sistema del diritto processuale civile*”, vol. 3.º, pág. 40: “uma exigência metodológica imprescindível para o estudo do procedimento, a qual se resolve, como acontece quase sempre, numa exigência terminológica, leva-me a observar com o maior rigor possível a distinção entre o conjunto de atos que se praticam para a composição da lide e a ordem ou sucessão dos mesmos; o primeiro destes conceitos deve ser chamado de processo e o segundo de procedimento. Embora seja tênue, para não dizer capilar, a diferença do significado dêstes dois vocábulos, e embora seja hábito

usá-los indiferentemente, chamo a atenção dos estudiosos para considerar essa distinção, sem a qual quase impossível será pôr ordem no conjunto dos fenômenos, que a teoria do procedimento ensina a conhecer.”

Vê-se, pois, que, nos princípios do século, João Mendes Júnior distinguia o processo do procedimento, lição repetida, cinqüenta anos depois por Chiovenda e Carnelutti.

Uma vez que o processo se exerce pelo procedimento na instância, João Mendes Júnior, dentro, como sempre, da sua escola, utilizando-se da linguagem filosófica apropriada, ensinava que a instância é a existência fluente do mesmo móvel no curso do movimento.

Por outras palavras, é o juízo enquanto se lhe expõe o pedido e a contestação, enquanto se lhe levam os instrumentos da postulação e os probatórios, e enquanto se julga a mesma causa.

Há instância enquanto existe o litígio em juízo.

Hoje, vai predominando entre os processualistas a opinião de que a instância é uma relação jurídica, que se forma entre o autor e o réu e entre êles e o juiz, como representante do Estado.

Instância e relação processual são, portanto, termos sinônimos.

A instância, como ensinava João Mendes Júnior, tem aspecto dinâmico e esta é exatamente uma das características da relação processual, a qual, diferentemente das demais relações jurídicas, uma vez formada, não se estabiliza, mas transforma-se e vai evoluindo até a formação da coisa julgada.

* * *

Ai ficam, resumidamente, os aspectos mais importantes da grande obra processual do exímio mestre, que foi João Mendes Júnior.

Impossível seria, evidentemente, estudá-la em suas minúcias, através de uma simples conferência, mas, ainda

assim, procuramos ressaltar-lhe a unidade, a harmonia e a originalidade.

Embora esteja superada em alguns pontos pelos modernos trabalhos de eminentes processualistas, a obra científica de João Mendes Júnior permanece íntegra, digna de emparelhar-se às melhores escritas em outros idiomas.

A sua influência, como bem assinalou Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz (apontamentos sôbre a noção ontológica do processo), está destinada a crescer no espírito das novas gerações. O tempo emudece muitos ecos da trombeta da fama, mas perpetua e ninba de um brilho redobrado o nome dêsses homens raros, cuja obra tem o condão de imprimir novas fôrças ao pensamento.

De João Mendes Júnior disse o saudoso professo REINALDO PORCHART que era “o tipo mais completo de juriconsulto que passou pela Congregação da Faculdade de Direito, porque, ao lado de seus profundos conhecimentos jurídicos, era um verdadeiro filósofo, fundando sempre a sua doutrina nas claras noções das coisas, dos princípios e das causas, de acôrdo com Aristóteles, de quem fôra fiel e brilhantissimo discípulo.”

E outro eminente professor desta Faculdade FRANCISCO MORATO, o seu substituto na cátedra, por ocasião da sessão solene da Congregação, consagrada à memória de João Mendes Júnior, salientou que “o exímio processualista foi insigne na ciência, insigne no caráter e insigne na modéstia. Na ciência, aprofundou-se em quase todos os ramos dos conhecimentos jurídicos, sociais e filosóficos, conquistando a palma de uma das maiores cerebrações do Brasil; no caráter, tomado o térmo como expressão de firmeza e constância na conduta e modo de agir, morreu com as idéias em que nasceu e das quais nunca se desviou, na esteira das tradições e da nobreza de sua ilustre prosápia; na modéstia, enfileirou-se entre os poucos que, penetrando a pequenineza da vida e o fundo da verdadeira sabedoria, se deixam perfumar do sôpro da santidade.”

Na época confusa em que vivemos, batida de pruridos iconoclastas, é dever nosso — entre o que nos vem do passado e o que nos espera no futuro — defender o opulento corpo de doutrinas que nos legaram os nossos maiores, afeiçoando-as às necessidades do pensamento moderno e concorrendo, com o nosso esforço, a nossa dedicação, e, principalmente, com alto sentimento de brasilidade, para que mais se aperfeiçoe o direito nacional.

A fôrça da tradição — a grande fôrça desta Casa mais que centenária, fôrça invisível, mas poderosa, nos levará certamente a cultuar sempre, com carinho e desvêlo, o seu renome e o seu passado de glórias.

Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior.

Miguel Reale

Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia —
Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Sua posição filosófica

1 — Há escritores cuja situação no mundo da Filosofia facilmente se configura, não só pela substância mesma de suas idéias, como pelas profissões de fé que sentem a necessidade de ir fazendo, reiteradas vêzes, ao longo de sua atividade intelectual.

Tais posições podem tornar-se ainda mais pronunciadas e definidas quando adquirem certo sentido polêmico, máxime quando se defrontam portadores de idéias novas com corajosos defensores das doutrinas tradicionais. Foi o que se deu no fim do século passado e no início dêste, na Faculdade de Direito de São Paulo, ao travar-se um diálogo, marcado por vivacidade sem acritude, entre João Mendes Júnior, o escolástico, e os adeptos da Filosofia positiva, com Pedro Lessa à frente.

Bem nítida, por certo, a distinção dos dois campos, os mesmos que então dividiam a intelectualidade brasileira, situando-se em plano distinto apenas a obra de Farias Brito, como uma voz de transição, prenunciadora de algumas das questões mais palpitantes do pensamento contemporâneo. Esta missão singular desempenhada pelo autor da *Finalidade do mundo* só pode ser contestada por manifesto espírito sectário, quaisquer que possam ser as restrições

cabíveis à sua doutrina, nem sempre liberta de influências oriundas dos sistemas criticados.

Numa atmosfera carregada de positivismo e de naturalismo spenceriano, João Mendes Júnior mantém-se a vida inteira fiel à linha tradicional da Escola, com a fé e o entusiasmo mais próprios dos que se julgam na vanguarda inovadora dos princípios. A originalidade não o seduz; tem receio do novo ou do imprevisito, dos estudos “sombreados pela preocupação da novidade”, consoante a frase de restrição crítica por êle empregada ao analisar a *Teoria do Processo Civil e Comercial de João Monteiro* (1).

Por mais fidelidade que se tenha a uma doutrina, pode acontecer, todavia, que os debates acabem influenciando no espírito dos contendores: certas idéias vão lenta e imperceptivelmente se insinuando no campo adverso, ocultando-se nas dobras de uma terminologia alheia, mal ajustada a princípios e a inspirações desconformes. Nem falta a hipótese extrema e paradoxal de uma troca inadvertida de posições quanto a êste ou àquele outro ponto da polêmica, como se assistisse razão a Soren Kierkegaard ao lembrar-nos, com finura, a ambivalência do ser humano “que é continuamente o seu contrário”.

Focalizando as divergências que separavam os dois grandes mestres de nossa Faculdade, não seria desarrazoado perquirir o alcance da influência porventura exercida pelo tradicionalismo de João Mendes Júnior sôbre as teorias de Pedro Lessa, que admitia, embora a seu modo, a validade de uma *lei natural do Direito*, assim como via na Metafisica “um conjunto de especulações sôbre os seres e os fenômenos, que não podemos conhecer cientificamente”, e que “só o acanhado e vesgo espírito de seita repele” (2).

(1) V *Rev. da Fac. de Direito de São Paulo*, vol. VII, 1899, pág. 34. Nas notas sucessivas farei referência a esta publicação, indicando o volume, o ano e a página, da seguinte forma: *Rev.*, VII, 1899/34.

(2) *Rev.*, IV, 1897/13.

Da mesma forma, não é de se excluir o impacto da então chamada “Filosofia científica” sôbre o modo de pensar de João Mendes Júnior, não só o atraindo para a meditação de seus coevos, como atenuando os exageros de seu racionalismo abstrato, às vêzes desligado do real e do concreto.

São considerações que me acodem logo no início destas notas de estudo, destinadas à análise dos pressupostos filosóficos que condicionaram a obra de um jurisconsulto, para quem a especulação filosófica não foi algo de ocasional ou de periférico, mas se inseriu poderosamente no cerne de sua vigorosa contribuição às letras jurídicas pátrias. É, pois, “sine ira ac studio”, antes com objetividade e simpatia, que me proponho acercar-me dos trabalhos de João Mendes Júnior, visando situá-lo nos quadros do pensamento jurídico nacional, procurando não ser influído por imagens ou clichês consagrados.

2 — No caso do antigo professor de *Prática Forense* e de *Teoria e Prática do Processo Civil, Comercial e Criminal*, não se pode, em verdade, asseverar que seja infiel a imagem que a tradição nos oferece de um defensor ardoroso e intemerato da Escolástica, mais correspondente ao seu temperamento severo, pouco dado a originalidades e a cortes críticos no processo da cultura, mas é necessário precisar melhor o sentido de sua participação no movimento geral de renovação do tomismo operado a partir de meados da passada centúria. (3)

Por outro lado, além do problema central de sua caracterização como “escolástico” ou “neo-escolástico (expressões que não são evidentemente sinônimas) é mister indagar de outras fontes inspiradoras de seu pensamento, pertinentes à cultura jurídica, desde os praxistas lusos, aos

(3) Para uma explanação da doutrina de João Mendes Júnior segundo o prisma “aristotélico-tomista”, v. Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz — *Apointamentos sôbre a noção ontológica do processo*. São Paulo, e o estudo de Ester de Figueiredo Ferraz — *A orientação filosófica de João Mendes Júnior*, em “Ensaios de Filosofia do Direito”, São Paulo, 1952, págs. 12 *usque* 55.

quais êle devota admiração carinhosa e constante, até Jhering e a outros juristas de seu tempo.

Cabe desde logo observar que até mesmo historiadores de formação tomista, como o Padre Leonel Franca, ao analisarem a obra dos escolásticos no Brasil, omitem o nome de João Mendes Júnior, apesar de merecerem referência autores de menor significação no desenvolvimento de nossas idéias (4), o que talvez se explique por não ter êle publicado uma obra específica de Filosofia, salvo as páginas de seus *Elementos de Psicologia e de Lógica*, com uma “Sinopse da história da Filosofia” (5)

Quem, no entanto, entra em contato com os trabalhos jurídicos de João Mendes Júnior, não pode deixar de se surpreender com uma preocupação bem rara entre os cultores de Jurisprudência, qual seja a de buscar sempre os pressupostos filosóficos dos institutos e dos sistemas. À luz dessas páginas, que não são esporádicas, mas constituem parte essencial da obra do jurista, e à vista da influência exercida sôbre colegas e discípulos, até nossos dias, não será exagero afirmar que foi o nosso mestre de Direito Judiciário a figura mais representativa da Escolástica em São Paulo nas três primeiras décadas do regime republicano.

3 — Desnecessário é rememorar aqui o que foi o surto do pensamento tomista na segunda metade do século XIX, desde a atividade do grupo da “Civiltà Cattolica” e os esforços decisivos de Taparelli d’Azeglio, Liberatore, Sanseverino e Kleutgen até os aplausos da Encíclica “Aeterni Patris” do papa Leão XIII (1879), irradiando-se com redobrado sucesso através de Lovaina, Paris, Milão ou Friburgo.

(4) V. Leonel Franca — *Noções de história da Filosofia*, 8.^a ed., Rio, 1940, págs. 301 e segs.

(5) Edição póstuma, com prefácio de Reynaldo Pochat, São Paulo, 1937. Trata-se de lições organizadas para seu filho, João Mendes Neto, quando êste se preparava, em 1914, para os exames de admissão à Faculdade de Direito. A sinopse de História da Filosofia é uma conferência proferida em 1916.

Pois bem, êste movimento teve no Brasil dois lídimos representantes no mundo da Jurisprudência: José Soriano de Souza no Norte, e João Mendes de Almeida Júnior no Sul; o primeiro se defrontando com a pena sarcástica de Tobias Barreto e Sílvio Romero; o segundo, em fase posterior e em ambiente menos propício a paixões filosóficas, se deparando com os positivistas heterodoxos e os evolucionistas de Piratininga.

Se, no entanto, Soriano de Sousa escolheu com acêrto, no dizer de Leonel França, “entre os escolásticos modernos os que melhor interpretaram o pensamento antigo e mais contribuíram para a sua reabilitação” (6) o nosso João Mendes Júnior preferiu a Escolástica ibérica do século XVI, muito embora revelasse conhecer a obra dos renovadores do tomismo e fôsse afeito ao estudo direto dos textos de Santo Tomás. (7)

Não é demais, a esta altura, relembrar que a história do pensamento filosófico no Brasil, até época bem recente, não pode ser feita à margem das Faculdades de Direito de São Paulo ou do Recife, não só por terem sido os dois focos irradiadores por excelência das idéias universais no País, como pelo significado intrínseco do que nelas se ensinava. No que se refere à formação e ao desenvolvimento das idéias no Brasil, constitui lacuna inexplicável a de fazer-se abstração do diálogo ou da polêmica travados entre os escolásticos e os adeptos da chamada Filosofia cientí-

(6) *Op. cit.*, pág. 303.

(7) João Mendes Júnior comprazia-se em invocar ensinamentos de Henrique de Gand, o *doctor solemnus*, a-propósito da “causa material”; de Francisco Mayronis, o *doctor illuminatus*, quanto à “causa formal”, etc., (o que suscitou a crítica irônica de Pedro Lessa, *Rev.* VII, 1899/132, sôbre os “abantesmas da Filosofia medieval”) mas fazia questão de ponderar deverem todos ser lidos com a correção do *doctor angelicus*... (v. *Rev.*, I, 1893/117, n. 1 e 122, n.º 2).

fica, e que dividiam, às vêzes violentamente, os catedráticos de Direito. (8)

4 — A posição filosófica de João Mendes Júnior, como acima foi dito, corresponde cronologicamente à chamada geração intermédia da neo-Escolástica, isto é, à geração situada entre a dos iniciadores da renovação e a de nossos dias, — esta mais dedicada ao fundo do que às roupagens verbais do pensamento tomista, e dotada de incontestável vigor metafísico, com mais apurado senso histórico, como o demonstram os estudos de Gilson, Maritain, Sertillanges, Olgiati, Grabmann, etc. Espiritualmente, porém a situação de nosso juriconsulto talvez se caracterize melhor como derivação tardia da Escolástica hispano-portuguesa da Contra Reforma.

Os progressos do tomismo na segunda metade do século XIX, conseguindo reconquistar um lugar de relevo no diálogo universal das idéias, após o seu quase eclipse nos horizontes da cultura moderna; a revisão de vários princípios superados pela crítica de Descartes, Kant e seus continuadores; uma preocupação maior pelos problemas da ciência; o abandono de sua antiga terminologia, pouco correspondente às formas de sentir e de pensar do homem contemporâneo, tudo, em suma, que pode representar algo de novo e capaz de distinguir o *neo-tomismo* (visto como

(8) Pedro Lessa manifestava plena consciência desse problema, em palavras mais atuais do que nunca: “Apague-se a história das academias jurídicas do Brasil, e a história da nação brasileira será um enigma. Entretanto, em torno dessas duas academias tem-se ouvido, nos últimos tempos, um surdo rumor de vozes adversas, que não poucas vêzes se alteiam até se converterem em formais increpações e ameaças de extermínio” — *Rev.*, 1896/331. Só o tolo preconceito contra as Faculdades de Direito, tão inconsistente e frágil como o de atribuir-se ao “bacharelismo” a responsabilidade por todos os males nacionais, só um estrabismo cultural dessa ordem explica o silêncio reiterado ou a meia compreensão de certos círculos sobre tudo quanto provenha de juriconsultos como João Mendes Júnior, Pedro Lessa, Clovis Bevilacqua, ou Lafayette Rodrigues Pereira.

êste não abandona as teses centrais de Santo Tomás) atua no espírito do mestre João Mendes Júnior como fermento de entusiasmo e de confiança na posição assumida, como o combatente que peleja com mais ardor ao saber da existência de aliados travando a mesma batalha. Não nos iludamos, porém: as suas convicções permanecem imutáveis, ainda e sempre fiéis à linha aristotélico-tomista tradicional, continuando a preferir até mesmo a técnica expressional dos doutôres antigos, que pode ter virtudes de precisão, mas sôa rudemente aos nossos ouvidos. (9)

Não se pense, com efeito, que êle estivesse identificado, no fundo e na forma, com os mestres cujo nome invocava cheio de júbilo e de confiança, contrapondo a fôrça do tomismo às pretensões da Filosofia positiva. Tal entusiasmo não afetava o seu apêgo à linguagem tradicional da Escolástica, que êle se habituara a admirar nos textos dos praxistas.

5 — À primeira vista pode parecer que João Mendes Júnior se enfileire entre os neo-tomistas, como acontece na famosa polêmica com Pedro Lessa, ao lembrar os nomes de Saint Hilaire, Liberatore, Sanseverino, Broglie, etc., para proclamar, com insólita vibração:

“Em suma, as obras modernas, em geral, vão buscar no Filósofo (sic) as primeiras noções e no Anjo da Escola (sic) as definições: Carrara vai buscar na Escola o seu método ontológico para a análise do crime; Puglia, apesar de todo o seu positivismo, empenhado em definir o crime,

(9) “O latim dos filósofos do século XIII não tem pretensões literárias, escreve Maurice de Wulf. Tôdos sacrificam a forma à idéia. Porém, a sua terminologia técnica é precisa. Nos grandes escolásticos, a lingua possui clareza e vigor” (*História de la Filosofia Medieval*, trad. cast., México, 1945, vol. II, pág. 19). Depois do século XV generalizou-se, no entanto, o emprêgo de uma série de expressões esteriotipadas, a que João Mendes paga pesado tributo.

recorre, não a Francisco Bacon, mas a Santo Tomás de Aquino. Enfim, a Escolástica será a Filosofia do século XX”. (10).

Não é, porém, com menor entusiasmo que assevera:

“Por fim, observe o ilustre professor a Escola a que pertenceram Heinecio, Vinnio, Strykio e Boehmero, e a que se filiaram praxistas reinícolas e os nossos mais notáveis juriconsultos pátrios: Morais dividiu o exame das nulidades dos contratos e dos instrumentos em quatro partes, tendo em vista as causas material, eficiente, formal e final, conforme a classificação da Escola; Guerreiro escreveu um tratado de Ética escolástica, sob o título *Escola Moral*; Mendes a Castro, Gomes, Vanvergue, a cada passo, se referem à Escola e à sua terminologia; Melo Freire, Pereira e Souza e o próprio Almeida e Souza eram escolásticos; o nosso saudoso Teixeira de Freitas, na sua monumental introdução à Consolidação das Leis Civis, deixou, na técnica que emprega, o cunho da mais rigorosa subordinação ao método escolástico; os nossos juriconsultos são, em geral, escolásticos, sem que ficassem acobardados por aquela nota dos Estatutos de Coimbra, pela qual o poderoso ministro Pombal denominava a Escolástica — Filosofia dos árabes”. (11)

É na esteira dos praxistas que o nosso Autor aplica as noções da Lógica aristotélica, nos moldes da Escolástica, não só nos seus trabalhos de *Prática Forense*, — cujo programa é dividido em quatro partes, segundo as *quatro causas* da atividade forense, considerando-se, outrossim, a matéria *ex qua, circa quam et in qua*; a causa formal *ut*

(10) *Rev.*, VII, 1899/155.

(11) *Rev.*, VII, 1899/155. Quanto a Teixeira de Freitas, pelo menos, parece-me discutível a afirmação de João Mendes Júnior. Cf. *infra*, n. 21. Já em 1893, João Mendes Júnior se referira ao escolasticismo dos praxistas, notadamente a Moraes, no *de execut.*, L. II, cap. XVIII, n.º 25, em relação aos contratos. *V. Rev.*, I, 1893/116, nota 1.

species, ut exemplar, etc (12) — como em seu *Direito Judiciário Brasileiro*, no qual a mesma orientação prevalece, notadamente quanto à análise do processo sob o prisma da velha noção escolástica de “movimento”. (13)

Por aí se vê que a aplicação de ensinamentos escolásticos na concepção do Direito Processual não constitui uma inovação de João Mendes Júnior, mas antes a continuação de uma tendência dominante no direito reinol, a que êle concientemente se filia, chegando a determinações conceituais e terminológicas a que os especialistas não têm regateado louvores.

O “aristotelismo” de João Mendes Júnior

6. No ensaio sôbre a orientação filosófica do jurista, cujo centenário se comemorou em 1956, Ester de Figueiredo Ferraz lembra que, de tôdas as disciplinas filosóficas, a que mais atraiu o seu espírito foi a Lógica, explicando-se tal predileção por ser a que melhor se presta ao papel de ciência auxiliar da Dogmática Jurídica. A Filosofia teria sido, para êle, principalmente uma “*ancilla Jurisprudentiae*”:

“Em atenção à Jurisprudência estudou com carinho a Filosofia. Ter-se-ia dedicado, com igual fervor, à matemática e às ciências físicas ou naturais, se tais disciplinas fôsem indispensáveis ao melhor conhecimento do Direito.

“E é por isso, porque a Filosofia, para João Mendes, representou mais um instrumento útil à construção de sua obra jurídica, que não exerceu o grande processualista in-

(12) *Rev.*, IV. 1896/251 *usque* 289. Êste “programa de ensino” é bem característico da “forma mentis” de nosso autor, revelando a influência concomitante da Escolástica e dos praxistas.

(13) *Direito Judiciário Brasileiro*, Rio-São Paulo, 1940, 3.^a edição págs. 227 e segs. A primeira é de 1918.

fluência decisiva sôbre o pensamento filosófico de sua época”. (14)

Não me parece, todavia, seja bem esta ou só esta a razão da preferência de João Mendes Júnior pelas cogitações lógicas. Talvez o problema possua raízes mais profundas, ligando-se ao cunho de “praticidade” ou de “instrumentalidade pragmática” que, em geral, assinala o pensamento luso, onde o *Orgánon* de Aristóteles não raro prima sôbre a *Summa* de Santo Tomás.

É irrecusável a predileção natural de seu espírito pelos grandes problemas da Lógica e da Dialética, o que explica o seu menor interêsse pelos ensinamentos da *Ética a Nicômaco*, ou pelas páginas da *Summa* dedicadas às questões de ordem moral. Também os grandes lógicos modernos e contemporâneos o atraem, como o demonstram os resumos e notas especiais dedicados a Bacon e a Stuart Mill na já lembrada *Sinopse da história da Filosofia*.

Por outro lado, não será demais focalizar o sentido do “aristotelismo” de João Mendes Júnior, enquadrando-o na evolução do pensamento português e brasileiro.

Analisando, com olhos desembaraçados de preconceitos perturbadores, o panorama da nossa cultura, parece-me possível estender, em parte, ao Brasil a tese de Cabral de Moncada sôbre o valor dominante da Escolástica em sua terra, como uma espécie de “constante” ou de “núcleo resistente” na linha entrecortada das múltiplas influências recebidas. Tal reconhecimento deve ser feito objetivamente, muito embora possam variar os critérios de sua estimativa, pois, se não falta quem enalteça tal fato, outros o consideram a causa essencial da insignificância dos luso-brasileiros no concêrto da Filosofia ocidental.

Diz o citado mestre de Coimbra, focalizando a questão do ponto de vista da Filosofia Jurídica, que todos os mo-

(14) Ensáio cit., pág. 54. Como veremos, a influência de João Mendes Jr. foi bem grande entre os juristas da geração posterior.

vimentos de idéias ocorridos em Portugal, desde o racionalismo iluminista até ao krausismo e ao positivismo, apontavam, afinal, “com balas diferentes, ao mesmo alvo: o escolasticismo de nossa mentalidade histórica e misoneista, sempre pouco propensa a abraçar novidades nos domínios do pensamento filosófico”. (15)

É a razão pela qual, acrescenta Moncada, algumas doutrinas modernas, “perdida uma boa parte da sua virulência ao transpor a fronteira, tinham acabado por envergar, ao fim de algum tempo, uma veste escolástica”

“Sempre e em todos os momentos que se seguiram às mais violentas crises de nossa cultura nacional, o espírito escolástico tinha acabado por se instalar na raiz do pensamento português”. (16)

Pode-se dizer que no Brasil as coisas se passaram mais brandamente, pois tempo houve em que os nossos escolásticos, falhos de conhecimento mais profundo da doutrina tomista, deixaram o campo livre aos espiritualistas ecléticos, primeiro, e aos positivistas e evolucionistas, depois. Não é menos certo, porém, que, quando se operou a reação contra o naturalismo do século XIX, após a experiência singular de Raimundo de Farias Brito, e quase como derivação de seus ensinamentos, o que tivemos foi um renascimento da Escolástica, enquanto que, na Europa, a crítica ao positivismo abria perspectivas às teorias mais vivas do pensamento contemporâneo, como às do neo-kantianos, neo-hegelianos, bergsonianos, etc. Em suma, até época bem recente, não será exagero afirmar que, no diálogo ou na polémica das idéias, a Escolástica tem sido, no mais das vêzes, “o outro interlocutor”, com maior ou menor brilho, mas sempre representativo de uma constante no pensamento nacional.

(15) Cabral de Moncada, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal*, 2.^a ed., Coimbra, 1938, pág. 142.

(16) *Op. cit.*, pág. 143.

Escolasticismo e anti-escolasticismo em um contraste permanente, revesando-se apenas os adversários da Escolástica sob a inspiração de múltiplas doutrinas. Daí as soluções ecléticas, as composições e as justaposições ditadas por necessidades práticas imediatas, ou por certa tendência para fugir das tensões espirituais violentas ou duradouras. No que se refere aos domínios jurídicos, por exemplo, êsse ecletismo conciliador, nascido de um fundo desejo de composição harmônica ou vistosa, revela-se nos nossos seguidores do espiritualismo de Cousin, nos jusnaturalistas inspirados em Krause, no jusnaturalismo ajustado à doutrina de Kant, como no caso do Conselheiro Lafayette, e até mesmo no setor positivista, como é exemplo Pedro Lessa.

Os momentos de franco e aberto contraste com a Escolástica têm sido mais de críticas externas e de virulência verbal do que de clara e positiva consciência de seu “superamento”, não atingido por certo por Tobias Barreto ou Sílvio Romero, pois só poderá ser o fruto da meditação serena das exigências históricas, sociais e espirituais que determinaram o persistir de sua poderosa influência em Portugal e no Brasil.

Postos assim os dados da questão, adquire outro sentido, de mais densidade especulativa, a tese tantas vezes repetida, e afinal não destituída de fundamento, sobre o caráter prático, realista ou pragmático da cultura portuguesa (17) pois há também escolásticos de olhos abertos para as exigências práticas, como tôda a obra de João Mendes Júnior o demonstra.

(17) Entre nós é João Cruz Costa quem tem sabido justificar melhor a doutrina sobre ser a cultura portuguesa fundada na valorização pragmática da existência: “Desde a Idade Média é fácil verificar no pensamento português a constância de uma posição empírica, pragmática” (Cf. *Contribuição à história das idéias no Brasil*, Rio, 1956, págs. 31 e segs.)

Há no Brasil, por efeito talvez da “herança portuguesa”, uma forte tendência para servirmo-nos das idéias como instrumentos

Além disso, a constância do diálogo acima apontado explica a coexistência paradoxal de dois ingredientes de nossa cultura: o *misoneísmo*, ou seja, o apêgo às formulas consagradas e a aversão sistemática por tudo que seja novo; e o *filoneísmo*, a tentação da novidade, a inclinação para o que se considera a “última e mais perfeita verdade”. Mas como o “novo” já nos chega às vèzes desvitalizado (o caso do criticismo de Kant é típico, dissolvido no krausismo hispérico) o que surge é um amálgama indefinido de “velho” e de “novo”

É por isto que me parece oportuna a análise objetiva, sem qualquer preocupação de demolição ou de panegírico, da concepção jurídica de João Mendes Júnior, assente numa única doutrina filosófica e infensa a qualquer forma de ecletismo.

7 — A posição de João Mendes Júnior é a de um tradicionalista integral: em Filosofia, com o seu escolasticismo; em Política, com as suas idéias monárquicas; em Direito, com o seu apêgo aos praxistas e aos Estatutos da Universidade de Coimbra.

Quanto à primeira dessas “fidelidades ao passado”, motivos tinha êle, sem dúvida, para sentir-se ancorado em robusta tradição, visto como, se há um Filósofo presente na intellectualidade portugêsa, é Aristóteles. (17-A).

subordinados às necessidades da ação ou, em pólo oposto, como simples adornos ou brincos da intelligência a serviço de excelências verbais, e não como idéias-fôrça instituidoras ou inspiradoras de novas experiências ou de programas de vida. Devemos, porém, evitar a caracterização de nossa cultura à luz dêsse ou de qualquer outro fator isolado, mesmo porque a chamada “tendência pragmática” pode às vèzes ser interpretada como sinal de “pobreza especulativa, ou metafísica”, daí resultando indevida caracterização de nossa “herança intellectual”, com a condenável transposição dos problemas do plano da Filosofia para os da Sociologia e da História.

(17-A) “Desde o início histórico do pensamento portugêso, escreve Delfim Santos, se nota uma attitude ambivalente: a metódica de uma razão que só admite o sensível como seu alimento e, no polo oposto, um pensamento de tipo metafísico de irrefragável

Como exemplo dessa tendência, lembro aqui as *Summulae Logicales* do lisboeta Pedro Julião (Petrus Hispanus) que foi papa em 1276 com o nome de João XXI, cuja obra foi talvez o compêndio de “lógica nova” mais difundido na Europa no período medieval, com reedições subseqüentes até o século XVII, sendo considerado, por Maurice de Wulf, um “mestre de primeira linha” (18)

Sempre na mesma orientação peripatética, haveria que recordar a *Margallea Logices* de Pedro Margalho, de 1520, para chegarmos à figura, tão cara a nós juristas, de Antônio de Gouveia (Antonius Goveanus) com o seu famoso panfleto *Pro Aristotele responsio, adversus Petri Rami calumnias*, publicado em Paris em 1543. O humanista Antônio de Gouveia já é um aristotélico até certo ponto empenhado

coloração espiritualista. No centro, entre estas duas atitudes, essa longa série de aristotélicos, não só a mais numerosa, mas também, talvez, a melhor representada. Aristóteles é o pensador sempre presente em todos os momentos da especulação nacional. Será isto sintoma revelador de uma atitude de equilíbrio, de mesotismo, de sentido conciliador de opostos e contrários, sempre estranhos ao caráter português, quando se afirma, especulativamente?” (*O pensamento filosófico em Portugal* separata do livro “Portugal”, Lisboa, 1946, pág. 275).

(18) *Op. cit.*, vol. II, pág. 78. Graças ao seu compêndio de *Lógica nova*, (nova, entendamo-nos, porque expunha todos os tratados lógicos de Aristóteles, em contraposição à *Logica vetus*, que não compreendia senão as *Categorias e Da Interpretação*, tirados do *Organon*, a *Isagoge* de Porfírio e trabalhos de Boécio) — Pedro Julião notabilizou-se pela atenção dispensada ao estudo das propriedades dos termos lógicos e às suas relações com os termos gramaticais, sendo apontado, pelo valor atribuído ao significado das palavras, como precursor da filosofia da linguagem. Cs. Paolo Rotta — *La filosofia del linguaggio nella patristica e nella scolastica*, Turim, 1909, págs. 176 e segs. Sôbre a importância da obra de Petrus Hispanus, sobretudo quanto aos problemas da Semiótica na Idade Média, v. J. M. Bochenski, *Formale Logik*, Friburgo — Mônaco, 1956, págs. 175 e segs., e *passim* e a bibliografia fundamental à pág. 566, inclusive quanto a atribuição da obra a *Miguel Psellos*.

numa tarefa destinada a ter grande sucesso e que, de algum modo, ainda hoje prossegue, no sentido da reconquista do pensamento original e autêntico do estagirita, desprovido dos acréscimos, das deformações e até mesmo das “contaminações” sofridas pelos textos aristotélicos, dentro e fora da Escolástica. (19)

O movimento, porém, ao qual se prende mais diretamente a formação intelectual de João Mendes Júnior — que jamais se propoz o problema de uma distinção entre o Aristóteles original e o Aristóteles da Escola, — é so-

(19) Cs. a edição bilingue da obra do Goveanus, Lisboa, 1940, traduzida e prefaciada por Aquilino Ribeiro, sob o título *Em pról de Aristóteles*. Nêste trabalho, de caráter eminentemente polêmico, embora revidando a Pierre de la Ramée, — que desfechava violento ataque à Lógica aristotélica, reputando infecunda a sua trama silogística, Antônio de Gouveia faz questão de declarar que também êle não concorda com as alterações introduzidas no texto aristotélico: “*Nam suppositiones et ampliationes quas damnas, quia nunquam ipse didici, adversus te non defendo*” — Ed. cit., pág. 9.

Diga-se, de passagem, que a “redescoberta” de Aristóteles, que ainda prossegue com os estudos de contemporâneos como Bonitz, Jaeger, Calogero, Ross, Hamelin, Lukasiewicz, etc. não implica, como poderia parecer, no esquecimento dos valores próprios da *Lógica formal* escolástica, ainda agora submetida a uma análise penetrante por Bochenski na sua monumental *Formale Logik*, cit., “*Die scholastische Gestalt der Logik*”, págs. 167 usque 293. Quanto à diferença entre a teoria aristotélica do silogismo e a tradicional, durante tanto tempo confundidas, vide Jan Lukasiewicz — *Aristotle's Syllogistic from the standpoint of Modern Formal Logic*, Oxford, 1954, onde se lê: “Nenhum silogismo aristotélico é formulado como uma regra de inferência com a palavra *logo*, como acontece na Lógica tradicional. A Lógica tradicional é um sistema diferente da silogística aristotélica, e não deveria ser confundida com a genuína Lógica de Aristóteles” (pág. 73).

Sobre o significado particular da obra de Antônio de Gouveia na cultura portuguesa, vide o precioso trabalho de Joaquim de Carvalho — *Antônio de Gouveia e o aristotelismo da Renascença*, Coimbra, vol. I: Antônio de Gouveia e Pedro Ramo, Coimbra, 1916. Para uma apreciação geral da época, v. Lothar Thomas — *Contribuição para a História da Filosofia Portuguesa*, I, Lisboa, 1944.

bretudo o da Escolástica portuguesa do século XVI, sob a influência dominante dos padres jesuitas no Colégio de Coimbra, com Pedro da Fonseca, o “Aristóteles lusitano” e seus companheiros Manuel de Góis, Sebastião de Couto e outros mais que constituíram o grupo dos chamados “conimbricenses”, famosos por seus comentários a diversos livros do estagirita, o “Cursus Conimbrisensium”, “imensa enciclopédia aristotélica, no dizer de Jacques Chevalier, modelo acabado de trabalho coletivo”. (20)

Menção à parte merece a obra de outro eminente comentarista, Frei João de São Tomás, geralmente apontado como o príncipe dos exegetas hortodoxos da obra tomista, em contraposição às inovações de Suarez, de Vasques e de Molina. O seu *Cursus philosophicus ad exactam et genuinam Aristotelis ac Doctoris Angelici mentem*, publicado em Madrid, em 1637, no mesmo ano do aparecimento do *Discours de la méthode*, não só é de significado primordial no plano metafísico, como se notabiliza por seus esclarecimentos lógicos e epistemológicos. (21)

(20) V. Jacques Chevalier, *Histoire de la pensée*, vol. II, *La pensée chrétienne*, Paris, 1956, pág. 654. Sobre a personalidade e a obra do P. Pedro Fonseca, v. o volume especial que lhe dedicou a “Revista Portuguesa de Filosofia”, Braga, t. IX, 1953, fasc. 4. De orientação prevalentemente tomista, pois não é estranha ao seu pensamento a doutrina de Scoto, é Aristóteles quem constitui o centro de seus estudos. As suas *Institutiones Dialecticarum*, no dizer de Severiano Tavares, foram tomando, pouco a pouco, o lugar das *Summulae Logicales* de Pedro Hispano, enumerando Sommerdogel 34 edições até 1625 (“Rev. Port. de Fil.” cit. pág. 346). A sua obra fundamental, no entanto, são os *Comentários à Metafísica* de Aristóteles, não só pelo trabalho crítico de reconstituição do texto aristotélico, como pela tradução latina e as penetrantes considerações expendidas.

(21) Diz Chevalier que foi João de Santo Tomás quem forneceu ao P. Gardeil e a Maritain a base de sua interpretação tomista (op. cit., vol. II, pág. 824). Para Maritain é ele “um dos maiores metafísicos do Ocidente moderno, enquanto Gilson se refere ao seu *Cursus* como “a obra prima dentre as grandes sínteses tomistas” (*Le thomisme*, Paris, 1945, pág. 14). Sobre a contribuição de João de Santo Tomás no campo da Lógica formal, v. *Bochenski*, op. cit.,

É a razão pela qual Jacques Chevalier, estudando o movimento filosófico da Contra-Reforma, põe em relevo o papel tanto da Espanha como de Portugal, na renovação dos estudos escolásticos, que êle considera de incalculável alcance (22) e que não é possível, em verdade, englobar em uma condenação sumária, à vista dos pecos frutos colhidos pela intelectualidade portugêsa a partir do século XVII. (23)

É inegável que foi essa a corrente que logrou prevalecer na cultura portugêsa, mas não devemos olvidar a existência de uma outra, tôda de experiência feita, preocupada com os problemas empíricos da ciência. Não foi por mero acaso que Portugal nos deu um dos primeiros e penetrantes críticos modernos da teoria aristotélica da Ciência e da metodologia dedutivista da Escolástica, Francisco Sanches, cujo *Quod nihil scitur* é de 1581.

Eis como Joaquim de Carvalho focaliza, com argúcia, êste momento crucial da Filosofia portugêsa: “Quando

loc. cit. Quanto à teoria do conhecimento, é conhecida a sua síntese expressiva da gnoseologia tomista no sentido de que conhecer uma coisa é um modo de tornar-se a coisa, sendo-se distinto dela: *“Cognoscentia in hoc elevantur super non cognoscentia, quia id quod est alterius ut alterius, seu prout manet distinctum in altero possunt in se recipere, ita quod in se sunt, sed etiam possunt fieri alia a se”*. Cf. Gilson — op cit., pág. 316.

(22) Chevalier, op. cit., pág. 649.

(23) Como o reconhece o P Leonel Franca, foi “brilhante mas efêmera” a renascença da Escolástica nos fins do século XVI, desde logo prevalecendo “o ímpeto que a impelia para o abismo, onde por séculos se eclipsou a sua influência histórica e doutrinal”. (Op. cit., pág. 118). O ilustre jesuita aponta, neste passo, as causas primordiais dessa decadência, além das de natureza religiosa, notadamente o gôsto de sutileza; a proliferação dos comentários de comentários, com esquecimento dos pensadores do século XIII; a linguagem carregada de barbarismos; o método didático complicado em distinções e subdistinções; o primado da dialética, que absorve aos poucos a metafísica e a psicologia; as discussões transformadas em “logomaquias e em justas pomposas de grande aparato tecnológico”; a hostilidade contra as ciências experimentais (loc. cit.)

deu a público em 1581, o *Quod nihil scitur*, haviam decorrido três anos sobre o aparecimento em Roma do tomo I dos comentários de Pedro da Fonseca *In libros metaphysicorum Aristotelis*. Nestas obras, das mais notáveis que a consciência reflexiva dos portugueses tem cogitado, opunham-se duas concepções da Filosofia e dois ideais da Ciência: uma, a do Aristóteles conimbricense, significava a restauração do pensamento dogmático e da metafísica do ser; outra, a do “cético de Toulouse”, a apoteose do pensamento antidogmático e a redução da Filosofia ao plano da Ciência”. (24)

Tão forte é, porém, a pressão escolástica que até mesmo a obra de Sanches, no dizer ainda do mestre de Coimbra, conserva alguns vincos de escolasticismo, assim nos termos com que refuta a epistemologia tradicional como no método da refutação. (25)

(24) V Introdução a *Opera Philosophica* de Francisco Sanches, Coimbra, 1955, pág. LIX. Quanto ao traço de empirismo pragmático ou de preocupação pela problemática científica, não se deve olvidar a influência da cultura árabe na península.

(25) Joaquim de Carvalho, *op. cit.*, pág. XXXVI. Não se pense que, com o advento do Iluminismo no século XVIII e a expulsão dos Jesuítas — que haviam dominado o “Código das Artes” de Coimbra desde 1555, — não se pense que Aristóteles tenha desaparecido do cenário cultural português. Como índice eloquente da “constante aristotélica” lembre-se que, na primeira metade do século passado, o grande juriconsulto Silvestre Pinheiro Ferreira, o mais ilustrado dos portugueses daquela época, e tão ligado à história de nosso País, considerava-se um continuador da linha aristotélica, na qual lhe parecia possível situar os ensinamentos de Condillac. Seu interesse pelo estagirita é tão grande que chega a traduzir, do original grego, o livro das “Categorias”. A sua preocupação esquematizadora, o seu desejo de estabelecer distinções e subdistinções conceituais, como as que se vêm em suas *Noções elementares de Filosofia Geral e aplicada às ciências morais e políticas*, Paris, 1839, são sintomáticas de inegável vinco escolástico. (Cf. Miguel Reale — *Horizontes do Direito e da História*, cit., pág. 212).

Raizes profundas possui, por conseguinte, o tradicionalismo escolástico de João Mendes Júnior, sendo seu mérito irrecusável ter procurado volver às fontes do pensamento tomista e superar muitos dos vícios que haviam comprometido o escolasticismo barroco português, até à reação pombalina tendente a restituir Portugal ao curso do pensamento moderno. (26)

8 — Encastelado na tradição peripatética, segundo os moldes da Escola, João Mendes Júnior mostra-se, aliás, excessivamente confiante em suas doutrinas, como se depreende da atitude metodológica assumida a-propósito da noção do que se deva entender por “próprio”, exigida por seu conceito de autonomia como “direção própria daquilo que é *próprio*”:

“Estas são as noções de Aristóteles, que para aqui aproveito; e nisto sigo o conselho de Macrobio, nas Saturnais, Livro VII, cap. VI: “*Nec possum non assentiri viri cujus inventis nec ipsa natura dissentit,*” isto é: “Não posso deixar de concordar com um homem, de quem a natureza não discorda” (27)

Dai a tradução que nos oferece de grande parte do Livro V dos *Tópicos*, de Aristóteles, onde o estagirita desenvolve os problemas dialéticos relativos a algo enunciado como *próprio* ou não de um objeto. Após transcrever os “treze tópicos dialéticos e os vinte e cinco tópicos críticos”, êle se julga credenciado a formular esta conclusão bastante sintomática dos vícios de uma pesquisa jurídica asente apenas em distinções lógico-formais:

(26) Digo que João Mendes não supera todos os vícios da Escolástica decadente, não só porque ainda dá excessivo valor a distinções puramente verbais, como também porque se mostra alheio às grandes conquistas da Filosofia. Cfr. a sua invocação de Aristóteles para pronunciar-se sobre problemas como os tratados, por exemplo em *Rev.*, XX, 1912/156 e 248 e segs. Quanto a êsses vícios no trato de problemas jurídicos, v. *infra*, ns. 9 e 10.

(27) *Rev.*, XIX, 1911/55.

“Isto que aí está é uma tradução do Livro V dos *Tópicos*. Não traduzi os exemplos, para não ser longo; se reproduzisse os exemplos, muito mais iluminaria cada um dos tópicos, mas busquei ser literal e exato quanto me foi possível.”

“Seja como fôr, não consegui achar, *em qualquer dos Tópicos*, um meio de conceber a possibilidade da autonomia para a Faculdade de Direito de São Paulo...” (28)

Fundado, “a priori”, na plenitude e na suficiência da autoridade aristotélica, êle recusava à Faculdade uma autonomia que podia e devia ser caracterizada, à luz das legislação vigente e das circunstâncias fáticas, o que parece dar razão a Pedro Lessa quando, de outra feita, verberava o colega ilustre por desprezar a realidade viva e palpitante da lei, afirmando certos conceitos gerais e fazendo divisões arbitrárias, “para habilmente deduzir dessas premissas o que já havia pre-concebido como a expressão do pensamento do legislador”. (29)

Além do mais, ao louvar-se tão piamente em Aristóteles, estava João Mendes Júnior ancorado em um texto que não era senão uma versão escolástica ou mais precisamente, uma interpretação compendiada das lições do estagirita segundo a técnica linguística da Escola. (30)

(28) *Rev.*, XIX, 1911/61 e seg.

(29) *Rev.*, VII, 1899/191. Em outros escritos, incorre João Mendes Júnior no mesmo equívoco de construções jurídicas fundadas em noções dogmáticamente aceitas, como veremos logo mais.

(30) João Mendes Júnior, em mais de uma passagem, como na acima citada, louva-se na “versão” do “*Organon*” e de outros trabalhos aristotélicos, de autoria de Sylvester Maurus, escrevendo: “Servimo-nos da tradução latina, com o texto comentado por Sylvester Maurus, edição de Paris, 1885, sob as vistas de Francisco Ehrle e de outros jesuitas, sôbre a edição romana de 1658. *Esta tradução é considerada como a melhor de tôdas*” (*Elementos de Lógica*, cit. pág. 212, e *Rev.*, I, 1893/102, n.º).

Apesar dos méritos interpretativos da obra de Sylvester Maurus, não se pode a rigor, considerá-la uma tradução, e muito menos com

Este exemplo trago aqui para mostrar que, se a preocupação pelos “supremos princípios” deu ao nosso Autor, nos seus grandes tratados de Direito, “o segredo da clareza que resulta da ordem das idéias e da cadeia ininterrupta que as subordina uma às outras”, no dizer de Manuel Carlos Figueiredo Ferraz, levou-o também a conclusões estranháveis tôda vez que pretendeu resolver problemas particulares de interpretação legal partindo de certas noções e distinções escolásticas, com perda de contato com a

as excelências acima referidas. Trata-se, em verdade, de uma reprodução sintética, de uma *paráfrase dos textos aristotélicos*, como o próprio título o indica: *Aristotelis opera, quae extant omnia, brevi paraphrasi* (sic), *ac litterae perpetuo inhaerente explanatione illustrata*, Romae, 1668, trabalho incluído pelo autorizado Ehrle na reedição parisiense supra lembrada. Basta um cotejo dos “tópicos” traduzidos por João Mendes Júnior com o texto aristotélico ou com alguma das rigorosas traduções do *Organon* (a dirigida por W. D. Ross, por exemplo, incluída na *The Works of Aristotle*, Oxford University Press; a de Tricot, *Organon*, Paris, 1946-50, ou a mais recente de Giorgio Colli, *Organon*, Turim, 1955) para verificar-se como a terminologia da Escola incide sôbre o pensamento original, tirando-lhe o sentido dialético que lhe é próprio, para transformá-lo numa sêca sequência de aforismos. Já no tempo em que João Mendes Júnior traduzia os *Tópicos*, ou resumia o *Organon* (em uma síntese, aliás, digna de encômios — *Elementos de Lógica*, cit. págs. 199 *usque* 212) já havia traduções reputadas preciosas pelos melhores críticos do sistema peripatético, como, por exemplo, a latina de Pacius, Berlim, 1831 e a de Kirhmann, Lípsia, 1786-83, sem se esquecer a de Barthélemy Saint Hilaire, Paris, 1843-44, apesar dos defeitos que se lhe apontam.

Outra observação a fazer-se é quanto à aceitação dogmática dos ensinamentos aristotélicos, como conclusivos ou perfeitos, por sinal em se tratando de uma parte do *Organon* sujeita a fortes dúvidas, primeiro quanto à sua posição cronológica na obra do estagirita (para Solmsen, por exemplo, e muitos outros os *Tópicos* constituem um trabalho juvenil, ainda sob direta inspiração platônica) e, em segundo lugar, quanto à sua autenticidade, notadamente no que concerne exatamente ao Livro em aprêço. Sôbre este ponto e as interpolações sofridas pelo referido texto, ver notas críticas de Giorgio Colli, op. cit., págs. 924 e segs., e 957 e segs.

positividade jurídica. Casos que tais houve sempre que o *dialético* prevaleceu sôbre o *homem de ciência*, sendo, felizmente menos frequentes do que os momentos de compreensão da viva realidade do Direito.

A metodologia escolástica e a teoria do direito de João Merdes Júnior

9 — Nas ciências culturais, notadamente nas de tipo compreensivo-normativo, como é o caso da Jurisprudência, é sempre difícil dizer quais os resultados, positivos ou negativos, que devam ser atribuídos exclusivamente à técnica ou à metodologia empregadas, pois o coeficiente pessoal do pesquisador pode ser elemento de primeira grandeza, às vészes decisivo. Até mesmo no campo das ciências físicas, — embora possa de certa forma ser atenuado o papel representado pelas qualidades intrínsecas do investigador, pelo menos enquanto êste se mantém nos quadros das pesquisas de caráter complementar ou acessório, supridas as deficiências pessoais pelo aparelhamento metódico e material, — é inegável a diversidade dos resultados atingidos na razão precípua da intuição, da perspicácia, da argúcia, da imaginação criadora ou da paciência pertinaz dos estudiosos que estejam aplicando processos idênticos ou análogos.

É incontestável que em alguns casos, excepcionais e de cisivos para o destino da ciência, as qualidades pessoais lograram compensar as deficiências técnicas, engendrando os meios ou os recursos lógicos de pesquisa no fluir da própria pesquisa. E' que os fatores adequados à captação do real podem revelar-se no processo concreto da investigação, de maneira que o instrumental lógico da pesquisa e a realidade pesquisada como que surgem concomitantemente, uma e outra se ordenando na unidade criadora do labor científico. Daí a preceariedade dos esquemas catalogados a priori como compreensivos de quaisquer experiências possi-

veis, ou o equívoco de se absolutizarem as formas de conhecimento, como se houvesse conformidade predeterminada entre dadas categorias e a realidade. (31)

É, pois, sempre delicado o problema do que se deva atribuir, em mérito ou demérito, exclusivamente ao método ou à técnica preferidos na investigação.

No caso de João Mendes Júnior, talvez seja lícito afirmar-se que a sua formação escolástica produziu efeitos benéficos, assim como o conduziu a concepções de reconhecida fragilidade.

Foi êle, não um filósofo ou mesmo um filósofo do Direito, mas um jurista, no mais alto sentido desta palavra, consoante o modelo romano de um conhecedor do justo e do injusto com base na “ciência das coisas divinas e humanas”.

Bem poucos tiveram entre nós tão forte compreensão dos liames essenciais entre a Filosofia e a Jurisprudência, mesmo porque, parafraseando Francis Bacon, um mediocre conhecimento do Direito arreda da Filosofia, enquanto que o saber jurídico profundo reconduz a ela.

Seguindo as lições da Escolástica com destemor, em uma época de aguerridos seguidores de A. Comte ou de H. Spencer, teve êle o mérito de evitar as soluções ecléticas em que se justapunham Kant, Krause, Rosmini e o *Syllabus* (32), e procurou sempre manter a unidade sistemática das suas concepções. Daí também o repúdio ao equívoco de uma cadeira da “Enciclopédia Jurídica”, creada “para traçar o centro, a circunferência, os raios e as tangentes da Ciência jurídica”, acostumando o estudante ao “de omnibus aliquid, de toto nihil” .

(31) Sobre êsse problema, v. meu “Para um criticismo ontogenoseológico”, em *Horizontes do Direito e da História*, S. Paulo, 1956, p. 334 e segs.

(32) V. minha *Doutrina de Kant no Brasil*, S. Paulo, p. 68 e segs.

Do ponto de vista metodológico o que distingue, desde logo a sua obra é uma admirável preocupação de clareza e de rigor conceitual. Èle é bem um herdeiro espiritual de Santo Tomás em certas fórmulas que se tornaram clássicas em nossa Jurisprudência, revelando o seu respeito ao valor intrínseco das palavras e das definições, pois, no dizer preciso de Joaquim de Carvalho, “com Aristóteles todo o ensino escolástico, de sentido realista, tem por indubitável que saber é definir e que, conseqüentemente, a definição perfeita exprime a essência da coisa definida e resume o saber acerca dela”. (33)

Outro mérito, e é por certo o que lhe assegura lugar de primeira grandeza entre os nossos jurisconsultos, é o da *unidade sistemática*, o travamento lógico coerente de seus escritos, com base em cuidadosa análise das fontes históricas, qualidades que noto sobretudo na que considero a sua obra prima, *O Processo Criminal Brasileiro*, aquela em que menos se percebe, aliás, o aparato verbal da Escola, cuja disciplina metódica governa, todavia, tôda a arquitetura do trabalho. (34)

Em uma terra onde pululam, como cogumelos, os exegetas de leis e de regulamentos, êle se notabiliza pela preocupação teórica da Jurisprudência, pela convicção firme de que não há problema de Direito solto, desprendido das exigências fundamentais do sistema, insuscetível de ser re-

(33) Op. cit., p. 35

(34) Ao contrário de seu *Direito Judiciário Civil*, onde o escolasticismo exterior se revela a cada passo, repisando escritos anteriores, no *Processo Criminal Brasileiro* a linguagem flui sem escoras aparentes, livre das distinções escolásticas e de sua terminologia arcaica, salvo no *prefácio*, onde cuida de “ato primeiro remoto”, “ato primeiro próximo” e “ato segundo”, para provar que “tudo quanto se refere ao direito de agir e à capacidade das partes não pertence às leis do *processo*, mas às leis civis, comerciais, e criminais, por analogia chamadas *leis substantivas*”, — ou então, quando invoca a teoria das quatro causas para estudar a nulidade do processo como razão de “habeas corpus”. Cfr. *op. cit.*, 3.^a ed., Rio, 1920, Prefácio e vol. II, p. 333 e segs.

conduzido ao encadeamento das normas superiores. A subordinação lógica, por exemplo, da atividade jurisdicional e, por derivação, de todo o processo, às regras e princípios informadores de natureza constitucional, é, entre muitos, um exemplo de sua “arquitetônica jurídica”.

Harmonizava-se com a sua formação escolástica o amor pelos velhos ensinamentos do direito reinol, o qual, como já dissemos, constitui a outra componente essencial de seu espírito.

10 — Ao lado dêsses méritos, que se casam a uma erudição fora do comum sôbre as fontes históricas de nossa legislação, não há como ocultar a fuga para o abstratismo formal, em mais de uma passagem em que as noções e as fórmulas passam a ter validade por si, perdido o seu sentido de referibilidade ao concreto, como se nelas já se contivesse de antemão a essência da realidade mesma, e como se, para o conhecimento desta, bastasse o desenvolvimento silogístico daquelas.

É o que noto, por exemplo, quando polemiza com Pedro Lessa asseverando a competência da União, no regime da Constituição de 1891, para “legislar privativamente sôbre o direito de ação e as condições de seu exercício”, as formas dos atos probatórios, e, de maneira preferencial sôbre direito processual, partindo de um jôgo de distinções entre “substância” e “acidente”, “matéria” e “forma”, “atributo essencial”, etc., abstração feita dos elementos históricos e sistemáticos. (35)

O mesmo se diga com relação ao problema jurídico da autonomia das fundações ou das corporações, que lhe parecia logicamente impossível em virtude de argumentos especiosos típicos da Escolástica decadente, como êste: “sendo uma fundação uma só substância, não podem coe-

(35) Ver a polémica João Mendes Júnior — Pedro Lessa na *Rev. Fac. Dir.*, v. XII, 1899, p. 101 e segs.

xistir nela duas personalidades, por exemplo a personalidade do Estado e ao mesmo tempo a personalidade da fundação”, pois, “*fatalmente*, a personalidade do Estado, como instituidor, absorve a da fundação que êle criou, constituiu e organizou” (36)

11 — Felizmente, essas e outras descaídas para o formal e o vazio são raras, não comprometendo a obra do mestre João Mendes Júnior, que ainda hoje é basilar em nossa Jurisprudência, não só pelas qualidades acima apontadas, mas também pela admirável simbiose de exigências teóricas e práticas, consoante a orientação metodológica que desenvolve num precioso trabalho intitulado “O ensino do Direito”.

Neste estudo, elaborado quando diretor da Faculdade de Direito no biênio de 1913-1914, o nosso Autor fixa com clareza a sua posição metodológica perante a problemática jurídica.

(36) *Rev. XIX*, 1911/70. Como se vê todo o chamado “Direito Autárquico” que, em razão de sucessivos desmembramentos personalizados do Estado, veio dar novos rumos ao Direito Público, seria incompreensível à luz dessa “substancialização” do conceito de *pessoa jurídica*, cuja exata compreensão somente surgiu quando o problema foi situado no plano das “realidades normativas”, como criação do Direito segundo a Lógica que lhe é peculiar, e não segundo esquemas abstratos que se queiram impor “a priori” às exigências da vida social. Para outro exemplo do processo escolástico de tratamento de problemas de Direito, *vide* também na *Rev. IV*, 1896/185 e segs., as considerações expendidas sobre a técnica de *inquirição de testemunhas*, segundo a cautela de Mendes a Castro, ou seja, com base nas dez categorias ou predicamentos de Aristóteles. É a mesma via seguida para dar-nos êste rebarbativo conceito a *lei*: “A lei, como preceito comum, é uma substância, e, como tal, é afetada pelos outros predicamentos ontológicos, isto é, pelos nove acidentes” E, por inferência, êste outro conceito de ação, em discrepância com todo o progresso do Direito Processual: “A ação é o acidente, mediante o qual, a substância produz efeito” (“Direito Judiciário Brasileiro”, cit., p. 95).

Diz êle que o método *analítico-sintético* ou *empírico-racional* se impõe de tal modo nas Ciências sociais e jurídicas, que dêle nenhum professor conseguirá se afastar, “qualquer que seja a sua tendência, quer para as exagerações idealísticas de Fichte, Schelling, Hegel e outros, quer para a aplicação universal do processo matemático, segundo Descartes, ou segundo Augusto Comte.” (37)

Afirmando ser contrário ao absoluto empirismo indutivista, nem ter como absoluto o processo meramente dedutivo, êle proclama, todavia, invocando Sêneca: “sem os princípios fundamentais, ninguém chega à verdade, de sorte que, na realidade, não há demonstração sem princípios”, o que o leva a limitar, nas ciências morais, o método indutivo à verificação de fatos particulares, subordinando-o à evidência dos primeiros princípios e às verdades neles fundadas.

Vale a pena transcrever aqui as asserções que faz a respeito:

“1.º — Os princípios da demonstração são juízos dos quais outros juízos procedem imediata ou mediatamente. Uns são comuns a tôdas as ciências; outros são comuns a ciências do mesmo gênero; outros são próprios de cada ciência.

“2.º — Ninguém seriamente dirá que, para firmar os princípios comuns a tôdas as ciências e os princípios comuns à ética geral, isto é, a tôdas as ciências morais, o professor de Direito tenha necessidade de usar do processo da indução. Os preceitos de Direito, que decorrem desses princípios comuns, são logicamente formados por dedução, como partes contidas no todo.

“3.º — Quanto aos princípios *próprios* da ciência do direito e dos quais decorrem certos preceitos especiais, sòmente êsses necessitam ser firmados por indução e ilação

(37) Cf. estudo citado, *Rev.*, XX, 1912/68. O volume correspondente ao ano acadêmico de 1912 só apareceu em 1916.

das séries de fatos. Tais preceitos especiais são conclusões que, em relação à série de fatos, são como o todo em relação às partes.

“4.º — Em geral, denomina-se ensino prático aquêlê que consiste na observação dos casos consumados ou julgados, e no exercício de aplicação a casos figurados. Ora, a crítica dos casos consumados e dos casos julgados é um instrumento teórico que pode convir, não principalmente para indução, mas como prova de conclusões obtidas pela dedução; realmente prático é sòmente o ensino da aplicação a casos figurados, com a rememoração das cautelas especiais, relativamente a atos com fórmulas solene, tais como contratos, testamentos, atos de protocolo, atos de registro, atos e têrmos do processo, em geral, as formalidades de atos praticados em officios públicos e em auditórios judiciais.

“5.º — Êste ensino prático só tem oportunidade nas matérias de Direito Civil, Direito Comercial, Processo Civil, Processo Comercial, Processo Criminal e Medicina Pública, únicas em que poderia ser cabível um exame com prova prática. Nos outros ramos ou matérias da ciência jurídica, assim como na Economia Política, Direito Público, Direito Internacional, êsse ensino só pode consistir em visitas a estabelecimentos industriais e a instituições sociais e em despertar a atenção para o movimento social econômico e administrativo.” (38)

É à luz dêsses princípios metódicos que devemos compreender o que João Mendes denomina “método empírico-racional”, ao discriminar a índole das diversas ciências:

(38) *Rev. cit.* p. 69. “O Direito, afirma êle em outro passo, é uma ciência prática, fundada na justiça, que é uma virtude moral; mas por isso mesmo, o Direito supõe o entendimento dos primeiros princípios, supõe a ciência que por obra da razão forma os preceitos, não só por indução dos fatos como por dedução dos princípios, supõe a contemplação das causas mais altas dos preceitos” (loc. cit. p. 59).

“Tôdas as ciências não podem ser tratadas pelo mesmo método: as ciências morais não podem ser reduzidas sòmente à indução dos físicos, assim como não podem ser reduzidas sòmente à dedução dos matemáticos. Assim, as Ciências Jurídicas, quando possam partir da observação dos fatos para os preceitos e dos preceitos para os princípios, uma vez firmados os princípios, hão de lògicamente regressar dos princípios para os preceitos e dos preceitos para os fatos” (39)

Após a crítica do casuismo dos glosadores e do “case-method” anglo-saxônio, João Mendes Júnior faz um confronto entre os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, e a Exposição de Motivos que precederam as leis portuguesas que em 1911 deram nova estrutura às suas Universidades.

Tradicionalista até à medula, as preferências de João Mendes Júnior vão para o que chama “o método pragmático” dos Estatutos de 1772, os quais, como se sabe, serviram de base aos elaborados pelo nosso Visconde da Cachoeira, quando da instituição dos cursos jurídicos no Brasil em 1827.

À primeira vista pode causar estranheza que um escolástico, tão cioso de suas convicções doutrinárias, manifeste tanto entusiasmo por uma obra que foi peça mestra na política do Marquês de Pombal em sua luta contra a “Filcsofia dos árabes” A realidade é que aquêles Estatutos, apesar de todos os seus propósitos de racionalismo iluminista, não se divorciam completamente da tradição da

(39) *Rev. cit.*, p. 46. É neste mesmo trabalho que João Mendes Júnior faz a crítica do *empirismo integral* de Stuart Mill, por considerá-lo assente no conhecimento sensível, que não pode ir além do singular, do contingente e do material: “o exclusivismo do método empírico redundna na negação do princípio de causalidade, isto é na afirmação de que os princípios, mesmo axiomáticos, nada mais são do que generalizações dos fatos fornecidos pelos sentidos e pela consciência, os quais se confirmam pelo hábito ou pelo costume” (*loc. cit.*, p. 46).

Escola, mas apenas a depuram e a acomodam a novas condições histórico-sociais. (40).

Para o nosso juriconsulto, aquêles Estatutos consagram ainda o que há de melhor em matéria de ensino jurídico, porquanto colocam a prática no terreno da realidade, mas com subordinação aos primeiros princípios:

“O método do ensino superior, destinado a guiar o exercício de profissões liberais, não pode deixar de ser o mesmo método das respectivas atividades, isto é: contemplar os princípios e causas, deduzir os preceitos, e aplicar os preceitos aos fatos, afim de que êstes sejam praticados ou julgados com as necessárias cautelas e fórmulas.

“No ensino do Direito, portanto, assim como não há vantagem em usar de um método exclusivamente teórico, também não há vantagem em usar de um método predominantemente prático”. (41)

12 — Seria falha esta análise da metodologia escolástica na doutrina de João Mendes Júnior se não fizesse uma breve referência à sua *arte de disputar* sôbre um têmea

(40) Como lembra Cabral de Moncada, se os referidos Estatutos exaltam o “tribunal da razão”, não deixam de estipular, no § 15, que as opiniões do professor sejam sempre confrontadas com a “doutrina revelada”, pois, “só achando-as a ela conformes, se darão por seguras”: “*a revelação será a bússola que o guia e a rémora que o contenha no seu entendimento*” (*op. cit.* p. 137, n. 1).

(41) *Rev. cit.* p. 59. Na realidade, o método do ensino preconizado nos Estatutos de Coimbra, de 1772, implicava na realização de exercícios de *Prática Forense*, segundo as Jurisprudências *euremática e formulária*, a que farei referência logo mais, e que não teve maior êxito no Brasil, onde predominam até hoje as “lições magistrais” Só muito recentemente, e assim mesmo no meio do ceticismo ou da incompreensão de alguns, tende-se a optar por outros processos, por cursos práticos de ampla *investigação científica*, e não de mera *praxe forense*, nos limitados horizontes dos antigos Estatutos conimbricenses. Foi pena que João Mendes Júnior, com a sua autoridade, não houvesse compreendido ou aco-

proposto, à sua “dialética” inspirada nos *Tópicos* aristotélicos.

Não é apenas na polêmica com Pedro Lessa que se revela essa capacidade de argumentar, visando a demonstração de suas teses e os equívocos do adversário, se possível tirando partido das asserções contraditadas em benefício próprio.

Neste sentido, são bastante expressivas as páginas de crítica dedicadas a ilustres representantes das teorias positivas no campo do Direito e da Sociologia em São Paulo, nos fins do século passado, João Monteiro e Paulo Egydio.

Apreciando a *Teoria do Processo Civil e Comercial*, editada em 1899, João Mendes Júnior começa por discordar de João Monteiro quanto ao título da obra, pois, a seu ver, deveria ser empregada a locução *Direito Judiciário*, visto como a doutrina das ações não entra tôda na *doutrina do processo*, mas apenas na sua acepção formal, o mesmo se dando com a doutrina das provas. Ficava, assim, caracterizada, desde logo, a sua posição tradicional, correspondente a uma definição da disciplina, “mais velha e mais simples” do que a proposta pelo colega, “não só por ser mais dialética”, mas também por parecer-lhe “de melhor aviso não sair dos antigos arraiais”. Não o tenta, nesse ponto,

lhido o espírito novo que, apesar do “enciclopedismo filosófico”, se nota na Exposição de Motivos das leis portuguesas de 1911, especialmente quando nela se encontram diretivas de grande acêrto pondo em relevo “*o diálogo entendido como categoria pedagógica*”, e, sobretudo, o íntimo e indissolúvel liame que deve existir entre ensino e pesquisa científica, e não apenas entre a aquisição de certos conhecimentos e os exercícios de prática profissional. São da referida “Exposição de motivos” estas afirmações essenciais: “a escola superior não tem por fim exclusivamente, nem sequer principalmente, transmitir aos alunos a ciência feita; mas é sua missão ainda ensinar os processos de investigação científica, promover a organização de trabalhos originais, e assim concorrer para o progresso da ciência” (Cf. *Rev. cit.* p. 54 e segs., onde João Mendes Júnior transcreve os trechos principais da Exposição no tocante ao ensino jurídico).

a orientação dos grandes processualistas italianos da época, Mortara e Mattiolo, que detiveram o bastão da “processualística” até o advento renovador de Chiovenda e de seus continuadores conferindo à Itália irrecusável primado na matéria. Após criticar as distinções puramente analógicas de Bentham entre leis *substantivas* e *adjetivas*, — reiterando a sua tese de que não era lícito usar das expressões *leis adjetivas* e *direito formal* como equipolentes à expressão *direito processual*, — passa à análise da *posição filosófica* de João Monteiro, que, resolvendo usar da técnica positivista e spenceriana, preferira falar em *linhas embriológicas* do Direito Judiciário para substituir o *principium existendi* dos Escolásticos, ou em *necessidades políticas* ao invés de *principium essendi*. (42)

É aqui que aparece o dialético, para mostrar, com firmeza, que João Monteiro, no fundo, não estava sendo fiel aos ensinamentos de seus mestres Spencer e Cogliolo, cujas teorias o crítico mostra conhecer nas fontes, apontando a impossibilidade de aplicar-se a “hipótese da evolução spenceriana” nos domínios da Moral, no campo do Direito e da Sociologia. Vale a pena ler essa resenha não só para verificar a altitude da crítica, como a nobreza de seu espírito reconhecendo, embora em divergência de idéias, os méritos de “um livro magnífico, onde há muito que aprender e onde há muitos elementos para desafiar o nosso estudo”.

Outro exemplo de arte dialética encontramos na crítica de um trabalho de Paulo Egygio intitulado *Do conceito geral do crime* (43), no qual podemos, outrossim, apreciar a opinião de João Mendes Júnior sobre várias questões fundamentais, como a do livre arbítrio e do determinismo. “Pelo fato, diz êle, comentando Claude Bernard, da vontade

(42) Cf. *Rev.*, VII, 1899, p. 7 segs.

(43) *V. Rev.* vol. VIII, 1900, p. 35 e segs.

se exercer em um meio determinado, não se segue que ela seja necessitada. Ninguém põe em dúvida que os impulsos para o ato podem provir, e quase sempre provêm, de nossa natureza; que nossa natureza é um resultado da herança, das circunstâncias, da educação. Mas uma coisa é a *volição*, outra coisa é o *livre-arbitrio*: na volição entram todos êsses *fatôres* e mais o livre-arbitrio, que é também um fator.” Dai as suas críticas à metodologia sociológica de Durkheim e à Sociologia Criminal da Escola italiana.

É a teoria de Durkheim que concentra a sua atenção, não só quanto à atitude metódica de “considerar os fatos sociais como coisas”, como especialmente pelo seu conceito de “normalidade” na verificação objetiva dos crimes, desenvolvendo uma série de objeções, inclusive de ordem teológica, situadas em um plano totalmente distinto dos propósitos reais do sociólogo francês. (44)

A jurisprudência segundo um mestre da tradição

13 — As considerações até aqui expendidas comprovam a minha afirmação inicial sôbre a sua preocupação dominante pelos estudos de Lógica e de Epistemologia. Vejamos agora como é que, à luz dos princípios da Escola, êle se manifesta sôbre o conceito de Direito e a Jurisprudência.

Desnecessário é dizer que êle se inspira nos ensinamentos tradicionais do Direito Natural, entendido como *lei natural* ou *moral*, a qual se se funda em dois *primeiros princípios*: “Deve-se fazer o bem e evitar o mal”; “é necessária a ordem tanto na vida individual como na vida social, para conservação da espécie humana” Acrescentalhes os três *primeiros preceitos* já lembrados no Digesto:

(44) *Ibidem*, p. 48 e segs.

viver honestamente, não lesar a outrem, atribuir a cada um o que é seu. (45)

Subordinada a êsses princípios e preceitos desenrola-se a experiência do Direito, o qual é por êle concebido sob tríplice perspectiva: como atributo da pessoa, como fenômeno na vida social, e como norma de agir ou lei. Sintetizemos com as suas próprias palavras:

“Como atributo da pessoa, o Direito é a faculdade de agir moralmente inviolável. Neste sentido, chama-se *Direito Subjetivo*.

“Como fenômeno, isto é, tal como nos aparece no mundo sensível, (sic) o Direito é uma relação da vida social. Neste sentido, chama-se *Direito Objetivo Material*.

“Sob um terceiro aspecto, o Direito é concebido como norma ou lei. É o chamado *Direito Objetivo Formal*. É a forma genética e obrigatória da ordem social, “a lei tornada positiva”.

O Direito, em sua realização na vida social, é a vontade geral, a vontade de uma Nação, tornada concreta e viva na pessoa privada. (46)

14 — Fixados assim os três aspectos do Direito, passemos à sua noção de Jurisprudência.

Os velhos Estatutos da Universidade de Coimbra, a cujas diretrizes se mantém sempre fiel (47) ainda vão lhe fornecer o modelo da Ciência do Direito ou Jurisprudência: não será exagero dizer que João Mendes Júnior é, sôb certo prisma, o teorizador dos preceitos conimbricenses, ajustados aos esquêmas escolásticos.

(45) *Rev.*, vol. XX, 1912, p. 69. Ao problema do Direito Natural João Mendes Júnior não dedica estudos especiais: êle dá o problema como pacífico, cuidando mais de suas repercussões no plano da legislação.

(46) *Direito Jud. Bras.*, cit. p. 3 e segs. e 32, nota.

(47) Confrontam-se *Rev.* vol. I, 1893, p. 142 e, vinte anos depois, *Rev.* v. XX, 1912, p. 66.

O seu ponto de partida é a distinção entre intellecto *simplesmente especulativo* e intellecto *prático*: o primeiro “contempla princípios e fenômenos para deduzir e induzir leis, cuja aplicação não depende de nosso poder, ou não está em nossa intenção”; o segundo “contempla os princípios e fenômenos para deduzir e induzir leis, cuja aplicação depende de uma atividade livre, e está em nossa intenção”. (48)

Lembra tal distinção, com apoio em uma passagem do Cap. VI da *Perihermenias* de Aristóteles. Esclarece que, no seu modo de ver, dois êrros devem ser evitados: o de Kant ao afirmar que não são “duas modalidades de uma mesma potência, mas faculdades ou potências especificamente diferentes, às quais deu o nome de *razão pura* e *razão prática*”; e, outrossim, “a confusão deplorável entre *intellecto especulativo* e *intellecto teórico*.”

Êste segundo ponto é de grande alcance na sua doutrina do Direito, casando-se admiravelmente com o seu repúdio a qualquer esforço especulativo destituído de “possibilidade de aplicação”. Defende êle ardorosamente, por conseguinte, o valor prático de suas distinções escolásticas, com fundamento na afirmada “*adequatio rei et intellectus*”.

Vale a pena insistir sôbre a atribuição que êle faz da qualidade *teórica* a tôdas as indagações, quer versem sôbre a ordem *especulativa*, quer sôbre a ordem *prática*:

“A palavra *teoria* — deriva-se do vocábulo grego *teoros*, que significa contemplar; ora, a necessidade de contemplar aparece tanto na *ordem especulativa* como na *ordem prática*. O intellecto simplesmente especulativo considera o ponto de vista da verdade e não se estende ao ponto de

(48) *Rev.*, vol. I, 1893, p. 102, nota 1. Manifesto, como se vê, é o contraste com a posição de Pedro Lessa que, desde aquela época, louvado na distinção de Stuart Mill entre *Ciência e Arte*, a primeira de natureza indutiva e dedutiva a segunda, contestava a existência de ciências práticas. (Cf. minha *Filosofia do Direito*, vol. I, t. II, p. 291 e seg.)

vista da operabilidade; o intelecto prático não abandona o ponto de vista da verdade, mas estende-se à operabilidade e depois à operação. Depois que, a propósito de um caso particular, o intelecto especulativo *contempla* a verdade dos princípios, dos fenômenos e as leis que daí se deduzem ou induzem, o intelecto prático passa a *contemplar* a operabilidade, isto é, as cautelas e as fórmulas necessárias à exequibilidade da operação.

“Não há, pois, incompatibilidade entre a teoria e a prática, ao contrário *uma teoria que não é praticável — ou é falsa, ou, pelo menos, é incompleta*. Por isso se diz que a comparação com a experiência é a pedra de toque de toda a teoria”. (49)

15 — O problema da *realizabilidade* ou da *praticabilidade* como exigência essencial do Direito é um traço marcante na doutrina de João Mendes Júnior, que se compraz em ver as suas convicções, assentes em velhos ensinamentos, também confirmadas pelo insuspeito Rudolf von Jhering. No seu modo de entender, pertence o Direito ao tipo daquelas ciências que são “especulativas sob um ponto de vista e práticas sob um outro”:

“O Direito é uma Ciência *especulativa quanto ao modo de saber e prática quanto ao fim*, porque o Direito é para ser aplicado aos fatos particulares e contingentes da vida humana.

“Daí decorre que a principal condição da teoria jurídica é a realizabilidade. O Direito, diz Jhering, (Espírito do Direito Romano, I, 16 e segs.) existe para ser realizado. . Aquilo que não é realizável não é direito”. (50)

À questão da realizabilidade volve êle logo depois, insistindo:

(49) *Rev. cit.*, vol. I, 1893, p. 102 e seg. Cf. também *Dir. Jud. Bras.*, cit., págs. 1 e segs., onde, volvidos vinte anos, se reproduzem os mesmos conceitos.

(50) *Rev.*, vol. I, 1893, p. 104 e segs.

“Entretanto o Direito é para ser realizado. Não basta, pois, a *verdade* das regras jurídicas; é necessário ainda a sua *realizabilidade*. O homem de ciência contempla principalmente a *verdade jurídica*, sem desconhecer que esta *verdade* deve ser realizável (sic); o homem da lei busca os meios de transformar as *regras* em *preceitos*, tendo em vista principalmente a realizabilidade. O legislador, confeccionando preceitos relativos à matéria e à forma das relações de Direito, tem a tarefa subordinada às condições peculiares da vida de um povo, *non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*.” Também neste passo, João Mendes Júnior invoca um precioso ensinamento de Jhering: “Eu distingo a realizabilidade material da realizabilidade formal do Direito. A segunda consiste na *facilidade e segurança* da aplicação do Direito abstrato às espécies concretas” (51)

É, a seu ver, a mesma orientação firmada nos citados Estatutos da Universidade de Coimbra, de um sentido pragmático vigoroso: “*A aplicação das leis aos casos é o fim de todo o conhecimento do direito*. O que distingue o jurisconsulto perfeito não é a simples e nua ciência e inteligência das leis, pois que esta apenas pode formar um *jurisperito*, mas que é sim a ciência da aplicação. ; só esta é que pode qualificar-se de *Jurisprudência*”

16 — O caráter especulativo-prático do Direito implica em discriminar três grandes ordens de conhecimento jurídico, visto como o intellecto prático se manifesta como *prudência* e como *arte*.

(51) *Rev. cit.* p. 112. O seu conceito de “realizabilidade do Direito” é tão acentuado que João Mendes Júnior, chega a surpreender-nos com uma afirmação que poderia ser subscrita por um empirista integral: “O Direito nasce do fato; aquêle não se realiza sem êste; *um não se separa do outro*; afirmar que uma lei não é *aplicável* é o mesmo que não *aplicá-la*” *Dir. Jud. Bras.*, cit. p. 15.

Dai a discriminação, ou melhor, a apreciação da Jurisprudência ou Ciência do Direito sob três aspectos, a saber:

- a) como Jurisprudência *simplesmente teórica*;
- b) como Jurisprudência *prática* fundada na *prudência*, ou *Jurisprudência euremática*;
- c) como Jurisprudência *prática* realizável pela *arte*, ou Jurisprudência *formulária*.

Há entre êsses três aspectos uma subordinação lógica necessária, pois se a *arte* preestabelece as fórmulas, e se cabe à *prudência* decidir sôbre a oportunidade moral de sua aplicação, é a *ciência* que antes fornece os princípios e as leis. No momento *artístico* da aplicação ou realização do Direito, esclarece João Mendes Júnior, “na frase de Bacon, as *fórmulas* manifestam as mais recônditas prescrições das leis, à semelhança da mão fechada que se abre: *ad instar pugni et palmae*” Ao mesmo tempo que a teoria assim se manifesta e se atualiza, afirma-se a virtude moral da prudência, com as suas cautelas, ditadas pelo bom senso, a sagacidade e a resolução, pois o verdadeiro jurista deve ter perspicácia para julgar do que vai fazer ainda nas mínimas circunstâncias, vivacidade de espírito, combatividade, etc. (52)

Para o Direito passar do estado de *possibilidade* para o de *atualidade*; do estado de *realizabilidade* para o de *realização hic et nunc*, depende, como se vê, das *cautelas da prudência* e das *fórmulas da arte*. Por mais que haja ciência, prudência e arte, será, todavia, necessário algo mais para ser-se jurista: “Nunca, porém, o artista será completo sem *amor ao trabalho* e sem hábito de exercitá-lo. O hábito torna o trabalho fácil e até agradável; pelo hábito a arte se identifica com a vida do artista” (53)

17 — A *Jurisprudência simplesmente teórica* estabelece os princípios gerais, fixa os preceitos, observa as rela-

(52) V. *Rev. cit.* p. 105 e segs.

(53) *Ibidem*, p. 106 e 109.

ções sociais, demonstra as regras e interpreta as leis, “abrangendo a ciência e a legislação”. (54).

A *Jurisprudência Prática* tem por fim “a aplicação das leis aos fatos e casos ocorrentes no fôro”, desdobrando-se no estudo das cautelas ou *euremas*, e na confecção das *fórmulas*, ou por outras palavras, nos elementos artísticos e formais dos fatos jurídicos, quer judiciais, quer extrajudiciais.

Há, assim, na concepção de João Mendes Júnior, uma correlação inegável entre teoria e prática do Direito, mas através de um escalonamento de pesquisas e segundo uma terminologia e uma técnica que não me parece possam atender ao espírito de nossa época.

Não bastará, em verdade, elaborar antes uma Ciência Jurídica como *entidade* (“Direito, diz êle, como ciência ou como pura teoria, tem entidade; mas para passar do estado de entidade para o de *existência* etc. etc. — *Rev.* 1893/106), para só então se cuidar de projetá-la como momento da realização ou da prática do Direito. A conexão ou implicação entre teoria e prática deve ser um pressuposto metódico válido tanto no momento da elaboração dos princípios, das leis e dos institutos jurídicos, como no da sua interpretação e aplicação: temos, em suma, um entendimento diverso sobre o que seja “prática”, não redutível aos horizontes profissionais do fôro. Quem estuda, aliás, as páginas que João Mendes Júnior nos legou sobre *Prática Forense* (55) pode verificar que o ilustre jurista embebe de cogitações teóricas os seus estudos de cautelas e fórmulas, enriquecendo o tema com ampla apreciação da

(54) *Rev.* cit. p. 117 e *Rev. Fac. Dir.* vol. XX, 1912, p. 63. Parece-me obscuro o emprego das expressões “ciência e legislação” como objeto da Jurisprudência puramente teórica, pois ela mesma, ou é a ciência, ou não sei o que seja.

(55) São vários artigos publicados pela *Rev. da Fac. de Direito*, e que mereciam ser reunidos em volume, assim como outros escritos, não fôsse a tristeza dos tempos no que se refere a assuntos de indagação pura.

História do Direito e do Direito Comparado, mesmo porque a experiência tem revelado quanto são estéreis os formulários e as receitas de “prudências”, que não representam momento da Jurisprudência, nem podem ser confundidos com o Direito como realidade concreta.

O problema João Mendes Júnior na cultura brasileira

18 — Não foi meu intuito, ao iniciar este trabalho, oferecer conclusões, nem muito menos fazer o balanço dos ensinamentos de João Mendes Júnior sob o prisma da Filosofia. Há estudos que não alimentam o propósito de demonstrar uma tese, nem de chegar a resultados como os que, no campo de certas ciências, representam a única razão de ser ou o título de legitimidade da pesquisa.

Quando analisamos produções literárias ou científicas, situando-as em função das qualidades pessoais de seu autor e das conjunturas do seu tempo, a pesquisa flui no plano da pura compreensão objetiva; move-se segundo as exigências de captação dos sentidos da obra cultural, livre do propósito, muitas vezes penoso e comprometedor, de converter a vivência crítica dos problemas em algo de quantificado e dogmático.

À luz da Sociologia do conhecimento, tais pesquisas talvez possam, no entanto, valer como pontos essenciais à interpretação de uma época, bem como para a determinação dos fatores atuantes em suas formas de saber científico, esclarecendo alguns aspectos do processo intelectual de dado período histórico.

O que mais me seduz na personalidade de João Mendes Júnior é o talhe nítido e inconfundível de sua vida e de sua obra, formando uma unidade acabada de pensamento e de ação. Em uma terra onde proliferam caçadores da “última verdade”, êle amou corajosamente as “verdades antigas” e extremou-se no carinho pelo passado, até mesmo anacrônicamente, vivendo o presente como passado, ao contrário dos historicistas que vivemos mais sábiamente o pas-

sado como presente e como futuro; em um meio tocado pela sofreguidão do imediato e do empiricamente útil, êle soube cultivar as perguntas “que não servem para nada”; convivendo com juristas, cujos horizontes são muitas vêzes delimitados pelas paredes angustas do Fôro, êle sentiu a fôrça universal das idéias do Direito e da Justiça, sem perder contato com a prática, dobrando-se sempre às suas exigências inexoráveis; num país de ecléticos, de conciliadores de múltiplas verdades, êle quiz ser rigidamente escolástico, no fundo e na forma, conhecendo os modernos mas não se deixando seduzir por êles; ensinando entre homens confiantes no poder da intuição e seduzidos pelos repentes da inteligência improvisadora, êle porfiou em reclamar o aprendizado metódico e perseverante, apontando para os valores da “atenção” e da “memória”: a sua originalidade maior consiste em jamais ter querido ser original, inovador, surpreendentemente atual e novo. Figura extremada, quase o paradigma de uma certa forma de conceber o universo e a vida, isola-se em seu tempo e projeta-se até ao nosso, como um problema na significação de nossa cultura.

Sim, porque João Mendes Júnior seria inconcebível fora das coördenadas da cultura ibero-americana, sendo, assim, a expressão ou o sintoma de algo que se prende muito fundo às raízes de nossa formação mental.

Se êle tivesse sido um escolástico ortodoxo, sem êxito e sem repercussão duradoura na vida jurídica do país; se êle não tivesse sido um verdadeiro chefe de escola na processualística nacional, e se o seu rígido tradicionalismo, não houvesse representado como que “fôrça nova” na componente de nossa Jurisprudência, não haveria razão para o “problema” que me proponho, nem faltariam exemplos de estudiosos com tendências análogas na Itália ou na França, na Alemanha ou nos países anglo-saxônios.

O que é singular, portanto, é a repercussão de suas idéias em São Paulo, especialmente na geração seguinte, ou seja, passado o chamado “predomínio positivista”, à

medida que ia declinando a influência de Pedro Lessa ou de João Monteiro, os quais, apesar de sua desmedida confiança nas ciências das coisas para a solução dos problemas humanos, correspondiam mais à projeção futura de nossa intelectualidade e à concretude de nossos problemas.

É claro que em tôda parte se projetam vitoriosamente juristas conservadores, como os há progressistas e revolucionários. A dimensão cultural de João Mendes Júnior é, porém, diversa, bem distinta da dos mestres da Jurisprudência neo-tomista, que sabem ou procuram ser *contemporâneos*, embora aplicando, desenvolvendo ou retificando as teses do Aquinate em seus valores essenciais. O que o torna um “problema” deveras sintomático é a “atualidade” de um homem “*inatual*”, que compromissos não tinha senão com o passado.

19 — Tecendo considerações sôbre o futuro do sistema de Santo Tomás, A. D. Sertillanges discrimina os três métodos que poderiam justificar, hoje em dia, o titulo de “*neo-tomista*”

O primeiro consiste em elaborar conclusões novas a partir dos princípios ou das conclusões provisórias de Santo Tomás, processo êste já explorado há séculos, pela nuvem dos comentadores, e que deve ser considerado verdadeiramente esgotado. Êsse trabalho de mera inferência não se concilia mais com o espírito moderno, exprimindo-se em um plano de pensamento que não é o nosso, máxime quando se recai em aberração simile à de Averróes que considerava “concluída a ciência” com Aristóteles.

O segundo método, continua o professor do Instituto Católico de Paris, visa proceder mediante adições justapostas de doutrinas recentes, destinadas a confirmar ou a enriquecer, por fora, as antigas. A sua expressão pior é o *concordismo*, que consiste na infusão de múltiplos princípios novos no corpo do antigo sistema.

A terceira forma de neo-tomismo, que não visa espichar conclusões ou justapor contribuições discrepantes,

distingue-se pelo propósito de “nourrir par le dedans ce vivant qu’est le système, en lui faisant assimiler toute la substance nutritive que les siècles ont depuis élaborée. *Vetera novis augere*: c’est la formule de Leon XIII”. Fazer com Santo Tomás, em suma, o que êste fêz com o sistema de Aristóteles. (31)

Depois da explanação contida no presente trabalho, não resta dúvida que João Mendes Júnior corresponde mais, embora não integralmente, à primeira categoria acima apontada. Daí as perguntas que formulei sôbre o possível significado da “atualidade de seu pensamento”

20 — Múltiplas explicações poderiam ser tentadas, e a elas quero apenas fazer referência, como hipóteses de trabalho.

Em primeiro lugar, a presença atuante de João Mendes Júnior demonstra que entre nós não vinga apenas o *filoneismo*, o amor pelas coisas novas, a paixão pelas doutrinas mais recentes, mal de que padeceram Tobias Barreto e Sílvio Romero e que tem sido mais um “mal do Nordeste”: em contraposição àquela tendência, afirma-se a virtude ou o vício (é claro que variam as perspectivas no uso do termo adequado. .) do *misoneismo*, mal de que padeceu João Mendes Júnior e que têm sido mais um “mal do Sul”.

A instabilidade de nosso desenvolvimento no plano das idéias, — as quais não defluem de um diálogo travado originariamente entre nós mesmos, mas provém da reprodução de diálogos ou polêmicas travados alhures, — explica a persistência de certos pensadores no ancoradouro do passado, o que é também uma forma de evasão no tempo, como outros se evadem mentalmente das circunstâncias a que pertencem, vivendo espiritualmente em Nova York ou em Paris, em Roma ou Berlim. Uma falta de

(56) Sertillanges — *Saint Thomas d’Aquin*, Paris, 1912, 2.^a ed., vol. II, págs. 332. e segs.

confiança na própria capacidade criadora, um receio, que só agora começa a ser vencido, de oferecer algo válido no mundo da especulação pura, — diria quase, um estranho “complexo de inferioridade”, — projeta-nos para fora do espaço e do tempo, gerando filhos da mesma anciedade, aparentemente tão distantes uns dos outros, os *filoneistas* e os *misoneistas*. Une-os o mesmo mal da carência de historicidade autêntica, pois não basta o amor das coisas antigas para se ter senso histórico: o passado não deve ser algo de estático, que se contemple, projetado para fora de nós, mas é antes um momento em nosso projetar-se para o futuro.

Se pensarmos, por outro lado, que ainda não passamos pela crise fecunda e renovadora de uma Filosofia crítica; que o nosso “criticismo” já veio diluído em doutrinas inspiradas em A. Comte ou em Spencer; compreende-se não só a persistência da Escolástica ortodoxa parada no tempo, mas também a conversão em “escolasticismo formal” de outras tendências, como se deu com o positivismo de Miguel Lemos e Teixeira Mendes e tende a ser o drama de certos neo-positivistas só extrinsecamente revolucionários.

Por fim, não há que esquecer, no caso de João Mendes Júnior, o jogo floral dos “distinguos” de tanta significação nos círculos jurídicos pátrios, onde ainda prevalece o culto do Direito como interpretação e construção formal de preceitos, de longe em longe tocados por um sopro de indagação filosófica, apesar de possuímos um cabedal de verdadeira Ciência, como a que nos vem de Teixeira de Freitas ou de Clovis Bevilacqua.

Quando pesar no espírito de nossos pensadores tôda a força do presente, não como instante imediato é fugaz, mas como a concreção de nosso passado e de nosso futuro; quando vivermos realmente inseridos na problemática de nossas circunstâncias, natural e espontâneamente, sem sentirmos mais a necessidade de proclamá-lo a todo instante, quando houver essa atitude nova, saberemos conversar sobre nós mesmos e entre nós mesmos, recebendo idéias es-

trangeiras como acolhemos uma visita que nos enriquece, mas não chega a privar-nos da intimidade de nosso lar.

21 — Há, porém, um outro motivo que explica a repercussão da doutrina do direito de nosso antigo ministro do Supremo Tribunal: *é a brasilidade de seus ensinamentos*, a vinculação de seus estudos a uma linha de continuidade luso-brasileira.

Digam o que disserem certos detratores, — em geral bacharéis desenganados ou marginais — é preciso reconhecer que a Ciência do Direito no Brasil já atingiu certo grau de *maturidade*, oferecendo um cabedal de experiências nossas, ligadas à tradição lusa. Se não há traços relevantes de uma Filosofia brasileira, como estilo ou maneira de filosofar, há inegavelmente um *Direito brasileiro*, correspondente a certas constantes no nosso modo de colocar os problemas, constantes essas que se não deformaram em contato com as teorias européias ou as norte-americanas. Nêsse sentido, a obra de jurisconsulto de João Mendes Júnior representa um dos elementos mais significativos de nossa cultura jurídica, assinalada por um traço pragmático muito vivo, por um desejo de adequação das teorias às exigências mutáveis e conflitantes de uma sociedade sujeita a crises naturais de expansão e desenvolvimento.

Se Rui Barbosa, Clovis Bevilacqua, Pedro Lessa e João Monteiro, por exemplo, são juristas banhados de cultura jurídica universal (o último vaticinou mesmo o advento de uma “cosmópolis do Direito”) nenhum dêles comprometeu o gênio próprio de nossas instituições fundamentais, e souberam introduzir inovações substanciais nos modelos em que se inspiraram.

Há, no entanto, uma outra corrente, mais numerosa, mais ligada ao processo de nossa formação político-jurídica, com representantes do porte de Teixeira de Freitas, Pimenta Bueno, Paula Batista e Lafayette. É nesta corrente que se situa a obra de João Mendes Júnior, a de mais pronunciado apêgo à tradição.

Em Teixeira de Freitas é bem viva a presença de Savigny e da Escola Histórica, à cuja luz reelabora poderosamente o legado do Direito reinícola, dando-lhe uma estrutura técnico-dogmática de tal ordem que é certamente com as suas obras fundamentais que se emancipa o Direito Brasileiro. Ainda é tarefa por fazer-se, à qual espero abalçar-me algum dia, se para tanto me sobrar engenho e arte, a de indagar dos pressupostos teoréticos da obra do jurisconsulto insigne, a-fim de deslindar o significado de Savigny e dos mestres da “Escola de Exegese” nos escritos do mais original dos nossos jurisconsultos. (57)

Nos trabalhos do paulista Pimenta Bueno, — cuja alta projeção na Jurisprudência pátria não tem merecido mais carinhoso estudo de nossos conterrâneos — palpita tôda a problemática do Direito Público no meado da última centúria, e os problemas do Direito pátrio animam-se de um sentido de universalidade própria de um mestre de liberalismo.

Em Lafayette Rodrigues Perreira, não obstante a riqueza de sua formação tradicional, nota-se a absorção benéfica de influências estranhas à linha ibérica. Nos seus livros, as contribuições da Escola da Exegese ajustam-se tão bem ao rigorismo e à limpidez de sua linguagem científica, quanto se mostra a sua inteligência sensível às cautelas de prudência e de “suspiciácia” inspiradas num “kantismo” acomodado às teorias justanaturalistas. (58)

De Paula Batista pode-se dizer que soube fundir o velho e o novo em contribuições que se revestem de impressionante atualidade. As antecipações apontadas em sua teoria processualística talvez sejam o fruto da experiência original do Direito luso fecundada pelas lições hauridas na Jurisprudência de seu tempo. (59)

(57) A esta questão me refiro sumariamente no citado trabalho sobre a *Doutrina de Kant no Brasil*, págs. 71 e segs.

(58) V. *Doutrina de Kant no Brasil*.

(59) V. Alfredo Buzaid — *Paula Batista, atualidades de um velho processualista*, São Paulo, 1950.

João Mendes Júnior foi de todos o menos propenso a acolher as “novidade” do Direito alienígena, o que não significa tenha êle ignorado as grandes doutrinas de um século assinalado, — em confronto com o nosso, em que pese o vaticínio pessimista de Savigny, — por forte vocação pela Legislação e a Jurisprudência. Pode, pois, ser considerado um padrão de jurisconsulto tradicional, no fundo e na forma, um paradigma que, como tôdas as posições nitidamente talhadas, há de suscitar aplausos e críticas apaixonadas. A sua obra só poderá, por isto mesmo, ser julgada serenamente se nos situarmos no plano de uma doutrina capaz de integrar, em nova síntese superadora, as exigências especulativas e práticas a que êle procurou atender, sem ter conseguido, a meu ver, resolver as aporias decorrentes de seu escolasticismo abstrato e de seu amor pelo empirismo fundamental dos praxistas. Todavia, o seu propósito de conciliar a *teoria* e a *realizabilidade* do Direito constitui uma diretriz segura para uma compreensão melhor da Ciência Jurídica.

Pena é que, após os contrastes filosófico jurídicos, que deram sentido de participação às idéias universais e interesse ideológico à geração de João Mendes Júnior e de Pedro Lessa, tenha havido um hiato na preocupação dos jurisconsultos de São Paulo pelas coisas da Filosofia, em parte devido ao declínio da inquietação positivista e evolucionista, que, não obstante suas deficiências especulativas, atuara em nosso meio jurídico como fermento benéfico, — e também pelo hábito que passou a imperar da repetição convencional dos esquemas escolásticos que na obra de João Mendes Júnior tinham pelo menos a fôrça de uma convicção amadurecida na intencional “contemplanção dos primeiros princípios”.

São Paulo, Novembro de 1956.

João Mendes de Almeida Jr. — Aspectos de uma grande vida.

Alfredo Buzaid

Livre docente de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

I — A família Mendes de Almeida.

1 — JOÃO MENDES DE ALMEIDA nasceu a 22 de maio de 1831 na vila de Caxias. Contava apenas oito anos de idade, quando irrompeu uma sublevação na Província. A praça fôra sitiada pelos rebeldes. Os habitantes porfiam na defesa, fabricando cartuchos. Travam-se combates violentos e encarniçados, deixando mortos e feridos no campo de batalha. Porém a cidade não logrou resistir por muito tempo; capitulou. Começa a evacuação dos civis, através do rio Itapicurú, localizando-se os fugitivos na povoação, denominada Coroatá. Dominada a rebelião, regressa a família Mendes de Almeida. A situação era dolorosa. Perdera a maior parte dos cabedais. A 20 de setembro de 1840 morre Fernando Mendes de Almeida, deixando três órfãos e o filho mais velho, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, já formado em direito. (2)

(1) Conferência proferida na Faculdade de Direito de S. Paulo, no dia 29 de Outubro de 1956, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR.

(2) Cf. JOÃO MENDES DE ALMEIDA, *Algumas notas genealógicas*, S. Paulo, 1886, p. 459 e seg.

2 — Apesar das dificuldades financeiras, JOÃO MENDES DE ALMEIDA fôra enviado para a Capital e internado no Colégio Nossa Senhora dos Remédios, onde permaneceu até 1846. Aí fêz os preparatórios; seguiu depois para Olinda, onde cursou a Faculdade de Direito. Em 1852 transferiu-se para São Paulo, a fim de concluir o curso nesta Faculdade, quando é obstado por um aviso do Ministro do Império, Francisco Gonçalves Martins, expedido ao Diretor, ordenando-lhe que não lhe permitisse prestar o ato e tomar o grau, antes de se defender da acusação de tentativa de morte contra o Prof. Pedro Autran da Mata e Albuquerque.

JOÃO MENDES DE ALMEIDA regressa para Olinda. Tratando-se de crime inafiançável, não podia livrar-se sôlto. Solicitou ao Chefe de Polícia guia para recolher-se ao Estado Maior e da decisão de pronúncia interpôs recurso, que tocou ao magistrado José Tomás Nabuco de Araújo. O provimento do recurso reconheceu a inocência do jovem acadêmico, que pôde voltar para São Paulo. Concluído o curso, foi nomeado pouco depois juiz municipal em França do Imperador e juiz de direito da Capital. O Ministro da Justiça era então José Tomás Nabuco de Araújo. (3)

3 — Êstes dois fatos marcam indelêvelmente a existência de João Mendes de Almeida. Aos oito anos assiste aos horrores da guerra fratricida. Mas o quadro, longe de lhe entibiar a alma, infunde nela o sentimento da coragem, revigora o ânimo de luta e acrisola o amor da Pátria. Na mocidade, pouco antes de sua formatura, conheceu o travo da injustiça. Mas a falsa acusação, que ordinariamente abate os covardes, levantou o jovem, dotado de ânimo forte. O indiciado não foge; defende-se. Sendo inocente, é absolvido. Já agora pode começar a trajetória de sua vida como juiz, advogado, jornalista, político e escritor.

(3) JOÃO MENDES DE ALMEIDA, *Algumas notas genealógicas*, p. 462; FRANCISCO MORATO, *Discursos e conferências*, S. Paulo, 1952, p. 52.

Homem independente, dedicou-se ao serviço da Nação. Eleito deputado, integra comissões parlamentares, que opinam sôbre o projeto de interpretação do Ato Adicional, da Lei do Ventre Livre e da reforma eleitoral. JOAQUIM NABUCO, fazendo-lhe o elogio na sessão do Instituto Histórico de 15 de dezembro de 1898, assinalou: “Êle é quase um rebelde, faz vida política à parte, tem a sua esfera de influência exclusiva, trancada, hostil a qualquer intervenção êle não tem vida própria, não pode fechar a porta, não tem horas de comida, não tem direito ao sono”. (4)

4 — Católico convicto e fervoroso, direi mesmo *ultramontano*, adota o lema *manet immota fides*. JOAQUIM NABUCO dizia ainda, referindo-se à fé religiosa de João Mendes de Almeida: “O homem público que prefere resolutamente, como êle, acima de tudo o interêsse da Igreja, tem que se inspirar só na política do Evangelho. Em substância, o que êle era, era sòmente um católico; tudo o mais era accessório, corolários políticos que tirava de sua premissa religiosa, meios de alcançar o seu único *desideratum*. É assim que se pode medir a verdadeira distância a que êle se acha das idéias que hoje se respiram. Êle foi um dêsses políticos que trabalharam, não por uma época ou por um país, mas pela eternidade e pelo homem.” (5).

5 — JOÃO MENDES DE ALMEIDA casou-se com Da. Ana Rita Fortes Leite Lobo no dia 17 de fevereiro de 1855. Do consórcio nasceram três filhos, dos quais o primogênito foi JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR. Em 1886 João Mendes de Almeida publicou em São Paulo uma obra intitulada — “*Algumas notas genealógicas*”, com o subtítulo — “*Livro de família*” A obra é dedicada aos seus filhos e contém um notável prefácio, no qual assinala que a nobreza é

(4) JOAQUIM NABUCO, *Escritos e discursos literários*, obras completas, vol. IX, p. 216.

(5) JOAQUIM NABUCO, *op. cit.* p. 217 e seg.

antes uma qualidade do que um título; (6) convencido de que “o maior respeito aos antepassados será a constante prática das virtudes, quer na família, quer na sociedade” (7), procurou recordar a linhagem na qual entroncava a sua estirpe; e sendo católico fervoroso, concluiu as palavras preliminares, dizendo: “Este livro é um simples canhenho da família. Se estranhos o lerem, considerem somente na intenção que o ditou. *Quero que meus filhos amem a Deus sobre tôdas as coisas, afim de que saibam praticar as virtudes, e possam assim perpetuar na prole a legitimidade, sob tôdas as relações da vida*: “in filiis suis agnoscitur vir” (*Eclesiastico*, XI, 30). (8)

6 — JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR descende dessa linhagem. As qualidades de seu pai vão refletir-se nêle, moldando-lhe o caráter, infundindo-lhe a crença religiosa e aprimorando-lhe os dotes da inteligência e do talento. Êle herdara de seu pai uma tradição de honra e de espiritualidade, a bondade do coração e o ânimo combativo. Refere-nos FRANCISCO MORATO que o pai aconselhava o filho, “quando investido no cargo de lente, a’ ser invariavelmente bom para com os alunos.” (9) Atento a êste conselho paternal, aprovava-os sistemáticamente. “Quando o aluno não sabia o que era perguntado”, ensinava-lhe e, como a reprovação era uma sentença contra os ignorante, aprovava por sistema, porque, se o examinado não tinha aprendido nas aulas, saía sabendo nos exames.” (1) JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR não tinha apenas amor por seu pai; respeitava o seu talento, venerava as suas virtudes morais e admirava o seu ardor combativo pela fé e pela Pátria.

(6) JOÃO MENDES DE ALMEIDA, *Algumas notas genealógicas*, p. IV.

(7) JOÃO MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.* p. V.

(8) JOÃO MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.* p. VI.

(9) FRANCISCO MORATO, *Discursos e conferências*, p. 53.

(10) FRANCISCO MORATO, *op. cit.* p. 51.

Quando amigos e admiradores lhe exaltavam as qualidades intelectuais, considerando-as superiores às do pai, o filho se contrariava, censurando o exagero, não por falta modéstia senão pelo orgulho da origem.

II — Duas etapas na vida de João Mendes Júnior.

7 — Há na vida de JOÃO MENDES JÚNIOR duas fases marcantes, nitidamente separadas pela morte de seu pai. A primeira transcorre alegre, impetuosa, saudável e exuberante, especialmente no período em que freqüentou esta Faculdade como estudante. Traja-se com rigor e perfuma-se com essências francesas. Sempre bem humorado, participa da vida acadêmica, conta anedotas, não se esquivava às pândegas que acabam não raro em bengaladas e garrafadas. (11) Pertence a êste período a sua atividade no jornalismo. Durante algum tempo dirigiu a “Gazeta de Mogi-Mirim”, tratando dos assuntos mais variados, especialmente sociológicos. Pôs o jornal a serviço da causa abolicionista. Quando começou a onda de fugas, que precedeu a lei Áurea, ocupava as funções de delegado de polícia naquela cidade Joaquim Firmino, que se recusava sistematicamente a perseguir os escravos. Indignaram-se os fazendeiros e formularam ameaças. Joaquim Firmino continua inabalável!. Foi então planejado o assassinio. A 11 de fevereiro de 1888 um bando de facinoras invade-lhe a casa e mata-o a golpes. WASHINGTON PRADO conta que “o povo de Mogi-Mirim prestou inequívocas provas de respeito à memória de Joaquim Firmino, indo buscar-lhe o corpo, em trem especial, no próprio dia do crime. Os cativos fugidos, procedentes dos municípios vizinhos e atraídos pelo clima de liberdade, afluem em massa para a cidade.

(11) Cf. FRANCISCO MORATO, Discursos e conferências, p. 48; PELÁGIO LOBO, Recordações das Arcadas, p. 53.

JOÃO MENDES JÚNIOR, à frente da “Gazeta de Mogi-Mirim”, continúa impavidamente colaborando na campanha libertária. Mas não o faz sem risco de vida. Também querem matá-lo. O povo, entretanto, está vigilante.” (12) Êste episódio assinala o destemor de JOÃO MENDES JÚNIOR em face do perigo. Se a causa era digna, o receio era uma covardia.

8 — Bem diversa foi a segunda fase, caracterizada pela circumspecção, por um certo ar de angústia, por entranhado sofrimento interior. Quando se debruça numa janela e fita algum ponto, não é para olhar o mundo exterior senão o interior, ensimesmando-se nas longas reflexões. A vida contemplativa substitui a vida ativa. O advogado militante e o jornalista intemerato da campanha abolicionista cedem o lugar ao jurista, que emite pareceres e ao homem, que aperfeiçoa dia a dia as suas virtudes morais. A vocação religiosa, que veio do berço, banhada pelos afagos maternos, já agora se escuda na convicção filosófica aristotélico-tomista. Em 1902 traduz a obra de S. João Climaco, intitulada “*Climax*” ou “*Escada do Céu*”, apondo-lhe um notável prefácio. Começa aí a manifestação pública de sua fé interior. (13)

III — O católico e a tradução de “climax” ou “escada do céu”.

9 — O sábio, quando escreve, dá muito do seu e pouco do alheio. O tradutor, ao contrário, dá tudo do alheio e nada do seu. Embora estas duas afirmações sejam verdadeiras, não se pode negar que tôda tradução, especialmente de obras filosóficas ou religiosas, revela uma identidade

(12) WASHINGTON PRADO, *História de uma cidade bandeirante*, 1951, Mogi-Mirim, p. 79.

(13) É curioso que, abaixo de seu nome, indica os seus títulos na seguinte ordem: “Irmão terceiro da ordem franciscana e lente catedrático da Faculdade de Direito de S. Paulo”.

espiritual entre o autor e o tradutor. É o que se sente ao ler o livro de S. JOÃO CLÍMACO, denominado “Climax” ou “Escada do Céu”, pôsto em vernáculo por JOÃO MENDES JÚNIOR. (14). A obra do santo data dos fins do século VI ou primórdios do século VII, discorre sôbre as virtudes que aperfeiçoam a criatura e indica o caminho que conduz à immortalidade. No prólogo, o tradutor espanhol disse: “Para tratar desta matéria, requer-se principalmente santidade e experiência das coisas espirituais, porque é isso que principalmente faz os homens sábios nesta doutrina, como disse o Profeta — *Por teus mandamentos, Senhor, entendí,* querendo significar que o exercício e o cumprimento dos mandamentos de Deus, é o principal mestre desta celestial filosofia.” (15)

10 — A edição em idioma nacional irmanou autor e tradutor. Ambos pregaram pela pena o que realizaram pelo exemplo. O tradutor compreendeu e amou o Santo, porque nêle se identificou; o autor se refletiu no tradutor, porque a vida dêste também foi banhada pelo olor da santidade. JOÃO MENDES JÚNIOR desdenhou os bens materiais do mundo, mortificou paixões, cultivou a penitência, praticou o jejum e observou a temperança; em sua alma nunca entrou o sentimento da ira e depressa saiu a tristeza da injúria recebida; amou a vida e sempre temeu a Deus, a Quem se unia todos os dias pela oração.

11 — A Igreja grega consagra o dia 30 de março à celebração de S. JOÃO CLÍMACO. JOÃO MENDES JÚNIOR nasceu no dia 30 de março. “Eu nasci”, escreveu no prólogo da edição brasileira, “eu nasci no dia 30 de março de 1856; minha mãe, minha boa e santa mãe, foi a primeira pessoa de quem ouvi o nome do santo do dia do meu nascimento;

(14) SÃO JOÃO CLÍMACO., *Climax ou Escada do Céu*, tip. Espín-dola, Siqueira & Cia., S. Paulo, sem data; traduzida do grego para o espanhol por Fr. Luis de Granada e do espanhol para o português por JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR.

(15) SÃO JOÃO CLÍMACO, *op. cit.* prólogo, p. VI e VII.

dois irmãos meus, Maria e Fernando, êste já chamado ao seio de Deus, nasceram nesse mesmo dia, aquela em 1858 e esta em 1860; meu pai, cuja vida foi uma escada de virtudes e cujos últimos anos foram de contínua penitência e constante oração, incitou-me a promover a construção de uma capela dedicada a S. JOÃO CLÍMACO, nos limites dos municípios desta Capital e de S. Bernardo, assistiu à cerimonia da bênção local, celebrada pelo Padre César de Angelis, da Companhia de Jesus e foi o primeiro signatário do respectivo auto. Ali atualmente está formado um bairro, que os moradores do lugar denominaram bairro de *S. João Clímaco*, nome que, afinal, foi consagrado nos autos oficiais do Governo de São Paulo. Sirva a capela de ponto de retiro espiritual; e DEUS se digne abençoar êste meu esforço como penitência dos meus pecados.” (16)

O fervor religioso de JOÃO MENDES JÚNIOR não o ergueu apenas à contemplação mística; levou-o a construir uma Igreja, em honra do Santo, cujo nome embalara a sua meninice e a cuja devoção dedicara tôda a sua existência. O nascimento de três filhos, no dia consagrado à memória de S. JOÃO CLÍMACO, não era mera coincidência; havia nos desígnios da Providência o propósito de premiar aquela santa mãe, abençoando o nascimento de seus filhos no dia do Padroeiro de sua devoção.

12 — Sua alma está saturada de bondade, natural e espontânea. E esta virtude, que santifica a sua vida, se casara com a dedicação ao magistério, que foi a sua vocação irresistível. Seu filho, JOÃO MENDES NETO, tira à luz em 1937 uma obra de filosofia, denominada “*Elementos de lógica e de psicologia*”. Esta obra não foi escrita pelo Mestre por mero deleite intelectual, ou pelo desejo de especulação acadêmica. Foi uma dádiva do pai ao filho, quando êste se preparava para os exames de admissão à Faculdade de Direito. Organizou, compôs e escreveu os pontos do programa, aprovado pela Congregação; o filho tinha à mão

(16) SÃO JOÃO CLÍMACO, *op. cit.* prólogo, p. XVII.

tôda a matéria, exposta com rigor de técnica e elegância literária. Que teria influído na alma de JOÃO MENDES JÚNIOR para escrever os “*Elementos*”? A bondade do pai ou a vocação do mestre? Ou ambas? Ao que parece, não se podem distinguir estas virtudes, que compõem a sua formação espiritual. O Mestre, ensinando, era sempre um pai. O pai, velando pela educação dos filhos, era sempre um mestre. (17)

IV — O professor e a filosofia do direito judiciário.

13 — JOÃO MENDES JÚNIOR foi um professor à maneira européia. A preocupação dos escritores do velho Mundo é a de dizer algo de novo e oferecer uma contribuição própria. Repetir o que já foi ensinado é inútil, ou pelo menos tem minguido merecimento. Não se há de exigir sempre uma investigação totalmente nova; basta muitas vêzes uma idéia, contanto que contribua para o progresso da ciência. Sob êste aspecto, ninguém excede JOÃO MENDES JÚNIOR. A sua doutrina é indisputavelmente original, tem rigor na disposição e perfeita unidade do conjunto. JOÃO MENDES JÚNIOR não se contentou com uma idéia; construiu um sistema.

14 — A sua contribuição original consistiu em elaborar, entre nós, uma filosofia do direito judiciário. É certo que HARSCHER V ALMENDINGEN, já em 1797, aconselhava, como guia no estudo da ciência jurídica, investigar, juntamente

(17) O PROF. REINALDO PORCHAT que fôra companheiro de JOÃO MENDES JÚNIOR desde os bancos acadêmicos e depois seu colega de Congregação, deu o testemunho do caráter paternal de sua vida: “JOÃO MENDES era um professor que ensinava paternalmente. E bem se vê, pela maneira e pelo meticoloso cuidado com que escreveu essas lições para ensinar o seu filho, que não lhe era forçado o carinho e a bondade com que ensinava aos alunos da Faculdade, considerando-os também como seus filhos.” (JOÃO MENDES JÚNIOR, *Elementos de Lógica e de Psicologia*, Saraiva & Cia. 1937, prefácio).

com a filosofia, a história do direito positivo. (18) No entanto, a aplicação dos princípios filosóficos à ciência do progresso só raramente ocorreu, podendo lembrar-se, se me não engano, apenas duas construções: a de WILHELM SAUER na Alemanha e a de JOÃO MENDES JÚNIOR no Brasil. Não sei de outras construções ou tentativas, feitas em outros tempos e por outros escritores.

15 — SAUER, filósofo, sociólogo e jurista, criou uma obra de sentido profundamente humano. A sua filosofia é influenciada pelo “sociológico” e sob êsse aspecto marca a evolução do século XX. Ligado à Escola Sud-Occidental alemã, ou culturalista, a sua criação original é “*a monada de valor*”, com que, tomando um conceito já formulado por LEIBNIZ e FICHTE, dá-lhe uma expansão inteiramente nova e marcante, com a teoria da *autoridade da coisa julgada* (Rechtskraft), que recorda de algum modo a concepção ficcionalista de VAHINGER (19) — Não se pode filiar a concepção processual axiológica de SAUER a nenhuma corrente da processualística. O antigo professor de Koenigsberg colheu na filosofia de LEIBNIZ o conceito de “*monada*” e em FICHTE o conceito de “*valor*”; e fundiu-as no sincretismo da “*monadologia do valor.*” Esta teoria das monadas do valor, que repetidamente encontrou repercussão na obra de SAUER, não é senão uma conseqüência, do ponto de vista cultural, das mais elevadas questões postas pela metafísica e um ensaio para resolvê-las, sem sair de limites rigorosamente científicos. As monadas de valor constituem a essência das coisas. Com elas tem que operar tôda

(18) HARSCHER v. ALMENDIGEN *Ueber den materiellen und formellen Concurs der Glaebiger*, 1797, Giessen, n. 88. JOÃO MENDES JÚNIOR emprestava excepcional importância aos estudos históricos. Haja vista, entre outros, os seguintes trabalhos: *O processo criminal brasileiro*, 3.^a ed. Rio, 1920, vol. I, p. II e segs.; *Órgãos da fé pública*, S. Paulo, 1897, p. 10 e segs.

(19) SAUER, *Grandlagen des Prozessrechts*, Stuttgart, 1919, p. 235 e seg.

a ciência e nelas há de viver todo homem, pois só assim pode atuar eficazmente em favor da cultura. A monada de valor é a menor unidade, que a ciência procura compreender. Mediante a agrupação das monadas de valor se integra o todo, a cujo conhecimento se destina a Filosofia. (20)

16 — Encarando o processo sob o ponto de vista da monada de valor, SAUER, dá uma explicação inteiramente nova: “As monadas de valor do Direito Processual vivo porfiam por realizar a lei fundamental, com o objetivo de criar segurança jurídica, estruturando em concreto o direito objetivo e assegurando o império da justiça. É de desejar que esta concepção do Direito Processual e sua atuação prática satisfaçam as necessidades de todos os interessados e redundem em benefício do próprio Estado.” (21) Na mais recente de suas obras, SAUER retoma essas idéias e diz: “O principal é atingir o resultado satisfatório num caso particular com uma teoria (é evidente que também incontestável sob o ponto de vista lógico e jurídico positivo), a saber, um resultado que corresponda às necessidades jurídicas, ao bem público, à consciência popular em consonância com a justiça. Esse é o objetivo para o qual deve tender desde o começo, sem que o julgador tenha a liberdade de se perder em lífranas lógicas. Por isso é que devem ser postas a descoberto as monadas jurídicas e patenteado o seu vínculo harmônico.” (22)

17 — JOÃO MENDES JÚNIOR fêz, por seu turno, uma aplicação da filosofia aristotélico-tomista à ciência do processo. Os princípios fundamentais podem ser assim compendiosos: a) — aplicação da teoria do movimento no processo

(20) SAUER, *Filosofia Jurídica y social*, Ed. Labor, 1935, p. 77.

(21) SAUER, *op. cit.* p. 272.

(22) SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, 1951, p. 28, nota 9.

civil; (23) b) — distinção entre substância e acidente na doutrina das ações; (24) c) — renovação do conceito de instância; (25) Relativamente à aplicação ao processo da teoria do movimento, escreveu: “Tôda atividade realiza-se pelo movimento, que é sempre o resultado do concurso das fôrças físicas, postas à disposição de uma causa inteligente ou princípio superior e ordenado por êste princípio para um fim. O direito, como tudo quanto existe na natureza, não se realiza senão pelo movimento; o movimento não se realiza senão no fato individuado, seja mediante um só ato, seja mediante atos e têrmos, continuados e sucessivos, ordenados para um fim. Os atos, contratos e sentenças não têm por objeto imediato o direito em *tese*, nem mesmo o direito em *hipótese*, mas o direito em *causa*, isto é, um fato *individuado pelas circunstâncias na quantidade e determinado pela lei na qualidade*. Êste fato, assim *individuado e qualificado*, é causa material ou móvel no movimento da instância, quer pela celebração dos negócios (atos e contratos), quer para o litígio em juízo (demandas ou pleitos). A linguagem vulgar exprime perfeitamente estas idéias: *negotium, id est, tractatum ultro citroque habitum*; quando surge litígio, as partes dizem que “estão movendo uma causa em juízo” (26)

18 — O processo é, para JOÃO MENDES JÚNIOR, o movimento da ação em juízo, isto é, o curso de “atos” e “têrmos” da ação na “ordem” do juízo. Ordem é a disposição dos meios em relação ao fim. Os atos do processo são “meios”, que devem ser dispostos em “ordem”, tais e tantos quais e quantos sejam necessários para chegar ao fim da ação.

(23) Cf. JOÃO MENDES JÚNIOR, *A reformação do nosso processo* (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 26, p. 262).

(24) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, 2.^a ed. p. 101 e 255;

(25) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 441.

(26) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 16 e segs.

Os “têrmos” do processo assinalam o princípio e o fim de cada movimento no espaço e no tempo; no processo forense, assim como em tôda ação constituída por movimentos parciais, formando um movimento continuado e sucessivo, os têrmos são fixados pelo tempo, como número e medida de duração e sucessão dos atos; por conseguinte, os têrmos da duração devem ser normalmente proporcionados aos “atos praticados” de sorte que não sejam nem supérfluos, nem insuficientes. O movimento é proporcional não só à intensidade ou ao pêso do móvel, como à duração e sucessão no tempo. O movimento é tanto mais veloz quanto mais breve é o tempo em que se consuma, e tanto mais longo quanto mais longo é o tempo, de sorte que quanto mais complicados são os atos processuais, mais lento e vagaroso é o movimento e proporcionalmente mais longo o tempo para produzi-los na instância. (27)

19 — Para fixar o conceito de ação, parte JOÃO MENDES JÚNIOR da conhecida distinção entre substância e acidente. A lei, como preceito comum, é uma substância; e, como tal, é afetada por outros predicamentos ontológicos, isto é, pelos nove acidentes. A lei, pois, como um ente substancial, tem *qualidade, quantidade, relação*, e se realiza *no tempo, no lugar, em situação*, com *hábito* e mediante *ação e paixão*; isto é, age sôbre o mundo externo e sofre a ação do mundo externo. A *ação* é o acidente, mediante o qual a substância produz efeito: “*actio est accidens, quo mediante, substantia producit effectum*. E, por isso, o Código Civil, no art. 75, determina que — “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura.” Agir, dizemos geralmente tudo aquilo que produz alguma mutação, ou tudo quanto faz que uma coisa seja o que antes não era; agir, na linguagem do direito, é fazer alguma coisa que produz um efeito jurídico; neste sentido o têrmo complexo — *ação*

(27) JOÃO MENDES JÚNIOR, *A reformação do nosso processo*, (Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. 26, p. 262).

da lei — foi empregado em diversos textos do Direito Romano, pôsto que depois fôsse particularmente aplicado à ação judiciária (MAINZ, *Dir. Rom.* I, § 119, notas 8 e 9; JHERING, *Esp. do Dir. Rom.* IV, & 63). A lei jurídica age sôbre as pessoas obrigadas, atingindo-as ou por um contacto virtual, ou por um contacto físico. Age por um contacto virtual, quando é voluntariamente cumprida; reage por um contacto físico, quando se impõe pela intervenção ou pela fôrça do poder público. As vontades individuais, criando, respeitando ou extinguindo direitos na conformidade da lei, praticam — *ato jurídico*; mas, quando violam, desconhecem ou ameaçam direitos individuais, a lei, na ordem social, sòmente pode reagir pela fôrça do poder público, mediante a *ação judiciária*, em que se manifesta a ação do autor, declarando a sua intenção, contenção e remissão, assim como a reação do réu, declarando a sua contrariedade, contenção e remissão, e o conhecimento do juiz, para o final julgamento e execução. *Agere et pati recipiunt contrarietatem et contestationem ac remissionem* (ARISTOT. *Praedicam*, cap. V e VI, de *actione et passione*). Estas noções ontológicas encontram realização na *ação judiciária*, que na doutrina, na legislação e na jurisprudência, é considerada em quatro sentidos ou acepções: na acepção subjetiva, na acepção objetiva, na acepção material e na acepção formal.” (28). No sentido subjetivo, a ação é um direito; no sentido objetivo, a ação é um remédio de direito; no sentido material, a ação é uma lide ou litígio; e no sentido formal, a ação é um processo de atos.

20 — Dentro de uma concepção rigorosamente unitária, aplicou JOÃO MENDES JÚNIOR os princípios filosóficos à teoria da instância. “Instância”, escreveu, “é a existência *fluente do mesmo móvel*, isto é, a identidade do móvel, antes e depois, no curso do movimento. *Instancia est existentia fluens, id est, identitas mobilis aut quaedam unitas ducta*

(28) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 101 e 102.

in numerum prioris et posterioris (ARISTÓTELES, *Physica*, liv. IV, cap. 14, n. 2). O *móvel* em juízo é a *causa*, isto é, a relação litigiosa; e, assim, — instância, no fôro, é a existência fluente do litígio, isto é, a identidade da *causa*, ou relação litigiosa, antes e depois, tal como ficou fixada na contestação da lide. A existência é a atualidade real da coisa; relativamente ao litígio em juízo, esta atualidade consiste em expor a causa e provar os fatos perante o juízo. A fluência consiste na continuidade do tempo correlativamente à continuidade do movimento do mesmo móvel. O tempo é um contínuo-sucessivo; e esta continuidade-sucessiva do tempo chama-se *fluência*, porque o passado já se foi, o futuro ainda será, e o presente *flui, unindo* ao futuro o curso do passado... A existência fluente do litígio em Juízo, como diziam os romanos, se realiza pela postulação, pela dilação e pela judicatura: *postulatio, dilatio, judicatio*. São essas as três manifestações da instância.” (29)

21 — Expusemos, em apertada síntese, as duas doutrinas filosóficas do processo. A primeira, elaborada por SAUER na Alemanha, não prosperou. Vive tão somente no pensamento do filósofo e processualista de Koenigsberg. A filosofia do processo de JOÃO MENDES JÚNIOR teve, ao contrário, fortuna singular no Brasil. As suas idéias lograram acolhimento na obra de notáveis processualistas, sendo adotadas mesmo por aquêles que se não filiam à concepção filosófica aristotélico-tomista. O eminente Prof. BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, na monografia de concurso, em que se sagrou catedrático de Direito Judiciário Civil nesta Casa, perfilha parcialmente o conceito de ação formulado por JOÃO MENDES JÚNIOR. S. Exa. parte de um famoso passo de JOÃO MENDES JÚNIOR, que sustenta que “a ação é sempre um movimento e todo movimento tende para um fim; todo movimento tendente a um fim imediato consiste em um só ato; mas quando êsse fim não pode ser conseguido imediatamente, o movimento é continuado por atos intermédios, que

(29) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 441.

para realizar a tendência e dirigir-se para o fim intentado, devem seguir para diante coordenadamente, uns causando os outros.” (30) E acrescenta o Prof. SIQUEIRA FERREIRA — : “E, na realidade, é isso que ocorre na ação judiciária: tendendo a mesma ao exercício da atividade jurisdicional do Estado, como êste não pode ser um fim imediato, a ação comporta uma série de atos ordenados, que vão metamorfoseando a relação processual que outra coisa não é senão o próprio direito de ação objetivado, em relação ao qual os atos processuais são outras tantas *facultates exigendi*.” (31) E mais adiante afirma: “Na acepção material, como JOÃO MENDES, ação como litígio em juízo acêrca de uma relação de direito. Finalmente, identificando ação e relação processual, podemos aceitar de JOÃO MENDES a definição da ação em sua acepção formal, modificando-se ligeiramente e dizendo que a ação, em sua acepção formal, nada mais é que a série ordenada e processual dos atos formalizados pela lei e mediante os quais se estabelece e se desenvolve a relação processual.” (32)

22 — Outro eminente processualista, em cuja obra se refletem as idéias filosóficas do Mestre, é o Prof. LOPES DA COSTA. No seu Tratado de “*Direito Processual Civil Brasileiro*”, que se desenvolve em quatro volumes, consagra e aplica os fundamentos da filosofia aristotélico-tomista. Logo ao abrir o volume primeiro, diz: “os atos humanos voluntários perseguem um fim, que a todos êles inspira e sôbre todos impera, pois conforme a conhecida observação de S. Tomás de Aquino, na ordem da razão prática o “fim” é “princípio” na ordem da razão teórica. Os que se praticam em juízo, para proteção do direito, visam um ato do poder jurisdicional (decisão, execução, medida cautelar), têm a mesma finalidade, são interdependentes, se-

(30) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 257 e seg.

(31) BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, *Da natureza jurídica da ação*, S. Paulo, 1940, p. 230.

(32) BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, *op. cit.* p. 242 e seg.

riados, integrando assim um *processo*". (33) O processo é assim um conjunto de atos, que formam um todo. Por sua vez, "o ato é todo movimento do ser vivo, quer se exteriorize, influenciando sôbre outro ser (*actio quae in exteriorem materiam transit*), quer permaneça no íntimo do agente (*actio quae in agente manet* — S. TOMÁS, *Suma*, I, p. 18, ad 1). Os atos mais importantes são declarações de vontade." (34) Aceita LOPES DA COSTA também a lição tomista (35), segundo a qual "há no movimento quatro causas: causa final, que leva o motor a mover; o motor, que é móvel e que é a causa motriz ou causa eficiente; o móvel, que é movido, e o têrmo, ao qual chega afinal o movimento ou o que o móvel adquire e recebe sob a ação do motor (PÈGUÉS, *Initiation thomistique*, 118). Em vários outros tópicos de sua obra, o douto professor de Minas reafirma a sua convicção tomista, ora dizendo que "o que dá existência à sociedade é a *ordem*", pois, "o legislador humano imita o legislador divino, de quem recebeu a inteligência e o poder"; (36) ora dizendo que "o homem é um composto de matéria e espírito, corpo e alma"; a sociedade é assim um todo; "procura então o bem comum"; (37) ora concluindo (38) que "é o bem comum a causa final da lei. Vendo-se a lei, superficialmente, podemos não percebê-lo. A razão está naquêle princípio tomístico: *quod primum est in causando ultimum est in causato*. "A noção de fim pressupõe a de causa eficiente e a de causa formal". Na ordem da causalidade, encontramos primeiro o *bem*, que é o *fim*, e que põe em ação a causa eficiente. Esta move

(33) LOPES DA COSTA, *Direito processual civil brasileiro*, vol. I, n.º 1, p. 4.

(34) LOPES DA COSTA, *op. cit.* I, n. 236, p. 311.

(35) LOPES DA COSTA, *op. cit.* II, n.º 126, p. 136; e ainda, vol. II, n.º 168, p. 173.

(36) LOPES DA COSTA, *op. cit.* I, n.º 4, p. 7.

(37) LOPES DA COSTA, *op. cit.* I, n.º 40, p. 53 e 54.

(38) LOPES DA COSTA, *op. cit.* III, n.º 4, p. 5.

à nova forma, que, finalmente, realiza o efeito.” (S. TOMÁS, *Suma Teol.* I, 2. 5, a. 4)”

23 — Mas dentre os discípulos do Mestre, nenhum foi mais fiel ao seu pensamento do que o Desembargador MANUEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ. Em sua obra “*Apontamentos sobre a noção ontológica do processo*”, de cunho nitidamente filosófico, o eminente autor proclama a sua adesão à doutrina aristotélico-tomista do movimento, que, considerado do ponto de vista ontológico, é o ato de um sujeito formalmente em potência; (39) aceita a noção dualista de substância e forma, potência e ato, que nascem da análise do movimento, (40) o qual pode ser definido “a passagem do movimento ao ato”; (41) e desenvolve a teoria das causas do movimento forense, que são, a saber: a) — a *causa eficiente*, — juizes, auxiliares da justiça, partes contratantes ou litigantes; b) — a *causa material*, os fatos, que constituem os títulos de direito ou relações litigiosas; c) — a *causa formal*, os atos e termos do processo, quer para declarações de vontade ou estipulações no fôro extra-judicial, quer pela intenção, ou contestação, prova, julgamento e execução no fôro judicial; d) — e a *causa final*, isto é, no fôro extra-judicial, a estipulação ou firmeza, e, no fôro judicial, o julgamento e a execução do julgado; (42) estuda finalmente a natureza da lei processual, num capítulo rico de observações, onde a par da aplicação rigorosa dos princípios, ajunta a sua crítica pessoal, banhada e transfigurada pela devoção quase mística que tinha para com o sábio e santo Mestre. (43)

(39) MANUEL CARLOS, *Apontamentos sobre a noção ontológica do processo*, S. Paulo, 1936, p. 33.

(40) MANUEL CARLOS, *op. cit.* p. 29.

(41) MANUEL CARLOS, *op. cit.* p. 71.

(42) MANUEL CARLOS, *op. cit.* p. 88 e seg.

(43) MANUEL CARLOS, *op. cit.* p. 113 e segs. No “*prefácio*” escreveu: “Era êle o verdadeiro tipo de sábio. Assim o qualificou o eminente cientista frances G. DUMAS, após travar conhecimento com

24 — Entre os professôres desta Casa, aquêl em cuja obra reluz com mais freqüência o pensamento do Mestre, é o eminente Prof. GABRIEL DE REZENDE FILHO, de quem fui discípulo e com quem continuo sempre a aprender. Em seu “*Curso de Direito Processual Civil*”, lembra, a propósito dos têmeas fundamentais, a lição de JOÃO MENDES JÚNIOR, relativamente aos órgãos da fé pública, (41) à classificação dos atos processuais, (45) ao caráter da citação (46), ao conceito de prova, (47) aos elementos integrativos da escritura pública (48) e à definição de confissão; (49) porém a mais importante citação se refere ao conceito de ação. Diz: “JOÃO MENDES (obra cit. pag. 96), porém, valendo-se dos princípios da Escolástica, vale dizer, das quatro causas aristotélicas, define a ação sob os aspectos subjetivo, objetivo, material e formal. Na acepção subjetiva, a ação, considerada quanto à sua causa eficiente, é um atributo do sujeito, isto é, um direito do autor. É o direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido: *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, como define CELSO. Na acepção objetiva, a ação, considerada quanto à sua causa final, é um meio ou remédio de direito para pedir ao juiz que obrigue a outrem a dar ou fazer aquilo de que tem obrigação perfeita, segundo a define CORREIA TELES. Na acepção material, a ação considerada quanto à sua causa material, é o litígio em juízo acêrca de uma relação

êle num encontro fortuíto. Rosto de asceta, olhar profundo, fronte calçada de meditação. No todo, uma figura de santo, desde a modestia quase desalinhada do traje até a humildade digna do porte.” (*op. cit.* p. 14 e seg.).

(44) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, I, n.º 48.

(45) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* II, n.º 350.

(46) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* II, n.º 448.

(47) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* II, n.º 620.

(48) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* II, n.º 708.

(49) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* II, n.º 724.

de direito. É o pleito, a demanda. Finalmente, na acepção formal, a ação, quanto à sua causa formal, é o processo.” (50)

A invocação das obras dos professôres GABRIEL DE REZENDE FILHO, SIQUEIRA FERREIRA e LOPES DA COSTA e do Des. MANUEL CARLOS, indica quão profunda foi a influência do pensamento de JOÃO MENDES JÚNIOR na construção filosófica do Direito Judiciário Brasileiro. A originalidade da concepção lhe permitiu criar uma doutrina do processo e da ação, iluminada pelos princípios filosóficos, que constituíam a base de sua formação intelectual. (51)

V — O caráter da obra

25 — O tratado contínuo com as obras dos clássicos latinos permitiu a JOÃO MENDES JÚNIOR vasar o pensamento jurídico, em vernáculo, com rigor geométrico. Creio não exagerar, dizendo que JOÃO MENDES JÚNIOR raciocinava em latim e escrevia em português. O seu estilo se assemelha muito ao de CHIOVENDA; a linguagem d'êste Mestre é austera, desataviada, pouco maleável, sem vivacidade. Mas à medida que aprofundamos o seu pensamento, percebemos que êle é na Itália o maior de todos, porque ninguém o iguala na exatidão dos conceitos, na paciência beneditina da investigação histórica e na simetria do conjunto rigoro-

(50) GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* I, n.º 153; ver ainda vol. II, n.º 349: “A ação, em sua acepção formal, é a série ordenada e processual de atos formalizados pela lei para o litígio em juízo sôbre uma causa ou relação de direito.”

(51) Merece ainda ser lembrada a obra de GALDINO DE SIQUEIRA. *Prática Forense*, editada em S. Paulo, em 1907, que expõe fielmente as lições de JOÃO MENDES JÚNIOR, professadas na Faculdade de Direito; e o estudo de ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, *A orientação filosófica de João Mendes Júnior*, publicada em “*Ensaíos de Filosofia do Direito*”, ed. Saraiva, 1952, p. 48 e segs.

samente harmônico. Seus períodos não têm uma palavra a mais; também não podem ter uma palavra a menos. JOÃO MENDES JÚNIOR escrevia do mesmo modo. *O Direito Judiciário Brasileiro* se assemelha às *Instituições* de CHIOVENDA. Estas obras não têm citações, recheadas de autores e indicativas de erudição. O pensamento é condensado no mais alto grau; cada capítulo pode desdobrar-se em uma monografia; e em cada linha floresce uma idéia. Permitti-me que, a título de exemplo, destaque do conjunto um instituto para dar uma idéia de como trabalhava o nosso Mestre. Tomemos os *embargos do executado*. O estudo sôbre a natureza dos embargos, ao tempo em que escreveu JOÃO MENDES JÚNIOR, foi posto à margem e considerado um dos mais complicados do processo, não só por falta de uma sistematização científica, como também pelas dificuldades em se definirem os princípios sob um ponto de vista geral e teórico. (52) Não se cuidou de saber qual a sua natureza jurídica, se de uma defesa em sentido técnico, se de uma *ação do embargante* contra a execução aparelhada. Ora, diz JOÃO MENDES JÚNIOR (53) que “com os embargos do executado se manifesta na execução uma nova instância.” Eis aí uma linha apenas, que contém um enunciado fundamental. (54) A abertura de instância só ocorre mediante propositura de ação. Os embargos do executado constituem, portanto, ação do executado contra a execução forçada. Nada mais exato. (55)

26 — Ainda sob o mesmo feito das proposições sintéticas, formula JOÃO MENDES JÚNIOR o conceito de processo

(52) PAULA BATISTA, *Processo Civil*, § 207; LEITE VELHO, *Execuções*, p. 239; JOÃO MONTEIRO, *Curso de Processo*, p. 813; AFONSO FRAGA, *Execuções*, p. 263; COSTA CARVALHO, *Execuções*, p. 146-147.

(53) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, p. 550.

(54) Cf. ALFREDO BUZAID, *Do Agravo de Petição*, 2.^a ed. p. 110, nota 36.

(55) LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, II, p. 138.

como “*segurança constitucional dos direitos*”. (56) São suas palavras: “Êstes atos do processo, tais como a citação, a proposição da ação, a contestação, a réplica, a tréplica, a produção das provas, as alegações, a sentença, os recursos, cada um dêles deve ser considerado *meio*, não só para chegar ao fim próximo, que é o *juízo*, como ao fim remoto, que é a *segurança constitucional dos direitos*.” (57) Ao tempo em que essa linha fôra escrita, o conceito de processo ainda não tinha sido elevado, no Brasil, à eminência de garantia constitucional de direitos. O feliz enunciado, que integra o processo no domínio do direito público, brilhou, no entanto, como um clarão de alvorada. A idéia de um *Direito Processual Constitucional* floresceu depois, entre nós, na obra do eminente professor e magistrado, JOSÉ FREDERICO MARQUES e, no Uruguai, em famoso estudo escrito pelo inesquecível Mestre EDUARDO COUTURE. (58)

Êstes dois exemplos mostram como trabalhava JOÃO MENDES JÚNIOR. Para surpreender as jóias, que recamam tôda a sua obra, é preciso lê-lo vagarosa e pacientemente. O merecimento dos seus continuadores consiste em separar, na sua contribuição científica, o que é imortal, do que é perecível.

VI — O ministro do supremo tribunal.

27 — Quando em princípio de 1917 JOÃO MENDES JÚNIOR assume o lugar de Ministro do Supremo Tribunal Federal,

(56) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. VII, p. 120.

(57) JOÃO MENDES JÚNIOR, *A nova fase da doutrina e das leis do processo brasileiro*, (*Revista da Faculdade de Direito*, vol. VII, p. 120).

(58) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Ensaio sôbre a jurisdição voluntária*, S. Paulo, 1952, p. 13; EDUARDO COUTURE, *Las garantías constitucionales del proceso civil* (Estudios en honor de Hugo Alsina, p. 153 e segs.).

já não eram satisfatórias as suas condições de saúde. Lá permaneceu por mais de um lustro. Os acórdãos ou votos, que redigia, eram geralmente curtos; continham o essencial. (59) Sua preocupação era exprimir com clareza o julgamento do Tribunal. Só mui raramente é que ilustrava o acórdão com a lição dos doutores, selecionados com rigor e transcrita com tôda oportunidade. Era, porém, nas discussões em plenário que revelava o esplendor de sua vasta cultura e invejável erudição. (60) A Revisão do Supremo nos dá notícia dos memoráveis debates travados com os seus pares, especialmente com PEDRO LESSA. JOÃO MENDES JÚNIOR era o argumentador, lógico e frio; conhecendo profundamente a história, o direito e a filosofia, invocava a cada passo os textos romanos, aplicáveis aos casos concretos; a doutrina dos antigos juristas portugueses lhe era tão familiar como o último estado da ciência jurídica dos povos civilizados; não procurava impor sua opinião; mas porfiava na defesa da boa doutrina. Seus votos tinham a serenidade de um raio de sol. Quando discrepava do sentir da maioria, limitava-se a assinar vencido. PEDRO LESSA era em tudo diferente. Os acórdãos, que redigia em longas páginas, revelava o polemista vigoroso e o brilho de seu talento, alicerçado em eruditas e abundantes citações de autores estrangeiros e nacionais. Quando era vencido na votação, escrevia o voto divergente, combatendo, com largueza de vistas e firmeza de convicção, a tese adotada pela maioria de ministros. Sua alma vibrante e do-

(59) Cf. *Revista do Supremo Tribunal*, vol. XIII, p. 42 e 382; XV, p. 259; XVI, p. 46; XVII, p. 43; XX, p. 28, 59, 61, 62, 65 e 78; XXI, p. 29, 254, 281, 298 e 461; XXIII, p. 121, 142 e 219; XXIV, p. 283; XXV, p. 152 e 251.

(60) Cf. *Revista do Supremo Tribunal*, vol. XIII, p. 435 e seg.; XIV, p. 463 e 477; XV, p. 78, 535 e 558; XVII, p. 83, 110, 279, 290, 294 e 311; XVIII, p. 338 e 345; XIX, p. 397, 406, 414, 605 e 609; XXI, p. 119, 535 e 565; XXIII, p. 57 e 172; p. 103.

minadora sacudia com freqüência o Supremo Tribunal, lutando para que prevalecesse o seu julgamento.

VII — Conclusão

28 — Ai estão bosquejados, em largos traços, alguns aspectos da vida e da obra do Mestre, cujo centenário celebramos. Dentre tôdas as atividades intelectuais de seu iluminado espírito, aquela que correspondeu à sua vocação íntima foi o exercício do magistério. A disciplina, que ensinou nesta Casa, é uma ciência de finalidade eminentemente prática. Mas, como observou JHERING, “a ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático. (61) JOÃO MENDES JÚNIOR subiu à definição dos princípios, porque “o conhecimento das coisas não se completa sem o conhecimento das causas.” (62) Mas depois, observa o eminente prof. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, “desce o Mestre ao campo raso do processo, e, então, o polemista mostra, em tôda a sua pujança, o quanto pode o jurista ganhar quando alia ao conhecimento das leis o hábito da investigação filosófica. (63) JOÃO MENDES JÚNIOR trouxe uma contribuição, verdadeiramente original, para o estudo dos conceitos de ação, processo e instância. A característica da originalidade não está tanto em fazer *tábua rasa* de tudo que a ciência investigou outrora e foi incorporado ao patrimônio intelectual da humanidade, quanto na formulação *diferente e nova* de conceitos, relativos ao mesmo fenômeno jurídico, encarado já agora sob outro ângulo visual. O progresso científico se realiza mediante

(61) R. VON JHERING, *Jahrbuecher fuer die Dogmatik*, I, 18; Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, I, Prefácio, p. XXIII.

(62) JOÃO MENDES JÚNIOR, *Elementos de lógica e psicologia*, p. 187.

(63) LUIZ E. DE BUENO VIDIGAL, *Os Mestres do Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. XIX, p. 341).

um aperfeiçoamento *per gradus*, que parte das idéias existentes para as arrojadas e benéficas revisões do pensamento. As doutrinas não surgem por acaso, nem são criações, puramente acadêmicas, engenhadas no silêncio dos gabinetes de trabalho, ao sabor do desejo de dizer coisas diferentes; elas traduzem o sentir de um momento histórico numa evolução gradual, que se prende ao passado para se projetar no futuro. Utilizando idéias da filosofia aristotélico-tomista e aplicando-as à ciência do processo, êle foi autêntico criador de uma doutrina, que logo fêz discípulos e teve continuadores. Podemos divergir de sua sistemática e criticar-lhe as idéias filosóficas, mas todos devemos reconhecer que êle foi o processualista, que concebeu, traçou e expôs uma doutrina brasileira do Direito Judiciário. Êste merecimento envolve a sua obra com a auréola de glória. É porisso que todos proclamam que o homem viveu como um santo; o professor ensinou como um sábio; e o magistrado decidiu como um justo.

João Mendes Júnior, mestre de direito processual civil.

Moacyr Amaral Santos

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

Entre JOÃO MENDES JÚNIOR e nós, — separados, um do outro, na estensão da quantidade e profundidade dos conhecimentos, em pólos opostos — há um traço de união muito nítido: o gôsto pelo Direito Judiciário, das disciplinas jurídicas a que mais aproxima o jurista do profissional e que permite a medida da significação dos conceitos científicos abstratos pelo interêsse utilitário de sua aplicação. O que distingue, de certo modo, o Direito Judiciário dos demais ramos das ciências jurídicas é precisamente a unidade na finalidade prática, que faz dos princípios, que o informam, instrumentos de trabalho.

Essa particularidade, vista apenas da superfície, confundia os princípios com as leis que, em cada sistema, regulam as formas processuais, do que resultava a posição secundária e até mesquinha do Direito Judiciário no quadro geral do Direito, do qual não era senão um apêndice, corpo desprovido de autonomia. Dentro dessa compreensão, integrava-se o Processo no direito privado, não sendo havido senão como “a forma estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juízo”. Concebido como organismo do qual a lei dispunha para amparar o direito, e em

(*) Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

cujos conteúdos nada mais havia do que regras de arte das fórmulas forenses, negava-se-lhe caráter científico. Processo era exclusivamente *praxe*, *praxistas* os que nêle se especializavam. Esse o conceito de processo, entre nós, no último quartel do século passado, aliás, verdade seja dita, nada distante do professado pela maioria dos mestres europeus, especialmente franceses. Servia de espelho o autorizado BLONDEAU: “processo não é outra coisa que a coleção de formas a seguir no exercício dos nossos direitos”. Pouco divulgados ainda, mesmo no velho continente, não haviam se manifestado os efeitos dos ensinamentos de BÜLOW, KOHLER e WACH, que CHIOVENDA, rasgando horizontes mais amplos e claros, iria desvendar aos povos de língua latina. Até mesmo JOÃO MONTEIRO, justamente celebrado por sua erudição, os olvida totalmente. Foi quando JOÃO MENDES JÚNIOR amanheceu para a processualística.

A ocasião do seu aparecimento, e considerada a sua grande cultura, mandaria fôsse êle o intérprete das novas teorias dos processualistas germânicos. Todavia, nem uma palavra sôbre elas proferiu. Não, certamente, por desconheçê-las. Omitiu-as, apenas, e propositadamente. É o que se depreende do seu conceito de ação, problema que, de modo muito especial, preocupara aquêles processualistas. Na segunda edição do “*Direito Judiciário Brasileiro*”, expõe a doutrina da ação formada no estudo dos praxistas, cujas definições adota, por não ver nas modernas nada que as sobrepuje. “Ao contrário — escreve — as definições modernas, umas são incompletas, outras redundantes, outras não exprimem o gênero próximo, outras não exprimem a diferença específica, outras não exprimem coisa alguma”. Toma posição assim radical, havendo por desnecessária até mesmo a crítica que, na primeira edição, fizera a conceitos de VICO e PESCATORE, de SAVIGNY e MANFREDINI, não porque fugisse ao debate, que não temia, mas para não quebrar a harmonia do sistema que construira com os alicerces do direito tradicional e a argamassa dos princípios filosóficos que esposava.

Na doutrina de JOÃO MENDES JÚNIOR, como nêle próprio, cumpre assinalar, para sua exata compreensão, duas constantes, duas fontes invariáveis, que iluminam o seu espírito e marcam indelêvelmente a sua obra: a filosofia tomista e a tradição jurídica nacional. “Como em direito os princípios são tudo, — falando de JOÃO MENDES JÚNIOR, dizia FRANCISCO MORATO — a filosofia era para êle, como tem sido para todos os grandes jurisconsultos, o instrumento com que se constroem doutrinas e amontoam verdades em torno de regras secas e inexpressivas para o comum dos homens” De outra constante, esta referência, também de FRANCISCO MORATO: “Um dos aspectos mais simpáticos de sua vida, foi a impertérrita intransigência com que defendeu a autonomia do direito nacional e a glória de nossas tradições jurídicas. É conhecido o ardor patriótico com que se opunha às inovações inconscientes ou desnecessárias, bem como à introdução de estrangeirismos, que têm sobre nós a única vantagem de não serem nossos”.

Servido daquele instrumento e aproveitando o opulento material que o direito pátrio lhe oferecia, e do qual era conhecedor como ninguém, foi possível a JOÃO MENDES JÚNIOR, muito embora — êle próprio o disse — isso lhe custasse muito estudo, armar a construção de sua doutrina do Direito Judiciário, inteiramente sua, de sólida e diáfana contextura científica, de unidade indestrutível, em que tudo se prende à harmonia das razões últimas, e que ainda agora, não obstante o tempo decorrido, perdura intacta, não a afetando os embates vivazes das correntes reformadoras, que soem predominar apenas nas exteriorizações que as mutações sociais trazem inevitavelmente ao Direito.

Fê-lo, com o fulgor do seu talento, com dispensa das novidades de exportação estrangeira, sistematizando o Direito Judiciário como ciência pura e ciência aplicada, ciência e legislação, e, especialmente, distendendo o seu conteúdo e finalidade e bem assim linhas de direção e de atuação, de tal modo precisos e inconfundíveis, que a sua

doutrina, onde não há lugar para subterfúgios ou ficções exóticas, se comporta, perante as mais modernas, como a fonte que explica ou autoriza as inovações aceitáveis.

Causa de acérrimas divergências entre os processualistas contemporâneos é o conceito de ação, objeto de polémicas infundáveis e motivo de literatura copiosíssima, porque problema de indisfarçável interesse teórico e prático e que impõe a cada processualista uma solução, para que possa sua obra ser compreendida. A razão dessa diversidade procurou esclarecê-la recentemente CALAMANDREI, admitindo, com larga soma de impressionantes argumentos, que não advém tanto de considerações profundas do fenómeno, realmente complexo, mas especialmente da posição em que se coloca o jurista que o perscruta, em geral conduzido pela índole de sua cultura e seduzido pelas reações sociais e mesmo políticas, que provoca, e a que está indissociavelmente condicionado o direito. Ao fixar-se no seu conceito de ação, perto de trinta anos antes que o mestre italiano, JOÃO MENDES JÚNIOR, em linguagem mais incisiva, sintetizaria o pensamento daquele, atribuindo a controvérsia conceitual ao descaso de seguro critério filosófico, donde as definições, a que chegavam os teóricos, mais manifestarem, quase tôdas, “a imaginação dos definidores do que a coisa definida”

Fica JOÃO MENDES JÚNIOR com o conceito clássico de ação, discutível, rejeitado mesmo pela quase unanimidade dos processualistas modernos, mas fundamentalmente certo para quem, como êle, se situa no domínio da filosofia tomista e dos seus princípios parte para a composição da doutrina. Repetindo ARISTÓTELES, divide a escolástica os seres finitos em dez *categorias* ou *predicamentos*, o primeiro dos quais é a *substância*, o ser que pode existir em si mesmo, e os demais nove são seus *acidentes*, modos de ser da *substância* — a *quantidade*, a *qualidade*, a *relação*, o *lugar*, o *tempo*, a *ação*, a *paixão*, a *situação* e o *hábito*. A lei é *substância*; a ação seu *acidente*, mediante o qual a

lei produz os seus efeitos. Se o efeito da substância, quer dizer, da lei, se realiza pacificamente, pela manifestação das vontades dos indivíduos, a ação se faz *ato — ato jurídico*; mas se o efeito próprio da substância não se realiza porque se lhe opõe a vontade individual, aquela, que no caso é a lei, tem por si um dos seus acidentes, a *ação*, que a atua.

Embora *acidente*, a ação é um *ser*, como tal considerado tudo aquilo que se opõe ao nada. Todo ser, substância ou acidente, se existencializa pela causa, que é aquilo que *faz que o ser exista e que seja o que é*. Das causas aristotélicas, a primeira é a *causa eficiente*, atributo do agente que faz o ser. Sob êsse aspecto, abstração feita das demais causas, ação é a fôrça, a faculdade, o poder, o direito, atribuído ao agente, que é o interessado, de obter a atuação da lei, ou o que é o mesmo, em têrmos modernos, o *direito de pedir em juízo a atuação da lei*. Dêsses princípios extrai JOÃO MENDES JÚNIOR o conceito de ação, na acepção subjetiva: *direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido*.

Como todo ser, a ação reveste-se de uma *forma*, que lhe dá realidade. Considerada na sua acepção formal, ação é o *processo*, “a série ordenada e processual de atos formalizados pela lei, para o litígio em juízo sôbre uma causa ou relação de direito”. Para atingir essa lapidar definição, vale-se o mestre, ainda, das noções de *causa*, segundo a técnica escolástica. Qualquer fato humano supõe um agente, que o fêz — *causa eficiente*, ou princípio ativo; a matéria de que é ou em que é feito — *causa material*, ou princípio passivo; o ato que o agente fêz — a *forma*, ou *causa formal*, ou princípio determinante; o fim para que se fêz — *causa final*. O fato da ação supõe, assim, uma *causa eficiente*, ou agente, que atua sôbre a *causa material* ou *substância em potência*, dando lugar ao *ato*, que se opera por um movimento, no espaço e no tempo. Êsse movimento, que se denomina *atividade*, faz-se com uma *intenção*, qual a de alcançar o fim, ou *motivo*, que é a *causa final*. Quando

o *motivo* é imediato, o movimento consiste num só *ato*; entretanto, quando o *motivo*, ou *fim*, não pode ser conseguido imediatamente, os atos se sucedem no movimento, coordenadamente, uns causando os outros, orientados pela *intenção*. Esse movimento dirigido para diante, visando a *causa final*, é o que se chama processo, do latim *pro* e *cedere*, e que o tomou do grego *prosekso*, vir de traz para diante. Processo, assim, é o movimento dirigido para o motivo final, isto é, o movimento dos atos da ação em Juízo. Mas o movimento se realiza de certo *modo* e assume certa *forma*. O modo de mover e a forma em que é movido o ato constituem o *procedimento*, que a legislação regula.

O bosquejo de duas das lições do mestre, que se tentou fazer — e com que esforço! — saiu apagado, insípido, canhestro. É que é muito difícil transmitir seus ensinamentos com palavras que não sejam exatamente as suas. Mais difícil ainda sintetizá-los. Essa dificuldade, por vezes invencível, encontra explicação no método aprimorado, que segue, na exposição da matéria, principalmente quando versa sobre a ciência jurídica no seu aspecto especulativo. Então, como éle próprio o diz, as *verdades* ou são conhecidas por si mesmas, e constituem *princípios*, ou são conhecidas por dedução ou indução de outras *verdades*. Estabelecidos aquêles, as demais verdades se desdobram naturalmente, bastando que o intelecto esteja suficientemente aparelhado para extrai-las. Guiado pelo paradigma aristotélico, fixados os princípios, as verdades, na obra de JOÃO MENDES JÚNIOR, jorram incessantemente, uma explicando a outra, sem necessidade de mais luzes que não sejam as que esclarecem as verdades antecedentes. Resulta dessa sua peculiar fisionomia o caráter exemplarmente sistemático de seu “*Direito Judiciário Brasileiro*”, com predominância inimitável da regra da síntese, pressentida, entretanto, em cada afirmação, a análise, que foi laboriosamente feita, mas que se não vê. Quem poderia, por exemplo, sem prejuízo à clareza, sem omissão de qualquer de suas partes integrantes, na conceituação de *térmo*, fugir, uma palavra que fôsse,

das que se contém na obra do mestre? Ouça-se êsse modelo de síntese: “O termo é o princípio e o fim em qualquer espécie de grandeza; relativamente ao movimento parcial dos atos da ação, o termo, fim do primeiro movimento, é o princípio e o fim de cada um dos sucessivos movimentos, assim como, relativamente ao movimento geral da ação, o termo é o motivo ou causa final do movente: *a quo, ad quod, et cuius causa*. O movimento opera mutação no lugar, na qualidade e na quantidade: essas mutações ocorrem no espaço e no tempo; e, como o tempo é o número dos momentos no movimento, o dia, como unidade do tempo, assinala os termos do movimento, quer no lugar, quer na qualidade, quer na quantidade”

Não se inclui o direito, porém, entre as ciências exclusivamente especulativas: especulativa quanto ao modo de saber, é também *ciência prática quanto ao fim*. Parte daí o mestre para uma viagem singularmente encantadora, de observação e meditação, de elucidação e revisão das regras abstratas, de sumo deleite para quem o acompanha, pelos curiosos e pouco desvendados domínios da *prática forense*, disciplina que “teóricos” arrogantes desprezam impunemente, deixando os noviços na religião do direito entregues a perigosas, senão daninhas, improvisações, quando não definitivamente perdidos na multidão inconsciente daqueles profissionais de segunda ordem, a que os romanos chamavam de *rabulae, formularii, leguleii*.

Como *ciência prática* — preleciona em maviosas páginas o mestre — depende o direito de duas virtualidades do *intelecto prático*, isto é, da *prudência*, que acautela o modo, e da *arte*, que prescreve e executa a forma. Na *prudência*, concomitantemente virtualidade intelectual prática e virtude moral, se conjugam, como *partes potenciais*, a *sagacidade*, o *bom senso* e a *resolução*, seus hábitos constitutivos; integram-na a *observação atenta*, a *memória*, a *experiência*, a *docilidade*, a *perspicácia*, a *vivacidade de espírito*, a *previdência*, a *solicitude*, a *paciência*, a *tenacidade*; caracteriza-a a *precaução*, que acautela o jurista contra

os vícios da *precipitação*, da *inconsideração*, da *inconstância* e da *negligência*. Virtualidade intelectual prática, a *arte*, cujas regras se condensam em *fórmulas* preestabelecidas, fornece a *forma externa*. Conciliem-se êsses elementos e tem-se o conteúdo da *prática jurídica*. “A *arte* — escreve — preestabelece as *fórmulas*; mas a oportunidade moral da aplicação dessas *fórmulas* pertence à *prudência*, assim como a oportunidade jurídica pertence à *ciência*. A *prática jurídica*, depende, portanto, do conjunto destas três virtualidades: sem êste conjunto, não há verdadeira *jurisprudência*”.

Em constante trato com a *jurisprudência teórica*, que “estabelece os princípios gerais, observa as relações sociais, demonstra as regras, comenta e interpreta as leis”, e ainda proporciona a *forma intrínseca* dos atos e as leis que a regem, a *jurisprudência prática*, ou *forense*, fundada na observação e experiência dos fatos passados e conduzida pela *prudência* e pela *arte*, “*acautela-se sôbre o modo de fazer e a forma em que devem ser feitos os atos futuros*”, dando-lhes a mais conveniente *forma extrínseca*. Por compor-se daquelas duas virtualidades, *prudência* e *arte*, uma que recomenda as *cautelas*, outra que prescreve as *fórmulas*, segue a divisão da *jurisprudência prática* em dois ramos: a *jurisprudência cautelária*, ou *euremática*, e a *jurisprudência formulária*.

Dessa atraentíssima matéria, encaminhada a serviço da ciência pura na formação do profissional, e que enobrece o teórico e aprimora o jurista, não só preparando-o para o exercício de uma profissão em que ao artista não basta inteligência, mas se impõe que esta se sirva de órgãos que lhe sejam familiares, como, outrossim, tornando-o mais sensível às subtis variações dos fenômenos jurídicos, dessa utilíssima disciplina, de cujo modelar programa fêz uma epítome de onde resplandecem os ensinamentos profundos, umas páginas há em que o professor, de preferência, demora, seduzido, o pensamento. São as em que o processualista e didata mostra “em que consiste e como pode ser feito

o ensino da *jurisprudência prática*". Valeu-se o mestre, mui especialmente, sempre inclinado a ouvir os conselhos da tradição, do plano de STRIKIO e dos praxistas reinícolas, bem como dos conselhos dos Estatutos da Universidade de Coimbra, minuciosos, previdentes, conclusivos, dando-lhes o sabor novo de sua cultura e experiência, para recomendar que no ensino da *prática forense*, disciplina eminentemente artística, se acomode o professor mais aos processos de *aplicação* do que aos de *exposição*, principiando por indicar as *cautelas*, isto é, o *modo de fazer o ato forense*, para depois chegar à composição das *fórmulas*, em que se dá a explicação da *forma em que o ato deve ser feito*.

Nos passos até aqui percorridos de sua obra, foi acentuado o apêgo de JOÃO MENDES JÚNIOR pela exposição filosófica das instituições sôbre as quais disserta, o que lhe permitiu criar uma doutrina cujas peças se prendem necessariamente como antecedente e consequente, inseparáveis e insubstituíveis, como peças de um corpo que sofre com a perda ou a modificação de qualquer delas. A não ser dos pensadores de sua escola e do material dos reinícolas e praxistas, com os quais de preferência convivia o seu espírito, que lhes dedicava veneração filial, pareceria que o mestre não se socorrera de outros luminares da sabedoria de todos os tempos para alicerçar a sua ciência. Pareceria, assim, que fôsse mais pensador que letrado, mais filósofo que erudito. Essa, todavia, seria uma impressão enganosa, como de quem vendo a terra cultivada a produzir frutos se esquece das roupagens que antes a cobriam, das chuvas que a amenizam, dos adubos que a remoçam, do carinho dos que a tratam. Na profundeza das lições do mestre pulsa em cada afirmação a riqueza da síntese de afirmações idênticas ou semelhantes sem conta e vibra o florete que acutila a massa numerosa dos seus opositores.

Da opulência de sua erudição, atesta, entre outras, uma de suas obras mais gostosas de se ler — *Orgams da Fé Pública* — cujos primeiros capítulos os deu á publicidade, em 1897, a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, os

quais, não contendo senão pouco mais de uma centena de páginas, além das fontes necessárias, que são inúmeras, remontam suas investigações a mais de uma centena de gloriosos doutores. Nessa obra, única no gênero em língua portugueza, o processualista das sínteses famosas, dos conceitos concisos e irreduzíveis, descobre a outra face que completa o sábio, o espirito de pesquisa que preside os seus estudos, fazendo da análise, que divide as dificuldades para melhor as resolver, o método que o conduz a devassar os segredos dos objetos, a fim de salientar-lhes as diferenças específicas. Consagra-se historiador do direito, que invade a arqueologia, e trata com CHAMPOLLION e VIGOUROUX, e absorve tempo precioso nas decifrações filológicas, de um BRUNET ou de um VICAT solicitando o concurso esclarecedor. Vêde, por exemplo, até onde vão suas indagações sobre a origem das palavras *nota* e *notário*, que lhas solicitou a leitura de uma obra de LIMENIO STROPPA.

Êste filiava *notário* a *natar*, hebraico, que significa *observar* e *conservar*, e “de fato — considera JOÃO MENDES JÚNIOR — o notário é não só a testemunha mais autorizada dos atos, como conservador dos documentos”. Aliás mostra no mais longínquo hebraico o vocábulo *notarin*, no sentido de notário, empregado uma vez em antiquíssimo comentário do *Pentateuco*, outra em passagem do *Talmud*. Opõe-se a STROPPA o austríaco PAPPÁFAVA, que refuta a hipótese de que o vocábulo *nota*, já usado pelos romanos antes de suas relações com os povos do Oriente, tivesse aquela origem, e reivindica para a palavra a influência dos gregos no Lácio, de época remotíssima, “como demonstram a constituição de Servio Tulio, a existência dos jogos romanos, a introdução dos livros sibilinos, etc.” A palavra romana *nota*, segundo PAPPÁFAVA, é de origem comum com o grego *gnot*, de *gnosko*, conhecer, porque a raiz *not* (*g* — *not*) é comum às línguas grego e latina. *Notarius* nada mais é que a aglutinação da raiz *not* e do sufixo *rius*. Sem descontentar de todo a STROPPA, cuja hipótese lhe parece não estar longe da verdadeira derivação etimológica, con-

sente em que PAPPÁFAVA se acha mais próximo da verdade, mas acrescenta que “a palavra *nota*, no sentido atual, restrito e especialíssimo de significar os instrumentos públicos de atos e contratos, em contraposição aos instrumentos públicos de atos processuais nos juízos ou nos tribunais, é introdução do direito canônico”, do que se incumbe de provar, fazendo-o, em largas páginas e em diferentes passagens dos seus estudos. E o faz com requintes de minúcia, focalizando os *notarii*, entre os romanos, ao lado dos *exceptores* e *actuarii*, a escreverem com as *notas*, á moda dos hebreus e quase como os modernos estenógrafos, no exercício de simples funções particulares. Nos séculos IV e V, aquêlê nome designa os escrivães da chancelaria imperiál, e, ainda, nesse tempo, reunidos em corporação, com um *primecerius notariorum*, exercem officios militares e civis — os *tribuni notariorum*, secretários dos príncipes; os *notarii militantes*, comissários da guerra; os *notarii praetoriani*, adjuntos do prefeito do pretório; os *notarii frumenti*, adjuntos do prefeito dos viveres; os *notarii decuriorum*, que compilavam os livros do censo; os *notarii scriptuarii*, vigias da conservação dos nomes das cidades e províncias. Depois, na organização da Igreja, já nos seus primeiros tempos, os *notarii regionarii*; no século V, os *notarii* da chancelaria pontificia e de outras chancelarias eclesiásticas, então redigindo convenções das partes, sem a presença dos juizes; enfim, a primeira legislação, o canon *Cum tabellio*, de Gregório IX, que emprega pela primeira vez a palavra *nota*, para designar a escritura primordial e original.

Na obra de JOÃO MENDES JÚNIOR tudo é profundo. Mesmo o trato das circunstâncias, quando interessam, alimenta-se dos cuidados do humanista e do historiador, do jurista e do filósofo. Conserva-se idêntico o pensador do princípio ao fim. Tendo escrito “*Introdução ao estudo da Prática Forense*”, em 1893, o processualista incomparável revendo-se, aperfeiçoado, em 1918, na segunda edição do “*Direito Judiciário Brasileiro*”, síntese de sua cultura e de seu pere-

grino talento, e depois de haver legado à literatura jurídica as riquezas que entesoura, entre outros muitos trabalhos, na sua "*Inquirição de testemunhas*" (1895-1896), em que, particularmente, considera a *causa eficiente* da inquirição, e conclui por fixar a exigência doutrinária e legal da presença do juiz a êsse ato, confundindo aquêles que divisam nesse requisito uma das características do sistema da oralidade; em "*Organs da Fé Pública*", estudo histórico, doutrinário e de direito comparado dos auxiliares do Poder Judiciário, no fôro judicial e extrajudicial, tabeliães ou notários, escrivães e oficiais do juízo, registadores e arquivistas, perquirindo a sua origem e evolução, assinalando a sua presença, e diferenciando-os, entre os hebreus, assírios, medos e persas, egípcios, gregos e romanos; em seguida acompanhando as suas transformações através da legislação justiniana e bisantina, da legislação bárbara, da legislação canônica e dos costumes feudais, para, acusando o predomínio das formas canônicas, percorrer as legislações da Itália, Alemanha, Holanda, Inglaterra, Rússia, Dinamarca, Suécia e Noruega, Espanha, Portugal, até chegar à França, na Revolução de 1789, cujas reformas põe em relevo, salientando as influências que exerceram e suas concretizações no direito dos povos contemporâneos, as respectivas legislações submetendo a criterioso exame comparativo; nos programas de ensino, quer de *Prática Forense*, quer de *Teoria e Prática do Processo*, que longe de serem meros roteiros, constituem sùmulas em que transluzem os contornos, o conteúdo e as características das instituições processuais; em "*Artigos-Articulados*" (1896-1899), em que se vai buscar a mais cabal justificação da verdade do ditado — "arrazoe quem quiser, mas articule quem souber"; na apreciação ao primeiro volume da "*Teoria do Processo Civil e Comercial*", de JOÃO MONTEIRO (1899), que vale pelo melhor elogio da obra, sem embargo de sublinhar as radicais divergências que entre o criticado e o crítico estabelecem as diretrizes filosóficas antagônicas, aquêles positivista e spenceriano, êste tomista confesso, que procura confutá-lo

com o próprio SPENCER; em “*As formas da praxe forense*” (1904), onde discreta sobre a jurisprudência dos arestos e discorre sobre estilos, usos e costumes do fôro, de cujos capítulos se ressaltam, pela frequência do interesse nos conselhos que expende, os referentes à autoridade dos arestos e bem assim às cautelas relativas à sua autenticidade, integridade e citação; na monografia “*A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense*” (1916), da qual tudo se aproveita, especialmente, como advertência ao legislador contemporâneo, as vigorosas páginas em defesa do procedimento escrito, para êle mais simples, menos demorado e menos dispendioso que o procedimento oral; e sem falar nos seus outros vários trabalhos jurídicos, históricos ou piedosos, nem mesmo sobre o magistral “*Processo Criminal Brasileiro*”, aparecido em 1901 e várias vezes reeditado, pelo qual tinha especial afeição, JOÃO MENDES JÚNIOR sagrou-se, no direito processual brasileiro, o seu ponto mais alto, a que soem tocar lampejos ou voos dos mais brilhantes modernos cultores de sua ciência, sem que entretanto parem senão para, confortando-se, gozar-lhe a intimidade, beber-lhe os ensinamentos ou reverentemente copiá-los.

Nos últimos tempos, a precipitação dos fenômenos sociais revolucionando o mundo e, conseqüentemente, exigindo se lhes adapte o direito, como corpo de normas que os disciplinam, instalou no país, como alhures, um sistema processual civil plasmado segundo tendências absolutamente estranhas àquelas que foram o sol acalentador de JOÃO MENDES JÚNIOR. Obra política, como tôda obra legislativa, o sistema vigente reproduz menos o pensamento dos técnicos do direito que os pendores políticos dos que o elaboraram. Dir-se-ia, assim, que a estupenda contribuição de JOÃO MENDES JÚNIOR no delineamento científico da processualística pátria não germinou os frutos que da sementeira se auguravam. Há mesmo, inundado o terreno de doutrinas e teorias, muita gente ilustre, professôres, juizes e advogados, que remeteu seu *Direito Judiciário Brasileiro* para

a prateleira mais alta da estante, entre as obras votadas a pesquisas históricas, substituindo-a, na tarefa da hermenêutica das normas vigentes, pelos CARNELUTTI e CHIOVENDA, SCHÖNKE e ROZENBERG, indiscutivelmente magistrais. Nada mais errado e perigoso: errado porque significa o esquecimento de que o direito é ciência e legislação; perigoso porque conduz à inteligência de fenômenos jurídicos em rompanse desacôrdo com a continuidade jurídica brasileira, fortalecendo a opinião dos que apregoam a crise do direito.

Em recente e vitorioso livro, VICENTE RAO adverte os profissionais estudiosos para que não olvidem a distinção entre “*princípios*, que são normas universais e abstratas, e *regras*, que são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades, especiais de cada povo, de cada época, de cada fase, de cada necessidade social”. Confundi-los seria desconhecer o papel daqueles, de tornar intelegíveis os segundos, e bem assim desconhecer que, com essa finalidade — observa CALAMANDREI, o mais humano e suave dos processualista italianos contemporâneos — também os cientistas exercem função marcadamente política, tão necessária e relevante quanto a dos legisladores que criam as normas e estabelecem os sistemas.

JOÃO MENDES JÚNIOR, o processualista filósofo, ainda é, para quem dêle se acerca, o melhor e mais seguro explicador das nossas leis formais. Basta lê-lo, atento. Dizia VOLTAIRE que poucas pessoas liam Newton porque era preciso ser sábio para compreendê-lo. Num símile imperfeito, poder-se-ia também dizer que não são muitos os que lêem JOÃO MENDES JÚNIOR porque suas obras, nas quais — na frase de LUIZ EULALIO VIDIGAL — “os problemas se aprofundam e se dissecam”, se faz preciso lê-las por inteiro, pensando com o autor no trabalho lógico, ora de síntese, ora de análise, em que assenta os princípios universais e eternos, tão verdadeiros na hermenêutica do Reg. n. 737, de 1850, quão verdadeiros na inteligência do Código de 1939. Condição, primeira, portanto, para aproveitar-se de JOÃO MENDES JÚ-

NIOR, é lê-lo com o pensamento retido inteiramente na leitura. Na verdade, não é êle daqueles professôres, muito queridos dos alunos apressados, observados por CHARMOT, aos quais reprova, que se tornam hábeis na arte de fabricar expedientes artificiais para se fazerem compreendidos. Bem ao contrário, tem JOÃO MENDES JÚNIOR do professor de ciência a virtude primordial, a que os escolásticos denominam *habitus demonstrativus*, desprovido da qual o professor não passa de um repetidor mecânico. Pois é acompanhando a demonstração, com o mesmo amor e trabalho pessoal de quem demonstra, que, ao final da leitura, como depois de uma viagem maravilhosa pelos países dó mistério, as coisas, que pareciam confusas e complexas, repontam na claridade do espírito simples e claras, claras como as manhãs de sol que se seguem ao sono repousante e reparador.

A quem se dispõe a aprender processo, e especialmente processo civil, a caminhada é agradabilíssima, que companhia não há outra mais insinuante e atraente. De JOÃO MENDES JÚNIOR, como cientista, diria CHIOVENDA o que disse de WACH, de quem se considerava discípulo: “manejador poderoso da lógica, formulador cauto mas seguro, a palavra medida e quase solene, a frase escultórica, a expressão incisiva, cinzelada, impecável, límpida tradução de idéias largamente meditadas”. O estudioso, com mais razão aquêle que tenha tomado contacto com as modernas doutrinas e mesmo se haja definido por uma delas, terá multiplicados a utilidade e o prazer do convívio, porque o incomparável processualista tem o dom singular de criar no espírito dos seus leitores a faculdade de sentir nas instituições do processo a vida que nelas atua e, assim vivas, amá-las na fonte de que provêm, na matéria que as forma ou em que são formadas, na energia que as suscita, no fim último a que se destinam.

Era nosso desejo retratar JOÃO MENDES JÚNIOR, o mestre inconfundível de direito processual civil, a quem os juristas brasileiros devem o que de melhor já se compôs sôbre a

matéria em lingua portugêsa. Faltou-nos, porém, o instrumento adequado, engenho e arte. E não saiu retrato algum. Nos riscos, que deixamos, pouca coisa, quase nada, o identifica, senão os traços fortes que são da pena do próprio retratado.

Mas há tempo de corrigir o mal. A mãos piedosas e destras entregaremos o cinzel e ajustarão o retrato, em que malogramos. Farão elas falar a alma de JOÃO MENDES JÚNIOR, cheia de doçuras e de fé cristã, de humildade e de amôr ao próximo. Suas atitudes de cidadão exemplar, cujo credo político jamais renegou, sem prejuízo dos serviços inestimáveis que prestou à Pátria, ser-lhes-ão particularmente sensíveis. Rememorarão o advogado arguto e cintilante, que protege e tutela o cliente, com quem se confunde, e por êle, sem pensar em recompensas, esgrime o florete do talento e da cultura, e, depois, vitorioso, se retrai e se oculta sob a beca negra, que faz tudo esquecer. O professor, que foi insigne dentre os mais insignes que passaram pela tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a concepção do ensino, o trato paternal que dispensava aos discípulos, palpitarão na efígie que refletirá a sua personalidade. Sentir-se-á o silencio respeitoso e aflito dos litigantes e ouvir-se-á, magestática, no Supremo Tribunal Federal, a voz imperturbável que decide, sem preocupações de vaidades doutrinárias, sem receio de ferir suscetibilidades, alheia à existência dos poderosos. Irmão siamês da ciência, da sua boca e da sua pena partirão as palavras definitivas desta, mestre incomparável, de direito judiciário civil e criminal, constitucionalista emérito, humanista pujante, historiador criterioso, filósofo, sábio, enfim. Então, meus senhores, tereis a estensão da imensa grandeza dêsse que foi e é JOÃO MENDES JÚNIOR, grande em tudo, grande talento, grande caráter, grande jurisconsulto, grande sábio, grande na modéstia e na humildade, e que, para glória de nossa gente, nasceu nesta terra de Piratininga, faz cem anos, aos 30 de março de 1856.

Assistência prisional e post-prisional

Eduardo Correia

Catedrático de direito criminal na Faculdade de Direito de Coimbra. — Vogal do Conselho do Instituto de Criminologia de Coimbra. Superior dos Serviços Criminais. — Director

I

1 — Como é sabido, os sistemas punitivos anteriores aos fins dos séculos XVIII ou XIX eram, fundamentalmente, estruturados sobre as penas corporais (v.g., pena de morte, mutilações, açoites, tormentos) e infamantes (v.g., marca de ferro em braza, baraço e pregão, exposição no pelourinho), a que, em certos países, se juntavam as galés, o destêrro ou degrêdo e as penas pecuniárias.

Certo que não falta, ainda, nesse período, a própria prisão nas cadeias, troncos ou cárceres.

Simplemente — e esta nota é essencial — tal pena tinha então carácter de todo em todo excepcional.

Tirando, na verdade, o caso da chamada prisão preventiva, ou seja, da detenção do criminoso até o julgamento, pondo de parte, ainda, a chamada detenção coercitiva, visando forçar o condenado em penas pecuniárias a solvê-las; a prisão com carácter repressivo, concebida como sanção, raras vêzes é utilizada e, quando tal sucede, limita-se a puro sofrimento resultante da privação de liberdade por vêzes agravado com ferros, tormentos ou trabalhos força-

dos e regra muito geral com duração curta; dias e, quando muito, meses.

2 — Ora bem: fruto de evolução mais ou menos lenta e isolada, certo é que êste estado de coisas se modifica e, nos fins do século XVIII e XIX, a prisão com caráter *repressivo*, como verdadeira pena, de excepcional, eleva-se a fulcro, transforma-se em reação se não exclusiva pelo menos predominante nos sistemas repressivos criminais.

E tal fato, que é das características mais *salientes do direito criminal* moderno, foi a necessária conseqüência do movimento iluminista que, por tôda a parte, impusera a abolição das penas corporais e diretamente infamantes. (1)

Amputando-se, com efeito, desta forma e na sua essência, o sistema repressivo da época, e sendo forçoso preencher a lacuna tão vasta que daí resultava, a pena de prisão apresentava-se como meio para tal mais recomendado tantas esperanças os Howard, os Penn, etc. nela punham e ei-la transformada como que em panacéia de efeitos milagrosos para todos os criminosos e para todos os crimes, e ei-la elevada a fulcro sôbre que se moviam os sistemas punitivos de todos os projetos de Códigos penais dos fins do século XVIII e XIX.

3 — Na medida em que se não queria, porém, dar-lhe o sentido de um puro sofrimento que a transformaria, ao fim e ao cabo, numa pura pena corporal, mas antes pretendia atribuir-se-lhe também a função de regeneração e de readaptação do criminoso à vida social a conseguir em primeira linha através do trabalho, como ensinava a tradição das Zuchthäuser holandesas (2) abriam-se à ciência e política penitenciária os mais complexos problemas.

(1) Cfr. KRIEGSMANN, *Einführung in die Gefängniskunde*, pág. 8 e segs.

(2) Sôbre as relações da prisão com as célebres *Zuchthäuser* de Amesterdão, vid. VON HIPPEL, *Beitrag z. Geschichte d. Freiheitsstrafe* in *Zeit f. d. g. Strafr.*, ano XVIII, pág. 417 e ainda EBERHARD SCHMIDT, *Revue Pénale Suisse*, 1947, pág. 172 e segs.

Pois, logo no que toca à sua execução intra-muros, além de tudo o mais, oscilava-se entre o *Sila* de um isolamento celular completo que dificultava a utilização do trabalho como meio regenerador, envolvia inconvenientes relativos à saúde física e mental dos condenados, além de tornar quase impossível a sua preparação para a vida comunitária livre e o *Caribedes* de uma vida em comum dos presos, implicando a possibilidade do contágio dos melhores pelos piores e de assim transformar os estabelecimentos prisionais em verdadeiras escolas do crime — dilema de perigos que os chamados sistemas progressivo e irlandês procuraram vencer sem lograr, contudo, completo êxito.

Por outro lado, a prisão, segregando o criminoso da vida social e marcando-o com o ferrete da infâmia que lhe anda ligada, mesmo depois de cumprida, não só importava ou podia importar um desequilíbrio no meio social familiar de onde o delinqüente é retirado, altamente favorecedor da criminalidade, como dificulta a própria regeneração e possibilidade de readaptação à vida social honesta e livre do ex-recluso.

4 — E tais considerações, caricaturadas por certos criminalistas, levam-nos a negar à pena de prisão qualquer papel reeducador, assacando-lhe antes um efeito criminógeno que o aumento sempre crescente da reincidência, aliás, parece confirmar.

Daí o seu sorriso céptico ante as tentativas da solução d'êste problema da reincidência, através de uma agravação ou prorrogação das penas privativas de liberdade, o que só significaria querer remediar o mal reforçando justamente uma das causas mais importantes dêsse mal.

E, eis, porque, levantada a questão já na Alemanha, em 1802, num belo estudo, só recentemente publicado, (3)

(3) *Warum werden so wenig Strafälingue in Zuchthaus gebessert?* — (Porquê se corrigem tão poucos criminosos na cadeia?). Verlag: Hamburgische Strafanstalten, 1924.

vozes repetidas como as de MITTELSTÄDT (4), BRUCK (5) e modernamente SEELIG (6), ATALIBA NOGUEIRA, (7) etc. proclamam a total falência da pena de prisão e a necessidade de a abolir.

5 — Quê dizer de tudo isto?

Pois que a moderna política criminal não deixa de convir, como melhor veremos, na necessidade, de diminuir, tanto quanto possível, o âmbito de aplicação das penas privativas de liberdade: — “despovoai as prisões” é *slogan* (8) que, cada vez, conquista mais adeptos.

Simplesmente, não se pode negar que, em muitos casos, e em último termo, é forçoso lançar mão da pena de prisão. Em todo o caso, concede-se que importa renovar inteiramente, não só as concepções sôbre a sua execução intra-muros ou institucional, como reponderar o problema das relações do criminoso com o mundo exterior, de onde saiu e para onde normalmente há de regressar.

Não tendo que tratar aqui do primeiro aspecto, procuremos analisar mais detidamente o segundo, que constitui, pelo menos em parte, justamente o têmea dêste nosso Relatório: assistência prisional e post-prisional.

II

A entrada do delinqüente na cadeia, a fim de cumprir a pena que foi condenado, tem as mais vastas conseqüências no mundo externo. (9)

(4) *Gegen die Freiheitsstrafen* — (Contra a pena de prisão), 1879.

(5) *Fort mit den Suchthäusern* — (Ponha-se fim à pena de prisão), 1894.

(6) *Kriminologie*

(7) *Pena sem prisão*, 1938.

(8) Deve-se a SCHLYTER, cfr. SIMSON, *Bedingte Verurteilung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1952, pág. 140.

(9) Sôbre o que a seguir se escreve, cfr. BRANDSTATTER, *Entlassenenbehandlung und fürsorge in Handwörterbuch der Kriminologie*,

1 — Entre elas coloca-se desde logo a destruição do equilíbrio da unidade institucional ou da família a que o réu pertence, o que é susceptível de se projetar no plano econômico, espiritual, social e até biológico ou sanitário.

a) Basta pensar como tal desequilíbrio pode implicar a perda de direção de negócios, a impossibilidade de continuar a assegurar a manutenção de seguros sociais, a perda do emprêgo e até — o que é o mais — o desaparecimento do único meio de sustentação e de apôio moral e econômico da família.

A isto acresce que, com freqüências, as despesas da defesa, a indenização ao ofendido, os impostos de justiça e multas a satisfazer impõem a venda de bens que existem, ou a contrair dívidas que mal se vê como hão de vir a ser solvidas é, porventura, a total ruína econômica do respectivo agregado familiar.

b) Aos males que daí diretamente advêm para a família, às preocupações que tal há de normalmente criar ao recluso juntem-se as ligadas ao efeito moral e social da condenação: eis ali a mulher, o pai, os filhos, os irmãos de um homicida ou de um ladrão. E, sem mais, numa comunicação do pecado e do crime que transcende os limites da responsabilidade individual, a sociedade mais ou menos conscientemente, evita-os, degrada-os, humilha-os.

c) Depois, carecida de apôio econômico e de direção moral, a educação dos filhos periga, a mulher, se nova, é tentada pelas suas fraquezas e é o adultério se não a prostituição.

d) Na precária situação econômica e moral em que se pode vir a encontrar, fica ainda em risco a própria saúde da família inteira.

2 — E tudo isto tem a maior importância do ponto de vista do direito criminal.

vol. I, pág. 276 e segs.; o referido estudo em nota 2 e GROHMANN, *Die fittliche und soziale Hebung Verbrecherischer*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 46, pág. 374.

a) Pois é êsse ambiente, já de si crimínogeno, que há de receber, no dia da libertação, o condenado. E degradada, humilhada, decaída, não poderá essa família tonificar o desejo, porventura honesto e sério do ex-recluso, de se readaptar. E eis aí criada uma poderosa causa de reincidência.

b) Por outro lado, ainda durante o cumprimento da pena, a idéia de que a família virá a sofrer pelo seu crime, sem culpa, a preocupação sôbre o destino dos seus haveres, pela sorte dos filhos, pela honra da mulher, transformará, acaso, em revolta o espírito de conformação de que estivesse animado o recluso, permitindo uma prognose carregada de futuras atividades criminosas.

c) A segregação da vida social, que a entrada na prisão envolve, reflete-se, além disso, diretamente na própria personalidade do criminoso. Com efeito, integrado na comunidade artificial, porque imposta da cadeia, o prêso amolece os seus sentimentos de sociabilidade; deixa de receber o influxo salutar da vida livre e das suas concepções morais e sociais; quebra os laços de contacto com os amigos, os parentes, as instituições profissionais ou de outra ordem a que tivesse pertencido o que tudo, seguramente, lhe rouba um forte estímulo e apôio para fortalecer a sua vontade de se regenerar e readaptar socialmente.

3 — E com isto fica sumariada uma série de problemas que seguramente se impõem à consideração de quem queira estudar a pena de prisão nas suas relações com a vida livre, *logo durante a fase da sua execução*.

O recluso sairá porém, um dia, da cadeia presumidamente animado do melhor desejo de não voltar ao crime.

a) Mas quem é êsse recluso que vai retomar a liberdade, que vai procurar reintegrar-se na sociedade?

Um homem que viveu, talvez dezenas de anos, na prisão, ou seja, numa comunidade de vida em que se perdeu quase tôda a livre iniciativa; em que tudo o que se refere a problema relativos a alimentação, vestuário, leituras, em

suma, em que praticamente tudo o que se faz está regulado e predeterminado; em que se torna impossível ou difícil dedicar livremente a atenção a problemas ou atividades porque se tenha particular preferência; em que se perdeu ou diminuiu, portanto, o sentimento de auto-modelação da vida e da responsabilidade perante o dever de assegurar a satisfação das necessidades que a vida impõe a cada um; em que a maturidade para se adaptar às respectivas exigências está muito longe de significar maturidade para viver na vida social livre e inteiramente entregue a si próprio na resolução de todos os problemas que esta lhe impõe; em que domina a coação, a disciplina, a autoridade que se não escolhe, mas a que, quando muito, se adere por razões de conveniência.

b) Mas não só isso: esta coação externa que constitui a disciplina dos estabelecimentos prisionais, reduzindo-lhe quase a zero a liberdade, faz-lhe, decerto, aspirar ardentemente pelo momento de a reobter.

O recluso vê o momento da libertação com um otimismo que excede em muito o que realmente a vida pode oferecer e em especial oferece aos que passam pela cadeia.

Daí toda uma série de desilusões e decepções, que revoltam, deprimem e anulam toda a vontade de manter o voto e a promessa de se transformar em cidadão honesto.

4 — Efetivamente, que lhe reserva a sociedade, como irá ela tratar aquêles para quem, cumprida a pena, se abrem as portas da prisão?

A cada passo, e desde logo, com a suspeição de todos os crimes e atos censuráveis que se venham a praticar. Depois com um repúdio e com uma segregação mais ou menos completa e desapiedada.

Essa sociedade que na sua maioria “vê na prisão uma espécie de apodrecedor, situado como depósito de lixo ou imundície, na periferia das cidades onde a vida social resguardando-os dos olhares honestos amontoa os seus

dejetos, aí os deixando decompor lentamente” (10) essa mesma sociedade, quando o recluso um dia é pôsto em liberdade, continua a procurar evitá-lo, afasta-o do seu contacto, recusa-lhe todo o apóio, receosa de que êle lhe transmita a infâmia que o macula.

a) E, assim, são muitas vêzes os próprios parentes próximos do condenado, se não decaídos já na miséria e na degradação econômica, moral e social, que receiam o momento em que o recluso será liberto e, quando êle chega, o repudiam.

Os próprios pais e mães não têm por vêzes piedade dos filhos ou filhas transviadas, expulsando-os e não os recebendo nos seus lares.

E que haverá que esperar dos estranhos?

b) O antigo ciclo de relações sociais, profissionais repudiam, normalmente, um ex-recluso: o próprio sentimento de honra e dignidade impede-os de acamaradar e estreitar relações de amizade com um homem infamado pelo seu crime e, sobretudo, pela prisão sofrida. Por outro lado, se o aceitam, a cada passo e a propósito dos mais pequenos erros o censuram e lhe fazem lembrar o seu passado.

Em face disto o criminoso, que, cumprida a pena “pagara à sociedade a sua dívida”, sente-se vítima de uma injustiça cruel. Espicaçado no seu sentimento de culpa, não poderá deixar de adensar o seu complexo de inferioridade, que o diminui, e lhe rouba tôda a confiança em si próprio. E, irresistivelmente, há de vir-lhe ao espírito a vida na cadeia, sem liberdade, mas também sem todo êste calvário. Como um indomável complexo de compensação lhe ensinará ou, porventura, lhe imporá, de novo, a estrada do crime.

5 — A tudo isto acresce ainda que, evitado, molestado, pela sociedade, amarrado a uma infâmia que não está nas suas mãos e melhor boa vontade poder apagar, êle, nem

(10) LUISIER, *La prison est elle un facteur criminogène?* in *Revue Pénale Suisse*, 1952, pág. 111.

sequer estará, acaso, em condições de ganhar a sua vida por si, se é velho, doente ou frágil para qualquer trabalho.

E, então, mais prementemente se lhe mostra, como única alternativa, a degradação da mendicidade com o seu cortejo de tentações e de novos crimes, que, afim ao cabo, lhe trazem de novo. . a paz e a segurança da cadeia.

a) Mas ainda quando apto para trabalhar, as perspectivas de reintegrar na sociedade, não se mostram, as mais das vêzes, muito favoráveis.

É que a vontade honesta de procurar emprêgo e de ganhar o sustento para si e para a família, quebra-se, com freqüência ante a resistência da sociedade em dar-lho.

E, assim, logo o Estado, em face do seu registo criminal, se nega a colocá-lo ou retomá-lo nos seus quadros.

E haverá mais que pretender do lado dos particulares?

Instintivamente, a maior parte dêles, seguindo, aliás, o exemplo do próprio Estado, recusa-se a admitir ao seu serviço, aquêles, que sabem, foi ladrão, homicida ou brigão.

Poucos quererão suportar o risco de colocar no seu escritório, nas suas oficinas, nos seus campos, em suma, de dar trabalho a quem, um dia, praticou um crime e continua, porventura, a ser perigoso.

Por outro lado, para além do perigo que, nesse caso, dar trabalho envolve, há ainda, por assim dizer, a tendência para não prestar solidariedade ao que pecou, para evitar, afastar de si, a infâmia que o acompanha.

E quando alguém, mais esclarecido, esteja disposto a conceder-lhe emprêgo, adaptar-se-á êle e a respectiva remuneração às possibilidades e legítimas pretensões do ex-recluso? Que espécie de trabalho deve ser dado a quem tem, por exemplo, um curso superior, que já não pode exercer, a quem foi negociante ou é especializado em atividades de cujo exercício foi interdito?

E quem há de fornecer os instrumentos de trabalho e o vestuário que lhe permitam exercer decentemente o seu ofício?

Depois não basta a boa vontade de quem concede emprêgo. Há ainda que contar com a repugnância dos outros trabalhadores, operários ou assalariados, em terem como colega ou companheiro, um antigo prêso.

Há ainda que não esquecer as próprias emulações e invejas contra um ex-recluso que, mercê da sua habilidade e especiais dotes, se destaque e distinga dos seus companheiros. E não poderão então evitar-se as censuras, os doestos e as insinuações cruéis e maldosas ao seu passado.

Dai que seja muitas vêzes quase impossível que o liberto encontre, só por si, trabalho estável e harmônico com as suas legítimas expectativas.

b) E isto traz-lhe o mais angustioso dos problemas. É que, alcançada a tão ansiada liberdade, êle não consegue afinal prover ao seu sustento, não alcança sequer meios para ter um tecto onde se abrigue.

E se tem família as consequências do desempregô são acaso ainda piores. De fato contando ingênuamente que o regresso do chefe lhe traga a possibilidade de solver dívidas contraídas, de garantir o seu amparo e o seu sustento, o agregado familiar dá-se conta de que, em vez de almejado benefício, está colocado em face de mais um encargo com que é mister arcar. E chovem as censuras, as recriminações. A própria alegria de alcançar a liberdade se destrói, na alma do recluso, pela humilhação e pela dor, de se ver incapaz de prover às suas necessidades e às dos seus. E daí à revolta, ao desesperô, a novo crime, é só um passo.

Até porque a resistência da sociedade em lhe dar trabalho pode destruir e destrói, normalmente, o desejo sério de regeneração. Na maior parte dos casos, faz mesmo perder os hábitos de trabalho adquiridos, que são a condição de uma efetiva readaptação social. A experiência mostra, de resto, que o liberto que não encontre, *imediatamente*, trabalho à saída da prisão, cai na ociosidade que constitui um fator decisivo na etiologia de novos crimes.

6 — E pouco vale que o recluso traga da cadeia o seu pecúlio. Pois desabituaado de se reger a si próprio e aos

seus bens, a breve trecho o esbanja na satisfação de necessidades supérfluas, quando não no alcoolismo e na prostituição.

E, depressa, encontra-se sem meios, sem trabalho, porventura doente; acochado e repudiado pela sociedade; refugiando-se nas mais baixas camadas sociais; procurando antigos companheiros de prisão, solidários com êle na mesma desonra, revoltados como êle, pela mesma injustiça com que o mundo os trata; pronto a deixar-se dominar pelos mais perversos; sem inibições perante as menores solicitações para o crime; e, até, supra-compensando-se, psicologicamente, pela sua prática. Quer dizer: estão criadas as condições ótimas para a reincidência, mesmo daqueles que, algum dia, acalentaram o desejo e formaram a vontade séria de se regenerarem e de viverem honestamente na sociedade de homens livres.

7 — A isto junte-se o pessimismo de muitos sôbre a capacidade que tem o modo como é executada a pena de prisão, para estimular e desenvolver essa vontade de readaptação social. Acrescente-se, ainda, a convicção de que ela constitui mesmo um fator criminógeno, na medida em que a vida nos estabelecimentos prisionais aumenta a perversidade dos já naturalmente perigosos e contamina os endôgenamente bem dotados. E logo todos compreenderão o que há de razoável no pensamento daqueles criminalistas que, como dissemos, apregoam a total falência das penas privativas de liberdade e propõem a sua abolição.

III

1 — A verdade, porém, é que, se, como foi referido, não é possível negar, pelo menos uma grave crise da pena de prisão, a verdade é que também se não vê maneira de, por agora, integralmente a substituir por outro meio repressivo ou preventivo.

Por outro lado, as críticas apontadas não tomam em consideração as virtualidades de melhorar a sua execução intra-muros, como não atendem às instituições complementares que, sem remover completamente os seus defeitos e possíveis perigos, contudo, grandemente os podem diminuir ou atenuar.

a) Efetivamente, para além dos progressos realizados relativamente ao próprio aspecto institucional das penas privativas de liberdade, desde cedo houve quem se desse conta de que o recluso, enquanto cumpre a sua pena, como ainda no momento que é pôsto em liberdade, é um ser humano, em especial estado de necessidade, carecido de auxílio e amparo alheio.

Como imperativo cristão de caridade, ou simples dever de solidariedade humana, aí está a lição das Misericórdias, de tantas ordens religiosas ou associações laicas, a olharem o criminoso, para além de culpado, como alguém a quem se deve auxílio e apôio.

E não poderá neste domínio deixar de se recordar o exemplo de figuras como S. Vicente de Paulo assistindo e fundando um hospital para os condenados às galés, como não pode deixar de ter-se uma palavra de lembrança e homenagem para o movimento que mais tarde na América e na Inglaterra nesse sentido foi levado a cabo pelos Quakers e por essa heróica mulher que foi Elizabeth Fry.

2 — O tema, foi tomado, até, pela própria arte e literatura.

A quem não ocorre o impressivo libelo de Vítor Hugo contra o mundo que torna impossível a vida honesta a êsses “miseráveis” que são os “Jeans Valgeans” saídos da prisão?

Quem não sentirá a beleza e o rigor do pensamento de Oscar Wilde no seu trágico “De profundis” ao escrever: “muitos homens depois de libertados, levam a prisão consigo no ar e no ambiente que os rodeiam, escondem-no no âmago do seu coração, como uma desgraça secreta, e, por fim, como pobres criaturas para sempre envenenadas, pro-

curam um buraco sombrio para morrer. É doloroso que êles se vejam reduzidos a isso e é uma injustiça, uma terrível injustiça que a sociedade a tanto os force. Esta arroga-se o direito de inflingir aos homens castigos terríveis, mas enferma do supremo vício da superficialidade se não comprehende o que fêz. Quando o térmo da pena chega a sociedade entrega o ex-recluso a si próprio, quer dizer, abandona-o, no preciso momento em que começa o seu maior dever para com êle. Realmente envergonhada da sua própria ação, foge daquele que castigou, como se evita um credor que se não pode reembolsar, ou se evita àquele a quem se provocou uma sorte irreparável e irremediável. Por meu lado posso pretender que, se comprehendo o que tenho sofrido, a sociedade deve ter consciência do castigo que me inflingiu, de maneira que não haja amargura, nem ódios de lado a lado?”

3 — Mas o imperativo, que impõe auxílio e apóio aos que, tendo embora prevaricado e merecido castigo, não deixam, contudo, de ser homens em particular estado de necessidade, não é só têmea literário impõe-se à realidade da vida, fêz arregimentar vontades e energias privadas: organizou-se.

Assim, já no fim do século XVIII, se criam na América sociedades (11) interessadas pela vida prisional e pela sorte dos que dela saem.

E elas desenvolvem-se, ali e noutros países, largamente, no século XIX tendo, entre os seus fins, reunir esforços privados para acudir e assistir aos presos e ex-reclusos, isto é, realizar o chamado Patronato das Prisões (12).

(11) *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, 1787, anteriormente conhecida por *Philadelphia Society for the Relief of Distressed Prisoners*; *Prison Association New York*, 1846.

(12) Na França denomina-se “*Patronage*”, nos países anglo-saxônicos “*After care* ou *aid for discharged prisoners*” e, na Alemanha “*Fürsorge für gefangene und Entlassen*” ou, mais simplesmente “*Bewährungshilfe*”.

Este propõe-se, com efeito, remover os males e as conseqüências criminógenas ligadas ao problema das relações do prêso com a vida exterior, quer durante a reclusão, quer no momento em que é pôsto em liberdade e que se desdobram numa atividade de natureza moral, econômica, e sanitária (13).

A) E assim, ainda durante o período de privação da liberdade, êle procura promover a defesa da dignidade moral da família, de onde saiu o recluso.

a) A isto se deve juntar um auxílio econômico, quer destinado a garantir o mínimo de subsistência e educação aos filhos, quer visando impedir a ruína da exploração econômica que era dirigida pelo recluso, a perda definitiva do seu emþrêgo, dos seus seguros sociais, etc. .

Neste mesmo quadro se integra ainda, além da defesa da honra da mulher, a sua própria preparação para levar a cabo o cumprimento dos deveres que sôbre ela agora impendem, para compreender a situação criada e ainda para aceitar e criar o ambiente próprio ao marido, quando êste, cumprida a pena regresse ao lar.

Igualmente se impõe neste período uma assistência médico-social tendente a prevenir as doenças e degenerescência no respectivo agregado familiar.

b) Por outro lado, importa manter durante a reclusão, e na medida do possível, o contato do prêso com os problemas do mundo exterior.

E aqui há a considerar as visitas e correspondência do detido com a sociedade livre, especialmente com os seus familiares e pessoas que lhe são caras.

Em casos especiais de doenças graves, morte de parentes próximos ou, na última fase da detenção, porven-

(13) Cfr. MITTERMAIER, *Gefängniskunde*, 1954, pág. 145, SEYFARTH, *Fürsorge für Gefangene und Entlassene* in BUMKE, *Deutsche Gefängniswesen*, pág. 434. Sôbre o fim do Patronato ver ainda *Le patronage des détenus libérés* in *Recueil de Documents en matière Pénale et Pénitentiaire*, vol. X, pág. 185.

tura como meio de conseguir trabalho, depois de cumprida a pena, pode pôr-se o problema, ainda, da saída por algumas horas ou dias do prêso.

Se, porém, êste aspecto está, naturalmente, ligado a questões de disciplina interna (14), o primeiro deve considerar-se como um dos mais importantes problemas do Patronato.

Importa, na verdade, estimular as visitas da mulher, dos filhos, dos parentes, dos amigos que estejam ligados ao ambiente familiar do recluso e que tonifiquem o seu desejo de voltar para junto dêles e, acaso, de os apoiar. O visitador falando-lhe dos seus antigos interêsses pela vida real, da sua família, recordando-lhe a vida do exterior, a vida real, lembra-lhe implicitamente os deveres que não cumpriu, facilitando assim a sua regeneração.

c) Mas, a par disso e como particular problema, impõe-se ganhar a confiança do prêso, quebrar a barreira que êle opõe em dar sèriamente conta dos seus problemas, estimulando-lhe o interêsse e a vontade de reintegrar-se na sociedade.

E êste é dos mais delicados, melindrosos e complexos aspectos da assistência aos presos.

Pois não se trata de lhes prometer uma vida fácil fora da cadeia, que só lhe criaria ilusões e falso otimismo. É mister fazer compreender ao recluso as dificuldades de tôda a ordem que a vida lhe vai oferecer, mas a um tempo robustecê-lo na crença de que é possível vencê-las mercê da sua vontade e do apôio que lhe dará o Patronato.

Certo que isso não poderá fazer-se arbitrária e desordenadamente. Impõe-se respeitar até onde fôr necessário as regras e disciplina penitenciária, evitar conflitos de influência e de autoridade, como importa seleccionar os visitantes consoante a sua intenção e os seus planos, evitando

(14) Cfr. para o direito francês PINATEL, *Traité élémentaire de science Pénitentiaire et de Défense Sociale*, pág. 353.

tudo o que, em vez de benefícios, seja pretexto para se levarem a cabo correspondência ou contatos interditos ou até para facilitar evasões.

B) Há depois que considerar o momento em que o recluso é pôsto em liberdade. Cumprida a pena, paga a sua dívida ao Estado, vai na verdade o ex recluso retomar o seu lugar na vida livre, porventura, animado de vontade séria de nela se reintegrar.

a) Mas o êxito dessa readaptação está em parte condicionado pela obra de preparação geral levada a cabo e por aquilo que, nesse momento crítico de libertação e a seguir, se faça, no sentido de lhe criar ambiente, de o apoiar e de o auxiliar.

Assim, antes de tudo, estará tal êxito dependente do que em geral se realizou, mostrando à sociedade como lhe importa vencer os seus respeitos humanos e falsos prejuízos, recebendo com espírito de compreensão aquêlê que, tendo pago a sua dívida à sociedade, não deverá ser por ela repudiado, humilhado ou explorado.

Pois é certo que a infâmia social que definitivamente se faça pesar sôbre aquêles que um dia praticou um crime é, porventura, um fator inibidor da criminalidade.

Só que mal vai à sociedade que faça assentar a sua defesa na injustiça que é exigir mais do que aquilo que lhe deve o criminoso, ou seja, o cumprimento da pena a que foi condenado, e na falta de caridade e humanidade que constitui não dar uma nova oportunidade ao homem que uma vez decaiu, sabe Deus por que motivos, de realizar a sua legítima aspiração de retomar na sociedade o lugar que a sua falta, já expiada, lhe fêz perder.

Aliás — e isto é decisivo — se uma atitude contrária da sociedade do ponto de vista da prevenção da criminalidade primária pudesse julgar-se útil, ela constituiria e eis aí uma curiosa antinomia do direito criminal a mais forte

alavanca para a reincidência e, portanto, condenável dum ponto de vista preventivo (15).

b) Mas o êxito da reintegração do libertado está ainda dependente do que se fêz mais diretamente no âmbito da família ou comunidade para onde o recluso regressa, da confiança que se conseguiu alcançar sôbre êle, do que se fêz no esclarecimento do seu complexo de culpa, da medida em que se robusteceu a sua vontade e energia moral, do que se obteve na sua preparação profissional e para as dificuldades da vida e ainda na defesa da sua saúde e capacidade para o trabalho.

c) Mas, no preciso momento da libertação e no período que se lhe segue, importa, ainda, pôr tudo isso à prova desenvolvendo, consolidando e fazendo frutificar o apôio moral e sanitário em que se esgota a função do Patronato.

E é assim que se torna necessário garantir-lhe assistência na doença, na velhice, na invalidez.

Como é mister, discreta mas eficazmente, fortalecer-lhe a vontade de readaptação, ajudando-o a resolver as crises morais por que passe, facilitando-lhe, se é solteiro, a constituição de um lar, e defendendo-o das múltiplas tentações da vida.

C) Por seu lado, há que proporcionar-lhe apôio em todos os seus problemas econômicos e, fundamentalmente, conseguir-lhe trabalho.

Assim, se o ex-recluso acumulou um pecúlio na prisão torna-se necessário evitar o seu esbanjamento ou aplicação pródiga e irrefletida.

Se conseguir, por si só, emprêgo, será, porventura, mister vesti-lo decentemente ou fornecê-lhe os necessários instrumentos de trabalho.

(15) Cfr. EXNER, *Criminologia*, trad. espanhola, pág. 167.

Inadiãvelmente, torna-se, porém, imperioso garantir-lhe tecto e sustento.

E não basta ùtilmente para tal conceder-lhe um subsidio (16) que durante algum tempo resolva êsse problema. Importa dar-lhe, se pelos seus próprios meios o não alcançou, emprêgo estável.

E isso não só para que êle assim tenha um meio permanente de prover às suas necessidades e às da família que lhe cumpre sustentar, mas porque só de tal forma se pode ter esperança de que não perca os hábitos de diligência que adquiriu e de que se afaste o perigo de que a ociosidade e as conseqüências sociais e morais degradantes que lhe andam ligadas o não arrastem de novo para o crime.

E eis porque todos recomendam que o trabalho deva ser *imediate* à libertação, sem permitir soluções de continuidade e, portanto, sem qualquer espécie de intervalo ou férias.

Simplesmente, tal só será possível, se a ocupação do recluso estiver já garantida antes da sua saída da prisão (17).

Ora, não será tarefa fácil a missão de a encontrar. Com efeito, como se disse, sobretudo em periodos de crise, o desemprêgo abrange os próprios trabalhadores sem antecedentes criminais e, na concorrência, só com muita dificuldade o gerente de uma empresa dará preferência a um ex-recluso.

D) Depois não basta encontrar trabalho. É mister procurá-lo em condições de êle se harmonizar com as le-

(16) GRÜNHUT, *Penal reform*, pág. 322 e Fox, *The English Prison and Borstal Systems*, pág. 254; cfr. ainda *Report of the Departmental Committee on the Employment of Prisoners*, Parte II, *Employment on Discharge*, 1935, *passim*.

(17) Cfr. nota anterior.

gítimas pretensões do ex-recluso, com a sua cultura e a sua especialização. É o caso por exemplo de encontrar ocupação para um ex-magistrado, um ex-advogado, médico ou funcionário.

Acresce, por outro lado, que a recuperação social conseguida através do trabalho só é eficaz se não fôr prejudicada pelo ambiente do lugar em que mora ou passa as suas horas de ócio o ex-recluso.

Na verdade dada a dificuldade de, sobretudo nas cidades, se encontrar habitação e alimento, que se harmonizem com o salário normal a que pode aspirar um ex-recluso, aquêles que não têm família, ou que convém que a ela não regressem, podem ser forçados a viver em zonas onde a promiscuidade, as tentações e os contactos com as camadas em particular perigo moral favoreçam especialmente a reincidência.

Além de encontrar trabalho, é, pois, ainda, necessário evitar êste perigo.

Simplemente nem sempre é possível dar a tais problemas uma solução imediata nos quadros normais da sociedade.

Dai a idéia concebida há muito tempo de organizarem *Homes*, casas, lares, refúgios, escritórios ou colônias de trabalho para os ex-reclusos, com meios de transição, com pontos de passagem para a sua total reintegração na vida social espontânea (18).

(18) Sôbre o problema cfr. SIEVERTS, *Übergangsheime für entlassene Strafgefangene* in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 55, pág. 307 e segs.; *actes du Congrès Pénitentiaire International de Rome*, 1885, tomo I, págs. 471 a 487, 490 a 506 e 608 a 618 e *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Berlin*, 1935, vol. I, págs. 281 a 312 e vol. IV, págs. 219 e segs.; e ainda STARKE, *Gefangenen- und Entlassenenfürsorge*, in *Reform des Strafvollzuges* dirigida por FREDE e GRÜNHUT, pág. 226 e MITTERMAIER, *ob. cit.*, pág. 147.

a) A criação destes lares ou colônias de trabalho e transição não deixou, porém, de ser objeto de muitas críticas, como de muitos elogios e estímulos.

E tal é a importância do problema que elle figurou no programa do Congresso Penitenciário Internacional de Roma em 1885, voltando a ser um dos temas do de Berlim de 1935 (3.^a Seção).

E é curioso que, enquanto o Congresso de Roma, na Seção respectiva, votou a necessidade da criação de tais *Homes*, vindo tal resolução a ser condenada pela Assembléia do Congresso, no de Berlim, a despeito do Relator manifestar um ponto de vista contrário, não deixou de se tomar a resolução final de que “a criação de *Homes* de transição para presos postos em liberdade não é somente desejável, mas necessária” (19).

b) Certo é, todavia, que continua a haver quem reaja contra a organização de tais casas de transição.

É que elas envolveriam o perigo de uma corrupção reciproca dos internados, e de se transformarem assim em verdadeiras sedes de associações ou escolas de malfeitos.

Esse perigo de contágio seria tanto maior quanto é certo que o ex-recluso sai do estabelecimento prisional de uma separação celular, pelo menos noturna, para um contacto livre entre indivíduos, porventura, não inteiramente regenerados.

Por outro lado, justamente os efetivamente corrigidos não quererão utilizar tais *Homes*, sentindo-se rodeados por indivíduos perigosos que só comprometeriam.

Os *Homes* e as colônias de trabalho trariam ainda, no caso de desemprego, um beneficio para os individuos com antecedentes criminaes em prejuizo dos empregados honestos.

E, finalmente, não se livrariam da suspeita da policia que os considerariam centros de receptação.

(19) Cfr. nota anterior.

Condenando assim os *Homes* de transição, propunha-se a colocação dos ex-reclusos que não tivessem lar próprio junto de famílias que os quisessem receber ou o seu internamento nas instituições, que existam em geral, destinadas a receber os desempregados e os sem abrigo.

Parece-nos, porém, que tôda a argumentação referida não atende às realidades (20).

Efetivamente o perigo de contágio entre indivíduos com antecedentes criminais começa logo na prisão. E ninguém, hoje, pretende que, pelo menos no que toca ao trabalho, se exclua uma certa comunidade de presos.

O fato de, com freqüência, saírem da cadeia delinqüentes não regenerados só significa que se deve executar melhor a pena de prisão e que se impõe um condicionalismo mais rigoroso na libertação definitiva dos presos.

Negando-se aos ex-condenados *trabalhos e abrigo nas casas de transição, não se evita que êles contactem fora delas, nas piores condições de perigosidade*, carecidos de trabalho e de abrigo e, ainda, sem a supervisão do Patronato ou Assistência.

A sociedade e a policia pensará dêsses *Homes* o que resultar, justamente, das provas que tenham dado e que possam vir a dar.

Por seu lado, a crítica resultante de se beneficiarem ex-reclusos em prejuízo de desempregados sem antecedentes criminais, não toma em consideração que os criminosos postos em liberdade sofrem de um particular estado de necessidade, já que, além do mais, lutam contra a barreira que a sociedade opõe à sua vontade de nela se reintegrar.

A isto acresce que o apoio dado em tais *Homes* não visa só um benefício para os ex-reclusos, mas para a própria sociedade, que importa defender contra o perigo de reincidência que um ex-recluso sem trabalho e sem abrigo necessariamente envolve.

(20) STARKE, *ob. cit.*, pág. 226.

E, decisivamente, tem de ter-se presente que a utilização das casas ou colônias de trabalho de transição só se impõe em último termo, isto é, quando não é possível reintegrar os reclusos na vida normal da sociedade.

Desta forma, o internamento será, em todo o caso, o menor de dois males.

c) Aceitando-se a necessidade da criação e funcionamento das casas ou colônias de trabalho de transição fica por resolver, ainda, o problema da sua organização.

Importa, por isso apontar rapidamente alguns dos aspectos.

Ora, nesse domínio, há a dizer que tais estabelecimentos devem ser tanto quanto possível administrados autonomamente, embora com o apoio e supervisão dos órgãos do Patronato ou da assistência social penitenciária, que os tenham criado e lhes prestem assistência econômica, moral e sanitária.

O internamento deverá ser voluntário e o número de beneficiários pequeno, porventura 12 a 60, sendo de promover a criação de um ambiente de tipo familiar.

Não é de estabelecer qualquer preferência no internamento entre os delinqüentes, até para que tais instituições não enfermem dos prejuízos e preconceitos de sociedade que só agravam e facilitam a reincidência.

Dado o fim específico dêstes *Homes* de transição, ligado ao particular estado de necessidade dos ex-reclusos e ao perigo da sua reincidência, a êles, se deveria dar preferência. Nada, porém, impede que vagas existentes possam ser preenchidas por quaisquer indivíduos sem abrigo e sem trabalho, sobretudo se em particular perigo moral.

É de recomendar que as casas e colônias de transição funcionem relativamente, perto das cidades — para mais

fácilmente nelas se encontrar um emprêgo normal e que possuam “ateliers” e explorações industriais ou agrícolas onde possa ser dado trabalho remunerado aos ex-reclusos.

Sem fixar prazos máximos de permanência, convém, todavia, que a organização dos lares de transição seja orientada de forma a dar aos ex-reclusos a consciência do caráter precário e provisório do internamento, e a pô-los ante a necessidade de se reintegrarem nos quadros normais da sociedade livre (21).

Claro que o que fica dito vale para os chamados *Homes* ou colônias de trabalho de transição. No que toca à organização de formas especiais de trabalho para ex-reclusos, por exemplo, de escritórios, de comissões e consignações, fomento de pequenos negócios, etc., o problema ter-se-á que pôr em equação com as condições particulares de especialização ou de cultura dos ex-reclusos e as possibilidades da sua aceitação pelos meios econômico e sociais das cidades ou lugares onde se pretendam instituir.

IV

Apontamos sumàriamente as necessidades que cumprir e os meios que para tal importa utilizar em matéria de assistência prisional e post-prisional.

Mas cabe ainda perguntar: a quem deve cometer-se tal função? Aos indivíduos? Ao Estado? Ou a uns e outros conjuntamente?

1 — Durante muito tempo foi deixado como dissemos aos particulares isolados ou em associações, a iniciativa e a realização dêsse tipo de assistência que se lhes impunha como preceito religioso ou dever de caridade e humanidade.

A essa luz nasceram justamente as associações de patrocínio ou proteção aos reclusos e ex-reclusos sob a forma

(21) Cfr. *supra*.

de Patronato privado, que os poderes públicos se limitavam, quando muito, a promover, regular (22) e subsidiar (23).

E tal atitude do Estado em face do problema era corolário de uma certa concepção que se sufragava sobre os fins do Estado em matéria de assistência e ainda sobre o sentido e legitimidade da aplicação das penas.

Entendia-se, na verdade, não cumprir ao Estado realizar funções de assistência social já que tal excedia o mero fim legitimista de tutelar, permitindo o seu exercício, os direitos dos indivíduos tal como eram reconhecidos pela ordem jurídica.

A isso acrescia entender-se que uma tal intervenção prejudicaria ou faria concorrência à possibilidade de os particulares realizarem, êles próprios, como lhes impunha,

(22) Assim v. g. na Inglaterra logo pelo *Peel's Gaol Act* de 1823 e, depois, pelo *Discharged Prisoners' Aid Act* de 1862; na França, as *Ordonnances* de 1823, 1832 e 1847 e principalmente a lei de 1885 sobre a liberdade condicional. Cfr. BOUZAT, *Aspect juridique de la sortie de prison* in *Journées d'Études des Aumôniers de prisons et du secours catholique*, 1952, pág. 6; na Bélgica, os *Comitês de Patronage* foram em 1833 regulados, em 1848 reorganizados, e largamente estimulados por JULES LEJEUNE em 1888, cfr. ELSEGHEM, *L'activité des comitês de patronage dans les questions pénitentiaires* in *La Prévention et la Répression de la Délinquance*, XXIII e *Semaine Sociale Universitaire*, 1952, pág. 194. Uma mais larga atuação do Estado é já feita através dos chamados Conselhos do Patronato previstos no art.º 149.º do Código Penal Italiano e na França pelos chamados *Comitês post-pénaux* criados por uma circular do Ministério da Justiça de Fevereiro de 1936. Cfr. ainda o art.º 47.º do Código Penal Suíço e o artigo de CLERC, *Le lendemain de la peine in Verhandlungen des Schweizerischen Vereins für Straf-, Gefängniswesen und Schutzaufsicht*, caderno 25, 1947, págs. 13 e segs.

(23) Sobre o sistema do subsídio por cada preso entregue ao Patronato privado na Inglaterra, cfr. GRÜNHUT, *ob. cit.*, e *loc. cit.*; Fox, *ob. cit.* e *loc. cit.* e Report cit.

o seu dever moral e religioso, o apoio do semelhante na desgraça e no infortúnio (24).

Por outro lado, concebendo-se a pena como retribuição, como castigo correspondente ao mal do crime, uma vez executada e cumprida a sentença, estaria por parte do criminoso paga a sua dívida ao Estado como esgotado ficava pelo lado dêste o conteúdo do seu *jus puniendi* (25).

Por isso, a maior parte dos estudiosos do direito penitenciário no século passado, como ainda no primeiro quartel do atual, ensinavam que a assistência ao ex-reclusos não pertencia ao Estado mas era tão só questão e problema de caridade privada (26).

2 — Tais concepções estão hoje, porém, largamente ultrapassadas.

De todos os lados, se ocorre a afirmar que cabe aos poderes públicos, como seu fim essencial, garantir aos indivíduos a possibilidade de desenvolver perfeita e harmônicamente as virtualidades da sua personalidade (27).

Ora de tal idéia resulta, necessariamente, que a assistência social constitui um dever para o Estado e um direito para os que se encontram colocados em necessidade que não podem por suas mãos completamente suprir.

Num passo de um seu notável parecer escrevia o Prof. Marcello Caetano (28): “O principio de solidariedade en-

(24) Cfr. BEAUFRETON, *Assistance Publique et Charité Privée*, pág. 100.

(25) GRÜNHUT, *ob. cit.*, pág. 319.

(26) No sentido de considerar a assistência aos reclusos não como um dever do Estado, mas como uma mera obrigação privada e, portanto, atribuindo-a tão só a particulares e associações de Patronato privado, cfr. HOLZENDORFF. v. JAGEMANN-FUCHS, 1888; KRIEGSMANN cit., 1912; KROHNE, *Lehrbuch*, § 56 e ainda MARGARETE SOMMER, *Fürsorge in Strafrecht*, 1925.

(27) DUCHINI, *i problemi attuali dell'assistenza sociale*, in *Rivista Internazionale di Scienza Sociali*, 1946, pág. 304.

(28) Publicado in *Böletim de Assistência Social*, 1943.

tre todos os que fazem parte do mesmo grupo social impõe que a comunidade não abandone aquêles seus membros que lutem com necessidades” “Não é só portanto o amor do próximo por amor de Deus que num país cristão impõe o dever de assistência: a própria natureza social do homem o postula”

Desta forma, mesmo entendendo em t ermos puramente formais as rela oes entre o Estado e o condenado, no que toca   aplicaçao da pena e aos seus fins retributivos, certo   que, para al em disso, cumpre  aquele assistir aos ex-reclusos, sabido o especial estado de necessidade com que lutam.

Mas h a ainda, no plano criminal, um aspecto particular a considerar:   que a situa ao de necessidade moral, econ mica e, porventura, de saúde em que se encontra o ex-recluso, pode, com o maior grau de probabilidade, fundamentar uma prognose sombria de criminalidade.

São as estatisticas indicando uma eleva ao assustadora da curva da reincidência que o demonstram sem sombra de d vidas (29).

Ora, justamente, êste lado especif co do problema não são lhe d a um lugar próprio, e o distingue, no quadro geral da assistência social, como explica que êle se transforme numa delicad ssima questão de preven ao da criminalidade de que o Estado não pode alhear-se, mas que antes lhe cumpre prementemente resolver (30).

(29) Cfr. s obre as rela oes entre a falta de assistência aos reclusos e a reincidência STARKE, *ob. cit.*, e GRÜNHUT, *ob. cit.*, pág. 204.

(30) Cfr. FREUDENTHAL, *Entlassenenf rsorge, eine Pflicht der Allgemeinheit* in *zeitschrift f.d. Strafr.*, vol. 46, 1925, pág. 403 e segs.: “A assistência prisional e post-prisional   um dever do Estado”, escreve, acrescentando: “O Estado que não apóia os reclusos, quando postos em liberdade, assemelha-se ao cirurgião que deixa aberto o ventre que operou em vez de curar as feridas”. Cfr. nesse sentido GRÜNHUT, *loc. cit.*, pág. 317 e Fox, *ob. cit.*, pág. 254.

3 — Tanto mais que tal corresponde ao moderno sentido da política criminal e das reações e instituições novas que ela propõe e sugere.

Tem-se vindo na verdade, de há muito tempo, a ensinar que o direito criminal tende a ser o direito preventivo, de defesa social (31).

Por isso se proclama a necessidade de rever tóda a aparelhagem dêsse ramo da ordem jurídica alterando-o ou integrando-o com tudo o que lhe seja mister para realizar essa função.

A) Ora, a primeira projeção de tal idéia foi, como se disse, a de reconsiderar o próprio sentido da execução da pena de prisão.

Assim, para além da função de castigo, importava atribuir-lhe um papel regenerador e de readaptação do criminoso à vida social, o que se procurava alcançar, fundamentalmente, através de uma reorganização do trabalho prisional.

Porque a readaptação não é, porém, súbita, mas supõe etapas sucessivas, lançou-se mão da idéia de uma execução da pena por períodos, agruparam-se os delinquentes e os estabelecimentos prisionais em comunidades cada vez mais semelhantes às da vida social, procurando fortalecer nos internados o sentimento de autonomia e de responsabilidade. A êste pensamento correspondem os chamados períodos de confiança, os estabelecimentos abertos, o regime de semi-liberdade (32), a sentença indeterminada, a liberdade condicional, etc.

(31) Cfr. MARC ANCEL, *La Défense Social*.

(32) Sobre o *Home Leave Scheme* cfr. Fox, *Note sur les développements de la liberation conditionnelle et de la readaptation sociale post-pénitentiaire dans le Royaume-Uni*, documento de trabalho n.º 4 (29 de Junho de 1954) apresentado ao “Groupe Régional Consultatif Européen dans le domaine de la Prévention du crime et du traitement des délinquants”, das Nações Unidas, pag. 4.

B) Ainda, porém, mesmo informada dêste espírito e desta elasticidade, não logrou, como dissemos, a pena de prisão que no século XIX tendia a transformar-se em meio repressivo quase exclusivo nem assim a pena de prisão logrou, dizíamos, — assegurar o seu predomínio.

E se não foi nem porventura poderá ser nunca totalmente abolida, se não entrou em total falência, viu que por todos os lados, se exigia que reduzisse o seu domínio de aplicação ao menor número de casos possível.

Desta forma, o programa de fazer despovoar as prisões, de diminuir tanto quanto possível o número de reclusos nos estabelecimentos prisionais, domina hoje os horizontes novos da política criminal (33).

Assim, não só se aconselha o uso cada vez mais frequente da liberdade condicional como há manifesta tendência para não aplicar a prisão, sobretudo quando se trate de criminosos primários e a sua duração seja curta.

A esta luz se desenvolveram ainda os chamados institutos da pena suspensa e da *probation* hoje tão largamente utilizado e estudado no estrangeiro, em que, respectivamente, o Estado renuncia à execução da pena de prisão, ou à própria condenação, desde que o criminoso prometa esforçar-se por seguir, *em liberdade*, uma vida honesta e afirme a sua vontade de se regenerar e readaptar à vida social (34).

(33) “*Abbau der Freiheitsstrafe, Vermehrung der Fürsorge!*”, “Diminuam-se as penas de prisão e aumente-se a assistência!” escreve STARKE, *ob. cit.*, pág. 206.

(34) Sôbre êstes institutos cfr. BERGER, *Le système de probation anglais et le sursis continental*, 1953, e *Probation and Related Measures*, 1951; *Practical results and financial aspects of adult probation in selected countries*, 1954; *Parole and after-care*, 1954; *European Seminar on Probation*, 1954, publicações das Nações Unidas e os Relatórios de GRÜNHUT e de SIMSON sôbre pena suspensa (Bedingte Verurteilung) in *Zeitschrift f.d.g. Dtrafr.*, 1952, vol. 64, págs. 127 e segs.

4 — E não se pense — importa notar — que tôdas estas perspectivas são puro resultado ou só conciliáveis com um direito criminal preventivo ou de defesa social, de tipo naturalístico.

Nem aliás se tornaria possível, em último t rmo, despojar êste ramo do direito do seu sentido  tico. Mais: Êste mesmo aspecto especifica, caracteriza, essencialmente, o seu domínio.

Só que a própria idéia da retribui o se estrutura hoje de forma a referir-se não são ao fato, mas ao modo de ser perigoso do delinqüente,   culpa na sua forma o da personalidade. E isto não são enquanto justifica um castigo reeducativo de maior ou menor dura o e intensidade, mas ainda enquanto o plano  tico em que se coloca permite renunciar a  le, em nome da prevalência de outros valores morais como   o da conveniente realiza o da personalidade do delinqüente e, portanto, pode admitir nos seus quadros a pena suspensa, a *probation*, a liberdade condicional, a sentença indeterminada, etc., etc.

5 — De qualquer forma, porém, todos êstes institutos que procuram reduzir o domínio de aplica o das penas privativas de liberdade, fazendo no fundo um ap elo ao sentimento de auto-responsabilidade, pretendendo dar ao criminoso ainda uma última chance e oportunidade para em liberdade se adaptar às exigências da vida social, todos êstes institutos não podem deixar, nem deixam, de tomar em conta a situa o particularmente difícil em que êle se encontra.

Nem a obra pedagógica que através dêles se quer realizar seria completa e deixaria dever o seu êxito comprometido, se não ajudasse a planear a vida futura do delinqüente, impondo-lhe o respeito de um conjunto de obriga es mais ou menos rígidas ou mais ou menos elásticas, julgadas no caso favoráveis   readapta o (35).

(35) Cfr. nota anterior.

Daí, por exemplo, que lhe imponham o dever de se afastar do meio em que viveu antes da infração, quando êle se considere criminoso; lhe interditem a frequência de lugares ou o contacto com certo tipo de pessoas de moralidade e costumes duvidosos; lhes proíba o uso de bebidas alcoólicas; lhes comandem a obrigação de trabalhar, sobretudo, quando a etiologia do crime esteja ligada à ociosidade ou vagabundagem; lhes exijam que se submetam a tratamentos médicos de natureza geral ou específica, por exemplo, a cura psicoterápica ou psicoanalítica, com vista a superar e a vencer certos complexos da personalidade que possam ter estado na origem da atividade criminosa ou que nela se revelem.

Em certos casos, quando o próprio meio familiar não é aconselhável, será ainda de impor a obrigação de viver durante algum tempo num lar ou colônia de trabalho de modo a tornar mais fácil a recuperação da sua personalidade. E aqui pode ainda ser vantajosa a chamada “transplantação” para terras ou lugares longínquos dos da prática do crime, aproveitando as próprias províncias ultramarinas, ainda que o pensamento tenha sido tão mal compreendido e por vêzes tão primária e simplesmente condenado (36).

6 — Em tudo isto, porém, precisa o delinqüente de ser vigiado. Mas não só isso. É mister que seja externamente amparado e de certo modo tutelado.

Tem de considerar-se que o homem, além da vontade livre que o auto-modela, se move num certo condicionalismo biológico e social que fortemente pesa nas suas determinações. E se é legítimo, em último termo, responsabilizá-lo pelo que êle é ou venha a ser, importa por humanidade e interêsse da prevenção criminal dar-lhe, embora discretamente auxilio e proteção. O delinqüente pôsto em liberdade condicional, em *probation*, precisa, em suma, como

(36) Cfr. BRANDSTATTER, *ob. cit.*

resume a fórmula inglesa, de ser “aconselhado, ajudado e tratado como amigo”

É mister que alguém se ocupe dêle, lhe ajude a encontrar trabalho, porventura a constituir um lar, capte a sua confiança, lhe mostre claramente a natureza dos deveres que como homem livre se lhe impõem de se integrar na vida social, bem como lhe faça representar e medir as conseqüências quando tente furtar-se a tais obrigações.

Trata-se no fundo de inculcar ao violador da lei uma nova concepção da vida, robustecer a sua confiança em si, fortificar o sentimento de responsabilidade pessoal (37).

O que não se consegue através dos métodos clássicos e desacreditados de bons conselhos e de boas palavras, mas mediante uma atuação apropriada a cada caso particular, e tendo na sua base cuidadosos inquéritos, através de um (Casework) orientado pela ciência psicológica que procure abrir e degelar o delinqüente, descobrir os complexos particulares, os conflitos sociais, econômicos ou mesmo de saúde, sobretudo quando de natureza sexual, que o arrastam ao crime (38). Há que procurar depois removê-los ou, se não é possível, ajudar a desenvolver contra fôrças que permitam superá-los no quadro total da personalidade. Para usar imagem de Kretschmer, trata-se neste caso de conseguir elevar o nível da corrente do eu de forma a que, a despeito das pedras e dos escolhos que permaneçam no seu fundo, se torne possível a navegação na vida, isto é, se possa atuar de harmonia com as exigências sociais.

(37) Cfr. BERGER, *ob. cit.*, pág. 81.

(38) Cfr. Mme. BRAY, *le service social pénitentiaire in la Prévention et la Répression* cit., pág. 194 e largamente PASKELL, *probation case work: basic principles and methods in European Seminar* cit., pág. 87 e ainda nesse lugar CARROLL, *personal relationships in the rehabilitation of persons on probation*, pág. 107. Cfr. ainda a conferência do Prof. BELEZA DOS SANTOS, *algumas considerações sobre o serviço social* (1931), ns. 3 e 4.

Tudo isto, porém, exige um alto grau de experiência social, de conhecimentos psicológicos, psicopatológicos, de sociologia e de criminologia e, por sôbre tudo isto, de intuição dos problemas humanos que não pode ensinar-se.

Impõe uma energia que, não se podendo transformar em coação, não deve enfraquecer a ponto de fazer perder tôda a autoridade e que, não deixando de ser vigilância, se apóia fundamentalmente num plano de mútua colaboração e de confiança.

Funções tão complexas não podem, porém, mostra-o a experiência, ser realizadas por um simples particular, embora dotado da melhor boa vontade, zêlo religioso ou sentido de devotamento. “Perante os problemas postos pela política criminal moderna”, escreve Berger (39), “os grandes fervores de interêsse filantrópico se não forem apoiados por uma sólida formação técnica social e criminológica são inoperantes. E isto é especialmente válido no que toca a atividades que se caracterizam pela sua função reformadora e pedagógica.”

7 — E tudo isto impôs aos sistemas legislativos que confiassem a tutela e vigilância de tais delinqüentes, beneficiando de liberdade ao abrigo dos institutos apontados, a funcionários próprios, verdadeiros trabalhadores sociais, com forte especialização nos problemas de prevenção criminal, isto é, a *assistentes sociais penitenciários* (40).

(39) Cfr. BERGER, *ob. cit.*, pág. 63.

(40) Cfr. *Parole and after-care* cit., pág. 10 e segs.; BERGER cit., especialmente pág. 63 e segs. e YOUNGHUSBAND, *Probation personnel in European Seminar* cit., pág. 121 e segs. que descreve vários períodos na história da supervisão da *Probation*: um primeiro em que é levada a cabo por voluntários, depois (1876) por voluntários de sociedades missionárias em ligação com os tribunais, em 1907 por funcionários assalariados indicados por magistrados, terminando pela obrigatoriedade da entrega da supervisão a *probation officers*. Veja ainda o estudo de GRAVEN, *Le sens du sursis conditionnel et sons developpement*, in *Revue Penale Suisse*, 1954, pág. 261 e segs.

O que, naturalmente, por sua vez, envolve os mais complexos problemas de seleção, preparação, disciplina, retribuição, limites do esforço a exigir a êsses funcionários (probation officers) a que, modernamente, nos meios criminalistas internacionais se tem dado a maior atenção.

Mas importa prementemente resolvê-los com tôdas as conseqüências que isso importe, como v.g. a criação de Escolas Superiores de ciências auxiliares do direito criminal, se não se quer renunciar a todos os benefícios que a ciência e experiência já hoje mostram ligados à adoção dos apontados institutos complementares e substitutivos das penas preventivas de liberdade (41).

8 — Em face disto pergunta-se: se é mister organizar os quadros de assistentes sociais penitenciários como pedra angular do funcionamento da *probation*, da pena suspensa, da liberdade condicional, etc., por que os não aproveitar ou alargar a sua função à realização da assistência prisional e post-prisional?

Também neste domínio, como repetidamente se acentuou, a preparação e reintegração dos delinqüentes na sociedade é particularmente difícil; também em tal matéria há problemas morais econômicos e de saúde que o ex-recluso dificilmente pode resolver só por si; também nesta zona a beneficiência privada não garante a continuidade, a permanência e a universalidade de assistência de que êles necessitam; também aqui as melhores boas vontades, sem conveniente preparação podem trazer mais prejuízos que benefícios (42).

A tudo isto acresce como dissemos que os perigos ligados à particular situação dos ex-reclusos libertados definitivamente constitui um momentoso problema de prevenção da reincidência e, portanto, da criminalidade que cumpre ao Estado resolver.

(41) Cfr. por todos BERGER, *ob. cit.*, págs. 67 e segs.

(42) Cfr. SIMSON, *loc. cit.*, pág. 152.

E eis porque a mais moderna tendência da política criminal consagrada, por exemplo, na legislação francesa de 1952 seja no sentido de responder afirmativamente à questão acima posta, integrando a assistência prisional e post-prisional no quadro de funções dos serviços sociais penitenciários oficiais, ao menos, com o fim de a estruturar, coordenar e garantir (43).

9 — Há, todavia, um problema a pôr aqui: será legítimo impor assistência, contra a sua vontade, a quem totalmente pagou a sua dívida ao Estado cumprindo integralmente a pena a que foi condenado e saindo em liberdade definitiva?

Certos sistemas legislativos, como, por exemplo, o francês (44), determinam que a assistência post-prisional aos reclusos postos em liberdade definitiva exige que êstes nela consintam *beneficia non obtrunduntur*.

Parece, porém, que esta posição esquece, justamente, que o ex-recluso, embora pôsto em liberdade definitiva segundo os critérios clássicos, pode encontrar-se num estado de necessidade que comporte uma forte probabilidade de reincidência.

Ora, então, parece legítimo que o Estado imponha assistência em nome do interêsse público na prevenção da criminalidade, ou o mesmo é que dizer, desde que o ex-

(43) Cfr. STARKE, *loc. cit.*, pág. 213. Uma larga realização desta idéia foi levada a cabo na França através da lei de 1 de Abril de 1952 e da circular do Ministério da Justiça de 31 de Maio de 1952, publicada na *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 1952, pág. 721 e seg. Veja sôbre o problema ainda o Relatório do Comitê misto nomeado na Inglaterra em 1951 com elementos da Comissão das Prisões e da *National Association of Discharged Prisoners' Aid Societies*, presidido por MAXWELL e publicado oficialmente em 1953 a que se refere Fox no documento de trabalho cit. apresentado ao grupo regional europeu das Nações Unidas, documento n.º 4.

(44) Cfr. o art.º 24.º da citada lei de 31 de Maio de 1952: "L'assistance des libérés définitifs ne peut être organisée que si ceux-et comité".

-recluso que a recusa não demonstre que tal não constitui um perigo para a ordem jurídica criminal.

O problema é, aliás, paralelo ao do repúdio em geral da assistência social. E também aqui, muitos, como Leclère, ensinam que o direito de recusar auxílio social só é de reconhecer quando aquêle que o exerce pode mostrar que sem tal auxílio não se torna um perigo para a sociedade (45).

E, como é evidente, a consideração tem particular acuidade quando se trate de perigosidade criminal (46).

10 — Simplesmente, uma vez admitida, como organizar juridicamente esta assistência penitenciária obrigatória?

Parece que tudo se poderá resolver utilizando a idéia apresentada por Dupréel no XII Congresso Penal de Haia no seu Relatório Geral, essencialmente aprovado na resolução final, segundo a qual é desejável, em todos os casos, que antes do fim da pena a cumprir pelo condenado, sejam tomadas medidas para assegurar um regresso progressivo à vida social normal. Isto conduzirá conforme os casos a um regime de pré-liberdade a criar no seio dos estabelecimentos ou a que *se conceda a liberdade a título de ensaio, sob contrôle eficaz*.

Desta forma, sempre que se mostre que o recluso precisa de ser aconselhado e orientado antes da sua integração total na vida livre, a sua libertação deveria ser sempre ordenada sob a forma condicional.

E isto, como aliás no Congresso de Haia já se considerou (47), implica o funcionamento da assistência com carácter obrigatório e oficial desde o início da execução da

(45) *Apud* BEAUFRETON, *ob. cit.*, pág. 29, nota 1.

(46) *Cfr.* STARKE, *loc. cit.*, pág. 209.

(47) Actes du Douzième Congrès Pénal et Pénitentiaire International (1950), vol. V, pág. 181 e vol. I, pág. 633.

prisão, não só para tornar possível um serviço social post-prisional útil, mas ainda para fornecer à entidade, a quem compete decidir sob a forma da libertação, os necessários elementos familiares, sociais e econômicos.

V

Reconhecendo-se assim que cumpre ao Estado o dever de organizar e fazer funcionar uma assistência prisional e post-prisional, integrada, em princípio, no serviço social penitenciário, isso não significa, de nenhum modo, que se deva afastar e repudiar o auxílio e iniciativa dos particulares ou das associações privadas.

Na verdade a colaboração destes elementos com os órgãos oficiais a quem cumpre realizar a assistência prisional e post-prisional permite atenuar ou diminuir o carácter se não policial pelo menos suspeito, que, a despeito de todos os esforços que para evitar se façam (v.g. autonomisar disciplinarmente os assistentes sociais penitenciários relativamente à direção dos estabelecimentos prisionais), ela possa ter quando levada a cabo exclusivamente por funcionários (48).

E aqui é de lembrar o exemplo das visitas aos presos. Os visitantes exercendo uma missão que o cristianismo indicou entre as obras de caridade dão aos reclusos um apoio moral insubstituível.

(48) STARKE, ob. cit., pág. 217. A assistência penitenciária, dado o seu carácter específico de prevenção criminal, é ainda um problema de administração da justiça e, portanto, especial, em relação à assistência social comum. Importa, todavia, distinguí-la da liberdade vigiada. Sobre a função da assistência prisional e a sua distinção da antiga vigilância policial cfr. FOLTN, *Bedeutung und Anwendungsgebiet der Schutzaufsicht gegenüber Erwachsenen*, in *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1927, pág. 289 e segs. Cfr. ainda o citado *Report. Employment*, 1935, pág. 62.

Êles fazem entrar na cadeia o ar fresco da sociedade livre do exterior. São homens de uma sociedade livre, inteiramente desligados de funções oficiais, que de nenhuma maneira representam o Estado titular da repressão, que procurando os presos mostram, o seu interêsse por êles, pela sua família, pelos seus problemas, guiados e determinados tão só por um dever de caridade, filantropia ou solidariedade humana (49).

A isto acrescenta-se que se é certo que, em princípio, a vigilância e tutela dos presos postos em liberdade deve cometer-se a assistentes sociais penitenciários que têm especial preparação técnica, meios e tempo de que não dispõe normalmente o particular, mesmo se delegado de uma associação ou Patronato privado, verdade é também que nem sempre tais deficiências se verificam e que há por vêzes particulares que juntam um sentimento de humanidade, devotamento e experiência da vida a uma cultura, até, por vêzes, especializada em matéria de prevenção criminal, cujos serviços e préstimos de nenhuma forma convém recusar.

Por outro lado, pelo menos em casos não muito difíceis, a própria boa vontade de servir os outros e de salvar alguém prestes a recair no mal pode largamente suprir a falta de preparação técnica e profissional.

Considere-se ainda que as relações da vida social configuram-se por vêzes de forma a que um assistente privado ou voluntário pode estar em especiais condições para vigiar e dar apoio construtivo a certos reclusos postos em liberdade.

E acima de tudo deve ter-se sempre presente que os esforços dos assistentes penitenciários serão vãos se não puderem utilizar as facilidades concedidas por instituições ou entidades privadas, como hospitais, clínicas, ordens re-

(49) Cfr. sôbre isto a regulamentação dada na França pela circular de 27 de Julho de 1952 publicada na *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, 1952, págs. 730 e segs. Veja ainda KREBS, *Radbruchfestschrift*, 1948, pág. 174 e segs.

ligiosas, associações, emprêsas, sociedades que empreguem trabalho e se de uma maneira geral, não puderem contar com tôda as formas de beneficência privada e até com a compreensão de tôda a sociedade (50).

Importa, assim, aproveitar tôdas as vocações, tôdas as boas vontade, tôdas as dedicações possíveis neste esforço tão particularmente difícil.

Nem seria possível ao Estado, sòmente através dos seus serviços oficiais, conseguir, não só os meios financeiros, mas ainda *e sobretudo*, criar o *clima social*, que permita levar a bom têrmo a obra de recuperação dos criminosos; essa obra que, na famosa frase de Channing (52), “é mais bela, que fazer levantar os mortos dos seus túmulos”.

Conclusões

1 — Na medida em que, em direito criminal, não é possível deixar de recorrer-se a penas privativas de liberdade, a aplicação destas deve ser integrada por uma assistência, tendente a remover o especial estado de necessidade moral, econômico e sanitário que dela resulta para o delinqüente que as sofre, como para a respectiva família, e isto, quer durante a reclusão, quer no período que se lhe segue.

(50) Cfr. também STARKE cit., GRÜNHUT cit., pág. 316.

(51) Cfr. *Practical results and financial aspects of adult probation*, cit., onde se mostra estatisticamente que a assistência social não fica mais cara do que o tratamento intra-muros. Cfr. ainda a êste propósito STARKE que põe em relevo o mesmo pensamento citando um dos pontos do apêlo da Sociedade Prisional de Wakefield: “Remember! *That every prisoner restored to society and selfrespect is a gain to the nation. It costs £ 100 per annum to keep a man in prison*”, loc. cit., pág. 206.

(52) Apud BUCHS, *Comment peut-on rendre le Patronage des Détenus Libérés plus populaire?* in *Verhandlungen des Schweizerischen Vereins* cit., pág. 70.

2 — Em todos os casos, esta assistência prisional e post-prisional deve ser precedida de inquéritos e orientada por forma a estudar e resolver concretamente cada caso individual (Casework).

3 — No que diz respeito à função econômica da assistência post-prisional importa, fundamentalmente, assegurar ao recluso, quando seja pôsto em liberdade, o que supõe a resolução do problema num momento anterior trabalho *estável* e *imediato*. Quando isso, desde logo, se não possa conseguir nos quadros normais da sociedade, torna-se forçoso recorrer aos chamados *Homes*, colônias de trabalho ou escritórios, *de transição*, para ex-reclusos.

4 — A assistência prisional e post-prisional, entregue, tradicionalmente, à iniciativa e Patronato privado, deve atribuir-se natureza pública e considerar-se função do Estado.

5 — Dado o particular aspecto preventivo do crime de tal tipo de assistência, há que distingui-la da assistência social comum, reconhecendo-a instituição complementar do direito criminal.

6 — A assistência deve iniciar-se *imediatamente* a seguir à entrada do delinqüente na prisão.

7 — Mostra-se forçoso seleccionar preparar oficial e especialmente — e para tal sugere-se a criação pelo Estado de escolas de ciências auxiliares do direito criminal — assistentes sociais penitenciários, destinados a vigiar e apoiar *construtivamente* os delinqüentes em liberdade, que beneficiem de institutos como os da *probation*, pena suspensa, liberdade condicional e semelhantes. Desta forma, dada a unidade dos problemas, devem-se alargar o quadro e as funções dos serviços sociais penitenciários à realização da assistência prisional e post-prisional, ao menos, com o fim de a *estruturar, coordenar e garantir*.

8 — A assistência post-prisional deve ser obrigatória para todos os ex-reclusos, salvo quando se mostra que êles dela não carecem. O meio técnico-jurídico de se conseguir

esta obrigatoriedade, como regra, seria o de se legislar no sentido de que, sempre que fôr necessário para conseguir aquêlê fim, a libertação de qualquer recluso poderia ter lugar sob a forma condicional.

9 — O reconhecimento de que cumpre ao Estado o dever de organizar oficialmente, assistência prisional e post-prisional, integrando-a nos serviços sociais penitenciários, não significa que se deva repudiar e recusar o auxílio dos particulares e das associações de Patronato privado. Êste é, especialmente, de acolher no que toca ao problema das visitas aos presos. Além disso, em certos casos, menos difíceis, deve permitir-se a colaboração de assistentes privados voluntários para vigiar e apoiar construtivamente ex-reclusos. Por outro lado, os serviços sociais e penitenciários do Estado não podem deixar de socorrer-se das facilidades e apoio concedidos pelos particulares e, sobretudo, não podem prescindir da compreensão, que importa promover, da sociedade em geral.

Teoría tridimensional del derecho.

B. Mantilla Pineda

Da Universidade de Medellín — Colombia

Aunque sea brevemente queremos ofrecer al público culto y de modo especial a los profesionales de las ciencias jurídicas, una exposición sintética de la teoría tridimensional del derecho, una de las novísimas teorías sobre el ser y modo de ser del derecho.

A pesar de que existen precedentes formales y materiales de la teoría tridimensional del derecho, y de que flota más o menos configurada en las discusiones de filosofía jurídica, dicha teoría sólo ha sido elaborada definitivamente por Miguel Reale, professor de filosofía del derecho en la Universidad de São Paulo, Brasil, en su última obra “Filosofia do direito”, de la cual sólo han aparecido los primeiros dos tomos.

I. El autor y su posición

Miguel Reale es un jurista y filósofo del derecho de primer orden tanto por la fecundidad como por la profundidad de su doctrina. De 1934, año en que publica su primera obra “O Estado moderno”, a 1955, fecha en que aparecen los dos tomos de su “Filosofia do direito”, ha vivido Reale en función de escritor y pensador. En el intervalo de diecinueve años han visto la luz trece obras,

(*) Transcrito de “El Colombiano Literário”, de Medellín, de 20 de abril de 1956.

algunas de las cuales pertenecen a un mismo año, así por ejemplo: “Formação da politica burguesa” y “O capitalismo internacional” en 1935; “Fundamentos do direito” y “Teoria do direito e do Estado” en 1940. La profundidad de su doctrina, puesta de relieve en sus concepciones jurídicas y filosóficas sobre el derecho y el Estado, es el resultado de su gran talento y su vastísima cultura. A través de las obras que tenemos la suerte de conocer, podemos apreciar su bien cimentada cultura. Para muestra sería suficiente citar su conocimiento de las lenguas modernas (inglés, francés, alemán, italiano y español) y el dominio de la bibliografía jurídica y filosófica en todas sus ramas.

Como filósofo tiene Miguel Reale completo señorío sobre las filosofías histórica y sobre todas las tendencias de la filosofía contemporánea. Pero no sólo es un conocedor de la filosofía sino también un innovador de la misma en puntos capitales como el plano ontológico, en que necesariamente ocurre el conocimiento humano, y el carácter integrador de valores de la cultura. Como jurista posee conocimientos vastos en todas las ramas del derecho brasilero y de otros derechos históricos y vigentes. Conoce las legislaciones y las doctrinas jurídicas, vale decir, la verdadera ciencia del derecho tal como la exponen los grandes maestros en Francia, Italia y Alemania. Justamente esta envidiable cultura filosófica y jurídica, pone en sus manos el caudal necesario para la gran empresa de la elaboración de una filosofía del derecho que está llamada a ejercer amplio influjo en el pensamiento filosófico y jurídico de nuestro tiempo.

La posición filosófica de Miguel Reale es nítida. Ni empirismo ni idealismo, sino una posición filosófica más allá de las reducciones unilaterales del sujeto al objeto, como en el empirismo, o, al contrario del objeto al sujeto, como en el idealismo. En la “ontognoseología” propuesta por Miguel Reale, objeto y sujeto son dos aspectos de un proceso único. No puede haber conocimiento sino en el

plano ontológico, donde sujeto y objeto se relacionan y correlacionan. Después de la decadencia del empirismo y del idealismo, no queda otra posición filosófica adecuada al problema del conocimiento que la precitada. Es la posición asumida abierta y radicalmente, justamente en polémica con el idealismo neo-kantiano de la escuela de Marburgo, por Nicolás Hartmann, y es también la posición implícita en la filosofía de la razón vital del extinto José Ortega y Gasset.

II. El método fenomenológico y crítico histórico

En el plano de la posición filosófica, asumida por Miguel Reale, que sea el derecho no puede recabarse ni por el método inductivo empleado preferentemente por el empirismo jurídico ni por el método deductivo propio de las escuelas racionalistas y aprioristas, sino más bien por una doble vía; la descripción fenomenológica y la estimación crítica a través de la historia. Reale acepta la fenomenología de Edmund Husserl (1859-1938) como método, pero la rechaza como metafísica idealista. La fenomenología como método es la descripción pura de los fenómenos que se dan en nuestra conciencia para llegar a la intuición intelectual de su esencia. En el conocimiento de un fenómeno cualquiera, la conciencia debe prescindir de sus rasgos fácticos o de hecho, que son de suyo contingentes, y tratar de alcanzar los caracteres apodícticos o necesarios, que constituyen la esencia misma del fenómeno en cuestión. Para el conocimiento esencial del fenómeno derecho, por ejemplo, es necesario que lo describamos tal como se presenta en la experiencia jurídica. Pero a esta visión o intuición estática de la esencia del derecho, que nos permite el método fenomenológico, afirma Reale que es necesario agregar una intuición de cómo fue recibido el derecho a través del tiempo. La primera visión del derecho o sea

la visión esencial del derecho, que permite el método fenomenológico debe complementarse con la segunda visión del derecho o sea con la intuición axiológica, que permite el método crítico histórico. A la luz de estos dos métodos “el derecho es algo que se da en la sociedad, que se verifica en el plano social y, por consiguiente, en un momento de la acción en sociedad” (Filosofia do direito, t. II, p. 336).

III. Fenomenología de la acción y la conducta

Para saber que especie de conducta es la conducta jurídica, se impone ante todo un análisis fenomenológico de la acción y la conducta humana. Dondequiera que aparezca el derecho, hay una acción positiva o una omisión del hombre, algo relacionado a una modalidad de la conducta. Lo específico de la conducta humana es su orientación hacia fines. Y esos fines a que se dirige la acción humana son valores. El valor tiene la peculiaridad de servir de fundamento al “deber ser” y a la vez de ofrecerse como fin de la acción. “La historia humana, dice Miguel Reale, es un proceso dramático de conversión de valores en fines y de crisis culturales resultantes de la pérdida de fuerza axiológica verificada en fines que una nueva generación se niega a reconocer” (op. cit., p. 342):

Hay dos categorías de la acción: a) las acciones de naturaleza teórica y estética, que se refieren al conocer o realizar algo y que no recaen directa ni necesariamente sobre otras acciones posibles; b) las acciones de naturaleza práctica — económica y ética —, que se refieren a conocer o realizar algo que recaen directa y necesariamente sobre otras acciones posibles. El conocimiento es esencialmente una acción contemplativa y desinteresada, aunque no sea reconocido así por los pragmatistas y marxistas — quienes relievan la aplicación del conocimiento en vez del conocimiento mismo. El fin que mueve al sujeto que conoce no es la acción posible. La acción estética alcanza su ple-

nitud en la realización de la obra de arte, que es la concreción de lo abstracto y la expresión de una representación o imagen. En la segunda categoría de la acción hay que distinguir las acciones que se suceden según un nexo opcional de conveniencia o de oportunidad — como las acciones técnicas y económicas — y las acciones que se ligan por una necesidad deontológica reconocida por el agente como razón de su actuar — como las acciones éticas se subordinan a normas o reglas. Las normas vienen de la acción y vuelven a ella. Sin esa referencia a la práctica o conducta, las normas carecerían de sentido. Serían normas que no norman, lo que es manifestamente absurdo. La conducta ética es conducta normativa. “Comportarse de cierta manera, dice Miguel Reale, es someterse a una norma; es integrar, en el proceso de la acción la pauta que marca su razón de ser.

Por tales motivos no podemos comprender el estudio de las reglas jurídicas o morales como simples entidades lógicas, como meras nociones, sin referencia necesaria al problema de la acción, al problema de la realidad social”. (op. cit., p. 345).

IV. Tridimensionalidad de la conducta

La acción o conducta humana es un complejo de norma, hecho y valor. Esto es cierto tanto de las acciones teóricas y estéticas como de las acciones éticas. Toda acción humana tiende a un valor para realizarlo, garantizarlo o negarlo. El valor verdad que orienta al hombre de ciencia o al filósofo, se resuelve en leyes o principios explicativos del ser y devenir, cuando la verdad no se convierte en fundamento de la ética. El valor belleza, que ilumina y entusiasma al artista, tiende a realizarse en expresiones formales, sean estas visuales o acústicas. El valor bien, que alumbra y conmueve a todo hombre que viene

al mundo por el mero hecho de ser hombre, tiende a realizarse en actos que pueden ser calificados de morales, religiosos, jurídicos, etc.

Algunos valores pueden asumir una especie de doble valoración. Tal ocurre, por ejemplo, con el valor lógico verdad que al convertirse en objeto de una valoración ética, asume el carácter de un bien moral y genera un deber cuyo cumplimiento es la veracidad.

En todas las acciones humanas se puede discriminar el hecho, el valor y la norma. El hecho, que tiene lugar en el espacio y el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma. “En todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, dice Reale, el hecho de una energía espiritual que, inmantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como actitud o como norma”. (op. cit., p. 359).

V Modalidades de la conducta

Hay cuatro modalidades de la conducta humana, a saber: la religiosa, la moral, la convencional y la jurídica. A estas cuatro modalidades añade Miguel Reale la conducta económica, pero no menciona la conducta política, que en nuestro concepto es otra modalidad muy importante y que no puede reducirse a ninguna de las anteriores ni mucho menos a una síntesis de las mismas. (*)

Si hay alguna modalidad de la conducta ligada a la conducta jurídica, es la conducta política. Sin conducta política no vemos cómo el hombre hubiera llegado a la plasmación del Estado.

La conducta es religiosa cuando el hombre actúa en razón de un valor trascendente. En la conducta religiosa

(*) O A. refere-se à primeira edição da obra de MIGUEL REALE. A segunda já incluía a conduta política no quadro de sua exposição (N. da R.)

hay una participación de algo que reconocemos como sobrenatural. “En la conducta religiosa, dice Reale, hay un darse como condición de comprensión, un subordinarse como razón de conquista estimativa, lo que muestra su analogía con ciertas formas más altas de la conducta amorosa”. (op. cit., p. 354).

De la conciencia de la muerte surge para él el sentimiento de trascendencia.

La conducta moral brota de la conciencia del deber. En ella nos sentimos ligados por nosotros mismos. Sea en la llamada moral autónoma en que el propio agente moral formula la norma de su conducta, sea en la moral heterónoma en que el agente moral reconoce una autoridad superior que legisla para su conducta, la decisión del acto moral depende del hombre. La fuerza y coacción vician de nulidad el acto moral. En el reino de la moral, el hombre aparece investido en forma suprema de su cualidad de persona y en consecuencia de la libertad.

La conducta convencional tiene que ver con el campovastísimo de las costumbres y usos sociales. Lo que impelle al hombre en esta conducta es la conveniencia. Las reglas de protocolo, cortesía, etiqueta, etc., convienen ser observadas si no queremos pasar por incultos o extravagantes.

La conducta jurídica es bilateral, pero esta palabra necesita explicación. “Tanto el derecho como la moral, dice Reale, son bilaterales, por cuanto son siempre hechos sociales que implican la presencia de dos o más individuos. No existe acto moral fuera del medio social. Cuando se habla, pues, de bilateralidad en el derecho, lo que importa es el sentido de esa relación, la instancia valorativa o deontológica que en ella se verifica, y no su aspecto de enlace social que existe también en la moral” (op. cit., p. 359). La relación jurídica presenta siempre la característica de ligar dos personas entre sí, en razón de algo que atribuye a las dos cierto comportamiento y ciertas exigen-

cias. Ese algo objetivo que enlaza en el derecho a las personas, es lo que Miguel Reale llama “bilateralidad atributiva”. La bilateralidad sola no es suficiente para especificar la conducta jurídica. La esencia del derecho está en la “bilateralidad atributiva”.

En la conducta económica el sujeto se pone ante otro sujeto en razón de los bienes o riqueza permutable o susceptible de goce o posesión.

VI. La teoría tridimensional del derecho

La teoría tridimensional del derecho es el punto obligado en el que tenía que desembocar la investigación jurídica y filosófica de nuestro tiempo. En cierta manera está dada en la exaltación del derecho como un hecho por parte del sociologismo jurídico, del derecho como norma por el neo-positivismo jurídico y el derecho como valor por el culturalismo de la escuela neo-kantiana de Baden. No obstante la clara indicación de los tres elementos que componen el derecho, la teoría tridimensional fue concebida de dos maneras distintas: como tridimensionalidad genérica y abstracta y como tridimensionalidad específica y concreta. La primera separa esos elementos como objetos independientes que pueden ser estudiados por tres especies de disciplinas jurídicas. Así a la sociología, la historia y la etnología jurídicas concierne el estudio del derecho, como hecho; a la filosofía y política jurídica, el derecho como valor; y a la ciencia del derecho, del derecho como norma. La segunda integra esos elementos en un complejo unitario. Es justamente lo que propone Miguel Reale. “El filósofo del derecho, el sociólogo y el jurista no pueden dejar de estudiar el derecho en la totalidad de sus elementos constitutivos, en la tridimensionalidad de su contextura, aunque pueden y deben ser distintos los respectivos prismas, o modos de investigación”, escribe Reale.

La teoría tridimensional del derecho en sentido específico y concreto supera y completa las explicaciones unilaterales de la experiencia jurídica. Es el resultado de estudios continuos y profundos de su autor. “A esta doctrina que reclama la integración de las tres perspectivas en una unidad funcional y de proceso, dice Reale, llamamos la concepción tridimensional específica e integrante del derecho, cuyos principios comenzamos a determinar en 1939-40, en las páginas de los “Fundamentos do direito”, especialmente en el capítulo final intitulado “Hecho, valor y norma”, donde reclamamos la integración de esos tres elementos en relación con los problemas complementarios de la validez social, la validez ética y la validez técnico jurídica”. (op. cit., p. 491).

VII. Noción de derecho

A la luz de la teoría tridimensional del derecho encuentran al fin solución adecuada los problemas jurídicos más candentes y difíciles de la historia de la filosofía del derecho, tales como la estructura óntica, la noción lógica y el valor del derecho. El derecho se ilumina en su plano óntico, conceptual y deontológico. ¿Qué es el derecho en su entraña óntica? No es realidad física ni biológica ni psíquica. El ser y modo de ser de estas capas de la realidad natural, difieren completamente de la estructura del derecho. Sus leyes mismas son meramente descriptivas. Nos dicen como ocurren sus cambios y procesos, pero jamás cómo deben ser. En esas capas de la realidad natural, los valores carecen de sentido. El derecho es realidad histórico cultural. La historicidad es categoría propia del hombre y sus actos, de su ser y su cultura. El hombre tiene historia, porque acumula y transmite experiencia.

El derecho es parte de la experiencia humana, de la proyección objetiva del hombre, de la relación transobjetiva entre personas.

¿Qué es el derecho en el plano lógico? La noción y definición del derecho para ser verdaderas deben contener el sentido exacto del derecho. Miguel Reale define el derecho como “vinculación bilateral atributiva de la conducta humana para la realización ordenada de los valores de convivencia” ¿Finalmente qué es el derecho como deber ser? Es exigencia de realización de valores. El no ser real de los valores apunta a un positivo deber ser. Los valores generan el deber ser, pero a la vez tienen la particularidad de presentarse como fines. La justicia es el fin último del derecho.

Con la filosofía del derecho de Miguel Reale la tradición jurídica del Brasil continúa su trayectoria luminosa de raíces humanas profundas y de objetivos universales. Grandes genios del derecho presiden la historia republicana de la nación hermana: Ruy Barbosa, el inspirador de su primera constitución; Clovis Bevilacqua, el Andrés Bello del Brasil, que redactó en menos de seis meses el Código Civil de su patria; José Maria da Silva Paranhos, Barón de Rio Branco, el demarcador de las fronteras brasileñas por medio de los procedimientos pacíficos del derecho internacional, como el arbitramento y el acuerdo; Pontes de Miranda y Miguel Reale, insignes juristas y filósofos del derecho.

La scelta del metodo nella giurisprudenza.

(Dialogo tra giurista e filosofo)

Luigi Bagolini

Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Génova.

Sommario:

1 — Esempi di possibili decisioni di un medesimo caso fra loro opposte: occupazione abusiva ed in buona fede dello spazio aereo; immissioni. Argomentazioni logicamente coerenti in rapporto alle rispettive premesse metodologiche. Risultati diversi corrispettivi a scelte di premesse metodologiche diverse. Metodo formale e metodo teleologico. 2 — I valori come elementi che caratterizzano l'ambiente in cui avviene la scelta del metodo. L'interpretazione storica dei valori come chiarificazione delle possibilità di scelta metodologiche. Significato ed utilità del dialogo tra giurista e filosofo nella cultura e nell'esperienza giuridica contemporanea. 3 — Pregiudizi da superare per attuare il ridetto dialogo: a) intorno al carattere pratico della scienza giuridica; b) intorno al rapporto fra metodi della scienza e metodi dell'interpretazione; c) intorno alla struttura dei procedimenti della scienza giuridica. False opposizioni fra scienza del diritto e filosofia, fra i procedimenti della scienza giuridica e le valutazioni in essi implicite. Condizioni di possibilità della collaborazione fra giurista e filosofo nella chiarificazione delle premesse metodologiche.

1 — Non é certamente difficile trovare esempi di possibili decisioni di un medesimo caso fra loro opposte perché sostenute da serie di argomentazioni che fanno capo a scelte di premesse metodologiche diverse.

In riferimento alla più recente letteratura si consideri l'occupazione abusiva ed in buona fede di spazio aereo. Tizio e Caio condomini, proprietari rispettivamente del piano inferiore e del piano superiore di un edificio distrutto durante la guerra. Per la ricostruzione Tizio si impegna con Caio a non superare una certa altezza, che poi invece di fatto supera. Dimostrando la sua buona fede, e non essendoci stata opposizione da parte di Caio, Tizio in base all'art. 938 c.c. pretende che sia evitata la demolizione di ciò che ha costruito. Secondo tale articolo "se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni."

Mentre la Corte di Cassazione (1) si è pronunciata contro la possibilità di estensione analogica al caso in questione del ridetto articolo, a favore invece di tale possibilità, in sede di elaborazione scientifica, sono state svolte importanti argomentazioni (2). Due tesi, dunque, fra loro opposte intorno alla risoluzione di un medesimo caso che, a mio avviso, derivano rispettivamente da attitudini metodologiche diverse. Da un lato argomenti strettamente formali e validi rispetto alle loro premesse metodologiche, d'altro

(1) Con sentenza 23 ottobre 1954, n. 4038, in *Giur. it.*, 1955, I 2, C. 835. Cfr. W. BIGIAVI *Occupazione abusiva e in buona fede di spazio aereo* in "Rivista di diritto civile", 1955, pp. 469-473.

(2) W. BIGIAVI, *op. cit.*, *passim*.

lato diverse premesse metodologiche e, rispetto ad esse, argomentazioni altrettanto valide.

Ebbene, sul piano di una pura considerazione strettamente formale, che è il piano di considerazioni da cui emerge la decisione della Corte Suprema, gli argomenti per cui non appare possibile estendere l'art. 938 alla fattispecie di occupazione abusiva dello spazio aereo sono i seguenti: *a)* non si può tecnicamente, in tale fattispecie, parlare di proprietà dello spazio aereo. “Lo spazio non è oggetto, ma semplice mezzo in cui si trova l'oggetto del diritto” (3). Dall'art. 840 c.c. la proprietà è estesa al sottosuolo ma non allo spazio sovrastante. L'occupazione abusiva dello spazio aereo non implica perciò violazione di un diritto reale, ma soltanto inadempimento di una obbligazione concernente i limiti della ricostruzione. *b)* Non sono applicabili alla fattispecie in questione le regole dell'accessione. *c)* L'art. 938 è una norma eccezionale, come tale non estensibile analogicamente.

Tutti questi argomenti (4), se si parte dalle premesse di una considerazione formale, appaiono inconfutabili. La critica che si può fare e che effettivamente è stata fatta, presuppone un cambiamento delle premesse, e cioè precisamente la contrapposizione iniziale di un punto di vista, per così dire “sostanziale”, al punto di vista formale.

Un punto di vista sostanziale è quello, ad esempio, di chi si metta ad interpretare la norma cercando di determinare quale sia l'interesse prevalente, ovvero, nella terminologia usata dai teorici tedeschi della giurisprudenza degli interessi, quale sia l'interesse causale che il legislatore voglia proteggere nell'ambito del conflitto di interessi previsto dalla norma. Ora, qual'è l'interesse causale, ovvero

(3) Secondo le parole di F. SANTORO-PASSARELLI (*Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, n. 9, pp. 40-1) citate dal BIGIAVI, *op. cit.*, p. 471.

(4) Sono argomenti esaminati criticamente dal BIGIAVI, *op. cit.*, p. 470 e ss. Cfr. autori citati, *ib.*, p. 471.

l'interesse prevalente dell'art. 938? E' evidentemente quello di favorire le costruzioni (5). Accettato ciò, attraverso una prospettiva sostanziale si può arrivare al capovolgimento dei risultati ottenuti attraverso una prospettiva strettamente formale (6). Entrano in gioco le due facce della medaglia: formale e sostanziale. Come ogni norma giuridica, l'art. 938 ha una sua *Gebotsseite* ed una sua *Interessenseite* (7), cioè — un aspetto ed — una faccia, per così dire, precettistica ed imperativa, ed — un altro aspetto, ed — un'altra faccia in cui si esprime la risoluzione di un conflitto di interessi, e perciò la rappresentazione di un inte-

(5) Il BIGLAVI contrappone un punto di vista sostanziale al "criterio eccessivamente formalistico e ristretto" su cui si fonda il ragionamento svolto dal Supremo Collegio (*op. cit.*, p. 471). E a me sembra appunto che qui la considerazione della sostanza possa essere assunta come equivalente alla considerazione degli interessi causali di cui, ad esempio, parlava PH. HECK (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* in "Archiv für die civilistische Praxis", 1914, p. 8). Il metodo di valutazione degli interessi causali deve essere tenuto distinto dal cosiddetto metodo sociologico rappresentato, ad esempio, da H. WÜSTENDORFER (*Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkte* in "Archiv für die civilistische Praxis", 1912, pp. 219-380). Il metodo sociologico appare infatti criticabile dal punto di vista di HECK (*op. cit.*, p. 275) perchè con esso l'interpretazione della legge viene a trasformarsi fundamentalmente nella imposizione arbitraria del contenuto desiderato dall'interprete. Mentre invece la valutazione degli interessi deve, sempre secondo HECK (*op. cit.*, p. 52), essere usata, in primo luogo, quale "strumento euristico per la conoscenza delle idee contenute nei precetti giuridici"

(6) Per una breve e veramente magistrale determinazione storica delle differenze fra attitudini metodologiche formali e metodi finalistici vedi il capitolo: *Die Richtungen in der Rechtswissenschaft* in un corso di lezioni di G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie* (Heidelberg, 1947), pp. 61-82.

(7) "a) Das Recht hat eine *Gebotsseite*. Die Rechtsordnung ist eine Gebotsordnung. Das Gesetz ist ein aktives Gebot, ebenso das Rechtsgeschäft. Die subjektiven Rechte sind Gebotsgebilde". b) Das Recht hat auch eine *Interessenseite*. Die Rechtsordnung ist eine Interessenordnung. Die Gesetze sind Entscheidungen von

interesse causale e prevalente, rispetto ad un interesse cedente. Ebbene, dal punto di vista dell'*Interessenseite*, se la considerazione del favore delle costruzioni vale come interesse causale nel caso delle costruzioni in senso orizzontale, deve valere anche per le costruzioni in senso verticale. In sostanza nell'una e nell'altra delle due fattispecie c'è in comune il fatto per cui "si occupa, costruendo abusivamente, quanto poteva essere utilizzato esclusivamente da un altro" (8). All'interesse causale di favorire le costruzioni si contrappone in entrambi i casi la ridetta possibilità dell'utilizzazione esclusiva.

Se è vero che, dal punto di vista formale, nella occupazione abusiva e in buona fede di spazio aereo non si può tecnicamente parlare di violazione di un diritto reale, è pur vero che sostanzialmente c'è la violazione di un diritto alla utilizzazione esclusiva dello spazio aereo.

Il rilievo del carattere eccezionale dell'art. 938, che forse incontra difficoltà anche dal punto di vista formale, potrà servire, dal punto di vista sostanziale dell'*Interessenseite*, soltanto a limitare l'applicabilità di tale norma alle costruzioni, sia in senso orizzontale sia in senso verticale, e non ad impedirne l'applicazione alle costruzioni in senso verticale. Ragione per cui l'art. 938 non potrebbe invece essere esteso, ad esempio, alle piantagioni, poiché in concreto non c'è ragione di credere che il legislatore per il fatto di esprimere la necessità di favorire le costruzioni, riconosca di dovere favorire anche le piantagioni (9).

Interessenkonflikten. Auch die Rechtsgeschäfte gehen auf Abgrenzung der Interessen. Die subjektiven Rechte sind Gebilde des "Interessenschutzes" (così HECK, *Die neue Methodenlehre Müller-Erzbach* in "*Archiv für die civilistische Praxis*", 1935, p. 270). Vedi inoltre il dilemma metodologico posto da HECK in *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, Tubinga, 1936, p. 11.

(8) BIGIAVI, op. cit., pp. 472-473.

(9) *Ibidem*. Qui appunto mi sembra che l'argomentazione del Bigiavi il quale si riferisce alla *sostanza* sia perfettamente valida e possa essere adottata dal punto di vista della *Interessenjurisprudenz*.

Optando dunque inizialmente per la prevalenza dell'*Interessenseite*, si crea una premessa che porta logicamente a rendere possibile quella estensione analogica che appare invece impossibile dal punto di vista formale. Come infatti diceva Oertmann, il contrasto fra il metodo teleologico, che si rifà all'*Interessenseite*, e il metodo formale, si ripercuote nella scelta degli elementi che sono ritenuti decisivi a determinare la *somiglianza* fra la fattispecie del caso concreto da decidere e la fattispecie prevista dalla norma (10). La determinazione del criterio di somiglianza (e non evidentemente di identità) che è condizione dell'estensione analogica, dipende insomma dalla scelta iniziale fra un metodo ed un altro. Ciò è dimostrabile con tanti altri esempi che si potrebbero fare, come quelli che sono offerti dalla ormai vecchia dottrina tedesca in materia di immissioni.

C'è una norma che protegge l'interesse ad immettere entro certi limiti fumo, vapori, ecc., nella proprietà altrui. Ma non c'è alcuna disposizione particolare o generale che applichi ai diritti reali, agli *iura in re aliena*, siffatta limitazione posta al diritto di proprietà. L'estensione analogica di quella norma — sulle immissioni — nei confronti, ad esempio, di un usufruttuario, appare inoppugnabile a chi consideri il cosiddetto interesse causale della norma stessa.

Dal punto di vista della giurisprudenza degli interessi, e quindi del metodo teleologico inteso in una sua particolare specificazione, la mancanza di una disposizione speciale in materia di immissioni concernente gli *iura in re aliena*, non potrebbe infatti in alcun modo giustificarsi col proposito del legislatore di mettere l'usufruttuario in una si-

(10) P. OERTMANN, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, Lipsia 1931, p. 26 e ss.

tuazione migliore del proprietario (11). Si deve soltanto pensare, come dice Heck, o che semplicemente il legislatore non abbia considerato la fattispecie particolare di immissione in rapporto agli *iura in re aliena*, o che abbia considerato come cosa evidente ed intuitiva l'applicazione per analogia dei limiti posti al diritto di proprietà (12).

Ebbene, tutto ciò che appare evidente a partire dalla scelta del metodo di valutazione degli interessi, non è altrettanto evidente dal punto di vista strettamente formale a cui si sono ispirate quelle sentenze emanate dalla suprema magistratura tedesca, e ce ne sono state, che hanno respinto l'applicazione dei limiti del diritto di proprietà agli *iura in re aliena* (13).

2 — In definitiva, ai margini concreti e più significativi della realtà giuridica, si rivelano situazioni in cui l'opposizione fra diverse possibilità di decidere e risolvere un medesimo conflitto di interessi è determinata dalla opposizione e dal contrasto di diverse premesse ed attitudini metodologiche (14). Un medesimo caso può essere deciso in maniere fra loro opposte ed ogni decisione può giustificarsi logicamente sulla base della corrispettiva premessa metodo-

Secondo HECK, per ciò che concerne l'analogia, "non ogni somiglianza è sufficiente. Non basta, ad esempio, che le due ipotesi possano inquadarsi nel medesimo concetto generico, la somiglianza deve consistere nella eguaglianza di posizione degli interessi per cui sia possibile una medesima valutazione sociale" ed ambientale (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* cit., p. 194).

(11) Cfr. HECK, *op. ult. cit.*, pp. 174-176.

(12) *Ibidem.*

(13) *Ibidem.*

(14) " .il problema preliminare dell'interprete è quello della posizione delle premesse e molte delle nostre difficoltà non attono affatto alla deduzione delle premesse "ma alla posizione di dette premesse" (T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato in Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 497).

logica implicitamente od esplicitamente prescelta (15). Ed allora, quali sono le premesse metodologiche e quindi le possibilità di scelta, offerte al giurista ed al giudice nell'ambiente in cui vive? Quale può essere il significato e la ripercussione della scelta di una determinata premessa rispetto alla situazione spirituale concreta, e quindi sociale, culturale ed economica in cui la scelta deve essere fatta? Se queste domande hanno un significato, le risposte che ad esse di volta in volta si cerchi di dare, fanno parte di un discorso che non è più esclusivamente un discorso di giuristi ma è anche un discorso di filosofi (come pure di economisti, di storici e di sociologi).

Una consapevole scelta del metodo implica insomma una ricerca sulla situazione storica in cui la scelta ha da attuarsi (dico situazione storica brevemente per non ripetere: situazione concreta, sociale, ambientale, culturale, economica ecc.). Ed il terreno di questa ricerca è proprio, io credo, il terreno più fecondo in cui può svolgersi il dialogo fra giurista e filosofo. Una situazione storica

(15) Sul metodo teleologico in generale vedi di R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto* in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1933, p. 545 e ss., e per la giurisprudenza degli interessi nel campo del diritto penale L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale* in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano, 1952, pp. 493-536, dove l'autore, sulla base di una ricca esemplificazione, dimostra, che "i canoni interpretativi della giurisprudenza degli interessi possono servire per tutto il diritto penale". Quindi, secondo l'autore, è inesatto affermare che il criterio del conflitto di interessi possa "riuscire come canone interpretativo soltanto entro l'ambito di alcuni fatti delittuosi di natura patrimoniale e come canone per le cause di giustificazione non previste dalla legge" (p. 511). Vedi anche M. GIANNOTTA, *Problemi esegetici in tema di violazione di domicilio* in "Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania", v. VI-VII, 1951-53, p. 194 e ss. e *Un problema di interpretazione* in "Rivista italiana di diritto penale", 1954, pp. 102-120.

è caratterizzata principalmente dai valori, dalle ideologie, dalle idee-forza, che più la contraddistinguono rispetto ad altre situazioni. Si può parlare di valori, e forse, in maniera ancora più significativa, di miti. Infatti i valori che caratterizzano la situazione non sono puramente razionali nel senso che siano del tutto esprimibili attraverso proposizioni verificabili analiticamente. Vale, caso mai, per essi un tipo di prova (16) *sui generis* che consiste nella constatazione e previsione della loro maggiore durata ed incidenza storica ed ambientale, e quindi, alla fin fine, della maggiore o minore possibilità che essi abbiano, di essere creduti validi ed efficaci, della loro influenza sulla condotta umana, del fatto che in essi, per così dire, si esprima una forza di persuasione (17). Così, come

(16) Cfr. CH. PERELMAN, *De la preuve en philosophie*, Extrait des *Mélanges Georges Smets*, Bruxelles, 1952; *How do we apply reason to values?* in *The Journal of Philosophy*, 1955, pp. 797-802; *La méthode dialectique et le rôle de l'interlocuteur dans le dialogue* in "Revue de métaphysique et de morale" 1955, pp. 26-31; *La nouvelle rhétorique* in "Les études philosophiques", 1956, pp. 20-29 e specialmente *Le problème du bon choix* nel vol. *Rhétorique et philosophie* in collaborazione con L. OBRECHTS-TYTECA, Parigi, 1952, pp. 142-160.

(17) Vedi il mio saggio *Interpretazione del non verificabile* in "Il Saggiatore", 1954, pp. 69-88 e I. TEBALDESCHI, *Società e persona nell'esperienza giuridica*, Roma, 1956, p. 195 e ss. Una voce del verbo "dovere" in quanto sia usata con significato differente da una voce del verbo "essere", ed in quanto in essa si esprima una valutazione pratica, implica sempre, io credo, una tendenza a persuadere e ad influenzare i comportamenti. Invece — secondo R. B. PERRY (*Realms of Value. A Critique of Human Civilization*, Cambridge, Mass. p. 111) ciò avviene per lo più ma non sempre. PERRY *op. cit.*, p. 8 è a questo proposito in polemica con C.L. Stevenson (*Realms of Value* cit. p. 8). A me sembra che quando la voce del verbo "dovere" non implichi una attitudine valutativa o una attitudine di persuasione, o una tendenza ad influenzare i comportamenti e le azioni, il suo significato sia semplicemente equivalente

credo debbano essere intesi, i valori incidono sulla scelta delle premesse metodologiche del giurista, perché le scelte metodologiche non avvengono nel vuoto bensì nelle situazioni storiche ed ambientali che sono caratterizzate dai valori.

Le stesse premesse dei procedimenti metodologici formali e concettuali non sono affatto adiafore e neutrali (del resto, come potrebbero esserlo?) rispetto ai valori ed agli interessi (inteso il concetto di interesse nel suo più ampio significato) che caratterizzano le corrispettive situazioni storiche ed ambientali da cui emergono. Trovano invece i loro fondamenti e le loro ultime giustificazioni, implicite ed esplicite, in certe determinate finalità, interessi e valori (18) che sono, ad esempio, di volta in volta diversi rispetto alle finalità, agli interessi, ai valori, ai miti più o meno autentici, a seconda delle circostanze spaziali e temporali, da cui sono influenzati i seguaci del metodo teleologico in senso lato o quelli della giurisprudenza degli interessi, o quelli del diritto libero. Anche il fatto stesso di tenere o di non tenere presente, il “favore delle costruzioni”, secondo il primo esempio al quale mi sono riferito, può essere psicologicamente spiegato in maniera plausibile in funzione di una maggiore o minore sensibilità e preferenza nei confronti di certi valori ambientali.

a quello espresso da una voce del verbo “essere”. Rimando a quest’ultimo proposito — in rapporto alla concezione di H. Kelsen — al mio articolo *Determinismo e imputabilità* in “Rivista intern. di filosofia del diritto”, 1956, p. 41 e ss.

(18) Nell’ambito di una delle più importanti teorie contemporanee dei valori, sorge il problema del rapporto fra il concetto di valore ed il concetto di interesse per una “definizione del valore in termini di interesse” con cui appunto si apre la fondamentale opera del PERRY: *Realms of Value* cit. Vedi del medesimo autore la precedente opera *General Theory of Value*, Cambridge, mass., 1950 (2° ediz.). Cfr. A. GALIMBERTI, *Studi di filosofia americana. La teoria del valore di R. B. Perry* in “Giornale critico della filosofia italiana”, 1956, pp. 86-103.

Se problema della filosofia è quello di interpretare valori (19), e quindi situazioni storiche (20) ed umane, il discorso sulla scelta dei metodi giuridici è dunque certamente un discorso filosofico necessario al giurista che voglia controllare la scelta del proprio metodo. O, per meglio dire, si tratta di un discorso che si pone come dialogo fra giurista e filosofo (21). Dove il filosofo ha da interpretare i valori tenendo presenti le possibilità che essi siano all'origine concreta delle premesse metodologiche del giurista. E dove soltanto il giurista può trovare una giustificazione critica delle proprie scelte fondamentali. E' un dialogo che naturalmente non ha sempre bisogno di essere configurato come situazione empirica di due individui in carne ed ossa, che discutano fra loro davanti a un tavolo qualificandosi l'uno come giurista e l'altro come filosofo. E' un dialogo che invece proprio per essere, alla fin fine, fondamentale ed imprescindibile, va al di là di ogni situazione empirica, pur realizzandosi necessariamente attraverso

(19) Cfr. M. REALE, *Dos planos e âmbitos do conhecimento do direito* in "Revista brasileira de filosofia", 1956, pp. 502-507.

(20) Cfr. A. FALCHI, *L'oggettività del mondo sociale e il concetto di formazione storica* in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1936, p. 31 e ss.

(21) "L'incomprensione e l'indifferenza tradizionali e reciproche dei filosofi e degli scienziati del diritto appaiono" "conseguenti alla inadeguata consapevolezza che gli uni e gli altri hanno avuto della portata della propria opera: al fatto che i filosofi, da un lato, non hanno avvertito il legame profondo, che unisce la loro attività alla essenziale funzione mediatrice, che nei confronti dell'esperienza giuridica, assolve la scienza, e al fatto che i giuristi, dall'altro, non si sono resi conto che la loro opera, pur nei limiti entro cui è chiamata a svolgersi, rappresenta una tipica forma di partecipazione, di interpretazione e di realizzazione dell'esperienza sociale e giuridica, e quindi un modo di fondarne ed esprimerne la concreta e storica ragion d'essere" Così, recentemente, V. PALAZZOLO nel suo pregevole saggio *Riflessioni sul sapere giuridico* in "Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino" (1957, alle pp. 99-100) al quale rimando anche per tutti i riferimenti bibliografici.

so situazioni empiriche. E' un necessario farsi del giurista filosofo e del filosofo giurista. I più grandi giuristi ed i più grandi filosofi ne hanno dato spesso l'esempio. Forse una caratteristica dell'epoca attuale è che anche i piccoli filosofi cominciano a sentire la necessità di questo dialogo. Proprio perché, come comunemente si dice, oggi noi sentiamo più che mai di essere in un periodo di crisi dei valori (22), in cui le molteplici diversità ed opposizioni che contraddistinguono la situazione storica in cui viviamo, si ripercuotono nella sfera del sapere e della prassi giuridica attraverso le varie forme ed i vari aspetti in cui la cosiddetta crisi del diritto (23) si presenta. A questa ragione forse si riconnette la rinascita attuale degli interessi per i problemi della filosofia del diritto e per le ricerche di metodologia anche in quei paesi in cui fino ad ora la preoccupazione filosofica e metodologica appariva scarsamente sentita (24). Perciò appunto io credo che nel dissidio fra opposte decisioni — riducibile al contrasto fra metodo formale e metodo teleologico, nei casi a cui mi sono riferito prima a puro titolo di esempio — la parola risoltrice in senso *relativo* e storico (poiché i valori storici sono relativi temporali e non incondizionati ed eterni) spetti al ridetto discorso dialogico fra giurista e filosofo. Ma come è possibile questo discorso, come deve essere fatto, quali sono i suoi procedimenti? Una risposta in senso positivo a queste domande non può essere data evidentemente qui con una formula e del resto sarebbe vano tentare di ri-

(22) Cfr. J. MACMURRAY, *A Crisis of Culture*, Londra, s. d., specialmente p. 11.

(23) Vedi G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, 2^o ediz., Roma, 1934; i saggi di vari autori nel vol. *La crisi del diritto*, Padova, 1953, e il volume in corso di stampa *Sul problema della crisi del diritto* (Torino, 1957) di GIOVANNI TARELLO.

(24) Vedi ad esempio tutta la discussione metodologica contenuta nell'importante e significativo libro di G. B. J. HUGHES: *Jurisprudence*, Londra, 1955, pp. 3-171.

durla ad una formula. Qui interessa soltanto sottolineare che il problema della scelta del metodo è riducibile al problema della interpretazione dei valori.

3 — E' inoltre possibile soltanto accennare ad alcuni pregiudizi ed opinioni per cui molti ancora non sembrano aver fiducia nella utilità pratica di un dialogo fra giurista e filosofo nel senso ridetto.

a) L'opinione che si potrebbe chiamare tecnicistica. Per cui si crede che questioni metodologiche debbano esclusivamente essere risolte in pratica, problema per problema, caso per caso, secondo il temperamento e la sensibilità individuale di chi giudica. Questa opinione evidentemente, presa in senso ristretto ed escludente, implica la rinuncia a qualunque obbiettività di giudizio (25). Se, come si è visto, la scelta delle premesse condiziona la decisione, di conseguenza la decisione, da sola, non può essere la prova della legittimità, per così dire, della scelta. Se la pratica è condizionata dalla teoria, non può di certo funzionare come prova della verità della teoria.

b) Si è qui parlato di dualismo fra metodo concettuale e metodo valutativo. Si potrebbe credere che tale dualismo non investa la scienza del diritto in quanto tale, bensì solo la natura dei procedimenti di interpretazione della legge. Ma questa opinione si troverebbe in contrasto con ciò che, fra l'altro, risulta chiaramente dalle discussioni vastissime sorte in Germania sui vari metodi, dove si rivela che il concetto stesso di scienza del diritto varia col variare delle concezioni relative alla natura ed ai procedimenti dell'interpretazione giuridica.

c) Si è stati e si continua ad essere da varie parti tentati a concepire la scienza giuridica come costituita da

(25) Vedi l'atteggiamento assunto di fronte a questa opinione da D. RUBINO, *La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, estr. da "Il foro italiano", Roma, 1949, p. 4 e ss.

procedimenti e relazioni non influenzabili storicamente, aventi una loro struttura o ontologicamente necessaria, o metafisica, o analitica, o logico-formale, o logico fattizia. Gli esempi corrispettivi a tutte queste posizioni sono facili da trovare. Tuttavia sarebbe anche facile, secondo me, rintracciare di volta in volta in queste varie attitudini e teorie, i supporti ideologici, valutativi e mitologici che le sostengono, e da cui invece contraddittoriamente i loro sostenitori e rappresentanti vorrebbero prescindere (26).

In verità la scienza del diritto è storicamente condizionata: tutte le categorie giuridiche attraverso le loro relazioni rimandano a presupposti valutativi ed a finalità assunte come fondamentali, ma storicamente mutevoli. Hanno significato in rapporto a certi presupposti, lo perdono in rapporto ad altri. Si pensi alla relazione di diritto pubblico e privato, alle avventure del diritto soggettivo (27), che sono avventure storiche, al problema dell'obbligatorietà della promessa (28), o alla fortuna della nozione di abuso del diritto in certi ambienti (29) ed in certe situazioni sociali ed economiche, ed alla sua sfortuna e denuncia di

(26) Cfr. per alcuni autori il mio articolo *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo* in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1950, p. 235 e ss., e il libro di V. GIORGIANNI, *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma, 1956.

(27) Vedi, ad esempio, W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo* in "Archivio di filosofia", 1941, p. 204 e ss.

(28) Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Promessa e giuramento* in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova, 1950, pp. 217-234.

(29) Cfr., ad esempio, A. LIMA, *Abuso de direito* in "Repertorio enciclopédico do direito brasileiro", Rio de Janeiro, s. d., pp. 325-351. In un certo senso, quella figura dell'abuso del diritto che può apparire in sé contraddittoria dal punto di vista delle premesse di un metodo formale, può apparire invece sostenibile e necessaria dal punto di vista di una *Interresenjurisprudenz*. Anche per i riferimenti bibliografici vedi in proposito R. MÜLLER-ERZBACH, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?* Tubinga, 1932, p. 68 e ss.

inconsistenza in altre (30), al problema delle lacune (31), e via dicendo.

Ma perché la ricerca sulle premesse metodologiche della scienza giuridica possa essere il terreno di un fecondo dialogo fra filosofo e giurista, bisogna abbandonare certe distinzioni ed anche certe contrapposizioni astratte e dogmatiche fra ricerca giuridica e ricerca filosofica. Le quali si manifestano, ad esempio, quando il giurista voglia troppo sbrigativamente contrapporre la sua esperienza concreta alle astrazioni della filosofia, o quando viceversa il filosofo creda di avere il privilegio di usare veri concetti che esprimano una esigenza di universalità, e sia portato a considerare come pseudoconcetti quelli del giurista. In realtà la contrapposizione di “astratto” e “concreto” è da rigettare. C'è implicazione e non contrapposizione (32). Una ricerca utile, sia filosofica sia giuridica, è sempre in un certo senso astratta in quanto necessariamente limitata ed è sempre, in un altro senso, concreta quando sia corrispettiva ad esigenze comunicabili, partecipabili e non illusorie.

Altra opposizione dogmatica è quella fra proposizioni che avrebbero significato in quanto analiticamente od empiricamente verificabili e proposizioni che non avrebbero significato perché analiticamente od empiricamente non verificabili. Questa opposizione sembra più o meno implicita nello sforzo che fanno alcuni autori di considerare le proposizioni in cui si esprima la conoscenza giuridica esclusivamente come proposizioni analitiche o come proposizioni sintetiche *a posteriori*, col mettere per quanto più sia

(30) Vedi, ad esempio, E. GARCIA MAYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Messico, 1951, p. 226 e ss.

(31) Molto importante resta sempre anche dopo la vasta letteratura posteriore in Italia e fuori, la trattazione del problema delle lacune fatta da НЕЧН in rapporto alla fondamentale distinzione generale fra “problemi giuridici normativi” e “problemi di formulazione” (*op. ult. cit.*, pp. 157-196 e specialmente pp. 160-165).

(32) Vedi il mio scritto *La giustizia come storia* in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1954, p. 565 e ss.

possibile fra parentesi il contenuto pratico, valutativo e storico che le proposizioni giuridiche implicano. Tale sforzo si risolve in un circolo vizioso perché presuppone ciò che vuole dimostrare, cioè la natura o analitica o fattizia della scienza giuridica. Mentre, se non è errato ciò che ho detto prima, la conoscenza giuridica, attraverso la determinazione concreta delle sue attitudini metodologiche, implica scelte di valori che non possono essere messe fra parentesi senza che si perda l'utilità pratica e funzionale del sapere giuridico.

Questi impliciti valori e queste implicite possibilità valutative sono elementi che bisogna invece continuamente rendere *espliciti* (33) in rapporto al variare delle situazioni storiche ed ambientali. Se tali elementi non possono esse-

(33) Cfr. A. ROSS, *The idea of the purity of science and the social sciences* estratto del vol. a cura di O. MOLDEN, *Erkenntniss und Aktion*, Vienna, 1953, p. 155. Intorno ai limiti di una logica simbolica rispetto al problema delle valutazioni giuridiche vedi di J. TAMMELO, *Sketch for a symbolic juristic logic* in "Journal of Legal Education", 1955, specialmente a p. 302. Secondo ULRICH KLUG quando si dice che in un determinato campo della scienza valgono leggi diverse da quelle proprie di altri campi, ciò significa che con l'aiuto delle leggi della logica che sono egualmente valide per tutte le scienze, dalle premesse di una determinata scienza sono derivabili teoremi diversi da quelli risultanti dalle premesse di un'altra scienza. La differenza, fra l'una e l'altra scienza, non appartiene alla logica, in se stessa, che sia stata usata, ma è riconducibile a sua volta alla differenza delle premesse da cui si sia partiti (*Juristische Logik*, Berlino, 1951, p. 5). Così la peculiarità della "giurisprudenza degli interessi" rispetto alla "giurisprudenza dei concetti", dipende soltanto dai presupposti e dalle premesse a cui si riconnettono le direttive in rapporto al caso concreto. Poiché anche la "giurisprudenza degli interessi" lavora necessariamente mediante "concetti" e "costruzioni" sistematiche (*op. cit.*, p. 11). Alle fine KLUG riconosce che fra l'elemento logico e quello teleologico c'è una connessione la cui esatta analisi costituisce ancora un problema aperto. (*op. cit.*, p. 152). Mi sembra quindi che alla fine si possa a questo proposito dire che se logica e teleologia non si identificano, e stanno in qualche modo insieme senza identificarsi e con-

re verificabili attraverso i metodi rigorosi della matematica e delle scienze naturalistiche, debbono però essere interpretati e controllati con altri strumenti di indagine e con attitudini mentali appropriate per non essere abbandonati all'arbitrio.

Sotto questo aspetto, ripeto, il terreno in cui possa utilmente realizzarsi la interpretazione critica dei valori, è campo di collaborazione fra giuristi e filosofi, dove, per conoscere il significato di un valore, la sua efficacia storica persuasiva, la sua possibilità di durare e la sua concreta *influenza* sui comportamenti, è certamente necessario potere partecipare, sia pure anche immaginativamente ed in un certo senso anche dialetticamente (34) alla situazione reale in cui tale *influenza* sia suscettibile di esercitarsi.

Il problema della possibilità di un dialogo fra giurista e filosofo intorno alla scelta delle premesse metodologiche rimanda così al problema della possibilità del dialogo fra persone influenzate da valori, ideologie, finalità e interessi

fondersi l'una nell'altra, gli strumenti offerti dalla logica — in quanto distinta dalla teleologia — non potranno valere a scoprire la connessione fra logica e teleologia. Se la teleologia è tutta logicamente rappresentabile, non c'è bisogno di porsi il problema della connessione fra logica e teleologia. Oppure ci si pone questo problema, ed a risolverlo non potranno servire soltanto gli strumenti dell'una (logica) — in quanto distinta dall'altra (teleologia) — proprio per il fatto che si tratti di ricercare la connessione fra le due.

(34) Naturalmente il problema di una dialettica interpretativa della storia è un problema vivo nella cultura contemporanea e sempre rinascente contro il pericolo di un dialettismo puramente formale ed illusorio contro il quale valga ad esempio la critica di Marx e dove "il momento" filosofico non sia, come vorrebbe essere "la logica della cosa" concreta, "ma la cosa della logica" (K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* in *Opere giovanili*, trad. di G. DELLA VOLPE, Roma, 1950, p. 29). E' il problema del come si debba fare la storia (vedi recentemente U. SPIRITO, *Come si deve fare la storia* in "Giornale critico della filosofia italiana", 1956, pp. 23-41). Da un punto di vista "spiritualistico" per

diversi: al problema filosofico generale concernente gli strumenti e le attitudini che siano necessarie per sempre meglio comprendere i valori e le situazioni altrui quando tali situazioni siano sentite come diverse dalle proprie (35). E' il problema generale della partecipazione alle situazioni altrui e del mettersi nei panni degli altri. E il problema generale del dialogo come unico modo per evitare la lotta e la violenza. E' sì un problema generale, ma che non può essere trattato soltanto in generale senza che si cada nella rettorica vana, e che richiede, forse più di ogni altro, umiltà di spirito (36) e faticosa analisi di situazioni particolari e concrete.

le implicazioni metafisiche di una dottrina dei valori vedi di F. BATTAGLIA, *I valori fra la metafisica e la storia*, Bologna, 1957. Il metodo di interpretazione dei valori storici implica necessariamente il superamento di certe difficoltà che si pongono col porsi della domanda: "ha la storia un significato"? (che è ad esempio la domanda di K. R. POPPER in *The Open Society and its Enemies*, 2 Londra, 1952, pp. 259-280).

(35) Vedi la mia comunicazione *Conoscenza storica e previsione nella valutazione pratica* in "Atti del XVII Congresso nazionale di filosofia", Napoli, 1956, pp. 73-75.

(36) "... is a bold and far-flung program which cannot be undertaken without a humble awareness of its immense complexity" come dice il PERRY a proposito di quella che dovrebbe essere una teoria critica dei valori (*Realms of Value* cit., p. 14).

O “trust” anglo-americano e o “fideicomiso” latino-americano (*)

Waldemar Ferreira

Professor Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

A substituição de herdeiros no direito lusitano

Dispondo sôbre a substituição de herdeiros, as Ordenações Filipinas de Portugal, no livro IV, título 87, houveram por bem conceituá-la. “Substituição é instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo grau. E pode ser uma de cinco, que em Direito se chamam vulgar, recíproca, pupilar, exemplar, compendiosa; as quais o Direito introduziu, para que os testadores tivessem mais fàcilmente quem aceitasse suas heranças”.

Esta última forma de substituição de herdeiro, no § 12 do mesmo título se disse ser “a que um testador faz ao herdeiro, que instituiu, quando quer que êle falecer. E chama-se assim, porque debaixo de um compêndio de palavras contém em si muitas substituições de diferente natureza; a forma em que se faz, é esta: *Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando êle falecer, ou depois de sua morte, ou por sua morte seja herdeiro Paulo*”

(*) Dos *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Leopoldo Melo*, da “Asociación Argentina de Derecho Comparado”, Distribuidora Exclusiva Tipografica Argentina S. A., Buenos Aires, 1956, págs. 79 a 94.

Fazendo apreciação dêsse livro em *Jurisprudencia Argentina*, de Buenos Aires, ano XX, de 31 de outubro de 1957, nº 6.912, o Pro-

Este dispositivo não figurava nas Ordenações Manoelinas, nem nas Ordenações Afonsinas. Tão pouco se deparrava nas antigas leis portuguezas. Transplantou-se, e melhor é dizê-lo por palavras de COELHO DA ROCHA, “quase fielmente copiado do Direito Romano do título do Digesto de *vulgari et pupillari substitutione*. MELO, atribuindo o favor, de que por este direito gozavam as substituições, à sabida máxima dos romanos *ignominiosum esse sacra*

fessor HÉCTOR CÁMARA, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Córdoba, assim se manifestou sobre o estudo acima transcrito:

“Un insigne jurisconsulto, el Dr. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, trata *O trust angloamericano e o fideicomiso latinoamericano*, tema que contemporaneamente ha ocupado la atención de la doctrina de nuestro continente, “lo que en parte tiene sus raíces en el aumento creciente de las relaciones entre dichos países y los Estados Unidos de Norte América, respondiendo fundamentalmente al deseo de dar al derecho privado nacional la flexibilidad necesaria para que permita alcanzar fines de imposible o difícil realización dentro de los esquemas tradicionales”, al sentir de GOLDSCHMIDT. (1)

Comienza reseñando la sustitución fideicomisaria en el derecho lusitano, las leyes de ALFONSO el Sabio, el C. C. chileno y sus antecedentes romanos como en el derecho alemán; se detiene en FREITAS, marcando su influencia sobre el C. C. argentino, donde es receptado en el campo de los derechos reales — dominio fiduciario —; empero, cabe apuntar que esa reglamentación es extraña al “trust angloamericano”, ya que tal dominio tiene su origen en una transferencia, aunque interna, realizada a favor del adquirente, mientras que la transferencia de bienes resultante del negocio fiduciario de origen romano o del trust angloamericano opera en razón de intereses que, total o parcialmente, son ajenos al adquirente’ (2).

En el código civil del Brasil menciona el art. 1733, autorizando al testador para instituir herederos o legatarios mediante fideicomisos, imponiendo a uno de ellos —el gravado o fiduciario— transmitir al fideicomisario la herencia o legado después de su muerte, a cierto tiempo, o bajo cierta condición. Recuerda como nota his-

(1) GOLDSCHMIDT, ROBERTO, *La Ley de los Fideicomisos* de 1957, p. 5, Caracas, 1957.

(2) GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 8.

privata vel domestica perire; e atendendo ao princípio dominante da legislação josefina, de que deviam antes favorecer-se as sucessões legítimas, não hesitou em escrever no L. 3, tit. 55, § 55, nota: “*e republica esse videbatur, ut*

tórica los trabajos parlamentarios, donde hubo discrepancia entre la Comisión del Senado y de Diputados.

Cita también el art. 692, C. C. italiano vigente, que introdujo la sustitución fideicomisaria, rompiendo la hostilidad del legislador.

Estima que el contrato de derecho privado con el cual mayor afinidad presenta es la “comisión” a igual que entre nosotros, agregamos; tocante la naturaleza del *trust*, en la controversia entre quienes sostienen el desdoblamiento del dominio entre dos titulares y aquellos que propugnan que el *cestui que trust* no ostenta el dominio sino un derecho personal sobre el *trustee*, se inclina por la primera posición.

Se refiere brevemente al trasplante del *trust* en las legislaciones americanas, aludiendo en primer lugar a la ley argentina de debentures donde en verdad no tiene aplicación la institución angloamericana así como en otros países en especial, en el régimen bancario; sin embargo, omite el C. Com. de Honduras arts. 1033 a 1069, como la reciente ley venezolana del 17 de agosto de 1956, inspirada en el proyecto del Dr. ROBERTO GOLDSCHMIDT (3).

Luego de puntualizar la opinión siempre valiosa de CARVALHO DE MENDONÇA sobre los negocios fiduciarios y una sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito Federal, concluye que en la vida económica de aquel país se practican múltiples contratos similares al *trust*, no sintiéndose la necesidad de regularlos porque se solucionan echando mano de la comisión o del mandato.

La presente producción, prevalentemente de carácter objetivo, resulta de alto interés por lo novedoso del tema en dicho derecho como en el argentino donde son contados los estudios (4) y las muchas sugerencias que provoca; sobre todo por la futura incrementación de las relaciones interamericanas.”

(3) En descargo del autor, creemos que por su fecha no pudo tener tiempo para consultar esta ley.

(4) En el país la única obra que conocemos es la publicada por GOLDSCHMIDT Y PH. J. EDER, “*El fideicomiso (Trust) en el derecho comparado* (especialmente americano), Bs. As., 1954.

substitutionum usus speciali lege proscriberetur". Nós, que hoje não somos tão austeros, ainda que não respeitemos a razão da Ord. — *para que os testadores tivessem mais facilmente quem aceitasse suas heranças* — contudo entendemos que as suas disposições a êste respeito são dignas de censura" (1).

Consolidando o direito português vigente no Brasil, TEIXEIRA DE FREITAS, no art. 1052 da *Consolidação das Leis Civis*, concretizou a substituição compendiosa em poucas palavras: "há substituição compendiosa quando o testador designa o herdeiro, que deve substituir ao herdeiro instituído, se êste vier a falecer"

Explicou o jurista exímio, em nota, que "esta substituição chama-se *compendiosa*, porque compreende a substituição *vulgar* e a substituição *fideicomissária*; de modo que não há substituição compendiosa sem que seja fideicomissária, mas a substituição pode ser fideicomissária sem que seja compendiosa. Assim acontece se o testador dá substituto ao herdeiro instituído, quando êste falecer depois de ter aceitado a herança; e não para o caso de não querer, ou de não poder o herdeiro instituído aceitar a herança".

A essa substituição, e outro não é o testemunho de MELO FREIRE, se chamou simplesmente — *fideicomisso*; mas dela se usava mais por costume do que por lei, porquanto apenas se fazia menção dela nos antigos e novos códigos e nas Sete Partidas, *moribus magis quam legibus*.

Houve-se desde então como *fiduciário* ou *gravado* o herdeiro ou legatário que recebia os bens hereditários transmissíveis, por sua morte, ou a prazo certo, ao *fideicomissário*, ou *substituto*, que recolhia a herança ou legado.

(1) M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições do Direito Civil Português*, Rio de Janeiro, 1907, t. II, pág. 246, § 713.

A substituição fideicomissária nas Sete Partidas

O asserto de COELHO DA ROCHA quanto ao transplante dos dispositivos atinentes à substituição de herdeiros, consignada nas Ordenações Filipinas, ter-se feito, quase por cópia, do Digesto, se applicaria às Sete Partidas com maior justeza.

Na lei 1.^a do título V da Partida VI se attribuiu aos testadores poder para *establecer otros herederos substituidos á los primeros, para el caso de que estos mueran, ó no cumplan la condicion y voluntad de aquellos.*

Se cinco foram as espécies de substituição das Ordenações Filipinas, em seis se cifraram as das Sete Partidas. *Son, nestas se estabeleceu, son seis las especies de substitution: vulgar se llama la hecha en favor de alguno para el caso de que otro no quiera, ó no pueda ser heredero; pupilar es la que únicamente se hace al varon menor de 14 años, ó mujer menor de 12; y ejemplar es llamada la institucion hecha á semejanza de la del menor; la cual pueden hacer los padres y abuelos en sus descendientes locos y desmemoriados, estableciéndoles herederos para el caso de morir en la locura. Compendiosa substitution se dice la concebida en breves palabras: brevilocua ó recíproca la hecha en pocas palabras comprensiva de cuatro substitutiones, dos vulgares, y dos pupilares; otra se llama fideicomisaria: y de cada una de ellas se dirá en las siguientes leyes.*

Desta lei, deve-se ressaltar a décima quarta. É a concernente à instituição do fideicomisso.

“Substitution fideicomisaria es el establecimiento de heredero puesto en fé de alguno, para que dé la herencia á otro; como si el testador ruegue ó mande á su instituido, que tenga la herencia tanto tiempo, y despues la entregue á otro; lo cual puede hacer todo hombre á cualquiera del

pueblo, que no se halle prohibido por las leyes: tal heredero fideicomisario debe dar la herencia al otro, sacando de ella para sí la cuarta parte llamada trebelliànica; y no queriendo recibir la herencia, á entregarla despues de recibida, puede ser apremiado por el juez”.

Nesse dispositivo se abeberou o legislador chileno recolhendo em seu código o fideicomisso sucessório.

Definiu, no art. 1164, a substituição fideicomissária: *es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condicion se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.*

Não ficou nisso o texto; mas acrescentou reger-se a substituição fideicomissária pelas regras da propriedade fiduciária, que instituiu.

Entrou então o Código Civil chileno na matéria domínial, prevendo os vários modos restritivos do domínio: 1.º, por haver de passar a outra pessoa em virtude de uma comissão: 2.º, pelo gravâme de usufruto, uso ou habitação, a que alguma pessoa tenha direito em coisas pertencentes a outra; 3.º, pelas servidões.

E acrescentou:

“733. Se llama propiedad fiduciaria *la que está sujeta al gravámen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condicion.*

La constitucion de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

Este nombre se da tambien a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La traslacion de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitucion”

Tomada essa posição, verdadeiramente marcante, o Código disciplinou pormenorizadamente a matéria, que tanto deveria repercutir, como aconteceu, nos outros países americanos de fala espanhola.

A attitude de Teixeira de Freitas e sua influência nos labores de Velez Sarsfield

Elaborando o *Esbôço* do Código Civil brasileiro, em 1866, TEIXEIRA DE FREITAS, no livro terceiro — o dos direitos reais, em título especial coordenou a matéria do domínio, direito de propriedade sôbre coisas certas, direito real, perpétuo ou temporário, duma só pessoa sôbre coisa própria, móvel, com todos os direitos sôbre sua substância e utilidade, ou sômente sôbre sua substância, ou sômente sôbre sua substância com alguns sôbre sua utilidade.

Dêsse conceito sobressaiu, dum lado, o *domínio perfeito*, direito real perpétuo duma só pessoa sôbre coisa própria, móvel ou imóvel, com todos os direitos sôbre sua substância e utilidade; e, de outro, o *domínio imperfecto*, direito real, *resolúvel*, ou *fiduciário*, de uma só pessoa sôbre uma coisa própria, móvel ou imóvel, ou o reservado pelo dono de uma coisa, que aliena sômente seu *domínio útil*. O *domínio fiduciário*, em têrmos tais concebido, constituiria o *fideicomisso singular*, resultante da *substituição direta* ou *substituição fideicomissária*, mercê da doação com a cláusula de fazer-se com o encargo de restituir o donatário a terceiro os bens doados, cumprida a condição preestabelecida, ao depois do vencimento do prazo estipulado.

Essa substituição, outorgada pela doação, se regularia, em tudo quanto applicavel, pelo que se dispusesse a respeito da substituição dos herdeiros e legatários, proibidas as doações fideicomissárias nos mesmos casos em que fôsem vedados os outros fideicomissos.

A interrupção do *Esbôço*, por motivos sobejamente conhecidos, quais, principalmente, o de haver TEIXEIRA DE FREITAS, nessa altura de seu trabalho, chegado à conclusão

de que deveria rumar para a unificação do direito privado, não permitiu que a matéria do fideicomisso, no capítulo do direito sucessório, ganhasse o desenlace adequado.

Não obistou isso a que o trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS influísse, ainda nesse ponto, no de VELEZ SANSFIELD, que seguiu as pégadas do genial jurisconsulto brasileiro, articulando, no título VII — o do domínio imperfeito, do Código Civil argentino, êstes preceitos:

“2661. *Dominio imperfecto es el derecho real revocable ó fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble ó inmueble, ó el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.*

“2662. *Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado á durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, ó hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa á un tercero*”

Parcimoniosamente, como se vê, cuidou o Código Civil argentino do domínio fiduciário, a que também se referiu seu art. 3730, para assentar que *la nulidad de la sustitucion fideicomisaria no perjudica la validez de la institucion del heredero, ni los derechos del llamado antes.*

Não obstante, sem dificuldade se nota o ponto predominante da instituição do fideicomisso; e vem a ser que, por via dêle, o fiduciário recebe em propriedade os bens a restituirem-se ao beneficiário da doação ou da cláusula testamentária.

Essa propriedade é o domínio imperfeito; mas é domínio, posto que restrito e limitado no tempo.

O fideicomisso no Código Civil brasileiro

Não com diverso caráter contemplou o fideicomisso o Código Civil brasileiro.

No capítulo das substituições hereditárias, e não no da propriedade, êle o acolheu. Foi no art. 1733. Pode também o testador instituir herdeiros ou legatarios por meio de fideicomisso, impondo a um dêles — o *gravado* ou *fiduciário*, a obrigação de, por sua morte, a tempo certo, ou sob certa condição, transmitir ao outro — o *fideicomissário*, a herança ou o legado.

Advertiu no entretanto, no artigo subsequente, ter o fiduciário a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel, de onde ser obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados e, se lho exigir o fideicomissário, a prestar caução de restituí-los.

Essa propriedade, restrita e resolúvel, é conversível em propriedade plena. O fideicomissário pode renunciar à herança ou legado; e, neste caso, o fideicomisso caduca, ficando os bens propriedade pura do fiduciário, inexistindo disposição contrária do testador. Di-lo o art. 1735. Ademais disso, qual reza o art. 1738, caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória dêste último. Neste caso, a propriedade se consolida no fiduciário, dêz que o testador não tenha previsto o evênto, dando-lhe a solução convinável.

De resto, e eis circunstância de monta, consignada no art. 1740, a nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório.

É o fiduciário senhor e possuidor dos bens que lhe são fideicometidos, de molde a poder usá-los e fruí-los livremente, nada se opondo até a que os aliene, de vez que sua propriedade é resolúvel. Verificada a condição resolutiva, os bens de pleno direito se transmitem ao fideicomissário, ainda que em poder de terceiros. Não é méro depositário dêles o fiduciário. Nem simples administrador provisório, investido de mandato, que sòmente pode cumprir no fideicomisso a tempo certo, ou sob certa condição, jamais no de sua morte.

Registre-se, como nota histórica, que, nos trabalhos parlamentares da elaboração do Código Civil, se pretendeu suprimir o fideicomisso. Argumentou a Comissão do Senado Federal ter êle perdido terreno, de molde a ter sido banido de alguns códigos e admitido em outros mui restritamente.

“O fideicomisso”, expôs a Comissão, “o fideicomisso não traz nenhuma vantagem, que não possa ser igualmente oferecida pelo usufruto, com a notável conveniência de ser êste mais simples, menos sujeito a ser frustrado, mais garantido e menos acessível às disputas dos interessados. O Código Civil ganha em desprender-se de coisas inúteis, que só têm por si o prestígio da tradição. O fideicomisso está neste caso: se o fiduciário puder dispôr dos bens, difficil coisa seria obter que o fideicomissário viesse a receber o equivalente; se não puder dispor, torna-se patente a identidade entre o fideicomisso e o usufruto. Tudo aconselha a banir do Código essa fonte de controvérsias e de fraudes, como procedeu o Código italiano. O usufruto preenche a função do fideicomisso, com mais segurança, sem os seus inconvenientes. É portanto natural que êste último ceda diante da superioridade do outro instituto, dando por terminada sua missão”.

A palavra do Senado Federal não foi ouvida pela Câmara dos Deputados; e o fideicomisso logrou manutenção no corpo do Código Civil e tem atendido a sua missão, sendo muito mais comuns, na prática, os fideicomissos do que os usufrutos.

Não fique sem referência entretanto que o Código Civil da Itália, de 1942, introduziu em seu contexto a substituição fideicomissária, dentro dos limites estabelecidos no art. 692:

“É valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire

alla sua morte in tutto o in parte i beni costituenti la disponibile a favore di tutti i figli nati e nascituri dall'istituto o a favore di un ente pubblico.

“É valida ugualmente la disposizione che importa a carico di un fratello o di una sorella del testatore l'obbligo di conservare e restituire i beni ad essi lasciati a favore di tutti i figli nati e nascituri da essi o a favore di un ente pubblico.

“In ogni altro caso la sostituzione é nulla”

Quebrou-se com a hostilidade do legislador. Como observou, a propósito, MÁRIO ROTONDI, a substituição fideicomissária *invece ha trovato spesso ostile i legislatori moderni, che ritennero economicamente e socialmente dannosi vincoli perduranti alla libera disponibilità dei beni* (2).

As origens romanas do fideicomisso sucessório e a fiducia obrigacional

Com tais substância e objetivo, veio o fideicomisso, quer para as Sete Partidas, quer para as Ordenações Filipinas, espraiando-se nas legislações oriundas daqueles dois códigos, das fontes romanas.

Os vários tipos de legados confluídos no direito justinianêu padeceram a influência do fideicomisso, suavizador das formas austeras do antigo direito hereditário. Surgido à ilharga do regime jurídico dos romanos, nele se infiltrou a fim de que os peregrinos e quantos não tivessem a *testamenti factio* passiva pudessem aquinhoar-se com as liberalidades que somente se cometem por disposições de última vontade.

(2) MÁRIO ROTONDI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milão, 1945, 5º ed. da Casa Editrice Ambrosiana, pág. 624, nº 317.

Ao que referem as Institutas de GAIO, havia grande diferença entre disposições por fideicomisso e diretamente por legado. Podia-se instituir fideicomisso por via do herdeiro do herdeiro, e não o legado: *nam ecce fideicommissum etiam ab herede heredis relinqui potest*. Se legados feitos em codicilos só valiam quando confirmados pelos testadores, válidos eram os fideicomissos outorgados mesmo em codicilos não ratificados. *Fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest*. Se por nulos se tinham os legados escritos em grego, valiam entretanto os fideicomissos. *Item legata Graece scripta non valent; fideicommissa vero valent*.

De tanta importância se revestiu o fideicomisso, que não podia a lei deixar de dar-lhe guarida, garantindo-lhe a execução.

Não cabe, nesta assentada, a sùmula histórica do fideicomisso, de molde a salientar-lhe os momentos evolutivos. Modo de sucessão *mortis causa*, mesmo no direito de JUSTINIANO, se applicou tanto à *successio per universitatem*, como à *in singulares*. Acabou por confundir-se com os modos originários que as palavras *hereditas* e *legatum* exprimiam, a despeito de que o fideicomisso universal tivesse conservado particularidades que o tornavam característico, mesmo no direito novo e, por isso, distinto, sob certos aspectos, da herança ordinária ou direta.

Diga-se no entanto, de passagem, acompanhando a exposição de MAYNZ, que, como o herdeiro encarregado de entregar a herança podia realmente executar a vontade do defunto, fazendo a tradição das coisas corpóreas e a cessão dos créditos; mas como esta maneira de agir era assaz complicada, se recorreu a processo mais simples, operando a transferência por meio de venda imaginária. Foi essa quiçá primeira fórmula do que hoje se tem como negócio fiduciário. Vendia o fiduciário *pro forma* a herança ao fideicomissário; e, para a segurança de seus direitos e obrigações recíprocos, se estipulavam as garantias usuais nas vendas de heranças. Mas tudo isso era relativo. O fidu-

ciário era sempre o titular dos direitos e obrigações do defunto, expondo-se às consequências prejudiciais dessa obrigação e podendo, de resto, abusar em prejuízo do fideicomissário. Tiveram fim êsses inconvenientes com o senatusconsulto Trebeliano, anterior de um ano ao Neroniano, estabelecendo que, após à restituição da herança, tôdas as ações hereditárias pertenciam de pleno direito como ações úteis ao fideicomissário, sujeitando-se por isso mesmo às ações dos credores. O fiduciário não poderia mais ser acionado como dono da herança e dispunha da *exceptio restitutae hereditatis* (3).

Sem embargo, era possível que o fiduciário, não tendo interêsse em adquirir a herança, que seria obrigado a restituir, a ela renunciasse, ensejando a caducidade do fideicomisso. Para obviar essa dificuldade, que inutilizava o instituto, o senatusconsulto Pegasiano autorizou o fiduciário, que aceitasse a herança, que lhe era fideicometida, do mesmo modo que no legado, retivesse, ao restituir os bens, a quarta da lei Falcídia, o que se refletiu, como já se observou, na lei das Sete Partidas.

Evolveu o instituto do fideicomisso até adquirir a estrutura com que se apresentou nas leis modernas, que atribuíram ao fiduciário a propriedade da herança de molde a interessá-lo nela, para seu uso e gôzo até ao evento resolutivo de seu domínio, com a transferência dêste de pleno direito ao fideicomissário.

O mesmo principio, que orientou o fideicomisso, na parte hereditária, fomentou, na contratual, a *fidúcia*, que logrou vasta aplicação e interêsse imenso no direito clássico. Deixa, bem o disse BONFANTE, por sua estrutura, incluir-se entre os contratos reais, e pode ser que assim tivesse sido; mas aboliu-se no direito justinianeu. Era a convenção por que uma das partes — o *fiduciário*, recebendo de outra — o *fiduciante*, uma coisa, pela forma da — *man-*

(3) CHARLES MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Paris-Bruxelas, 1874, t. III, 3^o ed. A Durand-Pedone, pág. 662, § 527.

cipatio ou *jure in cessio*, se obrigava a usá-la para fim determinado, e, em regra, restituí-la, exaurido aquêle fim.

Era a fidúcia de natureza vária. Prestava-se para concessão ao credor de garantia real; e tinha-se o *pignus iure cum creditoris*. Ajustava-se dando a coisa em depósito ou a comodato, isto é, em gôzo gratuito, ou para qualquer outro uso. Daí a grande utilidade do contrato (4). Teve aplicações múltiplas; e, em direito de família, se aplicou em caso de emancipação, de adoção, *coemptio*, reemancipação em consequência do divórcio.

Contraía-se a fidúcia com mais frequência para soluções obrigatoriais, qual decorre das Institutas de GAIO, 2, 60, ou com credor, ou com amigo, que guardasse os bens mais seguramente. Contraída com amigo, cabia sempre a usurrecepção. Contraída com credor, sempre que o devedor lhe não alugasse a coisa ou não lhe desse a posse a título precário, cabia então o usucapião lucrativo. *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem obligatum possidere liceret: quo casu lucrativa ususcipio competit.*

A “Treuhand” germânica e o “trust” anglo-saxão

As mesmas necessidades criam normas e institutos jurídicos em diversos povos, apresentando característicos fundamentais idênticos, ao lado de peculiaridades locais.

Se, em Roma, surdiram o fideicomisso e a fidúcia, tendo como elemento comum a interferência de pessoa mere-

(4) PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Turim, 1946, ed. G. Giapicchelli, pág. 471, § 157.

cedora de confiança para a efetividade de negócios irrealizáveis, no momento, diretamente; demasia não havia de ser que os germanos, por criação própria, ou por influência do Direito Romano, criassem os chamados negócios fiduciários, nas diversas modalidades.

Destaca-se entre êsses a instituição da *Treuhand*, fundada no elemento comum da *fides*, confiança, ou *Treu*, que se tem ligado à fiducia romana. Nesta instituição germânica, o *Treugeber* entrega ao *Treuhänder* certa coisa, chamada *Treugut*. Nesse negócio, adquire o *Treuhänder* direito de natureza real, mas diferente do de propriedade, como quando se entrega a coisa com reserva de domínio, que subsiste no *Treugeber* e lhe permite retomar o *Treugut* em mãos do *Treuhänder*, ou de terceiro, por via de ação real.

Esta instituição, ao que refere CLAUDE REYMOND, advém da do *Salmann*, que representa, no direito germânico, papel análogo ao do testamenteiro ou do tutor, em direito moderno. Tem êle direito próprio e de natureza real na administração *Salgut*: o beneficiário dessa administração (herdeiro ou tutelado) igualmente dispõe de direito real sobre o mesmo bem.

O Direito Romano, na advertência do monografista suíço, se recusa a admitir a divisão da propriedade em vários direitos distintos. Nisso diverge do Direito germânico. Compreende-se pois que reminiscências românicas houvessem inspirado os juristas alemães quando tentaram obter os efeitos da *Treuhand* em sistema jurídico romanizado (5).

Por igual se tem admitido que da fiducia romana se originou o instituto anglo-americano do *trust*, que se há conceituado como a relação jurídica que nasce quando uma pessoa, chamada — *trustee*, se obriga, pela *equity*, a exercer

(5) CLAUDE REYMOND, *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Montreux, 1948, Imprimerie Ganguin et Laubscher, S. A., pág. 5, nº 3; MARIANO NAVARRO MARTORELLI, *La Propiedad Fiduciaria*, Barcelona, 1950, Casa Editorial Bosch, pág. 40.

seus direitos em proveito de outras pessoas, que são *cestui que trust*, ou para permitir que se logre fim certo, de tal sorte os lucros pertençam, não ao *trustee*, mas ao beneficiário, ou dono do negócio — o *settlor*,

Visto o *trust* por êsse ângulo, pode-se, sem receio de erronia, avançar que o exemplo mais preciso dêle é o contrato de comissão mercantil. Êste é, no direito brasileiro, o contrato por via do qual o comissário, como comerciante que é, recebe de seu comitente, coisas, gêneros ou produtos a fim de vender, como se seus próprios fôssem, revertendo os lucros em benefício dêste. Entra, nesse contrato, como elemento fundamental, a confiança. Por via desta, entrega o comitente, seja outro comerciante, seja o agricultor, seja o industrial, ao comissário, bens negociáveis, por êste recebidos e desde então havidos como seus, sem que, refere o art. 165 do Código Comercial, “nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente”

O *trust*, e valha a ensinamento de PHANOR J. EDER, é resultado de método ideado pelos advogados a fim de iludir o *Statute of Uses* (lei de usos), sancionada em 1535, sôbre bens imóveis, e que foi o principal fundamento da transmissão da propriedade na Inglaterra até às reformas de 1925. O *trust* primitivo do direito inglês em verdade pode ter sido sugerido pela instituição romana do *fideicommissum* ou da *fiducia*; mas se originou naturalmente e desde logo deixou de ser meio de aplicação do *Statute of Uses*, das leis de mãos mortas e outras semelhantes, para converter-se em instrumento de arranjos familiares e, mais adiante, na coluna vertebral dos negócios, mercê de sua extraordinária flexibilidade e adaptabilidade, tanto em situações simples, como nas complexas (6).

Assim entendem uns (STORY, GELDART, STEPHEN, SALMOND, ROSCOE POUND e outros); mas não poucos (MAITLAND,

(6) ROBERTO GOLDSCHMIDT & PHANOR J. EDER, *El fideicomiso (“trust”) en derecho comparado (especialmente americano)*, Buenos Aires, 1954, Ediciones Aray, pág. 29.

UNDER HILL, LANGDEL, HARLAN F. STONE e outros) sustentam que o *cestui que trust* não ostenta verdadeiro direito de propriedade, mas direito pessoal sôbre o *trustee* (7).

Como no fideicomisso de cêpa romana o fiduciário adquire a propriedade da coisa e, por igual, na fidúcia, se tem buscado nesses velhos institutos do Direito Romano os característicos do *trust* inglês.

O *transplantió* do “*trust*” para as legislações americanas

Descobriu o comércio inglês, muito antes do comércio norte-americano, as praças consumidoras da América latina. Entrando a negociar nos países de língua espanhola, como no de língua lusitana, os ingleses, como é de imaginar, foram logo introduzindo nelas os seus métodos e usos comerciais. Para maior garantia de seus negócios, neles criaram filiais de seus grandes bancos e disputaram os grandes empreendimentos nacionais, como as construções das primeiras linhas ferroviárias. Organizaram-se para isso sociedades anônimas, que houveram de lançar empréstimos a prazos longos nas praças em que operavam, emitindo-se *debentures* lançadas no país e em Londres, aparecendo então em cena os primeiros *trustees*, como representantes dos debenturistas ingleses.

Trust, trustee, settlor e outros têrmos peculiares ao comércio britânico, intraduzíveis em espanhol ou em português, entraram no uso do comércio local e quem os empregava sabia bem a moeda que tinha na mão.

O primeiro país americano que, salvo êrro, legislando sôbre a emissão de títulos ao portador lançados por sociedades anônimas, tomou a si o enquadramento, em seu sistema, dos *trustees*, foi a Argentina, pela lei n.º 8875, de 1912, que substituiu os arts. 365 a 368 do seu Código do Comércio.

(7) MARIANO NAVARRO MARTORELLI, *La Propriedad Fiduciária*, Barcelona, 1950, Casa Editorial Bosch, pág. 206.

Estabeleceu aquela lei, em seu art. 3, que quem tomasse a iniciativa de emitir *debentures*, deveria celebrar um contrato com um ou vários representantes dos futuros tomadores de tais títulos, que se chamariam — *fideicomisários*, contrato no qual se estipulariam as condições do empréstimo e as garantias que se outorgariam a favor dos mutuários e mais cláusula convinháveis. Eis no que se equivocou o legislador argentino quanto à terminologia. *Fideicomisario dicese de la persona a quien se destina un fideicomiso e nao o heredero o legatario a quien el testador manda transmitir los bienes a otra u otra personas, o darles determinada inversión.* Este é o fiduciário, que depende del crédito y confianza que merezca.

Ora, assim como na instituição fideicomissária os a que o fideicomisso se destina são os fideicomissários, no lançamento do empréstimo debenturístico os a que os títulos se destinam, usando da mesma terminologia, seriam como que os fideicomissários. Fiduciários se devem reputar, portanto, os intermediários entre os fideicomitentes e os fideicomissários.

Foi no que variou a terminologia argentina, que houve os fideicomissários como *los representantes de los tomadores de debentures*, acrescentando todavia que *sus deberes se regirán por las reglas del mandato.* O que parece incompreensível, de verdade, é a existência de fideicomisso sem a figura do fiduciário, que representa papel de extraordinária importância.

É possível (e bem pode ser que a versão seja inteiramente desarrazoada) que dessa iniciativa da lei argentina tenha resultado chamar-se — de *fideicomiso* o que, em geral, nas leis de alguns países americanos de fala castelhana, se tem havido como substitutivo, ou *ad instar*, do *trust* de origem anglo-saxônica.

Com exatidão, neste particular, dispôs o Código Civil de Porto Rico, no art. 834, que *el fideicomiso es un mandato irrevocable a virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona, llamada fiduciario, para que dis-*

ponga de ellos conforme lo ordene la que los trasmite, llamada fideicomitente, a beneficio de este mismo o de un tercero llamado fideicomisario.

Não diverge, neste ponto, a lei de 1941 do Panamá; mas a lei de 1923 da Colômbia, permitindo aos estabelecimentos bancários a criação de uma *sección fiduciaria*, entende por *fideicomiso todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda el encargo.*

Já a lei 608, de 11 de julho de 1929, da Bolívia, permite aos bancos comerciais e hipotecários *establecer y operar secciones de fideicomiso.*

A lei geral de bancos do Chile, promulgada pelo decreto-lei n. 559, de 26 de setembro de 1925, como as reformas introduzidas pelo Decreto-lei n. 782, de 21 de dezembro de 1935, tornou possível autorizar *a los bancos comerciales para que obren como secuestres, depositários, mandatários, administradores de bienes ajenos y para que desempeñen cualqueira otra función de confianza que las leyes permitan conferir;* e a lei n. 4827, de 17 de fevereiro de 1930, estabeleceu quais os atos que constituem *comisiones de confianza.*

Também a lei de bancos, 7.159, de 23 de maio de 1931, permitiu que os bancos comerciais constituídos de conformidade com ela, e as sucursais dos bancos comerciais estrangeiros autorizados a operar naquele país, que aceitem e cumpram *comisiones de confianza.*

De qualquer modo, os bancos, mercê de tais diplomas legislativos, tratando-se de *fideicomisos* ou de *comisiones de confianza*, sejam *fiduciários*, sejam *fideicomisarios*, operam como mandatários, em alguns países com mandato irrevogável.

Este é o *punctum saliens*, o ponto de partida para o estabelecimento da natureza jurídica do *fideicomiso*, pelo menos na ordem bancária.

Os rumos do problema na doutrina e na jurisprudência do Brasil

No Brasil, não escapou o problema do *trust* ao exame dos doutrinadores.

“Há”, escreveu J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, “há uma figura jurídica, que se vai aceitando com vantagem no Direito Comercial, o *negócio fiduciário*. Os contratantes, para conseguirem determinado fim prático, com as consequências de direito, ajustam que um figure nas relações para com terceiros como proprietário de uma coisa ou credor de um crédito que ao outro pertence. Nas relações internas, entre o depositário da confiança, chamado por isso *fiduciário*, e o proprietário da coisa, ou credor da obrigação, existe simples mandato. Se o fiduciário abusa da confiança que se lhe depositou, apropriando-se do que lhe fôra entregue, comete o crime de furto, sendo entretanto sempre válidos relativamente a terceiros os atos de disposição. Se o fiduciário falir, o mandante pode reivindicar da massa falida os bens fiducialmente entregues. O negócio fiduciário não é um ato simulado, mas um negócio sério, realmente concluído pelos contratantes, para obterem, como dissemos, efeitos práticos para fins econômicos. Exemplos desses negócios: a transmissão da propriedade de uma coisa ou de títulos de crédito com o escopo de penhor, a cessão de um crédito para o fim de efetuar a cobrança, etc.” (8).

Praticam-se, em verdade, contratos inúmeros com estabelecimentos bancários, ou com comerciantes ou capitalistas, que se poderiam reputar congêneres do *trust*. Mas ainda não se sentiu a necessidade de dar carta de cidadania brasileira a êsse instituto anglo-saxão. Não se sentiu essa

(8) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1917, vol. VIII, Tip. Besnard Frères, pág. 280, n. 994.

(9) *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, 1931, vol. XVI, pág. 131.

necessidade porque tais contratos, sejam quais forem os nomes por que se batistem, se resolverão pelas regras da comissão mercantil, quando haja a entrega da coisa a ser negociada, ou do mandato.

Disso não há fugir; e os exemplos, agora examinados, dos *fideicomisos* de diversos países americanos, demonstra cabalmente que diferentemente não pode ser, tanto que todos êles divisaram, na essência daquelas figuras contratuais, o mandato, irrevogável ou não.

Também no Brasil êsse mandato pode ser irrevogável. Depende da natureza das coisas. Pelo que preceitua o art. 1317, II, do Código Civil, é irrevogável o mandato, “nos casos, em geral, em que fôr condição de um contrato bilateral ou meio de cumprir uma obrigação contratada, como è, nas letras e ordens, o mandato de pagá-las”.

Já foi, de resto, decidido pela Côrte de Apelação do Distrito Federal, em acórdão de 12 de agôsto de 1930, que, “efetivamente o instituto do *trust*, ou o negócio fiduciário, assenta em uma relação de *mandato*, que é simples entre o beneficiário e o *trustee*, e entre êste e terceiros, por isso mesmo que êle age como *dominus* e proprietário formal ou aparente, como se o negócio fôra próprio; a sua posição é ainda de mandatário, configurada nos casos dos arts. 1307, do Código Civil ou 150 do Código Comercial, ou porque o mandato assuma a modalidade da comissão, tratando-se de operação mercantil, a de comissário, que contrata em seu nome próprio (Cod. Com., art. 166). Nessa posição, detém a coisa conferida pelo mandante, com a obrigação de guardá-la, enquanto não lhe fôr dado o destino prefixado, como depositário”

Os Pactos dos Direitos Humanos.

J. Canuto Mendes de Almeida

Catedrático de Direito Judiciário Penal na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

I

A Declaração Internacional dos Direitos Humanos e os Pactos.

1. A Comissão de Direitos Humanos, em seu segundo período de sessões, transcorrido durante o mês de dezembro de 1947, resolvera que, à Declaração Internacional dos Direitos Humanos, em elaboração, deveria ser adicionado um “pacto”, com “medidas de aplicação”, capaz de infundir alcance prático aos princípios nela enunciados. A Assembléia Geral, por sua vez, ao aprová-la, a 10 de dezembro de 1948, entendera que a Comissão de Direitos Humanos haveria de continuar concedendo prioridade, dentre os assuntos que cada ano fôsse examinando, à preparação desse “pacto” e à elaboração das respectivas “medidas de aplicação”.

Seis períodos de sessão, em seguida, de 1949, 1950, 1951, 1952, 1953 e 1954, dedicara-os, a Comissão, à ingente tarefa complementar, contando com a colaboração, mediante observações e comentários, de Estados Membros, de organismos especializados e de entidades não governamentais, e seguindo normas e instruções da Assembléia Geral e do Conselho Econômico e Social.

A Assembléia Geral, na sua conduta de dirigente supervisão, resolvera, entretentes, em seu sexto período de sessões, em 1951 (Res. 543. VI), que, não apenas um, mas

dois “pactos” deveriam ser compostos — um “Pacto de Direito Cívico e Político” e um “Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais” — para serem submetidos simultaneamente a sua superior apreciação.

As duas minutas, efetivamente, foram redigidas pela Comissão; e encaminhadas, como projetos, pelo Conselho Económico e Social, à Assembléa Geral (IX.^a), de 1954.

Mas só na Assembléa Geral (X.^a), de 1955, começariam a ser votados tais projetos.

Os preâmbulos dos dois pactos, na Comissão de Direitos Humanos.

2. Mais certo é aludir a “preâmbulo” do que a “preâmbulos” dos dois projetos de “Pactos” então encaminhados, tal a semelhança ocorrente entre o de um e o de outro, através dos seguintes itens, comuns a ambos:

a) o primeiro, considerando “que, conforme aos princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo têm por base o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”;

b) o segundo, “reconhecendo que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana”;

c) o terceiro, “reconhecendo que, quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, não pode realizar-se o ideal do homem livre, liberado do temor e da miséria, a menos que se criem condições que, segundo a fórmula do Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais”, permitam a cada pessoa gozar de seus direitos económicos, sociais e culturais, tanto quanto de seus direitos cívicos e políticos”; ou que, segundo a fórmula inversa, do Pacto de Direito Cívico e Político “permitam gozar de direitos cívicos e políticos, tanto quanto de seus direitos económicos, sociais e culturais”;

d) o quarto, “considerando que a Cartas das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de prover o respeito universal efetivo dos direitos e liberdades humanos”;

e) e o quinto, “compreendendo que o indivíduo, por ter deveres a respeito de outros indivíduos e da comunidade a que pertence, está obrigado a procurar a vigência e a observância dos direitos reconhecidos neste pacto”.

Os preâmbulos dos dois Pactos, na Terceira Comissão da Assembléia Geral

3. A aludida Assembléia Geral (X.^a), de 1955, através dos trabalhos da sua 3.^a Comissão, examinando e modificando os projetos dos dois preâmbulos, adotara, como redação definitiva dos consideranda, comuns a ambos, salvo as duas variantes do terceiro parágrafo, a seguinte:

“Os Estados partes,

Considerando que, conforme aos princípios expressos pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Reconhecendo que êsses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana;

Reconhecendo que, conforme à declaração universal dos direitos do homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado sem que se criem condições capazes de permitir a cada um — na fórmula do “Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais” — “gozar seus direitos econômicos, sociais e culturais, tanto quanto seus direitos civis e políticos”; ou, vice-versa — na fórmula do “Pacto de Direitos Civis e Políticos” — “gozar seus direitos civis e políticos, tanto quanto seus direitos econômicos, sociais e culturais”;

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem;

Tomando em consideração o fato de que o indivíduo tem deveres em relação a outrem e em relação à coletividade a que pertence e é obrigado a esforçar-se por promover e por “promover e respeitar os direitos reconhecidos no presente Pacto.

Acordaram os artigos seguintes:”

Abstiveram-se, na votação, os Estados Unidos e a União Sul Africana.

O artigo primeiro: princípio ou direito de livre determinação

4. Ao “*artigo primeiro*” dos dois Pactos, nos respectivos projetos da Comissão do Direitos Humanos, dera-se, também, redação comum:

“1. Todos os povos e tôdas as nações têm o direito de dispor de si mesmos, isto é, de determinar livremente seu estatuto político, econômico, social e cultural.

2. Todos os Estados, inclusive os que são encarregados da administração de territórios não autônomos e de territórios sob tutela e os que controlam de qualquer maneira o exercício dêsse direito por outro povo, são obrigados a contribuir para assegurar o exercício dêsse direito em todos os seus territórios e de respeitar seu exercício nos outros Estados, conforme às disposições da Carta das Nações Unidas.

3. O direito dos povos de dispor de si mesmos compreende, ainda, um direito de soberania permanente sôbre suas riquezas e seus recursos naturais. Os direitos que outros Estados podem reivindicar não poderão, em caso algum, justificar seja, um povo, privado de seus próprios meios de subsistência”

Divergências quanto ao artigo 1.º: supressionistas e manutencionistas

5. No curso da discussão geral de tal dispositivo, as diversas delegações junto à “terceira comissão” aduziram várias objeções e debateram divergentes pontos de vista, quanto a diferentes aspectos das proposições inseridas no texto; e, sobretudo, dividiram-se em propugnadoras da supressão do dispositivo, pura e simples, e adeptas de sua manutenção.

Os supressionistas, antes de mais nada, argüiram que os Pactos deveriam tratar apenas de direitos suscetíveis de ratificação pelo maior número possível de Estados; e que exceder tal limitação, incluindo nêles a livre determinação dos povos ou nações, por decisão de pequena maioria simples, seria comprometer a sorte mesma dos Pactos. Os Estados signatarios da Carta das Nações Unidas aderiram, sem dúvida, ao princípio da livre determinação, consagrado, nos respectivos artigos 1.º e 55, como base do desenvolvimento das relações amigáveis entre as nações, mas — disseram êles — não previram, nos capítulos XI e XII, que os territórios sob tutela e os territórios não autônomos desvessem assomar imediatamente à independência e à autonomia.

Acresce que a Carta menciona um “princípio” e não um “direito” de os povos disporem de si mesmos, princípio de grande fôrça moral, é certo, mas complexo demais para poder exprimir-se em têrmos jurídicos obrigatórios. Ocorre, ainda, que os vocábulos “povos”, “nações”, “direito de os povos disporem de si mesmos”, de definição imprecisa, dificultariam, à Comissão de Direitos do Homem, suas eventuais atividades nos casos concretos.

O art. 1.º compreendia, em suma, para os supressionistas, todo um capítulo de direito internacional extremamente complicado, e comportava diferentes interpretações, ao

sabor das quais se misturariam problemas de minorias descontentes e de direito de secessão com os de livre escolha da forma de governo e da orientação política.

Não constava, além disso, da “Declaração”, o direito de livre determinação, o que significava que nela êsse não fôra considerado essencial ao gôzo de todos os outros direitos do homem.

Enfim, frisaram que não se tratava de direito individual, mas de direito coletivo, não cabendo, pois, ser êle enunciado dentre direitos individuais, e, muito menos, em primeiro lugar, como se os demais, constantes dos artigos seguintes, fôssem secundários.

6. Os manutencionistas do art. 1.º sustentaram que a livre determinação dos povos, essencial ao gôzo de todos os outros direitos do homem, merecia essa posição nos Pactos. Aliás, a Assembléia-Geral (V.º), de 1950, já havia decidido nêles incluir tal artigo, indicando mesmo em que têrmos deveria ser redigido.

Os Estados signatários da Carta estavam obrigados, outrossim, a fazê-lo, em face dos respectivos artigos 1.º e 55; bem como as potências administradoras se achavam obrigadas, pelos respectivos capítulos XI e XII, a favorecer a evolução das populações dos Territórios sob tutela, e dos territórios não autônomos, para a capacidade de auto-administração e independência.

Meio de favorecer a paz universal, o direito de livre determinação, reafirmado nos Pactos, contribuiria para revigorar as relações pacíficas e a cooperação internacionais.

A discussão ligara, em grande parte, a questão da livre determinação à questão colonial, tão só porque ainda não se haviam tornado independentes as populações dos Territórios sob tutela e dos territórios não autônomos; mas a inclusão do art. 1.º, segundo estava redigido, não se poderia estender a abusos, apontados pelos supressionistas, e concernentes a reivindicações de minorias e de separatistas, os quais não se compreendem, manifestamente, nos conceitos de “povos” ou “nações”.

Enfim, o fato de tratar-se de um direito coletivo não significava que o direito de os povos disporem de si mesmos não interessasse também a cada indivíduo: sua supressão acarreta, sem dúvida, a perda dos direitos individuais. Assim é que o direito de voto, consagrado como direito individual pelo art. 23 do projeto do “Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos”, interessa tanto à coletividade quanto o de manifestar-se o cidadão num plebiscito; o que demonstraria a compatibilidade entre o caráter ao mesmo tempo individual e o coletivo do direito de livre determinação.

7. Pontos de vista conciliatórios haviam feito diversas sugestões: uma comissão de peritos, juristas e historiadores, por exemplo, encarregar-se-ia de estudar o caráter, o alcance e os limites do direito de livre determinação; ou uma comissão especial elaboraria, para ser adotada pela Assembléia-Geral, uma declaração autônoma sobre a livre determinação; ou seria anexado aos Pactos um protocolo sobre a livre determinação; ou um terceiro Pacto, dedicado a esta, seria composto; ou mesmo, uma conferência internacional especial convocar-se-ia para redigir uma Convenção ou uma Carta sobre a livre determinação.

Tais propósitos de transação redundaram em fracasso.

8. Quanto a pormenores, as principais críticas à redação do art. 1.º recaíram sobre os vocábulos “povos” e “nações”, como se fôsem conceitos diferentes, o que não estava na intenção de nenhuma delegação; sobre as expressões “estatuto econômico, social e cultural”, o qual, segundo tais críticas, não pode ser determinado por nenhuma nação, a modo de estatuto político; e sobre o dispositivo concernente à soberania permanente dos povos sobre suas riquezas e seus recursos naturais, considerado capaz de gerar infrações de tratados e acordos internacionais, expropriações sem indenização e desencorajamento às aplicações de capitais estrangeiros e à assistência a países subdesenvolvidos.

9. Após laboriosos e complexos trabalhos, fôra adotado, por 33 votos contra 12, e 13 abstenções, o texto seguinte, do art. 1.º de cada um dos dois Pactos:

“1.º Todos os povos têm o direito de dispor de si mesmos. Em virtude desse direito, êles determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2.º Para atingir seus fins, os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações que decorrem da cooperação econômica internacional, fundada no princípio do interesse mútuo, e do direito internacional. Em nenhum caso, um povo poderá ser privado de seus próprios meios de subsistência.

3.º Todos os Estados partes no presente Pacto, compreendidos os que têm a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e Territórios sob tutela, são obrigados a contribuir para assegurar o exercício do direito de os povos disporem de si mesmos, e a respeitar êsse direito, conforme as disposições da Carta das Nações Unidas:”

Votaram contra o dispositivo a Austrália, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Reino Unido, Suécia e Turquia. Abstiveram-se a Birmânia, Brasil, China, Cuba, Dinamarca, Etiópia, Honduras, Irã, Islândia, Israel, Panamá, Paraguai, Republica Dominicana.

II

O pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais

10. Já em 1956, a 11 de dezembro, a Terceira Comissão deliberou que seria preferível prosseguir discutindo os artigos de fundo do projeto de “Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, para só depois abordar o

exame das demais disposições gerais concernentes aos dois Pactos. Assim é que seus trabalhos, na matéria, recaíram sobre enunciados de caráter econômico e de caráter social, redigidos pela Comissão de Direitos Humanos os respectivos projetos, como segue:

“Art. 6.º

Estando o trabalho à base de todo empreendimento humano, os Estados partes no Pacto reconhecem o direito ao trabalho, isto é, o direito fundamental de toda pessoa a obter a possibilidade, se o desejar, de ganhar a vida por um trabalho livremente aceito.

2. As medidas, que cada um dos Estados partes no presente Pacto tomará, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, devem incluir a elaboração de programas de políticas e de técnicas próprias a assegurar desenvolvimento econômico constante e pleno emprego produtivo, em condições de natureza a salvaguardar aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Art. 7.º

Os Estados partes no Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a condições de trabalho justas e favoráveis, compreendidas:

a) segurança e higiene;
b) remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i — salário equitativo e remuneração igual por trabalho igual, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres devem ter a garantia de as condições de trabalho a elas concedidas não serem inferiores às de que se beneficiem os homens, e de receber a mesma remuneração que eles por um mesmo trabalho;•

ii — existência decente para eles e sua família;

c) limitação razoável de duração do trabalho, descanso, lazeres e férias periódicas remuneradas.

Art. 8.º

Os Estados partes do presente Pacto se comprometem a assegurar o livre exercício do direito, que tem toda pessoa, de formar com outros sindicatos locais, nacionais e internacionais e de ser filiar a sindicatos de sua escolha com o fim de proteger seus interesses econômicos e sociais.

Art. 9.º

Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social.

Art. 10.º

Os Estados partes no presente Pacto reconhecem que:

1 — Proteção especial deve ser concedida à mãe e em particular à gestante, durante razoável período de tempo, antes e depois do nascimento do filho;

2 — Medidas de proteção especial, em todos os casos apropriados, no âmbito da família e com seu concurso, devem ser tomadas, em favor das crianças e adolescentes; êstes não podem, notadamente, ser adstritos a trabalhos nocivos, por natureza, a seu normal desenvolvimento. A fim de proteger as crianças contra a exploração, a responsabilidade penal deve sancionar a utilização ilegal de mão de obra infantil, bem como o fato de se empregarem adolescentes em trabalhos capazes, por natureza, de comprometer sua saúde ou pôr sua vida em perigo; e

3 — A família, fundamento da sociedade, tem direito à mais larga proteção. Ela repousa sobre o casamento. Êste deve ser livremente consentido pelos futuros cônjuges.

Art. 11.º

Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à alimentação, vestuário e morada suficientes.

Art. 12.º

Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida suficiente e a melhora constante de suas condições de existência.

Art. 13.º

1 — Os Estados partes no presente Pacto, convencidos

de que a saúde é um estado completo de bem-estar físico, mental e social e de que não consiste apenas na ausência de moléstia ou enfermidade, reconhecem o direito de toda pessoa à posse do melhor estado de saúde que ela seja capaz de alcançar.

2 — As medidas que os Estados partes no presente Pacto tomarão, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) a diminuição da mortalidade infantil e o desenvolvimento são da criança;

b) a melhora da alimentação, da morada, dos serviços sanitários, dos lazeres, das condições econômicas e de trabalho, bem como de todos os outros fatores de higiene do meio;

c) a prevenção e o tratamento das moléstias epidêmicas, endêmicas e outras, bem como a luta contra as moléstias;

d) a criação de condições próprias a assegurar, a todos, serviços médicos e assistência médica, em caso de moléstia”.

III

O direito ao trabalho

11. Os debates e a votação do art. 6.º, texto do projeto e emendas, concernente ao direito ao trabalho, conduziram à fórmula definitiva adotada pela Terceira Comissão, por 48 votos a favor, nenhum contra e 17 abstenções. Absteram-se a Austrália, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Cuba, Estados Unidos, Etiópia, França, Irlanda, Itália, Libéria, Luxemburgo, Nova Zelândia, Países Baixos, Reino Unido, Tunisia e Turquia. Deixou de votar a China. Eis a fórmula:

“Art. 6.º:

1 — Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa a obter a possibilidade de ganhar a vida por um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão as medidas apropriadas a salvaguardar esse direito.

2 — As medidas que cada um dos Estados partes no presente Pacto tomará, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deve incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, de políticas e de técnicas próprias a assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e um pleno emprego produtivo, em condições que, por natureza, salvaguardem o gozo, pelos indivíduos, das liberdades políticas e econômicas fundamentais”

A supressão da cláusula inicial, que se continha no texto do projeto, “Estando o trabalho à base de todo empreendimento humano” resultou da aprovação, por 50 votos contra 2, com 14 abstenções, de uma emenda do Afeganistão, fundada em que uma declaração preliminar desse gênero era muito geral e muito vaga para incluir-se num artigo redigido com precisão jurídica. A substituição das expressões, contidas no projeto, “o direito ao trabalho, isto é, o direito fundamental de toda pessoa a obter”, pelas cláusulas “o direito fundamental ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa a obter”, foi adotada por 42 votos contra 10, com 3 abstenções, e resultou de uma emenda da Grécia.

A supressão das palavras “se o desejar”, adotada por 40 votos contra 8, e 16 abstenções, originou-se de uma emenda da Espanha.

O acréscimo, à frase “ganhar a vida por um trabalho livremente aceito”, das palavras “escolhido ou”, adotado por 39 votos contra 6, e 19 abstrações, derivou de uma emenda da Colômbia.

A supressão do qualificativo “fundamental”, decidida por 46 votos contra 8, e 12 abstenções, defluiu de uma emenda do Chile.

O conjunto do § 1.º do art. 6 foi adotado, em sua redação definitiva, por 56 votos favoráveis, nenhum desfavorável e 10 abstenções.

A inserção das palavras “a orientação e a formação técnica e profissional” entre os verbos “devem incluir” e o predicado “a elaboração de programas”, no § 2.º, foi adotada por 18 votos contra 14, e 30 abstenções.

A adição dos determinativos “social e cultural”, às expressões “desenvolvimento econômico”, foi adotada por 40 votos contra 9, e 16 abstenções, em virtude de uma emenda do Afeganistão.

O conjunto do § 2.º foi aprovado por 49 votos favoráveis, nenhum desfavorável e 17 abstenções.

Direito e condições de trabalho justas e favoráveis

12. O texto definitivo do art. 7.º obteve, por aprovação global final de 54 votos favoráveis, nenhum desfavorável e 18 abstenções, a seguinte redação:

“Art. 7.º

Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem notadamente.

a) Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i — Salário equitativo e remuneração igual por trabalho de valor igual, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres devem ter a garantia de as condições de trabalho a elas concedidas não serem inferiores às de que se beneficiam os homens, e de receber a mesma remuneração que eles por um mesmo trabalho;

ii — Existência decente para eles e sua família, conforme as disposições do presente Pacto.

b) Segurança e higiene,

c) A mesma possibilidade para todos, de serem promovidos em seu trabalho, à categoria superior apropriada, sem outra consideração a não ser as da antiguidade no serviço prestado e das aptidões;

d) Limitação razoável da duração do trabalho, descanso, lazes e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração dos feriados”.

O direito à promoção por antiguidade e por merecimento, aprovado por 30 votos contra 13, e 18 abstenções, deveu-se a uma emenda da Guatemala. E o direito à remuneração dos feriados, admitido por 22 votos contra 8 e 29 abstenções, a uma emenda da Espanha.

IV

Direito sindical

13. O art. 8.º, aprovado por 37 votos favoráveis, nenhum desfavorável e 32 abstenções, obteve a seguinte redação definitiva:

“Art. 8.

1. Os Estados partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar:

a) O direito, que tem tóda pessoa, de com outras formar sindicatos e de se filiar a sindicato de sua escolha, sob exclusiva reserva das regras fixadas pela organização interessada, com o fim de favorecer e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito não pode fazer objeto senão das restrições previstas em lei e que constituam medidas necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger direitos e liberdades de outrem;

b) O direito que têm os sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito que têm estas

de formar organizações sindicais internacionais ou de a elas se filiar;

c) O direito que têm os sindicatos de exercer livremente sua atividade, sem outras limitações senão as previstas em lei e que constituam medidas necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger direitos e liberdades de outrem;

d) O direito de greve, exercido conforme às leis de cada país.

2. O presente artigo não impede submeter a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da função pública.

3. Nenhuma disposição do presente artigo permite aos Estados partes na Convenção Internacional do Trabalho, de 1948, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, tomar medidas legislativas que atentem — ou aplicar a lei de maneira que atente — contra as garantias previstas nessa Convenção”.

A uma emenda do Canadá, aprovada por 25 votos contra 9, e 35 abstenções, se deveu a inclusão, no inciso 1, da cláusula “sob exclusiva reserva das regras fixadas pela organização interessada”.

A alínea *a*), tal como ficou definitivamente redigida, foi aprovada por 38 votos contra 8, com 18 abstenções. Mas o acréscimo “ou para proteger direitos e liberdades de outrem”, votado separadamente, foi aprovado por 32 votos contra zero, e 37 abstenções.

Resultou de uma emenda dos Países Baixos e do Reino Unido, aprovada por 30 votos contra 12 e 26 abstenções, a adição da parte final dessa alínea *a*): “O exercício desse direito não póde fazer objeto senão das restrições previstas em lei e que constituam medidas necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger direitos e liberdades de outrem.

A alínea *b*), emendada, do texto revisto apresentado pela Bolívia, Perú e Uruguai, foi adotada por 40 votos contra 4, com 24 abstenções.

Aos Países Baixos e ao Reino Unido, coube pleitearem a inserção da cláusula “no interêsse da segurança nacional e da ordem pública”, o que foi aprovado por 28 votos contra 9, com 30 abstenções.

O direito de os sindicatos exercerem livremente sua atividade, defendido pela URSS, votado em destaque, mereceu aprovação por 31 votos contra 2, e 35 abstenções.

O resto todo da alínea *c*), foi aprovado por 31 votos contra 11, e 24 abstenções: “sem outras limitações senão as previstas em lei e que constituam medidas necessárias, numa sociedade democrática, no interêsse da segurança nacional, ou da ordem pública, ou para proteger direitos e liberdades fundamentais” Mas o texto inteiro dessa alínea *c*) foi aprovada por 40 votos contra 2, e 27 abstenções.

O texto todo da alínea *d*), referente ao direito de greve, foi adotado por 41 votos contra 2, e 26 abstenções.

A exclusão dos funcionários públicos do direito sindical e do direito de greve, proposta pelos Países Baixos e pelo Reino Unido, mediante a emenda aditiva “ou da função pública”, foi aprovada apenas por 20 votos contra 18; mas o parágrafo 2 inteiro, votado em conjunto, e resultante da mesma emenda, aprovou-se por 21 votos contra 10, e 34 abstenções.

Ainda os Países Baixos e o Reino Unido foram os responsáveis pela emenda, de que resultou a aprovação por 19 votos contra 14, e 35 abstenções, de todo o parágrafo 3: “Nenhuma disposição do presente artigo permite aos Estados partes na Convenção Internacional do Trabalho, de 1948, sôbre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, tomar medidas legislativas que atentem — ou

aplicar a lei de maneira que atente — contra as garantias previstas nessa Convenção”

14. Nos debates, interessantes aspectos mereceram relevo. O direito de os sindicatos exercerem livremente sua atividade, que não era previsto no projeto da Comissão dos Direitos Humanos, levantou a objeção de que, sendo um direito coletivo, não devia ser incluído no Pacto. A isso se redarguiu que os Pactos não se limitavam a direitos individuais. Nem seria possível reconhecer-se o direito de formar sindicatos e de se filiar a sindicato de livre escolha, e negar-se, entretanto, o direito de livre atividade aos sindicatos ou de estes se filiarem a organizações nacionais ou internacionais, sem se infringir com isso o princípio da liberdade sindical.

A liberdade de filiação sindical, deveria limitar-se pela “regras fixadas pela organização interessada”, a fim de que os sindicatos pudessem estabelecer condições de admissão disciplinadoras da escolha dos pretendentes à filiação.

15. Discutiu-se muito se convinha, ou não, incluir no artigo o dispositivo concernente ao direito de greve. De uma parte, se frizou que tal direito é essencial à proteção dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores e ao bom funcionamento dos sindicatos e que, sem o reconhecimento dêle, não se poderia contrabalançar o poder do Estado e poder dos patrões. Doutra parte, contudo, se notou que a greve deveria ser o último recurso, convindo, sob êsse aspecto, sujeitá-la, em seu exercício, à legislação de cada país.

Quanto à questão das limitações, podiam ser aceitas quanto às forças armadas e à policia.

Divergiram as delegações quanto às restrições relativas aos funcionários públicos: umas arguíram que, mórmente nos países em que muitos são os funcionários públicos, privar a êstes dos direitos sindicais seria prejudicial ao progresso social; outras responderam, entretanto, que o dis-

positivo permitiria ao legislador nacional admitir as res-
trições mas não o compelia a adoptá-las.

V

Previdência e seguros sociais

16. A formula do art. 9, segundo o projeto, era: “Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social”. O texto definitivo, adotado pela Terceira Comissão, por 51 votos contra 1, e 16 abstenções, ficou assim redigido: “Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, compreendidos os seguros sociais”

E’ que as dificuldades de conceituar a “previdência social” já apontadas, aliás, durante a elaboração da Convenção n.º 12 da Organização Internacional do Trabalho, continuavam a existir. Empreender uma definição seria limitar a continua evolução, em curso, da previdência social. Certas delegações entendiam que os seguros sociais já se continham nas idéias de previdência social, mas a outras pareceu que mencioná-los seria preferível, uma vez que essa continência de conceitos não se verificava em todos os países.

A URSS pretendeu, durante os debates, que se incluísse um complemento no dispositivo, de modo que as despesas com a previdência social e os seguros sociais corressem por conta do Estado, ou do empregador, ou do Estado e do empregador, mas a proposta foi repelida, por 41 votos contra 9, com 17 abstenções.

VI

Proteção à família, à maternidade e a infância

17. A Comissão dos Direitos Humanos, no projeto, assim redigira o art. 10.

“Os Estados partes no presente Pacto reconhecem que:

1. Uma proteção especial deve ser concedida à mãe e em particular à gestante, durante razoável período de tempo, antes e depois do parto;

2. Medidas de proteção especial, em todos os casos apropriados, no âmbito da família e com seu concurso, devem ser tomadas em favor das crianças e adolescentes; êstes não podem, notadamente, ser adstritos a trabalhos nocivos, por natureza, a seu normal desenvolvimento. A fim de proteger as crianças contra a exploração, a responsabilidade penal deve sancionar a utilização ilegal da mão de obra infantil, bem como o fato de se empregarem adolescentes em trabalhos capazes, por natureza, de comprometer sua saúde ou pôr sua vida em perigo; e.

3. A família, fundamento da sociedade, tem direito à mais larga proteção. Ela repousa sôbre o casamento. Este deve ser livremente consentido pelos futuros cônjuges”.

A Terceira Comissão aprovou, por 49 votos, sem nenhum contrário, e 15 abstenções, o texto definitivo seguinte;

Art. 10 — Os Estados partes no presente Pacto reconhecem que.

1. Proteção e assistência devem ser o mais largamente concedidas a família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, em particular para sua formação e durante todo o tempo em que tenha a responsabilidade de criação e de educação dos filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros cônjugos.

2. Proteção especial deve ser concedida às mães, durante um período razoável, antes e depois do nascimento dos filhos. As mães assalariadas devem beneficiar-se, durante a gestação, de férias remuneradas ou de férias acompanhadas de prestações de previdência social adequadas;

3. Medidas especiais de proteção e de assistência devem ser tomadas em favor de tôdas as crianças e adolescentes, sem discriminação nenhuma em razão de filiação ou outras. As crianças e adolescentes devem ser protegidos contra a exploração econômica e social. O fato de serem

empregados em trabalhos capazes, por natureza, de comprometer sua moralidade ou sua saúde, pôr sua vida em perigo ou prejudicar seu desenvolvimento normal, deve ser punível pela lei. Os Estados devem também fixar os limites de idade abaixo dos quais o emprego assalariado da mão de obra infantil será proibido e sancionado por lei”.

18. Muitas emendas haviam sido apresentadas ao texto do projeto, as quais determinaram deliberasse a Terceira Comissão reunir um grupo de trabalho para conglobá-las num texto substitutivo, que, por sua vez, constituiu objeto de outras tantas emendas. Na votação, convém ressaltar que, apenas por 24 votos contra 23, e 18 abstenções, foi adotada a declaração, contida no parágrafo primeiro de que “o casamento deve ser livremente consentido pelos futuros conjugues”; de que foi rejeitada emenda búlgara, por 32 votos contra 13, com 18 abstenções, que pretendia adicionar, ao fim do mesmo parágrafo, a declaração de que “o Estado tomará a seu cargo a guarda e a educação dos orfãos de pai e mãe que não possuam recursos materiais” Foi adotado por 53 votos contra um, e 11 abstenções, o texto do parágrafo primeiro redigido pelo grupo de trabalho. Rejeitou-se, por 37 votos contra 10 e 14 abstenções, emenda da URSS, que propugnava por que a remuneração de licença para o parto corresse à conta “do Estado ou do empregador”; mas admitiu-se, por 28 votos, contra 12, e 22 abstenções, a proposta dinamarquesa, no sentido de que se acrescentasse “ou de férias acompanhadas de prestações de previdência social adequadas”. Foi adotado por 55 votos, contra 0, e 9 abstenções, o texto do parágrafo segundo redigido pelo grupo de trabalho. A substituição da expressão “menores” por “crianças e adolescentes”, pretendida pelo Reino Unido, prevaleceu, por 43 votos contra 7, e 12 abstenções. Por 25 votos contra 22, e 17 abstenções, apenas, incluiu-se, por proposta da Rumânia, no fim do parágrafo terceiro, a frase: “Os Estados devem também fixar os

limites de idade abaixo dos quais o emprêgo assalariado da mão de obra infantil será proibida e punida pela lei”. O conjunto dêsse último parágrafo foi adotado por 48 votos contra 0, e 15 abstenções”.

VII

O direito a padrão de vida suficiente.

19. A Comissão dos Direitos do Homem assim redigira os arts. 11 e 12: “Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa, a alimentação, vestuário e morada suficientes” (art. 10). “Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a padrão de vida suficiente e a melhora constante de suas condições de existência” (art. 11). A apresentação de várias emendas determinou, igualmente, a formação de um grupo de trabalho que refundiu os dois artigos num só dispositivo, assim: “Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a padrão de vida suficiente, compreendida alimentação, vestuário e morada, bem como melhora constante de suas condições de existência. Os Estados tomarão as medidas apropriadas para assegurar a realização dêsse direito e reconhecem, para tal fim, a importância essencial da cooperação internacional” A pedido do Salvador, apoiado por 24 votos contra 18, e 19 abstenções, incluiu-se a determinação de que o “padrão de vida suficiente” deveria ser “para si e sua família” Por proposta da Síria, aprovada por 20 votos contra 19, e 21 abstenções, declarou-se que a cooperação internacional deveria ser “livremente consentida” O conjunto refundido, que tomou o número de art. 10, foi adotado por 48 votos contra 0, e 16 abstenções, e ficou assim definitivamente regido:

“Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a padrão de vida suficiente para si e sua família, comprendidos alimentação, vestuário e mo-

rada suficientes, bem como melhora constante de suas condições de existência. Os Estados partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a realização desse direito e reconhecem, para tal fim, a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida”.

VIII

O direito à saúde.

20. O projeto da Comissão dos Direitos do Homem assim compusera o art. 13:

“1. Os Estados partes no presente Pacto, convencidos de que a saúde é um estado completo de bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas em ausência de moléstia ou enfermidade, reconhecem o direito de toda pessoa à posse do melhor estado de saúde que ela seja capaz de atingir.

2. As medidas que os Estados partes no presente Pacto tomarão tendo em vista assegurar o pleno exercício desse direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade infantil e o desenvolvimento são da criança;

b) A melhora constante da alimentação, do vestuário, do asseio, dos lazeres e das condições econômicas e de trabalho, bem como de todos os outros fatores de higiene do ambiente.

c) A prevenção e o tratamento das moléstias epidêmicas, endêmicas e outras, bem como a luta contra essas moléstias;

d) A criação de condições próprias para assegurar, a todos, serviços médicos e assistência médica em caso de moléstia”.

Passou esse art. a ser art. 12, devido a terem sido refundidos num só os primitivos artigos 11 e 12.

Como texto definitivo, foi, afinal, aprovado, por 54 votos contra 0, e 7 abstenções, o seguinte:

“1. Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à posse do melhor estado de saúde física e mental que ela seja capaz de atingir.

2. As medidas que os Estados partes no presente Pacto tomarão tendo em vista assegurar o pleno exercício desse direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento da criança;

b) A melhora de todos os aspectos da higiene do ambiente e da higiene industrial;

“c) A prevenção e o tratamento das moléstias epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra as moléstias;

d) A criação de condições próprias para assegurar, a todos, serviços médicos e assistência médica em caso de moléstia”.

Foi, por proposta do Afeganistão e das Filipinas, aprovada por 31 votos contra 15, e 13 abstenções, que se suprimiram as expressões “convencidos de que a saúde é um estado completo de bem estar físico, mental e social”. Outra proposta das mesmas delegações pleiteava que se acrescentasse à “saúde física e mental” o qualificativo “e social”, mas foi ela rejeitada por 31 votos contra 14, e 17 abstenções. O parágrafo primeiro, emendado, foi aprovado por 57 votos contra 0, com 4 abstenções. O do parágrafo 2, também, por 57 contra 0, com 4 abstenções.

IX

A adoção dos pactos, em 1958.

21. Não tendo mais tempo para prosseguir no exame dos “Pactos dos Direitos Econômicos e Sociais”, a Terceira Comissão recomendou que a Assembléia Geral (XII), de 1957, nêle prossiga, dedicando a isso o tempo necessário, de molde a que pudessem os Pactos ser adotados pela Assembléia Geral (XIII) de 1958.

Dos planos e âmbitos do conhecimento do Direito. (*)

(Tentativa de discriminação sistemática das ciências
do Direito)

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia
do Direito

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

Múltiplas razões explicam êsse renovar-se da pesquisa sobre uma questão que tinha sido relativamente descuidada, como se se tratasse de um problema secundário, isto depois de já ter sido posta no primeiro plano da problemática filosófico-jurídica, na época em que prevalecia a preocupação positivista de oferecer-nos uma “classificação geral das ciências” É claro que as exigências pedagógicas implicam sempre na necessidade de uma discriminação dos campos de estudo, assim como uma discriminação de pes-

(*) Trabalho apresentado à Secção de Filosofia do Direito do “IV Congresso Interamericano de Filosofia”, reunido em Santiago, Chile, de 8 a 15 de julho de 1956.

quizas não pode deixar de existir, pelo menos implícita, em qualquer ordem especulativa, mas o que se nota, hoje em dia, é, digamos assim, a *atualidade do tēma*, a sua projeção ou valorização crescente. Resulta esta do desenvolvimento atingido pelas indagações da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica, da Etnografia Jurídica, etc., e do florescimento mesmo das múltiplas escolas e doutrinas que têm caracterizado a Filosofia do Direito no decorrer de nosso século, fato já apontado como um dos sintomas ou indícios da crise de nosso tempo, pois as mutações sociais e econômicas bruscas e aceleradas, revelando a precariedade das meras construções dogmáticas, suscitam uma preocupação maior pelas condições e os pressupostos últimos da ordem jurídica positiva.

Quando um filósofo do Direito, como NOBERTO BOBBIO chega a afirmar que, praticamente, não existe tratado de Filosofia do Direito que o não seja, em maior ou menor parte, também de Teoria Geral do Direito, ou de matéria considerada como tal pelos *juristas*; e que, da mesma forma, não há tratado de Teoria Geral que não o seja de Filosofia do Direito, ou pelo menos de questões assim consideradas pelos *filósofos* (Cf. “Studi sulla Teoria Generale del Diritto”, 1955, pg. 28); quando um mestre como JULIUS STONE nos apresenta a Jurisprudência como a ciência global do Direito, uma verdadeira ciência “omnibus”, na qual três diversos âmbitos de pesquisas se justapõem, desdobrando-se em análises subordinadas, figurando a Teoria da Justiça no mesmo plano da Jurisprudência Sociológica ou da Jurisprudência Analítica; (Cf. “The province and function of Law”, 2.^a ed., 1950, pgs. 19 e segs.); quando a Sociologia do Direito, padecendo do mal próprio a tōdas as ciências novas, varia de autor para autor o campo de seus objetivos, mistér è que nos capacitemos da necessidade de pôr um pouco de ordem em nossos domínios. É esta a pergunta que me propuz apresentar a êste Congresso do Chile,

convocado para debate exatamente dos problemas de nossa época.

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

“A dedução da divisão de um sistema, isto é, a prova tanto de sua *integridade* como de sua *continuidade*, ou dessa qualidade que nos permite passar sem salto (divisito per saltum) do conceito dividido aos membros da divisão em tôda a série das subdivisões, é uma das condições mais difíceis a satisfazer por quem constroi um sistema. Há também certa dificuldade em determinar o *conceito fundamental dividido*, na divisão do *justo* e do *injusto* (*aut fas aut nefas*): é o ato do livre arbítrio (*Es ist der Akt der freien Willkur uberhaupt*). Da mesma forma, os mestres de Ontologia começam a distinguir entre *ser* e *não ser*, sem se aperceberem que já apresentam os membros de uma divisão, à qual falta ainda o conceito dividido, que não pode ser outro senão o de *Objeto* em geral” (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, ed. Cassirer, vol. VII, pag. 18, n.º 1).

Muito embora a natureza mesma da experiência jurídica implique em correlações e interdependências entre setores científicos do Direito aparentemente estanques, tornando injustificados quaisquer cortes inexoráveis nos distintos campos de pesquisa, não será errôneo dizer que muitas das confusões reinantes podem ser superadas se partirmos da consideração inicial do objeto mesmo da divisão, graças à análise fenomenológica da realidade jurídica em geral, para determinarmos os seus elementos constitutivos e os prismas de sua possível indagação.

Se evolvermos da prévia indagação dos aspectos essenciais da experiência jurídica será possível, numa sucessão de planos ou de estruturas, ir desdobrando a realidade ju-

rídica em suas expressões particulares, o que será confirmado por uma indagação de ordem histórica, consoante a correlação alhures por mim já exposta de uma pesquisa fenomenológica, que não se inflete afinal na subjetividade transcendental, visando os “conteúdos intencionais da consciência”, mas, ao contrário, se projeta no desenvolvimento histórico das idéias, visto como as doutrinas e os sistemas assinalam a compreensão dos problemas do Direito no decurso do tempo, são experiências reflexas correspondentes, como intencionalidade, à que aqui agora realizamos. (Cf. minha *Filosofia do Direito*, vol. I, t. II, pág. 312 e segs.).

3. — Ora, como resultado dessa análise fenomenológica e histórico-axiológica, parece-me inegável ser possível discriminar na realidade jurídica três *dimensões*, mais do que *elementos*, que representam qualidades essenciais a tôda experiência jurídica, concebível como uma “realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral-atributiva”, ou seja, como realidade *espiritual* (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa, etc.), na qual e pela qual se concretizam historicamente *valores*, ordenando-se *normativamente* as relações intersubjetivas consoante exigência complementares dos indivíduos e da comunidade.

Fato, valor e norma são, dêsse modo, dimensões da experiência jurídica, o que não só é reconhecido explicitamente por “tridimensionalistas” filiados às mais diversas correntes doutrinárias, como Emil Lask, Gustav Radbruch, Wilhelm Sauer, Roscoe Pound, Julius Stone, Jerome Hall, Norberto Bobbio, Recasens Siches, Luigi Bagolini, Carlos Cossio, Eduardo Garcia Maynez e Legaz y Lacambra, mas também por aquêles que, como Kelsen, embora considerando metajurídicos os estudos sôbre o Direito como fato social ou como justiça, nem por isso ignoram a possibilidade de “três ordens fundamentais e distintas de pesquisas”.

Isto posto, é preciso, desde logo, distinguir entre o tratamento filosófico e o científico-positivo da realidade ju-

rídica. Como Husserl nos esclarece, a atitude natural da ciência é sempre *realista*, no sentido de que não reduz, nem subordina, a realidade a condições subjetivas, nem faz da correlação *sujeito-objeto* um problema essencial e prévio. Ao contrário, a Ciência Positiva, como *ciência de realidades*, parte do pressuposto metodológico da autonomia do *objeto*, como dado empírico, cujas leis procura explicar. O mesmo ocorre no domínio da Ciência Jurídica, o que torna compreensível a natural tendência do jurista, enquanto tal, no sentido de acolher com mais simpatia as interpretações filosófico-positivas do Direito, aquelas, isto é, que não põem qualquer distinção essencial entre Ciência e Filosofia. Sob êsse prisma, já foi dito com razão que o “positivismo jurídico” é o “lugar geométrico” da mentalidade do jurista puro.

Já é diverso o plano em que, a meu ver, deve colocar-se o filósofo, ao converter a própria Ciência positiva em um de seus problemas, e ao apreciar a realidade jurídica em sua *conexão essencial* com o sujeito cognocente. Uma indagação do *objeto*, que ponha entre parênteses a sua referência ao *sujeito*, para considerá-lo metodologicamente “ab-extra”, é, repito, a atitude natural e inevitável do conhecimento positivo. Filosoficamente, no entanto, só é possível apreciar-se determinado objeto como momento de um processo *ontognoseológico*, o qual é em si uno e concreto. A rigor, mesmo o positivista, para chegar à sua conclusão de um *monismo metodológico*, não pode deixar de partir de uma atitude crítica que ponha em dúvida, ou em crise, aquela asserção, indagando da condicionalidade do objeto pelo sujeito, ou vice-versa. A essa atitude crítica, natural da Filosofia, na indagação dos supostos ou pressupostos da ciência, é que se deve denominar *transcendental*, expressão com a qual se reconhece a contribuição de Kant na formulação rigorosa do problema, embora não signifique uma adesão ao seu apriorismo formal.

Feita essa discriminação entre o plano *positivo* e o *transcendental*, será possível atender-se à consistência tridimensional do fenômeno jurídico, chegando-se ao seguinte esquema ordenatório:

		<i>No plano transcendental ou filosófico</i>	<i>No plano empírico ou científico-positivo</i>
Conhecimento do Direito	{	a) Como <i>valor</i> — Deontologia Jurídica	a) Política do Direito
		b) Como <i>fato</i> — Cultura- logia Jurídica	b) { História do Direito Etnografia Jurídica Sociologia Jurídica, etc.
		c) Como <i>norma</i> — Episte- mologia Jurídica	c) { Jurisprudência ou Ciência do Direito Teoria Geral do Direito

É claro que a especulação filosófica põe um problema prévio, quanto à consistência da realidade jurídica e sua correlativa determinação conceitual, o que corresponde, na doutrina de Carlos Cossio, a uma Ontologia Jurídica e que, no meu modo de ver, deve mais propriamente denominar-se Ontognoseologia Jurídica, dada a correlação implicante e bipolar entre sujeito-objeto. Abstração feita, porém, desta questão, que nos levaria para além dos objetivos estritos desta comunicação, o certo é que a Filosofia do Direito, de uma forma ou de outra, envolve uma parte geral introdutória, fundamental, da qual defluem as três partes especiais acima discriminadas.

4. — Há um ponto, todavia, que requer nossa especial atenção. A orientação dominante, a que temos visto desenvolvida com maior frequência, após discriminar *fato*, *valor* e *norma*, conclui, de maneira simétrica, atribuindo a cada um desses fatores um campo de ciência positiva. À primeira vista, poder-se-ia tirar esta conclusão em face do esquema acima apresentado, mas com grave dano para a compreensão do Direito, possibilitando meras justaposi-

ções exteriores, que levam a combinar em sistemas ecléticos doutrinas dispares e até contrastantes.

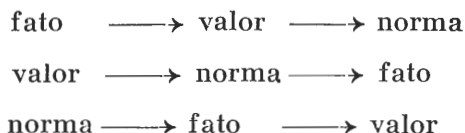
Seria mais cômodo dizer, com efeito, que a Sociologia Jurídica cuida do Direito como *fato* e a Ciência do Direito dêle se ocupa como *norma*, se não surgisse, imediatamente, a dificuldade lógica de conceituar-se uma Ciência Jurídica que não seja de um dado tipo de *norma*, ou seja, daquela norma que se considera jurídica e que, como tal, envolve uma referência necessária a uma situação de *fato* e a uma ordem de *valores* nela consagrada. O mesmo se diga da Sociologia *Jurídica*, a qual seria apenas Sociologia, se o fato social, objeto de sua indagação, não envolvesse a referibilidade a normas e valores distintamente considerados.

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

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

Em contraposição a essa discriminação abstrata, penso que *qualquer conhecimento do Direito é necessariamente tridimensional*, e que, em cada ciência particular, o que se verifica é um predomínio de pesquisa em função de um dos três elementos, distinguindo-se a indagação *tão sómen-*

te pelo sentido de seu desenvolvimento. Ou, por outras palavras, poder-se-á distinguir entre êstes três sentidos vetoriais, implicando em disftintas exigências metodológicas:



Nesse sentido, podemos afirmar que a Ciência do Direito é *normativa*, visto como suas análises verticalizam-se no momento da *normatividade*, assim como a *faticidade* é o momento último da Sociologia Jurídica. Estas discriminações auxiliam-nos, por outro lado, a repelir a *norma jurídica* como pura categoria lógica, estática, simples juízo caracterizável como hipotético, disjuntivo ou conjuntivo. A norma jurídica é uma entidade *histórico-cultural*, momento de um processo, que reclama e envolve os outros dois para sua plena *compreensão*. A Lógica Jurídica Formal diz respeito ao *suporte ideal* da norma, esclarece-a em seu significado lógico, mas seria equívoco perder de vista a natureza dialética e integrante da norma de Direito.

Dando à *tridimensionalidade* um significado essencial, relativo à estrutura mesma da realidade jurídica, êsse meu ponto de vista só se torna claro à luz de uma particular concepção da cultura como processo histórico governado por uma dialética de implicação e de polaridade, a qual se liga à natureza bi-polar e implicativa do Espírito no seu desenvolvimento ontognoseológico.

Mas aquí já se entrea bre tôda uma nova série de problemas, cujo esclarecimento tenho procurado atingir nos meus estudos de Filosofia do Direito, não diretamente pertinentes a esta comunicação, que desejo se contenha nos limites exigidos pelo Regulamento do Congresso.

Conhece-te a ti mesmo.*

Goffredo Telles Júnior

Catedrático de Introdução à Ciência do Direito na
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O homem não nasce livre. Êle se faz livre à medida que se torna racional. “Conhecereis a verdade, e a verdade vos fará livres”, escreveu São João. (1)

Realmente, no nascituro e no recém-nascido a existência da liberdade e da razão é análoga à existência da planta na semente: é potência, à espera da hora para desabrochar-se em ato. A semente não é a planta, o recém-nascido não é o homem livre.

Nenhum sêr começa por ser o que é. Antes de ser o que é, o sêr era outra cousa, que tinha a capacidade de produzi-lo. Aliás, o sêr não é apenas o que é; é, também, o poder de ser outra cousa. *Ser o que é* chama-se *ato*; *poder de ser* chama-se *potência*. Todo sêr é um composto de ato e potência. A semente e o recém-nascido, como atos, são semente e recém-nascido; como potências, são o poder de ser planta e o poder de ser homem.

A idéia de que o homem *se faz* livre só pode ser plenamente compreendida por meio das noções de potência e ato. Acho-me, pois, na contingência de recordar esta

(*) Êste trabalho constitui o Primeiro Capítulo do livro, a sair, *A Emoção Jurídica* (Ensaio sôbre a função legislativa).

(1) SÃO JOÃO, Evangelho, 8, 32.

velha questão, para assegurar a clareza da teoria que pretendo desenvolver. Serei breve, entretanto, nesta explanação preliminar.

Lembremo-nos de que o *sêr em ato* é o sêr que já se fez, já se concluiu. Dentro de sua ordem ou classe, é perfeito, está concluído. A semente em ato, a semente como semente, é o sêr perfeito.

Todo sêr em ato contém em si certas capacidades ou aptidões, que são as potências do sêr. Em consequência, todo sêr em ato pode ser considerado, não apenas na sua perfeição, mas como potência. O *sêr como potência* é o sêr considerado como sujeito da capacidade ou aptidão de se fazer diferente do que é. A semente como potência é a semente considerada apenas como sujeito capaz, por exemplo, de se transformar em planta.

Não se deve confundir o sêr *como* potência, cuja noção acaba de ser dada, com o sêr *em* potência. O *sêr em potência* não é mais do que mera *capacidade* ou *aptidão* de ser, capacidade ou aptidão esta realmente existente num sêr em ato. A planta em potência não é a planta nem a semente, mas é a capacidade ou aptidão de ser planta, capacidade ou aptidão realmente existente na semente.

Embora nenhum sêr possa estar, ao mesmo tempo, em potência e em ato (ser mera capacidade e ser o que é), todo sêr pode ser considerado, ao mesmo tempo, como ato (como o que é) e como potência (como sujeito realmente capaz de transformação e mudança).

A potência é sempre algo de imperfeito (não concluído, não acabado), porque não passa de capacidade ou aptidão que, embora realmente existente, ainda não foi exercida. A potência de ser planta, existente na semente, é imperfeita, relativamente à planta em ato.

Sendo imperfeito, o sêr em potência (a capacidade de ser planta, por exemplo) encontra sua perfeição no sêr em ato (na planta). O ato é a perfeição da potência. Mas, uma vez alcançada sua perfeição, o novo sêr atualizado já

traz em si a potência de outro ato (ou sêr). Todo sêr em potência aguarda, no seio de um sêr em ato, a hora de per-fazer-se. Assim, a semente em ato, a semente como semente, é perfeita; mas a semente perfeita traz em si a potência de outro ato (ou sêr), porque na semente está a planta em potência, que aguarda sua hora de ser planta em ato.

A passagem da potência ao ato é o que se chama, simplesmente, *movimento*.

Em língua vulgar, o movimento é que recebe o nome de ato. Esta palavra tem, pois, dois sentidos. Em sentido estrito, ato, como expliquei, é o sêr perfeito e acabado dentro de sua ordem. Em sentido vulgar, ato é operação ou movimento. Como o movimento supõe um sêr que se movimenta, o sêr é considerado *ato primeiro*, e o movimento, *ato segundo*. O ato, neste último sentido, é designado, também, pela palavra *ação*.

Movimento é a operação de passar de um local para outro (*movimento exterior*), ou de uma forma para outra (*movimento interior*). Quando há movimento, um sujeito muda de lugar ou se transforma. Compreende-se, agora, que as potências são, sempre, potências de locomoção ou potências de transformação. A semente tem a aptidão de ser transportada de um local para outro, (movimento exterior), e a aptidão de se fazer planta (movimento interior).

O movimento interior é transformação *acidental* quando não implica transformação da substância do sêr que se movimenta. É o que sucede, por exemplo, quando a água passa da forma líquida para a forma gazoza, ou quando Pedro vê, pensa, estuda, sofre.

O movimento de ver transforma (altera) algo em Pedro, porque Pedro, em virtude dêsse movimento, passa do estado de quem não via um objeto para o estado de quem o vê. Mas êsse movimento é acidental, porque a substância de Pedro não é afetada por êle.

O movimento interior é transformação *substancial* quando uma substância se transforma em outra. É o que sucede, por exemplo, quando o cloro e o sódio se transformam em sal, e quando os alimentos se transformam em carne e sangue.

O movimento só é realizável porque o sêr, antes de movimentar-se, é tudo que êle é, mas não tudo que êle pode ser. Entre o sêr que êle é e o sêr que êle pode ser, há um intermediário, que é o *poder ser* ou *potência*. Antes do movimento, há o sêr em potência. O ferro frio é um ferro frio em ato. Mas no ferro frio, há um ferro quente em potência, ou seja, um ferro quente que ainda não é, mas que pode ser. E o movimento (transformação) do ferro frio ao ferro quente só é realizável porque, no ferro frio, existe a referida potência.

Sendo passagem da potência ao ato, todo movimento é o perfazimento do sêr que se movimenta. O sêr em potência é o ser imperfeito, porque é o sêr que pode ser, mas que ainda não é. Êsse sêr, transformando-se num sêr em ato, se perfaz: de imperfeito, passa a perfeito (concluído, acabado). Em conseqüência, todo movimento tende necessariamente, para a perfeição — para a perfeição dentro da ordem ou classe a que pertence o sêr em movimento. O ferro, uma vez quente, é um ferro quente perfeito, relativamente ao ferro quente em potência, existente no ferro frio.

Como tôdas as cousas do mundo se acham em contínuo movimento, tôdas as cousas tendem para a sua perfeição. Isto significa: tôdas as cousas tendem para seus fins, como o arbusto tende a ser arvore, a criança a ser homem, a intenção a ser obra, a inspiração a ser poesia. Tôdas as cousas aspiram ao domínio completo das formas que as definem. Se quisermos exprimir, num verbo, a lei do mundo, diremos: *perfazer-se*.

Mas essa lei opera de maneiras diferentes, conforme as cousas tenham ou não tenham consciência de seus fins. Os sêres procuram seus fins de maneira cega, se forem

inconscientes; intencionalmente, se forem dotados de conhecimento.

Nos domínios do mundo físico, a perfeição não parece ser um problema para os agentes. Nesse mundo, o fim de cada movimento é *imposto* ao agente, inelutavelmente, pela própria natureza das cousas. Em cada ato, germinam determinadas potências, que, em determinadas condições, desabrocharão, necessariamente, em determinados atos. (2) Assim é que a planta produzirá a flor, que contém o fruto em potência; e o fruto, uma vez produzido, o fruto em ato, contém, em potência, a semente que, uma vez em ato, contém a planta em potência.

Mas quê dizer do mundo em que os agentes escolhem, entre os fins possíveis, o fim que mais lhes apetece, para seus movimentos? Quê dizer do mundo em que a perfeição é um problema, porque é objeto de julgamento e eleição? Quê dizer, em suma, do mundo especificamente humano?

Costuma-se qualificar de *determinado*, o que é explicável, a qualquer título, por seus antecedentes. Quando o conseqüente não pode deixar de resultar do antecedente, nem deixar de ser tal como o antecedente o implica, a determinação é dita *necessária*. Quando o conseqüente,

(2) Não me ocuparei, nesta dissertação, com o indeterminismo que alguns cientistas modernos declaram haver descoberto em certos movimentos da matéria (teoria "quântica"). A física não parece ter chegado a conclusões muito seguras sôbre êste assunto. Os referidos cientistas passaram a considerar como indeterminados os fenômenos sub-atômicos que, embora esperados e suscetíveis de observação, não podem ser integralmente antevistos, porque nêles haveria um "*quantum*" de ação imprevisível. Mas a impossibilidade de se saber, com exatidão, como irá o fenômeno relizar-se, talvez não resulte de uma verdadeira indeterminação dos movimentos físicos, e sim, quem sabe, da insuficiência dos atuais meios de observação e medida. Seja como fôr, o indeterminismo físico, descrito por tais cientistas, não é auto-determinismo, uma vez que, segundo dizem, se assemelha ao *acaso*.

embora realizado, não é necessário (poderia não se ter verificado, ou não ser tal como é), a determinação é dita *contingente*.

No mundo em que os agentes deliberam sôbre os fins a serem perseguidos, a determinação dos movimentos é contingente. Tal determinação é contingente porque a passagem da potência ao ato, a realização do movimento, depende, por parte do homem, de um julgamento da razão, em virtude do qual um fim, dentre outros, é apontado como o preferido; e depende, em segundo lugar, de uma ordem ou mandamento da vontade, que determina o movimento necessário para a consecução daquele fim. A contingência da determinação está em que a razão tem o poder de se liberar das determinações que lhe sejam estranhas, sujeitando-se, apenas, a sua própria lei; e está, também, em que a vontade, ao ordenar o movimento, não se acha sujeita, inelutavelmente, ao julgamento da razão.

Qual será a lei da razão? É próprio da razão a verificação de relações. Relacionando as cousas com os interesses humanos, a razão indica o que convém ao homem e repudia o que não lhe convém. (3) Tal é sua lei. A razão julga as cousas, tomando por critério os interesses do homem julgador. Eis porque dizemos que a razão, cujo critério é eminentemente subjetivo, não se acha dominado por determinações externas.

A vontade, por sua vez, não se prende, necessariamente, ao julgamento da razão, podendo ordenar, ou não, os movimentos racionalmente aconselhados. Poderá a vontade querer o contrário daquilo que a razão escolheu. Poderá a razão, por exemplo, escolher a água, e a vontade aderir ao vinho. Mas quando a vontade adere ao que a razão repudiou, a vontade se deixou subjugar por deter-

(3) Verificaremos adiante que as cousas julgadas convenientes ao homem chamam-se *bens*. Não quero empregar, ainda, no texto, a palavra *bem*, porque seu exato sentido só ficará assentado após a argumentação que vou desenvolver nos capitulos seguintes.

minações externas. Só é realmente autônoma a vontade que tem a força de superar as determinações externas, para orientar-se pela luz interna da razão.

O agente cujo movimento é ordenado pela vontade iluminada pela razão, se autodetermina. Ora, autodeterminação se chama *liberdade*.

O homem é um agente livre. (4) E agora já se compreende por que motivo dissemos que o homem não nasce livre.

O homem não nasce livre, porque a liberdade, sendo autodeterminação, exige, antes de tudo, conhecimento dos fins apresentados à ação humana, para que sobre êles a razão delibere. Não há liberdade sem conhecimento dos fins a atingir. O agente que não conhece seu fim — não o escolheu à luz da razão, não resolveu alcançá-lo pela energia da vontade — é, precisamente, o sêr destituído de liberdade, como a pedra que cai em direção ao centro da terra. Ora, a consciência da criança recém-nascida é um livro em branco: mera potência, apenas desperta para o ato da vida. Vazia de conhecimentos, o recém-nascido não julga, não escolhe, não decide. Deixa-se levar, e seus primeiros movimentos não passam de reações automáticas dos mecanismos neuro-musculares, postos em ação pelos fatores que têm a propriedade de excitá-los.

Mas, em cada recém-nascido, dormita um homem livre. Pouco a pouco, os conhecimentos principiam a povoar a

(4) Neste trabalho, postulei a liberdade humana, a fim de entrar imediatamente na matéria que me propus versar. Tratei do problema da liberdade na Primeira Parte de meu livro *A Criação do Direito*. Dêle cuidarei, também, na ÉTICA (Primeiro Volume, em preparo, de minha *Introdução à Ciência do Direito*). Aliás, diante de tal problema, o jurista só pode ter duas atitudes: ou *demonstra* a existência da liberdade humana, ou *postula* essa existência, porque, evidentemente, num mundo sem liberdade, o direito seria uma quimera e não valeria que se lhe dedicasse um minuto de esforço e de pensamento.

consciência. A razão põe-se a funcionar. A criança começa a ter preferências. A vontade acorda e se manifesta. E a liberdade se faz ato.

Não se pense, porém, que a liberdade desponta plena e completa, como cousa que nasce perfeita. Franzina e precária é a primeira liberdade dos homens, porque poucos e incertos são seus primeiros conhecimentos. Não pode ser muito livre quem ainda caminha nas trevas.

Dizemos que o homem se autodetermina, porque êle escolhe seus caminhos. Mas que caminhos há de o homem escolher?

O homem é um sêr vivo, e a vida tem suas exigências. A vida, em todos seus reinos, é interesseira e sedenta de expansão. Quem já não contemplou a luta pela vida nas árvores de uma floresta? É natural que a razão humana escolha os caminhos que sirvam os interêsses de sua vida, e despreze os demais. É natural que a vontade humana *queira* o que convém ao homem.

A questão colocada nesses têrmos parece não oferecer nenhuma dificuldade. Mas encaremo-la de mais perto. Abstratamente, o homem tende para o que lhe convém. Mas, concretamente, na vida de um certo homem, em cada momento e em cada circunstância, que é que a êsse homem convém? Que é que me convém neste exato momento? A liberdade do sêr humano depende, em todos os instantes de sua vida consciente, das respostas sucessivas que êle é forçado a dar, a essa indefectível pergunta. E nisto é que se cifra o problema humano da perfeição. No mundo não humano, tal problema não existe: a flôr será fruto, o fruto será semente, de maneira inelutável. Mas o homem poderá ser santo e poderá ser ladrão ou assassino. Se o homem não souber, verdadeiramente, o que lhe convém, ele facilmente se deixará iludir e se deixará tentar pelas falsas aparências, e facilmente optará pelo que, verdadeiramente, não lhe convém. Em abstrato, o homem escolhe sempre o que lhe convém; mas, em concreto, poderá escolher, enganado, o que não lhe convém. Uma tal escolha não deve

ser considerada como livre, porque a razão, ao exercer suas funções de relacionar as cousas com os interesses ter-se-á ocupado com ilusões, trabalhando, sem querer, com critérios falsificados. Em vez de livre, a razão terá sido joguete das cousas. Não é livre, evidentemente, aquêlê homem que, desejando, fundamentalmente, como todos os homens, fazer o que lhe convém, age, por falta de conhecimentos verdadeiros, contra seus próprios interesses, ou seja, contra seus desejos fundamentais.

A ignorância do que convém e do que não convém ao homem é incompatível com a liberdade. A existência da liberdade tem uma condição *sine qua non*: o conhecimento do homem por si próprio. “Conhece-te a ti mesmo” e terás realizado a primeira condição para ser livre. Outra condição existe, não há duvida: é a alforria da vontade, relativamente às determinações que não venham da razão. Seremos tanto mais livres quanto mais a vontade não seja serva dos instintos, dos hábitos e das paixões. A vontade deve ser reta, segundo a razão. Mas a condição fundamental da liberdade, sem a qual a retidão da vontade não tem sentido, continua sendo o conhecimento racional do homem em sua integralidade: conhecimento da natureza humana, conhecimento do composto hilemórfico, que é o mistério dessa natureza; conhecimento de suas tendências e inclinações, de seu temperamento e caráter, de suas aptidões e de seus sonhos, e, sobretudo, conhecimento dos fins em razão dos quais o homem luta, sofre, vive.

Eis porque Leão XIII, inspirado pelo citado texto de São João, escreveu: “O homem é feito livre pela verdade”. (5) Que luz irradiam estas palavras! A liberdade depende da verdade. Sim, a liberdade depende da conformidade entre o homem, como objeto de conhecimento, e a inteligência, como sujeito conhecedor. A liberdade depende dessa posse do homem por si próprio.

(5) LEÃO XIII, *Libertas*, 35.

Como tal posse resulta de mil e um fatôres diferentes — disposições naturais, intuição, compreensão, experiência — ela não é idêntica em todos os homens. Estavam bem enganados os que proclamaram que todos os homens nascem igualmente livres! Os homens não nascem livres e, quando adquirem liberdade, jamais são igualmente livres. E como a posse plena e perfeita do homem por si próprio é mais um ideal do que uma realidade, a liberdade plena e perfeita se apresenta como um objetivo sedutor, que se busca alcançar, mas que nunca se atinge. A liberdade há de ser sempre potência de liberdade mais alta, e o homem poderá sempre progredir na interminável conquista de sua liberdade.

Num de seus mais belos livros, Maeterlinck (6) revela o poder da sabedoria na libertação do homem, ou seja, na subjugação do que parece existir de inevitável e fatal no destino humano. Com sua linguagem poética, que tem, às vezes, ressonâncias oraculares, diz: “À medida que adquirimos sabedoria, escapamos de alguns de nossos destinos instintivos. Há, em todo sêr, um certo desejo de sabedoria, que poderia transformar em consciência a maior parte dos acasos da vida. E o que foi transformado em consciência não pertence mais às potências inimigas”. Maeterlinck bem sabe que não há liberdade no mundo do instinto e que o instinto e a fatalidade andam sempre juntos: “êles se sustêm um ao outro e rondam, de mãos dadas, em tórno do homem desatento. Mas todo sêr que sabe diminuir nêle a fôrça cega do instinto, diminui, a sua volta, a fôrça do destino”. Para vencer a fôrça do destino, que é, em suma, a resultante de tôdas as fôrças que oprimem o homem, Maeterlinck evoca a “fôrça interior” do homem, que não é mais do que “um sentimento de si próprio”. “Não se está a salvo dos caprichos do acaso, não se é feliz e forte, a não ser no seio da própria consciência”. E o grande

(6) MAURICE MAETERLINCK, *A Sabedoria e o Destino*, VII e XII.

pensador afirma: “Um ser só cresce na medida em que êle aumenta sua consciência, e sua consciência aumenta á medida que êle cresce”.

Tendo consciência de si, conhecendo-se, o homem sabe o que verdadeiramente lhe convém. Em consequência, buscará livrar-se de tudo quanto o afasta de seus fins autênticos. Êle sabe como e por que meios deve realizar-se. E, na árdua conquista da liberdade, lutará pela sua perfeição.

Para o homem, tornar-se livre significa aperfeiçoar-se, e aperfeiçoar-se significa tornar-se livre.

É preciso bem entender o sentido dessas afirmações.

Verificamos que todo movimento tende para a perfeição, porque todo movimento é a passagem da potência ao ato. O movimento humano também é passagem da potência ao ato. Mas êsse ato visado pela vontade, embora seja uma perfeição, pode ser, ou não ser, a perfeição *do homem*. Procurarei explicar-me com mais clareza.

Perfeição é o estado de um sêr que se acha completo e concluído. É, pois, o estado de um sêr que realiza, de maneira completa, o tipo correspondente a sua natureza. O ato é sempre a perfeição da potência, porque é, sem mais nem menos, o sêr prenunciado pela aptidão de o produzir. Neste sentido é que a planta é a perfeição da semente, e o homem livre a perfeição da criança; ou, mais precisamente, que a planta em ato (o sêr planta) é a perfeição da planta em potência (da aptidão de ser planta), e que o homem livre em ato (o sêr homem livre) é a perfeição do homem livre em potência (da aptidão de ser homem livre).

Mas o que é perfeição dentro de uma ordem de sêres pode não ser perfeição em outra ordem. Assim, a planta, que é perfeição da semente, não é perfeição da pedra. Anàlogamente, o crime, que é perfeição da intenção criminosa, não é perfeição do homem normal.

Uma ação humana poderá realizår, de maneira completa, o tipo ideal de um crime. Èsse crime terá alcançado sua perfeição. Mas se tivermos o crime na conta de um atentado à natureza humana, êsse crime, que é perfeição na ordem dos crimes, é degradação na ordem humana. O crime pode ser perfeito, mas, por meio dessa perfeição, o homem, que o praticar, terá se afastado de sua própria perfeição, porque terá violentado sua natureza.

Ora, o homem que violenta sua natureza, afastando-se de sua perfeição, não fêz, é claro, o que lhe convém. Não fazendo o que lhe convém, o homem não se autodeterminou, porque foi forçado, por fatôres estranhos, a agir contra seus verdadeiros interêsses e contra suas tendências profundas, embora isto nem sempre seja evidente. Em conclusão: não foi livre. Eis porque afirmei que conquistar a liberdade é tender para a perfeição.

E cada vez melhor se compreende a importância da verdade na vida dos homens. Qual é a *verdadeira* natureza humana? Qual é o tipo correspondente a essa natureza *verdadeira*? Onde se encontra, para o homem, a perfeição *verdadeira*, aquela que não precisa mais se perfazer, porque é a mais alta? Onde se acha a perfeição que não seja potência de mais nenhum ato, mas seja o ato ideal, para que devem tender tôdas as potências humanas? Onde está a perfeição suprema, em razão da qual o homem é?

Cada homem, no fundo de sua consciência, responderá a estas perguntas, de acôrdo com a *verdade* que êle houver descoberto. Para uns, quem sabe, a perfeição será a santidade; para outros, a realização da beleza; para outros, a conquista do poder, da notoriedade, da glória; para outros, o enriquecimento. Mas outros, talvez, coloquem a perfeição na prática do crime perfeito.

Para cada homem, o problema da perfeição é o problema principal, porque resolver o problema da perfeição é escolher os rumos da vida, e, portanto, tomar posição diante do destino. Conforme seja a verdade em que se acreditar sôbre a perfeição, a vida será esta ou aquela.

Eis porque Santo Agostinho exclamava: “Amai! Amai sempre! Mas cuidado! Vêde lá o que ides amar!”. Cícero dizia que fixar o verdadeiro fim do homem é decidir sôbre tôdas as cousas; quando o homem conhece seu destino, encontrou o caminho da vida e a regra de todos os deveres. (7)

Este livro vai versar, precisamente, as regras dos deveres humanos.

O homem é um sêr livre — mas, por tôda parte, acha-se sujeito a leis. Quê determinação é esta que limita a liberdade humana? Quê é uma lei? De onde e como surge? Quê autoridade a formula? Quê poder a impõe? Por quê motivo a lei obriga?

E eis-nos a encarar, frente a frente, as questões que constituem o objeto do presente ensaio.

(7) CÍCERO, *De Finibus*, V, 6.

PRELEÇÕES E DISCURSOS

As Nações-Unidas e os direitos do homem.

O Professor Antônio de Sampaio Dória, Delegado do Brasil à VIII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, pronunciou em francês, na III Comissão Social e Humanitária o seguinte discurso:

Pacto entre todos os povos da terra sôbre as prerrogativas do homem, por ser homem, como, em 1787, na Declaração dos treze Estados dos Estados Unidos da América, e, dois anos depois, na Revolução Francesa, é, sem dúvida, ideal cuja flâmula, arvorada pelas Nações Unidas, lhe há de tremular, sempre, como um dia de glória.

Até onde, porém, podem ir as Nações Unidas num pacto desta amplitude e profundidade?

Cada nação em particular, como nós os indivíduos, pode pleitear as causas que entenda, como, onde, quanto e quando lhe pareça bem. É soberana. Mas, como membro das Nações Unidas, está adstrita aos deveres de fidelidade à Carta de São Francisco.

Esta carta é um sistema de propósitos e princípios, a espera de intérpretes para a uniformidade de sua aplicação. Firmada em junho de 1945, ainda quando se ignorava a extinção da vida, na terra, pelas armas atômicas, a Carta das Nações Unidas não ousou organizá-las em federação, nem confederação dos Estados Unidos do Mundo. Mercê da experiência amarga da “Sociedade das Nações”, com sede em Genebra, a que o veto do Senado dos Estados Unidos da América negou o concurso dos Estados Unidos, as Nações Unidas, que a Carta de São Francisco ideou,

estão, apesar de tudo, bem aparelhadas para a futura organização onipotente das nações.

O fim supremo das Nações Unidas

O que hoje, porém, lhes dá ânimos para os embates que vêm suportando, é o supremo propósito com que se anuncia: *a paz e a segurança internacionais*. Para a solução das desavenças ou litígios de Estado a Estado, as Nações Unidas substituem, ou prometem substituir, o direito do mais forte pela força do direito, sem distinção de grandes ou pequenas potências. Para isto, como declara o artigo 1.º, tomam as Nações Unidas, coletivamente, desde o artigo 39.º ao 50.º, medidas efetivas, com que anulem ameaças à paz, ruptura da paz, e atalhem e reprimam atos de agressão, e com que cheguem, de conformidade com os princípios de justiça e do direito internacional, “a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz”

Outros fins

Ao lado desta grande e nobre finalidade, a que quase tudo o mais se reduz, se empenham as Nações Unidas em quatro outros propósitos. Três secundários, e um transitório.

Fim transitório

O transitório era para os tratados que projetaram da paz, com que se esperava dar por encerrada a segunda guerra mundial. Sonhando com tratados inspirados na lei do direito, se comprometeram os beligerantes, no artigo 77, parágrafo 1.º da Carta, já às vésperas do arrazamento de Hiroshima, a submeter à tutela:

“os territórios que *possam ser separados dos Estados inimigos*, em consequência da segunda guerra mundial.”

E, no parágrafo 2.^o do artigo 53, se definia por Estado inimigo:

“qualquer Estado que, durante a segunda guerra mundial, foi inimigo de qualquer signatário da Carta.”

Ficou assentado, no capítulo XII, artigo 77, o sistema de tutela para os “territórios atualmente sob mandato” da extinta Sociedade das Nações, subsequente à primeira guerra mundial.

Nestes compromissos, porém, ressalva o artigo 107: “Nada invalidará ou impedirá qualquer ação que entenda com o Estado inimigo de qualquer dos signatários da Carta”, em virtude da segunda guerra mundial.

Já o artigo 53 excetuara da competência do Conselho de Segurança, em favor dos Estados em guerra com a Alemanha, Japão e Itália, medidas que fôsem determinadas em consequência do artigo 107.

Tôdas estas disposições da Carta das Nações Unidas são, por sua natureza, disposições transitórias. Liquidada a segunda guerra mundial, com a paz que ainda se espera, estas disposições podem ser riscadas da Carta.

Propósitos secundários

De par com êste propósito, a Carta de São Francisco acena com três propósitos, abaixo da finalidade suprema da paz:

1 — autodeterminação dos povos, isto é: o direito a tôdas as nações de se governarem a si

mesmas, desenvolvendo, nas colônias e territórios sob tutela, capacidade de govêrno próprio;

2 — garantia efetiva dos direitos do homem, das liberdades individuais, que cada Estado deve assegurar dentro de suas fronteiras, sem distinção de raça, política, sexo, língua ou religião;

3 — ajuda das Nações Unidas, mediante assistência técnica, e recursos materiais, aos povos sub-desenvolvidos, para que possam alcançar nível razoável de vida, criando condições de estabilidade e bem estar, “necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações”

São êsses os três propósitos tributários à finalidade suprema da paz e da segurança internacionais.

Autodeterminação dos povos

O mais inflamável dos três é o da autodeterminação dos povos, disciplinado nos capítulos XI, XII e XIII da Carta.

O capítulo XI trata dos povos que a Carta apelidou de não-autônomos. São as colônias e protetorados.

Os capítulos XII e XIII tratam dos territórios tutelados. São os territórios novos, ou desmembrados dos Estados vencidos na II Guerra, ou voluntariamente colocados sob tutela pelos Estados responsáveis por sua administração.

Todos êles (as colônias, os protetorados e os territórios tutelados) podem vir a ser Estados, como organizações da soberania que, com o desenvolvimento da capacidade de govêrno próprio, venham a adquirir.

Mas, por serem diferentes as duas categorias de territórios, diferentes hão de ser suas relações com as Nações Unidas.

Nos territórios tutelados, o poder político pertence, virtualmente, às Nações Unidas que o exercem através de um Estado mandatário.

Nos territórios não-autônomos, o poder político, jurisdicional e administrativo, é, não por delegação, mas por direito próprio do Estado de que sejam colônias ou protegidos. A respeito desses territórios, há um problema de soberania, estranha de todo aos territórios sob tutela.

Desta diferença de categorias, resultam, necessariamente, duas atitudes das Nações Unidas, em face dos territórios, com aspirações a Estados.

1 — Tratando-se dos territórios tutelados as Nações Unidas podem e devem promover a libertação deles, nos termos dos capítulos XII e XIII, mediante decisões que tomem.

2 — Tratando-se de territórios não-autônomos, os membros das Nações Unidas, que assumiram ou assumam, segundo o artigo 73 da Carta, responsabilidade pela administração deles, *aceitaram, “como missão sagrada, a obrigação de promover, no mais alto grau, dentro do sistema de paz e segurança internacionais estabelecido”* na Carta, a capacidade de govêrno próprio dos territórios que administrem.

E, no desempenho dêste encargo, os Estados que os administrem, estão no dever de:

1 — desenvolver, neles, a capacidade de govêrno próprio, tomando devida nota de suas aspirações políticas, e auxiliando-os no desenvolvimento progressivo de suas instituições políticas, “de acôrdo com as circunstâncias peculiares a cada território e seus habitantes, e os diferentes graus de seu adiantamento. (Artigo 73 letra b)”;

2 — *transmitir regularmente* ao Secretário Geral a título informativo, e dentro dos limites que a segurança e considerações de ordem constitucional imponham, *informações estatísticas*, ou de outro caráter técnico, *relativas às condições econômicas, sociais e educativas* dos territórios pelos quais são responsáveis (Artigo 73 letra c).

Enquanto a libertação dos territórios tutelados pode ser proclamado por deliberação das Nações Unidas, o juiz do desenvolvimento progressivo dos povos não-autônomos é o próprio Estado a que estão sujeitos. O papel das Nações Unidas se deve limitar a recomendações, sugestões sem caráter coativo. De posse das informações que recebem, em toda a fase de aprendizado para a independência, as Nações opinam, sugerem, recomendam. Não determinam, porque não têm jurisdição nos territórios não-autônomos, como a têm nos territórios sob tutela.

Será pouco para os idealistas, fora das Nações Unidas. Dentro destas, porém, o juiz da capacidade para governo próprio das colônias ou protetorados é o Estado sob cuja jurisdição vivem. As Nações Unidas cabem, apenas, recomendações. A mais não pactuaram os membros das Nações Unidas.

Por mais empenho que tenham em reconhecer, nos povos sob colônia ou protetorado, logo que atinjam capacidade de governo próprio, soberania com que se constituam em Estados, as Nações Unidas hão de ter os olhos postos em sua razão máxima de ser: *manter a paz e a segurança internacionais*. Por isto e para isto, foi que adotaram os três propósitos de ordem secundária, um idealista e humanitário: o princípio da auto-determinação, e os outros preventivos contra hostilidades emergentes: o reconhecimento dos direitos do homem, e o desenvolvimento econômico dos povos subdesenvolvidos.

As soberanias nacionais

Tão vivo foi, sempre, nas Nações Unidas, o propósito da paz entre as nações, que, depois de anunciado no artigo 1º n.º 1.º, reafirma a Carta o mesmo princípio, em outros termos, no artigo 2.º n.º 7º.

O respeito à soberania de cada nação equívale à supressão da guerra. Manter a paz entre os Estados é manter a soberania de cada um. Quando uma nação recorre às armas contra outra, o que leva em propósito, é impor-lhe a vontade, e, pois, suprimir-lhe a soberania, só lha restituindo (se lha restituir), quando resolva. Se as Nações Unidas respeitarem e fizerem respeitar a inviolabilidade das soberanias nacionais, lograda terão a paz entre as Nações. Se as Nações Unidas mantiverem a paz entre os Estados que as compõem, lograda terão a inviolabilidade da jurisdição privativa de cada um. Imaginar que se mantém a paz, sem o respeito à jurisdição interna de cada Estado, o mesmo seria que supor a vida do homem, suprimindo-lhe o coração. O coração da paz é o respeito às soberanias nacionais.

Por esta razão, é que não têm as Nações Unidas, como lhes cabe nos territórios sob tutela, a prerrogativa de declarar maioridade política a um povo sob colônia ou protetorado. Isto é prerrogativa do Estado que os administre.

A interpretação exata do Capítulo XI da Carta não contraria o princípio dos princípios que regem a organização das Nações Unidas: manter a paz universal, na inviolabilidade das jurisdições internas de cada Estado. A Carta é um sistema de propósitos e princípios, nenhuma de cujas partes pode ser concebida à parte, como se fôra independente. Tôdas se hão de compreender e aplicar, segundo os princípios que a inspiraram, principalmente os que a Carta declara, de modo formal, sem abrir exceções.

Pois, o princípio que a Carta declara, sem abrir exceções, é este: nada, absolutamente nada na Carta, autoriza.

as Nações Unidas a intervirem em negócios da jurisdição interna de qualquer Estado.

É o que examinaremos daqui a pouco.

Os direitos do homem

Além do propósito transitório sôbre a liquidação da II Guerra Mundial; além do propósito que, a serviço da paz e da segurança internacionais, visa reconhecer soberania aos territórios com capacidade para govêrno próprio, dois outros propósitos secundários a Carta preceitua.

Um é o enunciado no artigo 1.º 3.º:

“promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

A garantia real dos direitos do homem seria o supremo ideal da civilização política. A cada Estado cabe primordialmente êste dever. Só êle tem, por ser soberano, o poder de determinar sua própria competência. A garantia dos direitos do homem são limites ao poder público. E só o próprio poder público soberano pode limitar-se a si mesmo.

Com estimular e promover o respeito aos direitos do homem já prestam as Nações Unidas grande serviço à humanidade. Criam atmosfera propícia à paz universal.

Ajuda às nações subdesenvolvidas

O outro propósito secundário, isto é: subsidiário do propósito da paz universal, é:

“a cooperação das Nações Unidas aos povos subdesenvolvidos com assistência técnica e recursos materiais,

para que possam alcançar alto nível de vida, mediante:

“desenvolvimento econômico, social, cultural e humanitário”,

e, assim, criar uma atmosfera favorável à paz.

A Jurisdição interna dos Estados

A ajuda das Nações Unidas aos povos subdesenvolvidos não suplanta porém, nem poderia suplantar o que dispõe o artigo 2.º e seu 7.º:

“a Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1.º, agirão de acôrdo com os seguintes princípios:

7.º — Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, nem obrigará os membros a uma solução nos têrmos da presente Carta.”

E, para evitar qualquer sofisma com que se abraisse brecha à inviolabilidade das soberanias de cada Estado, o mesmo parágrafo continua:

“êste principio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas do Capítulo VII”.

Estrutura-se o parágrafo 7.º do artigo 2.º de três partes.

A primeira afirma o princípio: *nada, na Carta, autoriza as Nações Unidas a intervirem na jurisdição interna de qualquer Estado.*

Nada, nenhum dispositivo, seja qual fôr. Não se poderia ser mais formal. Não se podia advertir com mais energia, contra qualquer dispensa. É a coluna mestra, sem trincas ou fisgas, por onde se insinue uma exceção.

Anuncia a Carta o propósito de algumas bases, para os tratados de paz com os inimigos da II Guerra Mundial?

Nada, na Carta, autoriza as Nações Unidas a violarem a jurisdição interna de Estado que lhes seja membro.

Anuncia a Carta o propósito de auto-determinação dos territórios não-autônomos?

Nada, na Carta, autoriza as Nações Unidas a coagirem o Estado a cuja jurisdição estejam êsses territórios.

Anuncia a Carta o propósito de promover e estimular a garantia dos direitos do homem?

Nada, na Carta, autoriza as Nações Unidas, a pretexto de garantias de liberdades fundamentais a todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado.

Anuncia a Carta o propósito de cooperação aos povos subdesenvolvidos, mediante assistência técnica e ajuda material, para seus desenvolvimento econômicos, culturais, educativos, higiênicos, sociais?

Nada, na Carta, autoriza as Nações Unidas a irem além de oferecer ajuda, ou atender a pedidos de cooperação, que lhes façam os povos subdesenvolvidos.

E porquê essa rigidez: *nada ou nenhuma disposição da Carta?* Porquê princípio assim tão formal? tão sem exceção? que mereça tão solene respeito?

É porque, na inviolabilidade da soberania de cada Estado, quanto aos assuntos de sua jurisdição interna, *está a essência da paz e da segurança internacionais*, para cuja obtenção se criaram as Nações Unidas. Quem não

reconhecer a identidade entre a paz universal e o respeito à jurisdição interna de cada Estado, por certo terá distante de si o espírito das Nações Unidas. Sem esta identidade, seria admitir, no organismo internacional, para assegurar a paz entre as nações, órgãos cuja função fôsse aniquilá-la. Seria insuflar vida a um organismo, e lhe injetar, ao mesmo tempo, nas veias, o germe de sua destruição.

A segunda parte no parágrafo 7.º é esta:

“Nada, na Carta, obrigará os membros das Nações Unidas a submeterem os assuntos que entendam com sua jurisdição interna, a uma solução nos têrmos desta Carta.”

E o reverso do princípio de que nada, na Carta, autorizará as Nações Unidas a intervirem na jurisdição interna de qualquer Estado.

A terceira proposição, encartada no parágrafo 7.º, adverte:

“êste princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VIII.”

O de que dispõe êste capítulo, é a “ação relativa às ameaças à paz, ruptura da paz, e atos de agressão.”

Ora, ato de agressão de um Estado a outro são atentados à soberania do Estado agredido. A aplicação das medidas coercitivas contra o agressor o que visam, é resguardar ou restabelecer a inviolabilidade da soberania do Estado agredido.

Logo, longe de serem as medidas coercitivas do Capítulo VII exceção ao princípio do artigo 2.º n.º 7.º, o que se reafirma, neste Capítulo, é a inteireza do princípio, sua garantia, quando ameaçado, ou violado por atos de agressão.

O § 7.º do artigo 2.º da Carta é realmente singular. Singular, porque tudo, na Carta, se condiciona a êle. Singular, porque nada, na Carta, autoriza a excetuá-lo.

Classificação dos fins das Nações Unidas

Na interpretação da Carta de São Francisco, é preciso não perder de vista a escala dos propósitos a cargo das Nações Unidas.

Um, supremo, a que os demais servem. É a paz entre as nações, a segurança internacional, na inviolabilidade da jurisdição interna de cada Estado.

Outros, secundários, para a efetividade do supremo. São três:

- 1 — a auto-determinação dos povos capazes, hoje sob a tutela das Nações Unidas, ou de membros das Nações Unidas;
- 2 — a garantia dos direitos do homem sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
- 3 — cooperação, mediante assistência técnica e ajuda material, no desenvolvimento econômico, social, educativo e humanitário dos povos subdesenvolvidos.

Resta o transitório. São compromissos entre os membros das Nações Unidas, beligerantes da II Guerra Mundial.

Na escala de valores, quem não vê a primazia no propósito de manter a paz entre as Nações?

Dentro desta visão de conjunto, é que se há de aplicar o princípio da auto-determinação, o princípio dos direitos do homem e da ajuda às nações subdesenvolvidas.

Dois problemas na adoção dos direitos do homem

O trabalho já realizado pelas Nações Unidas, para defender as liberdades do homem, e para disseminar as idéias

liberais, implícitas na declaração dos direitos do homem, já deve ter produzido benefícios inestimáveis.

Não são, porém, poucos nem fáceis os embaraços ainda por vencer. O propósito de uma adoção universal dos direitos do homem envolve dois problemas, cujas incógnitas nem todos os povos sabem ou querem decifrar.

Um é o de precisá-los, e o outro é o de garantí-los.

A êstes dois problemas, o Brasil me parece ter adotado, para suas condições peculiares, suas tradições, a índole de seu povo, a solução melhor e mais sábia.

Já na Constituição de 1824, nos primórdios da independência do país; depois, em 1889, na Constituição que substituiu o Império pela República, e, afinal, em 1946, na Constituição que hoje lá vigora, têm sido consagrado, em norma invariável, a inviolabilidade em termos amplos dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. E não só aos brasileiros, mas também aos estrangeiros residentes no país.

A tradição liberal do Brasil

No Brasil, todos são iguais perante a lei. Não há privilégios de nascimento, nem foros de nobreza.

Ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada.

É livre a manifestação de pensamento, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.

É respeitado o sigilo de correspondência.

A casa é o asilo inviolável do indivíduo.

Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a policia, senão para assegurar a ordem pública.

É garantida a liberdade de associação para fins lícitos.
É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

É garantido o direito de propriedade, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização.

Ninguém pode ser preso, senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente.

Não haverá fóro privilegiado, nem juízes e tribunais de exceção.

Ninguém pode ser processado, senão pela autoridade competente, e na forma de lei anterior.

Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente.

Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco, nem de caráter perpétuo.

Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem lei que o estabeleça; nem cobrado, em cada exercício, sem prévia autorização orçamentária.

É assegurado o direito de petição aos poderes públicos, contra abusos das autoridades, e de promover a responsabilidade delas.

Por esta amostra, já se pode fazer idéia da tradição liberal, que se apurou no Brasil.

Garantias reais dos Direitos do Homem

O mais difícil, porém, dos dois problemas sôbre os direitos do homem é saber como garanti-los. Declarações no papel valem menos que nada. O que realmente interessa, são as instituições permanentes e os processos judiciários, que lhes garantam a aplicação.

a) *Processos Judiciários* — Os mais sábios instrumentos judiciários, para o restabelecimento rápido e eficaz dos direitos do homem, violados por abusos do poder, são, em meu país, dois: o hábeas-corpus e o mandado de segurança.

Aquêle, para a garantia da liberdade de locomoção, contra coação ou violência, por ilegalidade ou abuso de poder. Êste, para proteger direito líquido e certo, não amparado pelo hábeas-corpus, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

b) *Instituições Permanentes* — As medidas judiciárias, porém, por si sós, não bastam. São necessárias instituições permanentes na estrutura geral do Estado.

c) *Independência e harmonia dos 3 poderes* — Em meu país, a primeira instituição de garantia dos direitos do homem é a divisão dos poderes em três, independentes e harmônicos entre si: o que faz a lei, o que a executa, e o que dirime os litígios, aplicando a lei aos fatos alegados e provados.

Onde todos os poderes se concentram numa só pessoa, já o proclamara Montesquieu, a tirania reinará, e, com ela, nenhuma garantia positiva para os direitos do homem.

Longe de um curso de direito público, toco de leve em princípios sem os quais as liberdades individuais, ainda que declaradas na lei, ficariam letra morta.

Não só a independência e harmonia dos três poderes. Mas igualmente condições de imparcialidade, competência e firmeza do poder judiciário, com a escolha de seus membros pelo Chefe do Executivo com aprovação do Senado, e com assegurar aos juizes vitaliciedade, irremovibilidade e irredutibilidade de seus vencimentos.

d) *Inconstitucionalidade de leis* — A segunda providência constitucional, no Brasil, para a garantia efetiva dos direitos do homem é vedar ao Congresso abolir, por leis ordinárias, a declaração constitucional dos direitos do homem. E, por isto, quando, acaso, estatuir lei contrária às liberdades individuais, esta lei não é aplicada pelos tribunais, para que possam aplicar a lei constitucional.

Nem todos estarão habituados ao problema da inconstitucionalidade de leis. Estando declarados, na Constituição, os direitos do homem, não pode o legislador ordinário menosprezá-los. E, se o fizer, incumbe ao Poder Judiciário

amparar, contra abusos de poder, nas resoluções do Congresso, ou em atos administrativos, os direitos fundamentais do homem.

A garantia judiciária contra exorbitâncias da lei ordinária, ou contra abusos da administração, é a maior maravilha que já concebeu o gênio político de um povo em todos os tempos, e devemo-la aos patriarcas da independência dos Estados Unidos, e a Marshall, a maior glória de sua magistratura.

A Justiça, no jôgo dos poderes, fala sempre por último, e todos respeitam, sem vacilações, as sentenças que profira.

e) *O Regime Democrático* — E ainda não é tudo. Com a independência e harmonia dos três poderes do Estado; com a garantia judiciária dos direitos do homem contra abusos do poder legislativo ou executivo; a experiência política milenária aconselha, para real garantia dos direitos do homem, a abolição da onipotência irresponsável de um homem sôbre todo o povo sem voz e sem voto, e adoção consequente do regime democrático.

Democracia é palavra estragada, equívoca e maltrapi-lha, em virtude das aplicações que tem tido.

No Brasil, democracia é o consentimento do povo na investidura e no exercício do poder. Na investidura, quando elege, pelo voto secreto e apuração judiciária, seus governantes. No exercício, quando lhes fiscaliza os atos, na imprensa, e nos comícios. Ora condena, ora aplaude, e, aplaudindo, reitera sua confiança nas urnas.

Sem um conjunto de princípios, de providências, pesos e contra pesos, e uma longa tradição de lutas liberais, a garantia dos direitos do homem é illusória.

Respeito às soberanias nacionais

Que podem as Nações Unidas fazer, nesta matéria, além de recomendações, além de sugestões sôbre a excelência dêste ou daquele instituto de garantia?

Basta considerar que a declaração constitucional dos direitos do homem, em qualquer país, importa em limitar as atribuições ao poder de legislar, e ao poder de administrar. Os direitos fundamentais são barreiras, opostas ao exercício do poder público.

Ora, só o Estado é competente, para determinar sua competência.

Logo, só cada Estado, sem a menor interferência de poder estranho, pode garantir, contra abusos de poder, os direitos do homem. Sem prejuízo da exclusão das Nações Unidas, que o artigo 6 da Carta comina ao Estado que insista em infringir os princípios da Organização, a garantia internacional, direta, e dentro dos países, que acaso advoguem, é incompatível com a inviolabilidade das soberanias nacionais.

Bem hajam as Nações Unidas pelo trabalho de propagar, no mundo, os direitos do homem. No dia em que todos os Estados adotarem as garantias reais destes direitos, o caminho estará desbravado, para a segurança de todos.

Têm, pois, o apoio da Delegação brasileira os projetos de resolução, que convidam o Conselho Econômico e Social a prosseguir, de acôrdo com o artigo 55 da Carta, o exame dos projetos sôbre “o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

E’ o a que se comprometeram, no artigo 56 da carta, todos os Membros da Organização.

O ideal em marcha, Senhor Presidente, é que os direitos do homem sejam as fronteiras naturais do poder político. No dia em que êste ideal fôr reconhecido, não haverá mais, no mundo, nenhum govêrno absoluto, e nenhum homem escravo, e a paz reinará sôbre a terra.

O direito de petição

O Professor Antônio de Sampaio Dória apresentou ao Chefe da Delegação do Brasil à VIII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas a seguinte justificação:

Entre os direitos do homem se inclui o de petição, semelhante ao que o Art. 141 § 37 da Constituição de 1946 define:

“É assegurada a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.”

Com o mesmo nome, mas com outra amplitude, foi apresentado, nas Nações Unidas, à III Comissão da Assembléia Geral, pelo Egito, Equador, Guatemala, Filipinas e Uruguai, um projeto de resolução, outorgando às pessoas naturais ou jurídicas do mundo o direito de petição.

Não o direito de petição dentro de cada país. Mas na órbita internacional.

Entre os dois tipos de direito de petição, o nacional e o internacional, há semelhanças e diferenças.

São semelhantes em dois elementos: o titular e o fim geral.

O titular de um e outro são os indivíduos sem distinção de raça, religião, sexo ou língua, “quem quer que seja” na linguagem da Constituição brasileira.

O fim geral é sempre a defesa de um direito contra abusos de poder.

Direferenciam-se as duas espécies em dois outros elementos.

Primeiro, nos fins específicos, que cada um objetiva. O nacional visa anular abusos de autoridade, deixando à margem a garantia dos direitos fundamentais, ou dos direitos líquidos e certos, para cujo amparo a justiça acode na concessão de *habeas-corpus* e mandados de segurança. Já o internacional o que visa, é a garantia dos direitos do homem, violados dentro do país que negue reparação.

Segundo, nas autoridades para quem se apela. O direito nacional de petição apela para as autoridades do país. O direito internacional de petição apela para a autoridade das Nações Unidas.

Em consequência dêste apêlo:

1 — passam as pessoas físicas ou jurídicas a ser cidadãos do mundo, como titulares de um direito, que as Nações Unidas lhes assegurem;

2 — transformam-se as Nações Unidas, de Organização quase confederativa, que são, em Estado ou Super-Estado quase unitário, no império que passariam a exercer, para assegurar direitos do homem, dentro das fronteiras de cada Estado, e

3 — reduzem-se as Nações, que se reuniram na Organização, a unidades autônomas, em vez de soberanas, com menos competência privativa, competência exclusiva, própria, sem partilhas, do que os estados, províncias ou cantões de certos Estados Federais, como Canadá, Austrália, Estados Unidos da América.

Ainda agora êsses três Estados Federais advertiram que não ratificariam o projetado Pacto sôbre os Direitos do

Homem, se nêle não constar a ressalva federativa. Porque, nestes Estados Federais, a União ou Govêrno Central não se julga com autoridade para garantir direitos fundamentais nas unidades que os compõem.

Outorgado, porém, o direito de petição aos indivíduos, para se valerem da autoridade das Nações Unidas, quando, em seus países, falharem as garantias dos direitos do homem, a União das Nações, ou Nações Unidas, não precisariam da ressalva de uma “cláusula federal”, para garantir nos países ou unidades que as constituem, os direitos do homem.

Outorgar o direito de petição é implicitamente admitir deferimento. Tôda petição, como exercício de um direito, há-de receber, por despacho, sim ou não. Se houvesse de ser sempre indeferida, a petição não seria direito. Se, acaso, fôsse sua sina ter por despacho nem sim nem não, a petição já não seria tão pouco direito que valha. Em verdade, a outorga de um direito de petição importa, no mesmo ato, dever de deferimento, se o pedido fôr justo.

Mas que significa deferirem as Nações Unidas petições de súditos ou cidadãos dos Estados que as formam? O direito de petição só será exercido, quando o Estado a que esteja sujeito o peticionário, lhe viole um direito fundamental, qualquer dos direitos do homem, sem o amparo reparador da justiça dêsse mesmo Estado. É porque se esgotaram todos os recursos legais de seu país, na defesa de direito seu, fundamental, que se vale o indivíduo do direito internacional de petição. Apela para as Nações Unidas, como protetora universal dos direitos do homem, quando as autoridades dos Estados, membros das Nações Unidas, não o socorrem, não atendam a sua queixa, o desamparem em suma.

Ora, conhecem muito bem os iniciados nos rudimentos de direito público, êsses três princípios:

Primeiro, que o Estado é organização de soberania de cada povo em território privativo.

Segundo, que é da essência de soberania o poder de determinar a si mesmo os limites de sua autoridade. A competência de sua própria competência, com exclusão de poder concorrente, e, pois, a supremacia, ou não haver poder acima do seu, é tudo, a substância, tôda a alma da soberania.

O Estado, pois, que tolerar concorrente no exercício de sua soberania, deixa de ser soberano, como os 13 Estados que constituíram a União Norte-Americana em 1787. Ainda que conservem o nome de “Estado”, passam a ser organização de autonomia, e não de soberania.

Terceiro, que a garantia dos direitos do homem na constituição de um país é limite ao poder de legislar, ao poder executivo ou de administrar. São limites que, nos momentos de feliz inspiração, as nações soberanas a si mesmas se dão, opondo fronteiras ao absolutismo, ao arbítrio, à irresponsabilidade das turbamultas, das massas, ou, mesmo, do povo ou nação.

Essas três noções de direito público são princípios que modelaram a Constituição vigente no Brasil.

Como então assentir em uma potestade internacional, para suprir as deficiências nas garantias nacionais dos direitos do homem?

Não há, na Constituição, entre nós, nada que autorize a outorga do direito internacional de petição. Como recurso extremo, para se obter garantia que não se obteve dentro do país, o direito de petição seria a alienação da soberania nacional. Nem mesmo a Carta das Nações Unidas o permite. Nada mais próprio da jurisdição de qualquer Estado, que as limitações ao poder público. E, na esfera de jurisdição interna, o Art. 2.º § 7 daquela Carta veda qualquer interferência das Nações Unidas.

São, pois, as duas Constituições, a das Nações Unidas e a do Brasil, que se opõem à outorga do direito internacional de petição.

A orientação geral, profunda e subsistente, da diplomacia brasileira foi sempre a defesa da soberania do Brasil nas relações com os demais Estados. Foi assim que Rio-Branco repeliu o atrevimento germânico no caso da “Panther” em Santa-Catarina. Foi assim que Ruy Barbosa repeliu a classificação de nações soberanas em nações de primeira e nações de segunda classe, conforme o poder militar. Foi assim que Vicente Ráo repeliu a tese da intervenção direta das Nações Unidas, para garantir direitos do homem.

Com estes precedentes históricos; com o imperativo constitucional do Art. 87 n.º 8 pelo qual agressão à soberania do Brasil é guerra; com o princípio dos princípios de que, em cada povo, a soberania é inalienável, inviolável, inteira e sem partilha, não podia a Delegação do Brasil à III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas admitir uma potestade estranha, que as Nações Unidas não têm pela Carta que as organizou, para deferir aos indivíduos petições de garantia contra abusos, reais ou falsos, de poder.

Além disto, será preciso ser cego, para não ver que o direito internacional de petição, o poder das Nações Unidas para deferir garantias nos Estados onde falhem, seria porta aberta às dissensões partidárias nacionais, para explodirem no pretório internacional, quando o natural é que as lutas partidárias se liquidem em cada país, de acôrdo com suas leis, seus governos, seus tribunais, a opinião pública, a imprensa, os partidos. Nunca expôr-se uma nação soberana ao pelourinho de uma autoridade superior à sua soberania. É o que importaria, na prática, o direito de petição.

Segue-se que não devem as Nações Unidas interessar-se pela garantia universal e efetiva dos direitos do homem?

De modo nenhum.

Mas sua ação protetora não pode transpor as fronteiras das soberanias nacionais, para cujo respeito devem estar alertas tôdas as fôrças vivas da nação. Podem as Nações

Unidas ajudar os fracos, ensinar os atrasados, recomendar os indecisos, e, até, insistir. Mas sem coações. Nessa altura, o que a Carta de São Francisco lhes autoriza, no artigo 6, é, no máximo, expulsar de seu seio o Estado que insista em descumprir os princípios da Organização.

Nunca intervirem em assuntos da competência ou jurisdição interna de qualquer Estado. No Brasil, só o Congresso, só o Poder Executivo, só o Judiciário, cada qual em sua esfera de competência constitucional, podem exercer a soberania nacional. Esta é inviolável, seja qual fôr o poder estrangeiro. E é o que importaria a adopção, na esfera internacional, do direito de petição.

Discurso de paraninfo, pronunciado pelo
Exmo Sr. Professor Lino de Moraes Leme,
aos bacharelados de 1955.

É com o coração nas mãos que venho acompanhar-vos nesta festa, em que recebereis a investidura que conquistastes pelas provas feitas durante o Curso Acadêmico. Apesar de havermos mourejado juntos nesta Casa quatro anos, e de eu me lembrar, com entusiasmo, das demonstrações de vossa inteligência e esforço, e de vossas qualidades morais, e, com reconhecimento, das provas de afeição, que de vós recebi — e que continuaram depois que terminastes o quarto ano, e, portanto, o vosso curso de Direito Civil —, constituiu, para mim, o vosso convite, a maior e a mais agradável das suspresas, e a melhor paga, a que eu podia aspirar. Graças a êle ora vos dirijo a palavra, embora sem o brilho com que o faria qualquer um dos meus eminentes colegas e mestres, que tão alto têm sabido colocar o nome de nossa querida Faculdade. Deus vos pague, pelo bem que fizestes à minha alma!

Num exame de consciência, penso ter descoberto o motivo de vossa escolha: quisestes simbolizar, em vosso paraninfo, a preocupação de cumprir o dever e a de fazer justiça, que norteiam os vossos professores e amigos de ontem, colegas e amigos de hoje, de amanhã e de sempre. É assim que se grangeia o respeito e a estima. Foi assim que eu os conquisei, nas diversas etapas de minha vida.

Tendo entrado para o magistério secundário apenas com 22 anos de idade, eu costumava distribuir as provas de exame aos alunos — um bom número mais velhos do

que o professor —, com o objetivo declarado de êles verem os erros cometidos, mas — e êsse naturalmente era silenciado —, para que vissem ter sido o julgamento feito com justiça. (A êsse tempo os professôres não haviam ainda sido vexados com o receberem as provas sem assinatura, lançada em fôlha separada, para identificação posterior). No mesmo ano em que me iniciei no magistério secundário, tive a honra de receber, em minha aula, a visita do grande Rui Barbosa, a quem, tres anos depois, eu iria saudar no Centro de Ciências, Letras e Artes de Campinas, do qual era o orador, quando o insigne brasileiro proferiu, em resposta, o célebre discurso em que descreveu o espetáculo das andorinhas, que então afluíam à tarde, aos milhares, à cidade, voando e fazendo evoluções encantadoras, antes de se acolherem ao prédio que havia sido mercado, e que passou a ser conhecido como a Casa das Andorinhas.

Nesse mesmo ano, um de meus manos, que estava no último ano da Escola em que eu lecionava, teve ocasião de se encontrar com o saudoso, preclaro e virtuoso bispo, Dom Neri, que lhe disse: “Um ano recomendei, a seu mano, vários candidatos aos exames de admissão, mas não fui atendido; no ano seguinte recomendei muito poucos, igualmente sem resultado; finalmente recomendei um único candidato, que também não foi aprovado. Não mais lhe farei pedido. Mas assim é que se procede”, e terminou fazendo o elogio da justiça.

Fiz parte, em 1930, da Comissão Central de Sindicância, devido à insistência daquele notável e saudoso varão, que foi Florivaldo Linhares, que não aceitou a minha excusa, por residir eu em Campinas. Pois bem: ao encerrar essa Comissão os seus trabalhos, solidária com o movimento de 1932, tive a honra de ouvir, na despedida, de seu presidente, que era juiz de direito: “Em minha comarca, v. tem o que quiser; até sentenças, sem ler”, o que representava, para mim, o maior elogio que eu poderia receber.

Como vêdes, a preocupação de cumprir o dever e de fazer justiça já me proporcionou tantas satisfações à alma, entre as quais, silenciando outras, a de ser paraninfo, em Campinas, duas vêzes, e, agora, a da homenagem a vossos professôres, nesta Casa, na pessoa daquele que mais tempo vos acompanhou, dada a extensão do curso de Direito Civil.

Não refiro êsses fatos para me vangloriar, e sim para explicar o sentido de vossa escolha, e para calar mais fundo, se possível, em vossos corações, o amor ao trabalho perseverante, e a preocupação de cumprir o dever e fazer justiça. De Leôncio Correia é êste pensamento: — “Não ha nada mais fácil de praticar do que uma injustiça, e nada mais difficil de esquecer do que uma injustiça”, reproduzindo, talvez sem o saber, os conceitos de Platão, em seu *Gorgias*, de que a injustiça é o maior mal da alma, e de que é melhor sofrê-la do que fazê-la.

* * *

Durante os vossos estudos, vistes como o direito organiza a vida social, dando-lhe a estabilidade, que a mantém.

Mas, viver é lutar, disse o poeta, e isso se verifica não apenas nos organismos vivos, vegetais ou animais, mas também na vida espiritual de cada um, e na vida social, também ambas em contínuas alterações. Nada ha de definitivo no mundo, disse Duguit (1): tudo passa, tudo se transforma, e, o sistema jurídico, que está em vias de elaborar-se atualmente, deixará logar um dia para outro, que os juristas sociólogos do futuro terão de determinar.

Falar em transformações orgânicas ou sociais, é recordar que elas resultam do princípio da solidariedade, e, pois, da cooperação. Sem ela não se fará o produto; é ela que lhe dá valor, e não o trabalho individual, como pretendeu Marx.

(1) *Las transformaciones del derecho privado*, p. 22.

As transformações, quando lentas ou paulatinas, se dizem resultado da evolução, e, quando rápidas, ou violentas, se dizem operadas pela revolução; mas em ambos os casos se pode verificar a involução, ou seja o aniquilamento, a morte. As sociedades, como as línguas, como os vegetais e os animais — dizem — nascem, crescem, vivem e morrem. Mas devemos guardar-nos de confundir transformações, com morte; assim, por exemplo, não morreu o latim, que continúa a viver nas línguas românicas, em que se transformou. Igualmente não se pode dizer que o direito esteja em declínio (Ripert), (2) que a liberdade esteja em decadência (Halévy), (3) que se verifica um retrocesso à Idade Média (Bardioeff, Gettel), ou a volta ao estado da natureza, pelo desaparecimento da cultura (Chyrippio, Spengler), ou pelas afinidades que manifestam os povos, relativamente a seus pródromos (Rodrigues do Vale) (4). Já Condorcet sustentou que os progressos do homem” pourront suivre une marche plus ou moins rapide, mais jamais elle na sera rétrograde, du moins tant que la terre occupera la même place dans l’univers, et que les lois générales de ce système ne produisent sur le globe ni un bouleversement général, ni des changements qui ne permettraient plus à l’espèce humaine de s’y conserver, d’y déployer las mêmes facultés et d’y trouver les mêmes ressources”.

Há os que pretendem denominar de “humanismo” a fase atual do direito, naturalmente adotando um dos sentidos desse vocábulo — o de indicar a compaixão e o sentimento de benevolência para com outrem. (Essa palavra recentemente até foi empregada para indicar os processos para a supressão da dor em certos fenômenos da vida). Se assim se pretende indicar a predominância dos interesses gerais sôbre os particulares, não corresponderia à reali-

(2) *Le déclin du droit.*

(3) *Décadence de la liberté.*

(4) *Evolução e retorno.*

dade, pois ha muito tempo isso se verifica; se se quer indicar que as classes dominantes passam a ser dominadas por sentimento de benevolência para com as classes inferiores, não corresponderia tambem à realidade. O que ha realmente são transformações do direito, em consequência de imposições da vida social, ou seja das fôrças que lutam na vida social. A sociedade resulta da cooperação, a principio imposta pelo embrião da família, depois desenvolvida pela necessidade da união dos esforços para a luta da vida. Nessa sociedade primitiva problemas surgiram, exigindo a cooperação — seja para luta contra o poder, seja para melhorar as condições da vida social, ou o equilibrio social. E fenômenos se verificam, exigindo adaptações que variam, quando resultantes de causas diversas. A cooperação é a lei da vida social, como a adaptação é a da vida física.

Darwin já demonstrou, examinando a sociabilidade entre os animais, a afeição reciproca e a simpatia entre êles, pela referência ao caso do pelicano cego, citado por Stansbury, e do rato cego, que seus congêneres alimentavam. E Ashley Montagu, professor de psicologia da Rutgers University, em New Brunswick, cita o caso de chimpanzés, ajudando-se uns aos outros, de maneira a mais curiosa, chegando os que estão livres a passar alimentos aos que se acham presos; o de elefantes, que se detêm junto a companheiros feridos, para ajudá-los a se levantarem a a fugirem; e a experiência de Lob Seng Tssi, mostrando a cooperação entre gatos e ratos, quando os primeiros não viram as mães atacarem os segundos, o que o levou a enviar cartões aos delegados das Nações Unidas, em Nova York, com estas palavras:” Se ratos e gatos podem cooperar, porque os homens não hão de poder”?

Assim tambem o homem conserva, graças à sua sensibilidade, uma porção de afeição instintiva e de simpatia para com seus semelhantes, resultante de impulsos semi-conscientes, que a razão e a experiência vêm ajudar. Certos impulsos levam o homem a dominar os seus semelhan-

tes, correspondentes à necessidade fundamental de lutar; e outros impulsos, gerados pela necessidade ou pela simpatia — que são as fôrças de atração, na sociedade — levam os homens a se unirem, para alcançarem, pelo esforço comum, aquilo que não lograriam conseguir por outra forma. Mas as condições sociais se alteram, e outros aspectos se manifestam, levando as fôrças de atração a se encaminharem noutras direções, e assim sucessivamente.

O fim da ética é encontrar uma solução para essa contradição fundamental, evitando a rudeza da luta, e procurando, tanto quanto possível, realizar o equilíbrio social, que é condição de vida e desenvolvimento da sociedade e do indivíduo. Esse equilíbrio se encontra na cooperação, imposta pelas necessidades gerais, e que se deve fundar no amor, na justiça e na igualdade. Isso pode ser observado em qualquer instituto jurídico.

Em matéria de propriedade, por exemplo, temos as duas posições extremadas — defendendo uns a propriedade coletiva, outros, a individual, sem concessões recíprocas. Ora: os fundamentos da propriedade são a liberdade, o trabalho e a inteligência. A natureza não tem a previdente ternura, imaginada por filósofos do sec. XVIII, e que os poetas da antiguidade decantaram, descrevendo a idade de ouro. E não ha região da qual se possa dizer que seja a Acádia, de que nos fala Longfellow, na *Evangeline*. A natureza é madrasta, rude, má, adversa. Em planícies férteis se encontram animais bravios e perigosos, e miasmas de águas pestilentas. O homem os póde combater graças aos poderes da alma, que o distinguem de outros animais. O sinal de sua personalidade sôbre a matéria é o comêço da propriedade. Assim se diz — a natureza reconheceu o seu senhor.

O homem, para trabalhar, precisa de estímulos; ora, a supressão da propriedade individual viria priva-lo dêsses fundamentos do progresso. E, quanto à propriedade da terra, lembra Stuart Mill ser do interesse da comunidade

que a terra produza a maior quantidade possível de elementos, de cousas necessárias ou vantajosas para o homem.

A respeito dêsse direito, vistas, em nossas aulas, que ha muito tempo se reconhece ter a propriedade uma função social, tanto que, em Roma, se o proprietário não cultivasse a terra, era permitido que outrem dela se apossasse, para fazê-la produzir. O não se permitir que os mortos fossem enterrados com as suas jóias, dissemos então, era mais uma prova da função social da propriedade. No antigo direito português, como então vos expús, vêem-se também algumas providências, mostrando que se tomava em consideração o interesse coletivo; assim, se havia terras apropriadas para sementeiras de trigo, não utilizadas pelo proprietário, permitia-se a outras pessoas fazê-las produzir, como se pode ver nas leis de sesmarias, de 1375. Também se alguém tivesse animais próprios para a cultura, e não os utilizasse, era obrigado a cedê-los para aqueles que dos mesmos tivessem necessidade. Nessa ordem de idéias, de se lembrar a propriedade universal, a que se refere Chiaraviglia, (5) diferente, porém, da propriedade coletiva.

Êsses exemplos mostram que não é mister suprimir a propriedade individual, para se atender aos interesses gerais.

Como observa Zino Zini, (6) fundado em Ruskin — a vontade e a inteligência criaram o mundo moderno dos produtores, como a fôrça um dia criou o dos conquistadores; mas cada dia sente-se mais a necessidade de uma simpática aliança entre êsses lutadores, na batalha da vida. Assim como a gente se indignaria vendo um homem robusto abusar de sua superioridade física, para privar de vantagens justas sêres mais fracos, o mesmo acontece quando alguém se limita a amontoar bens, ou abusa de sua superioridade

(5) *Civilizacion del trabajo y de la libertad*, p. 136.

(6) *Proprietà individuale e proprietà collettiva*, p. 249.

intelectual, sem se preocupar com seres privados de todo o bem estar, ou em detrimento deles. Não se deve condenar alguém que procura a riqueza legitimamente, como meio de defesa, como garantia da própria existência; mas não é justo que fique privado do mínimo de bem estar aquele que concorreu para a formação dessa riqueza — o que, já em 1378, determinou o movimento dos Ciompi, em Florença.

Houve época em que se fundava o direito em Deus. Depois surgiu a concepção do direito natural, na qual uma corrente vê a sobrevivência da inspiração divina. Veiu mais tarde a escola histórica, sustentando resultar o direito da vida social.

Ligado o direito, a princípio, à religião e à moral, e constituindo êle as regras de conduta necessárias para o equilíbrio social, era natural a luta entre as emanções do egoísmo humano e os princípios morais, manifestações do altruísmo, fôrça gerada pela primeira, como o princípio da ação e reação, na vida universal. Do jôgo de ambas resultou o equilíbrio social. A economia é uma das formas do utilitarismo, e a colaboração, ou a solidariedade, uma das expressões do altruísmo.

Alguns escritores querem fundar a vida social apenas no interesse econômico, que é uma fôrça egoística, e outros na solidariedade, ou cooperação, que é uma fôrça altruística, oposta à primeira. Ora: a vida social é uma resultante de ambas. Eu o procurei mostrar em artigo sôbre *a transformação dos contratos*.

Tomar em consideração o interesse coletivo, é atitude que o direito sempre adotou, reconhecendo a necessidade de cooperação, sem a qual não haverá vida social; e se atualmente se observam reformas jurídicas feitas ou em andamento, nada mais representam do que a preocupação em se restabelecer o equilíbrio social, que exige, para todos os homens, um mínimo de bem estar, aquele a que têm direito todos os seres humanos, delas privados pelo predomínio das forças egoísticas.

A cooperação é o resultado — ou da imposição do indivíduo mais forte, ou do grupo mais forte, no interesse geral e individual, pois o indivíduo é a base da coletividade, e é, pois, a forma que assume o equilíbrio social, em um momento dado. Mas cooperação não quer dizer organização corporativa, que a experiência demonstrou levar à desigualdade e à opressão, entre os membros dessas organizações. (7)

O solidarismo parte da observação de que a saúde física de cada um depende do estado higiênico de todos, da mesma forma que, a moral social, da saúde moral de cada um. Como a vida física depende da solidariedade de todos os órgãos, da mesma forma a saúde moral — ou a alegria e a felicidade — dependem da cooperação de todos. Será, assim, procurando a felicidade dos outros, que se alcança a verdadeira felicidade.

Quando fiz exame de admissão à Escola Normal “Caetano de Campos”, o livro adotado, para a prova de francês, era *La première année de lecture courante*, de Guyau. As histórias que li nesse livro ficaram profundamente gravadas em meu espírito, como lições de uma beleza moral extraordinária. Mais tarde, quando estudei Ética, vim a saber que êsse escritor tinha procurado mostrar, com êsse trabalho, que é possível estabelecer uma moral independente da religião. Em uma das histórias dêsse livro, sob o título — “Os desejos. Onde está a felicidade?”, uma mãe pergunta a seus tres filhos como cada um se julgaria feliz. O primeiro queria ser um general, para dar ordens a tropas e impôr a todos a sua autoridade. O segundo queria ser um rico habitante da cidade, passeando de sobrecasaca e de luvas brancas, e fazendo-se admirar por sua riqueza. O último disse: “Minha mãe: Não sei se serei general ou soldado, rico ou pobre; mas eu que-

(7) GUILLERMO CABANELLAS, *Los fundamentos del nuevo derecho*, p. 274.

ria ver todo o mundo feliz ao redor de mim, eu queria ver todo o mundo me sorrir”. A mãe o abraçou, e disse-lhe: “Muito bem, meu filho! É vendo todo o mundo feliz, é procurando fazer a felicidade dos outros, que se alcança a verdadeira felicidade! Sê bom, e serás feliz!”

Para melhorar a situação dos que sofrem, a educação moral, na família e na escola, realizará verdadeiros prodígios. Com ela, ter-se-á reforçado e aperfeiçoado o fundamento ético, de modo que o individuo não venha a sacrificar o princípio ético-jurídico, que é a fôrça específica do organismo social. Assim veremos homens que não concordarão com atentados à lei, e que compreenderão que a paz social se encontra no bem estar da coletividade. Graças a Deus ha, em nossa sociedade, elementos nos quais se mantêm vivos êsses princípios, constituindo a esperança de que êles adquirirão, entre nós, a fôrça necessária, integrando o Brasil no grupo daquelas nações em que vigem o culto à lei e o princípio de cooperação. Para isso alcançar, formulemos votos para que o nosso ensino não se limite à educação física e à intelectual, mas que a educação moral venha completá-lo, ajudado por uma literatura didáctica, que faça frutificar o exemplo de Guyau.

* * *

Meus caríssimos paraninfados!

Ides inciar a vida prática na véspera de início de um novo Govêrno, eleito pela Nação, e a vosso espírito naturalmente acudirão, em face dos acontecimentos posteriores às eleições, pensamentos como o de Lieber: “As leis e as instituições não são mais do que fórmulas mortas, se não funcionam”; e o ensinamento do direito romano — *Legum servi sumus ut liberi esse possumus* — Sejamos servidores da lei, para que possamos ser livres.

O novo Govêrno tem tarefas ingentes a realizar: combater a amoralidade, com a qual se acumpliciam aqueles que, tendo poder e daí o dever, não mandam apurar abu-

sos por parte dos que se aproveitam das posições, para delas tirarem o maior provento ilícito possível; combater a inflação, que se desenvolve assustadoramente, concorrendo para a exacerbação das dificuldades econômicas e sociais; pôr fim a leis de exceção e inconstitucionais, praga contra a qual já clamava Calderón, em sua pátria, em 1920 (8); resolver problemas sociais, que nem ao menos tem sido estudados, e de que são um exemplo as “favelas”, especialmente na Capital Federal, onde se apresentam com um caráter grave, pois sua população tem aumentado constantemente, sendo atualmente de mais de 500.000 pessoas, sem que se conheçam estatísticas sobre as condições sociais delas e sobre a situação higiênica de suas habitações; pôr em ordem a nossa vida econômica e financeira; e trabalhar por um Brasil maior e melhor, que se possa apresentar de frente erguida perante as demais Nações. Que Deus oriente êsse Govêrno, para o bem da Pátria amada! E que êsse Govêrno venha a receber, afinal, a bênção do Brasil!

O destino vos levará para a advocacia, a magistratura, a política, ou seja para posições de grande importância social. E muitos de vós, acredito, virão sentar-se a nosso lado, ou em nossos logares.

Do advogado, diz o *Digesto*: que em Roma não se permitirá o exercício da advocacia, senão às pessoas dignas (C. II-VI, 1.6, § 3); e que “os advogados que esclarecem as questões duvidosas, e que, por seus esforços e talento, tanto nos assuntos públicos como nos particulares, salvam umas vêzes de ruína iminente, e devolvem outras, uma fortuna perdida, não são menos uteis ao gênero humano do que os que defendem a pátria e a lei, com armas na mão. Não creio, por isso, que militem apenas os que estão armados de espada, escudo e couraça, mas também os advogados militam na verdade, defendendo, com sua eloquência e ta-

(8) *La libertad y el derecho.*

lento, os direitos dos que sofrem, alimentam suas esperanças e salvam as vidas de seus clientes e de seus filhos” (C., II-VII, 1. 14).

O juiz, o advogado, o político, o mestre, não estão em planos diferentes. O advogado defende o direito; o juiz o aplica; o político o adapta às novas condições sociais; o mestre o ensina. São funções que se completam. Sòmente espíritos tacanhos podem imaginar que o advogado e o juiz estejam em polos opostos. Os advogados procuram esclarecer as questões, debatendo-as; o juiz vem como um elemento desempatador, por assim dizer, dando razão à parte que a tem, depois de pesar, na balança da justiça, as razões apresentadas pelas partes. Como um juiz mau não desmoraliza a magistratura, também um mau advogado não deve deslustrar a advocacia. Os órgãos do Ministério Público exercem tarefas de assistência e proteção, semelhantes às dos advogados.

Essas funções são, em suma, a defesa do direito e da lei, a prática da justiça. Os advogados e os magistrados são sacerdotes do Direito e da Justiça. Da importância de sua missão, bem alto dizem as vestes talares com que se apresentam.

Entre os nossos praxistas, figura Guerreiro, que escreveu nove alentados volumes, em latim, como o faziam os praxistas, e todos com observações ou notas, em tão grande quantidade, que levam o espírito a avaliar o tempo empregado na elaboração desses trabalhos; e corôou a sua vida escrevendo um volume em português, em 1759, intitulado *Escola moral, política, cristã e jurídica*. Neste, depois de dois capítulos intitulados “Ao leitor benévolo” e “Ao leitor malévol” (êste bem mais extenso do que aquele), e do próêmio, entra nas “lições”, que se desdobram em quatro “palestras”. Essa obra está cheia de ensinamentos, que devemos recordar cada dia, entre os quais êstes: “Todo o bem da República consiste em que inviolavelmente se observem as leis, que a governam”; recordando palavras

de Justiniano — “que o Imperador, de quem depende a saúde da República, não só deve estar cercado de armas, mas também acompanhado de leis”; lembrando conceitos de Cícero — “Assim como o corpo não pode viver sem alma, assim a Cidade não pode sustentar-se sem leis”; e que “muitas cidades se defendem sem muralhas, porém sem leis nenhuma se conserva”; que a justiça é “rainha de todas as virtudes”, e “povo sem justiça é corpo sem alma”. Não quero deixar de lembrar as palavras dele sobre o conceito de justiça, a qual, “conforme o jurista, é: *Uma constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito; convém a saber: a Deus, obediência; a si mesmo, santidade; ao maior, reverência; ao igual, concórdia; ao menor, doutrina; ao inimigo, paciência; ao pobre, misericórdia; e por isso é a Justiça Paz dos povos, guarda, e amparo da Pátria; privilégio, e isenção dos súditos, temperança dos ares, serenidade do mar, fortuna da terra, alegria dos pobres, cuidado e regalo dos enfermos, herança dos filhos, e ao mesmo Rei fiadora abonada da Bemaventurança, que espera, como escreve São Gregor. no livro 5 dos Anais*”.

São conceitos que recordam os de Platão — “Da mesma forma que ha uma ordem, uma harmonia, que dá saúde e fôrça ao corpo, ha uma ordem, um equilibrio da alma, que se obtém pela justiça.

Cícero, no *De amicitia*, lembra que todas as cousas do mundo estão sujeitas às leis da simpatia e da antipatia. E nós podemos acrescentar que uma das formas de converter a fôrça de repulsão em fôrça de atração, as auras que se repelem em auras que se atraem, é ter a constante preocupação da justiça, da qual é uma das formas a solidariedade ou a cooperação.

Deve também o homem fortalecer a sua alma, mostrando que êle é um bom lutador, não se deixando abater pelos revezes, que sofrer: antes êles devem levá-lo a redobrar de esforços, lembrando-se sempre de que “querer é poder”. Para vencer na vida, é preciso que o homem

“queira”, aplicando, na realização de seu objetivo, todos os esforços. Paul Doumer publicou um livro magnífico — “Vouloir c’est pouvoir”, com um repositório dos mais lindos ensinamentos, mostrando que só os fracos, os covardes, os pusilânimes, é que se deixam abater.

Flammarion fala, em uma de suas obras, da pedra lunar, a cujo toque os individuos sentem-se transportados para uma região ideal, onde reina uma primavera eterna, em que se não observam as lutas da natureza, para restabelecer o equilíbrio rompido, em que se não vê o tumultuar das paixões, por isso que nessa região somente ha corações que se procuram, espíritos que se atraem, almas que se unem. Ali não existe a lei da repulsão, porque assim como não ha flor sem perfumes, ali se não encontra coração sem bondade, espírito sem a idéia da solidariedade.

Se êsse ideal é inatingível, todavia, servindo ao ideal de justiça, e, portanto, ao da solidariedade, ter-se-á melhorado consideravelmente a vida social e a vida individual.

* * *

Meus caríssimos afilhados!

Estou certo de que, no coração e no espírito de todos vós, estão as idéias que acabo de expôr.

Durante o vosso Curso, demonstrastes a preocupação de assimilar as noções que nós, professores, vos transmi-tíamos, e assim constituís uma pleiade brilhante, da qual nos orgulhamos. E, em vosso trato quotidiano, procurastes cercar de simpatia a todos nós. Por tudo isso, bem podeis avaliar o entusiasmo e a cordialidade que nos empolgam neste momento, e a certeza, que temos, de que triunfareis na vida, tendo como alicerce o trabalho perseverante, como inspiração, a justiça, e como finalidade servir ao ideal, que, diz Rénan, consiste em fazer o bem, descobrir a verdade e realizar o belo.

Com a vossa partida, não vos separareis de nossa querida Faculdade, que conta convosco para manter as suas gloriosas tradições, e que acompanhará carinhosamente os vossos passos.

Como a luz do sacrário, que precisa ser renovada constantemente, assim também os fachos de luz, que tornaram gloriosa esta Casa, precisam ser renovados constantemente, para que essa glória se mantenha. E ela conta convosco para se manter esplendorosa a luz que outros filhos seus acenderam, e que as gerações acadêmicas vêm mantendo carinhosamente.

Pelas campanhas, em que a mocidade das Arcadas se tem empenhado, em prol da Pátria, do Direito e da Justiça, tem-se a impressão de que a Faculdade é um altar, com os seus ministros e os seus devotos, com a água benta, que abençôa, e o turíbulo, para incensar êsses símbolos, quais numes tutelares de um culto sempre vivo em nossa coração e em nosso espírito.

A sombra dêsses numes, imbuídos de um grande amor, de uma fé ardente e de uma vontade férrea, vencereis, e deixareis um rastro luminoso de vossa passagem pela vida.

São os votos ardentes de vossos professores, hoje colegas e amigos, que se unem a vossas famílias e a vossos outros amigos, acompanhando, com um “Excelsior”, o brado que parte de vossos corações e de vossos espíritos — pela Rátira, pelo Direito e pela Justiça!

IN MEMORIAM

Manuel Francisco Pinto Pereira. (*)

Ernesto Leme

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

Ao se encerrarem as inscrições para o concurso de professor substituto da Segunda Secção — Direito Internacional Público e Privado, Direito Público e Constitucional, na vaga aberta com a promoção de Teófilo Benedito de Souza Carvalho a catedrático, entre os candidatos que se apresentaram, Braz de Souza Arruda, Antônio de Sampaio Dória, Luís Antônio Cavalcante de Albuquerque Barros Barreto e Alfredo Ulson, surgiu o nome de Manuel Francisco Pinto Pereira.

Aqui se formara na turma de 1913 e desaparecera após no interior de Minas, trocando a sua profissão de dentista pela beca de promotor, em Santo Antônio do Machado, de onde passou a juiz municipal no termo de Muzambinho. Alternava as suas funções judiciais com as de professor no Liceu Municipal. E nesta Faculdade se revelara um aplicado estudante, obtendo distinção, grau dez, em tôdas as cadeiras do quinto ano.

Nascera em Silvestre Ferraz, aos 27 de maio de 1889. Aí fizera os cursos primário e secundário. E todos se capacitavam de seu alto merecimento, pois “O Estado de São Paulo” lhe franqueara as colunas e “O Estado” sòmente admitia a colaboração de inteligências de prol.

(*) Discurso proferido a 30 de agosto de 1956, na sessão solene da Congregação, em memória do prof. Manuel Francisco Pinto Pereira, no 30.º dia de seu falecimento.

Como isso viera a dar-se? E' curioso referi-lo. Pinto Pereira publicara, em 1916, "A Mulher no Brasil". A obra havia obtido sucesso, pelas idéias que continha e por seu lavor literário. Olavo Bilac escrevera ao autor, afirmando que o seu livro revelava "um escritor de raça". E o trabalho interessou a Júlio Mesquita, o qual, referindo-se ao jovem mineiro, que assim se estreava nas letras, disse um dia a um dos auxiliares de redação: "Êsse rapaz é pernóstico, mas tem talento; diga-lhe que mande um artigo para o jornal"... Essa foi a primeira manifestação de alguém da grande Casa, em referência a Pinto Pereira; a última, foi no dia de seu sepultamento, através as carinhosas palavras de seu necrológio...

A alusão de Júlio Mesquita devia ter exercido grande influência no ânimo dêsse moço: o rapaz pernóstico de 1917 converteu-se depois no homem modesto, mais do que isso, humilde, que nós todos conhecemos.

Ao se escrever um dia a história da imprensa em São Paulo, no primeiro quartel do século XX, há de ganhar relêvo, através a pena dos escritores, o papel exercido por êsse esplêndido conjunto de homens, que tôdas as noites se reuniam na redação d'"O Estado de São Paulo", em tórno da figura de seu Chefe. Na casa veneranda de Américo de Campos e Rangel Pestana e na qual, ao lado de Júlio Mesquita, pontificavam Nestor Rangel Pestana, Plínio Barreto e Amadeu Amaral, enquanto Léo Vaz e Sud Mennucci faziam sua entrada vitoriosa na carreira das letras, os mais variados têmeas submetiam-se à apreciação de espíritos de escol, como Arnaldo Vieira de Carvalho, Alfredo Pujol, Ricardo Severo, Oscar Freire, Monteiro Lobato. Filinto Lopes a todos encantava com a sua verve inesgotável. Amigo fraternal de Amadeu e de Júlio de Mesquita Filho, à roda dos mais velhos se juntava Roberto Moreira, que desde os tempos da Academia já conquistara as esporas de cavaleiro, como orador e como poeta. A um canto, silencioso, apoiando na mão a cabeça pensativa, encontrava-se



Manuel Francisco Pinto Pereira.

um moço de menos de trinta anos, que viria mais tarde iluminar um decênio da vida nacional, para desaparecer rapidamente no espaço, como um fulgurante meteoro: Armando de Sales Oliveira... E “O Estado”, que fôra a casa de Euclides da Cunha e Magalhães de Azeredo, era nesta cidade o pouso predileto de Olavo Bilac.

O filho de Laureana Pinto Pereira, a antiga preta escrava, a cuja memória o filho dedicou uma de suas teses de concurso, em comovente ofertório, teve o privilégio de viver essa época e, no aconchêgo das salas da redação, escutar êsses grandes homens...

Ao disputar pela primeira vez um lugar na Congregação, tinha Pinto Pereira trinta anos de idade. De acôrdo com as disciplinas da Seção, ofereceu, como de lei, as dissertações seguintes: *Os Estados da Federação Brasileira podem julgar-se no gôso da soberania?* para Direito Público e Constitucional; *Qual a situação da soberania dos Estados, em face da Organização da Liga das Nações?* para Direito Internacional Público; e *A mulher brasileira casada com estrangeiro perde a nacionalidade?* para Direito Internacional Privado.

Os que assistiram às provas do concurso testemunham a sagacidade e o brilho com que se houve Pinto Pereira. Argüido, sucessivamente, por Spencer Vampé, Souza Carvalho, Reynaldo Porchat e Manuel Pedro Villaboim, foi habilitado unânimemente. Coube a cadeira a Braz de Souza Arruda, mas, em virtude de sua aprovação nesse concurso, foi Pinto Pereira nomeado livre-docente de Direito Internacional Público e Privado, aos 14 de outubro de 1925. A 13 de novembro de 1928, recebeu o grau de doutor. A 8 de maio de 1931, também foi nomeado livre-docente de Direito Constitucional.

Deveria Pinto Pereira aguardar oportunidade para disputar, em novo concurso, a cátedra ambicionada. A de Direito Público Internacional, com a separação dessa cadeira da de Direito Internacional Privado, foi preenchida por decreto de 6 de maio de 1925, com a ascensão de Braz

de Souza Arruda, então professor substituto; para a de Direito Público e Constitucional, na vaga de Herculano de Freitas, foi nomeado, após concurso, a 8 de fevereiro de 1927, Antônio de Sampaio Dória. Transferiu-se êste, mais tarde, para a cadeira de Direito Internacional Privado, na vaga de Souza Carvalho. Essa a matéria da predileção de Pinto Pereira. Restava-lhe, assim, o recurso de tentar as provas de outra disciplina, o que fêz, em 1936 e em 1938, disputando, com Lino de Moraes Leme e Alvino Lima, uma cátedra de Direito Civil. Habilitado em ambos os concursos, foi nomeado livre-docente dessa cadeira, aos 16 de setembro de 1936. Também se inscreveu, em 21 de outubro de 1937, no concurso para provimento da cadeira de Legislação Social; mas, não chegou a apresentar a dissertação obrigatória.

A que elaborou para o concurso de Direito Internacional Público, em 1919, e à qual deu o título — *Nationum de Potestate Suprema praecipueque Brasiliæ* —, reeditou-a em 1920, com um prefácio de Clóvis Bevilacqua e o título — *Soberania das Nações*. “Esta dissertação do sr. dr. Pinto Pereira”, afirma Clóvis, “coloca-nos diante de um espírito forte e lúcido, que procura compreender o problema complexo e fugidio das relações políticas internacionais, com a nobre ambição de trazer o seu contingente à solução, que tem ocupado as mais formosas inteligências do mundo. É um belo esforço, digno dos mais calorosos aplausos, por ser a expressão da confiança na eficiência e no prestígio moral do direito, que, alargando, tende a dominar, de modo integral, os interesses humanos, que se manifestam na vida internacional”.

Não se há de supor, em verdade, que uma sociedade das nações seja a negação da soberania dos Estados que a formam. Como já então doutrinava Pinto Pereira, “cada qual das nações possui um complexo de bens e de coisas, predcados peculiares; formam-lhe o patrimônio, pertencem-lhe, colocando-a nesta ou naquela situação, para mais

ou para menos. O que não pesa no cômputo da independência, que o *jus inter gentes* lhe reconhece. Èle as solidariza, na *societas gentium*, onde a auto-limitação da soberania nacional é simplesmente a confirmação da personalidade jurídica dos Estados livres”, (*Soberania das Nações*, p. 27). E’ o mesmo conceito expresso por Clóvis Bevillava no final do prefácio, nesta forma lapidar: “Simple convívio dos Estados sob o direito internacional, ou “organização política da sociedade mundial”, a *societas gentium* não implicará a negação da *suprema potestas* de cada Estado, antes condicionará a plena afirmação da mesma, segundo a tese expressa em puro latim pelo estudioso autor desta bela monografia, da mesma forma que a sociedade civil não importa negação da capacidade jurídica do indivíduo, antes é condição de sua existência”.

Em seu primeiro concurso de Direito Civil, a dissertação apresentada por Pinto Pereira cogitava *Do sujeito de Direito nas Fundações Privadas*, (1936), trabalho êsse que reeditou em 1955. No segundo, estudou *Aspectos da Ausência no Direito Civil Pátrio*, (1938).

Abordando a primeira dessas teses, faz obra de direito e obra de filosofia. Assunto quase inexplorado pelos nossos escritores, é submetido pelo autor a um ângulo de apreciação deveras interessante: “. . . são os destinatários das fundações os seus sujeitos mediatos de direito; são, pois, os seus sujeitos basilares, como beneficiários do *fim* a realizar-se; e os administradores são os seus sujeitos-imediatos, na sua função de agentes realizadores do *fim*, em proveito dos destinatários. E a mira do direito está posta no conciliar os fatos, que brotam na expansão da vida social, em se lhes afeiçãoando. Destinatários *potenciais*, ou destinatários *atuais*, são êsses os sujeitos *mediatos*; e, assim, constituem, fundamentalmente, os verdadeiros sujeitos de direito, nas fundações privadas”, (*op. cit.*, p. 95).

Ao examinar o problema da *Ausência*, Pinto Pereira, após os dois capítulos liminares, cogita da ausência presumida, do curador do ausente, da abertura da sucessão

provisória, do interesse do ausente, da sucessão definitiva, do interesse dos sucessores, dos efeitos quanto ao estado civil. E, no derradeiro capítulo, fala na necessidade de aliar “a *progressão no tempo* e a *projeção no espaço*: é para que as duas se corrijam, e ambas se completem”, (*op. cit.*, p. 128).

E justifica o asserto: “ . uma e outra, em concôrto permanente, são fôrças propulsoras do desenvolvimento humano: a *progressão no tempo* é a consulta à experiência, sob a voz dos luminares da história, a fim de que saibamos como sentiram os nossos maiores, e por que forma transformaram em realidade os anseios que sentiram; a *projeção no espaço* analisa o comportamento de cada povo, ao entender e resolver problema que a todos foi contemporâneo; compara a atividade própria de cada qual, com a atividade peculiar dos demais povos, ao concretizarem o mesmo ideal, que a um só tempo os empolgou”, (*ibidem*).

No instituto da ausência há de se cogitar, todavia, não só do interesse do ausente, como do interesse de terceiros e do interesse relativo aos bens existentes. E, assim, escreve o autor da monografia: “Ao cômputo da lei se apresentam, por então, três ordens de interesses: I) interesses atualmente relevantes; II) interesses decrescentemente relevantes; e III) interesses progressivamente relevantes: os primeiros são os do ausente, cuja vida se presume; os segundos são os do presumido morto, cuja sucessão provisória já se abriu; e os terceiros são os dos respectivos sucessores, já na posse dos bens dêle”, (*op. cit.*, p. 131).

Examinando-se a produção jurídica do professor Manuel Francisco Pinto Pereira, além das dissertações que escreveu, para os dois concursos de Direito Civil, e para o concurso de professor substituto, em 1920, pouca coisa encontramos fora do campo do Direito Internacional Privado. O *Casamento e Divórcio no Direito Civil Internacional*, editado em 1924, é a sua obra mais importante. Estabelece um marco, em sua evolução intelectual no campo de sua especialização, na qual sua tese *De alieno feminae brasi-*

liensis connubio é o ponto de partida. Na Revista da Faculdade de Direito e em outras revistas jurídicas vão surgindo os seus vários ensaios — *Comunhão de fato entre cônjuges italianos, sôbre bens adquiridos no Brasil, Cônjuges e desquitados brasileiros: divórcio de uns e novas núpcias de outros no Uruguai, Direitos de família no Direito Civil Internacional — Relações pessoais dos cônjuges, Do desquite de cônjuges de nacionalidade diversa: mulher brasileira, marido estrangeiro. Lei aplicável, Feição contemporânea do Direito Internacional Privado, Indenizações a estrangeiros*. Ao lado desses, outros trabalhos se encontram: *Competência da Justiça Federal, Do pátrio poder, Do fascínio das cidades grandes, O Brasil e o professor primário, Modeladores do direito...*

Latinista profundo, deveu a Júlio de Mesquita Filho sua nomeação para professor dessa disciplina, no Colégio Universitário, aos 15 de maio de 1934. Saudou na língua de Cícero ao saudoso Mestre Francisco Morato, quando lhe foi conferido, por esta Faculdade, o título de professor emérito...

Amante da música, era flautista exímio, em sua mocidade; e cultor da eterna Beleza, também reverenciou as Musas, compondo excelentes versos. Mas, fora de sua atividade no magistério e na advocacia, em que colheu notáveis triunfos, especialmente no fôro criminal, Pinto Pereira foi, acima de tudo, orador. Dominando a tribuna, com uma facilidade de elocução simplesmente admirável, empolgava os auditórios.

Ouvi-o a primeira vez em Jaú, por volta de 1927, quando ambos participamos de uma caravana do Partido Democrático, sob a chefia do professor Reynaldo Porchat. O mestre de Direito Romano era um orador ateniense, expondo suas idéias com lógica, em frases musicais, que nos ficavam cantando nos ouvidos. Pinto Pereira era a tempestade, trovejando objurgatórias contra os govêrnos e faiscando sobre a multidão a luminosidade de seus tropos. As palavras vinham-lhe aceleradas, como um carro veloz que

fôsse ladeira abaixo, sem encontrar empecilhos. . Escutei-o de outras feitas, em solenidades cívicas, em comícios políticos, em festas familiares: sempre empolgante, sempre perfeito. Em Bragança, num improviso eloquentíssimo, arbatou os assistentes, invocando, num curso de onomatopéias, o bater de papos e pacoeras...

Conheço dêle, impressos, três discursos: que proferiu, em espanhol, no Colégio de Abogados de Buenos Aires, a *Oração aos Riopardenses*, em nome do Diretório Provisório do Partido Democrático e *Ruy, Grandeza d'Alma*, com que encerrou as comemorações da cadeira de Direito Constitucional, que então regia, no centenário do nascimento de Ruy Barbosa.

O primeiro é um hino à amizade brasileiro-argentina; o segundo, de sentido político, é um brado de chamamento aos cidadãos de São José do Rio Pardo, para que viessem engrossar as fileiras dos idealistas, que se reuniram no momento em torno do Conselheiro Antônio Prado; o terceiro, é o exame da personalidade moral de Ruy, de quem sobrelevava, acima da inteligência e da cultura, o aspecto humano de uma grande vida.

São José do Rio Pardo foi, com efeito, uma terra predestinada. As margens do rio, que dá o nome à cidade, traçou Euclides as páginas fulgurantes d'*Os Sertões*; elegeu-a Armando de Sales Oliveira para nela pregar, em 1935, o novo evangelho. E, oito anos antes, um patriota sincero, filho de gente humilde e valorosa, erguia a voz analisando a situação do Brasil, e conclamando as elites para que tomassem o seu lugar na grande campanha.

Discursando, há vinte e nove anos, sôbre a “tarefa gloriosa das elites brasileiras”, é como se hoje falasse: “Embora arredias e ensimesmadas, graças a Deus, as temos. As competências, os talentos, as cabeças pensantes e dirigentes, as energias atuantes, não nos faltam, em qualquer ramo. Apenas andaram até agora, e ainda andam divorciadas da vida política nacional.

“Pareceu-lhes de boa higiene e da melhor profilaxia não se meterem com politiqueiros. Erraram, entretanto, porque, êsses, deixados a sós e à sua vontade, usurpando os direitos do povo, tramam escravizá-lo.

“Reconhecido o êrro, as elites despertam, e dentro em breve, há de lhes renascer a fé; e conosco, senhores, e a nosso lado, no comungar das mesmas idéias, e a professar o mesmo credo, havemos de as ver, assentando na alma do povo brasileiro os lineamentos da nova era, que divisamos prenunciar-se com resplandecências de aurora”... (*Oração aos Riopardenses*, p. 26).

Talvez a mais significativa homenagem prestada a Ruy, no centenário de seu nascimento, tenha tido como teatro esta Faculdade, graças ao esforço e pertinácia de um devotado professor.

Pinto Pereira regia, no momento, a cadeira de Direito Constitucional. Distribuiu entre os alunos duas dezenas de têmeas, sôbre a vida e a obra de Ruy Barbosa. E sôbre êsse aspecto da vida e da obra do Mestre, falava, cada dia, um estudante e, depois, o seu patrono, escolhido entre os mais insignes intelectuais de São Paulo. Foi um desfile imponente. Uma homenagem soberba. E o professor da cadeira falou no encerramento da “Assembléia Ruy Barbosa” sôbre *Ruy, Grandeza d’Alma*. . “O que hoje nos interessa, já não é tanto a excelsitude mental dos homens, quanto o grau de bondade com que o homem exercite o seu saber. A inteligência resplandece; a cultura nos deslumbra; venera-se a bondade”, (*op. cit.*, p. 9).

Percorrendo o *curriculum vitæ* de Pinto Pereira, nesta Academia, chega-se a um resultado espantoso: submeteu-se a três concursos, obteve a livre-docência de Direito Público e Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Civil, regendo, interinamente, as cadeiras de Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Introdução à Ciência do Direito, Economia Política e Ciência das Finanças, Direito Civil. A biblioteca desta Faculdade

guarda suas preleções taquigrafadas, de Direito Internacional Privado, em 1939 e de Introdução à Ciência do Direito. Demonstram elas a competência do mestre e a clareza de sua exposição.

Professor de direito, foi também catedrático de civismo. Quando, a 12 de julho de 1932, procurei o quartel do Batalhão Piratininga, para me alistar como voluntário, entre os soldados da Constituição, já lá encontrei Pinto Pereira, que não era paulista e me precedera na iniciativa. Saimos juntos, para adquirir uniforme, sapato de campanha, cantil. Partimos para Quitauína a 16; e, de lá, rumanos para o *front*. Um dos companheiros de trabalho de Pinto Pereira, jovem advogado, que se encontrava indeciso sobre a atitude a tomar, alistou-se, incontinenti: chegando ao escritório, viu Pinto Pereira, fardado e de quépi à cabeça, tomando as derradeiras disposições para a partida...

Juntos estivemos em São Luís do Paraitinga, recebemos juntos o batismo de fogo, em Queluz. Depois, Vila Queimada, Itapira, Mogi Mirim, Guedes... O término da luta. O retorno para casa. E Pinto Pereira, na altura de seus quarenta e três anos, satisfeito consigo mesmo pelo dever cumprido: dera o que poderia dar à terra de adoção...

Exercendo a atividade forense em Muzambinho e Franca, transferiu-se Pinto Pereira para São Paulo em 1931, sendo nomeado advogado do Banco do Brasil. Em 1934, passou a reger a cadeira de latim, do Colégio Universitário; em 15 de maio de 1937, o governador Cardoso de Melo Neto nomeou-o procurador do Tribunal Superior da Justiça Militar.

Veio, logo após, o golpe de 10 de novembro e a outorga da Carta Constitucional, proibindo acumulação de cargos públicos.

Na Faculdade de Direito, vários professôres foram atingidos por êsse dispositivo: Mario Masagão, desembargador do Tribunal de Justiça; Soares de Melo, juiz de direito presidente do Tribunal do Juri; Gabriel de Rezende Filho,

procurador fiscal da Fazenda do Estado. Nenhum teve a mínima indecisão: demitiram-se todos dos outros cargos que exerciam, para se manterem na cátedra, que dignificavam.

Pinto Pereira tinha, fora daqui, um cargo efetivo: o de procurador da Justiça Militar; na Faculdade de Direito, era simples livre-docente, o que lhe possibilitava, às vezes, precárias substituições. Mas, não titubeou: abdicou das garantias que tinha lá fora, em cargo sumamente honroso, para não abandonar, embora por instantes, a velha Academia. .

Tivemos, nove anos após, a reconstitucionalização. E, possibilitando o art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 9 de julho de 1947, a efetivação dos funcionários interinos, que houvessem prestado serviços à Revolução Constitucionalista, propôs a Congregação da Faculdade de Direito fôsse beneficiado por êsse dispositivo o livre-docente Manuel Francisco Pinto Pereira, que então regia a cadeira de Direito Constitucional, em cuja disciplina fôra habilitado em concurso, em 1920. Preferiu o Conselho Universitário a fórmula já aplicada na Faculdade Nacional de Medicina, com fundamento em parecer do Consultor Geral da República, dr. Odilon da Costa Manso e aprovada pelo presidente: Pinto Pereira foi declarado estável, como servidor público, vencendo remuneração correspondente ao cargo de professor catedrático.

Continuou a trabalhar nesta Casa o nobre lidador. Crises de pessimismo por vezes o assaltavam: julgava-se um fracassado, por não haver chegado a catedrático, sua verdadeira e única ambição. Todavia, quem mais do que êle dera provas públicas de seu merecimento? Quem, por sua consagração à Pátria, mais merecia o reconhecimento de todos? Quem, mais do que êle, se ligou tão indissolúvelmente a estas Arcadas?

À sombra destas paredes venerandas, foi envelhecendo; e chegou ao término de sua carreira e de sua vida. A

artério-esclerose consumia-lhe a resistência. Perdeu a desenvoltura antiga. Arrefeceu-se-lhe o entusiasmo de outras eras. O passo lépido de outros tempos cedia lugar ao andar compassado de agora. Depois, as pernas perderam tôda a vitalidade. Apoiado a uma bengala, ainda se arrastava incerto pelos corredores. Nos derradeiros meses, já nem de casa podia sair. Os olhos exaustos não suportavam mais a leitura. A mente cansada empreendia um grande esforço para reter as amáveis lembranças...

Era um garimpeiro, na descoberta dos bons livros. Sabia os que interessavam a êste colega, ou àquele. Gostava imensamente de presentear. Cerca de quinze dias antes de sua morte, encontrei em casa, sôbre a minha secretária, um paco de livros: era a coleção completa de Salvador Madariaga, que Pinto Pereira me remetia. Fui vê-lo na tarde seguinte e, ao agradecer-lhe a preciosa dádiva, entre muitos outros volumes, que já me havia oferecido, êle me respondeu: “Você é acadêmico; aí está um autor que não pode desconhecer” .

De seu carinhoso desvêlo para com todos, é demonstração eloqüente êste episódio: após o esplêndido triunfo, que lhe deu a cátedra nesta Casa, ia Soares de Melo dar sua primeira lição, quando surgiu Pinto Pereira para assistí-la. E, dirigindo-se ao colega, tão querido de nós todos, assim falou: “Por ocasião de seu concurso, notei que você não tomou muita cautela com o tempo de que dispunha para a preleção. Faz-lhe falta um relógio pulseira; com êle, erguendo o braço, discretamente, o professor pode facilmente medir o tempo de que dispõe, no correr da aula... Trouxe-lhe, pois, como presente, o objeto de que você necessita” . .

Dedicado às suas amizades, era Pinto Pereira aqui bem amado por professôres, alunos e funcionários. Já bem enfermo, fêz questão de ir ao Rio de Janeiro visitar um de seus amigos, homem de lúcida inteligência e excelente

coração, que já havia ocupado postos de destaque no governo e a quem mal incurável prostrara, ainda moço, na incapacidade física. A espôsa desse político recebeu a Pinto Pereira comovida: “De todos aquêles que rodeavam meu marido no fastígio, ninguém mais aparece; o senhor é das raríssimas pessoas que ainda se lembram dêle” . O amigo continua, na inutilidade de uma existência, consumida pelo sofrimento; Pinto Pereira precedeu-o na grande viagem, em busca do perpétuo repouso.

Na antevéspera de sua morte, sábado, 28 de julho, êle ainda sorria, quando eu e Soares de Melo recordávamos certos episódios de sua vida. Já no domingo, quando o visitei, apertou a minha mão fortemente, mas, olhava como quem não me reconhecesse. Caiu sôbre êle a sombra de sua última noite. *The shades of night were falling fast.* . (Longfellow, *Excelsior*). E amanhecia, quando se despediu de nós para sempre.

Fica dêle nesta Casa, que tanto amou, a recordação amável de sua pessoa e o exemplo legado à mocidade por sua grande vida. Do lar humilde de uma antiga escrava ascendeu, pelo seu esforço e pertinácia, à alta dignidade de professor de direito. Foi advogado, membro do Ministério Público, magistrado. Mas, acima de tudo, foi um grande coração.

Ficaria incompleto o seu elogio se não evocássemos neste instante a figura de sua mãe, heroína obscura que, economizando migalhas, do pouco obtido com lavagem de roupa, reuniu o pecúlio suficiente para a educação de seu filho, pondo-lhe na cabeça a luz, que ambicionava. E foi dessa forma, à custa de um sacrificio indizível, que essa mulher admirável deu à Justiça de Minas um promotor e um juiz municipal, ao fôro de Minas e São Paulo um nobre advogado, ao Tribunal Superior da Justiça Militar o seu procurador e a esta Faculdade o mestre insigne, que hoje reverenciamos.

Veio de muito longe, rompendo ásperas veredas; embora com os pés sangrando, venceu a dura jornada e pôde na tórre do ideal assentar o seu pendão. Do berço pobre, que lhe recolheu o corpo ao nascer, subiu até as alturas desta Academia, de onde partiu nos braços de seus colegas e dos moços estudantes.

E para louvar-te quanto mereces, meu incomparável amigo, busca a Congregação as próprias palavras com que um dia exaltaste nesta sala o Mestre de nós todos: "*Tuis laudandis operibus, nomen tuum uniuscujusque nostrum, comitum tuorum, corde, manserit gratissimum ac perenne; gratissimum perenneque, erit quoque tuorum discipulorum omnium memoria*", (1).

(1) (*Revista da Faculdade de Direito*, XXXIV, t. 2.º, p. 78).

O Professor Waldemar Ferreira consagrado Professor emérito.

Realizou-se na manhã de 3 de abril de 1956, na sala João Mendes Júnior, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a solenidade da abertura dos cursos jurídicos. Pronunciou a aula inaugural o Professor GOFFREDO TELLES JÚNIOR, catedrático de Introdução à Ciência do Direito, que teve por tema — *As fontes do Direito e a representação política*.

Antes de proferida essa aula, em sessão solene da Congregação, presidida pelo Professor ALVINO LIMA, vice-diretor da Faculdade de Direito em exercício, êste convidou os Professôres SAMPAIO DÓRIA, BRAZ ARRUDA e HONÓRIO MONTEIRO para, em comissão, introduzirem na sala o Professor WALDEMAR FERREIRA, que havia sido aposentado compulsoriamente, por decreto do Presidente da República, de 26 de março de 1956, afim de receber o título de Professor Emérito, que lhe havia sido conferido pela Egrégia Congregação.

A seguir deu a palavra ao Professor HONÓRIO MONTEIRO, que proferiu o seguinte discurso:

Discurso do professor Honório Monteiro.

“Reabrem-se hoje, festivos como sempre, os cursos jurídicos de nossa Academia e, para maior realce da solenidade, a Congregação da Faculdade de Direito resolveu demonstrar, de público e solenemente, seu alto apreço a

um dos mais ilustres de seus membros, o professor WALDEMAR FERREIRA, conferindo-lhe o título de “Professor Emérito”, na ocasião em quê, por imperativo constitucional, afastou-se êle da vida efetiva, da regência da cátedra de Direito Comercial que, com excepcional brilho, por mais de trinta anos, regeu e nela doutrinou.

Tocou-me, por designação de meus doutos colegas, a desvancadora missão de saudá-lo. Essa incumbência é particularmente grata ao meu coração de discípulo e de companheiro da mesma cátedra. Tôda a minha vida de estudioso do direito está reiteradamente vinculada ao consagrado e de todos nós querido mestre.

Lá pelos idos de 1917, ao tempo em que a carta de solicitador se obtinha mediante exame perante o Tribunal de Justiça, meu examinador foi o professor WALDEMAR FERREIRA, em cujo escritório, já solicitador, iniciei a prática da advocacia e recebi as primeiras lições atinentes à profissão.

De Direito Comercial foi êle o meu mestre e o incentivador á especialização.

Volvidos anos, em 1932, já livre-docente, eu iniciei o magistério universitário substituindo o prof. WAIDEMAR FERREIRA no ensino de Direito Comercial á turma de que fazia parte RUY MARTINS FERREIRA, seu filho.

Nomeado catedrático, foi ainda o mestre quem me deu posse, substituindo o diretor efetivo.

Como vêm, tinha que ser eu o designado para saudar o mestre, no momento em que a Faculdade lhe confere o título de “Professor Emérito”.

Outros dêle poderão dizer melhor e com mais brilho, ninguém, porém, relevem-me, poderia juntar á saudação, maior afeto e gratidão.

Quem estuda a carreira sempre ascendente do mestre verificará, na variada ação em que se desdobra o curso de sua proficua existência, a constância de uma vontade nunca esmorecida, temperada sempre pelas mais puras virtudes



Prof. Waldemar Martins Ferreira, consagrado "professor emérito".

morais e cívicas e norteada por uma aguda inteligência, a serviço dos melhores atributos humanos de cultura, de operosidade, valor cívico e inteiresa moral, que exornam sua personalidade.

Por isso mesmo, sob qualquer prisma por que se encare a vida do professor WALDEMAR FERREIRA, ela se projeta sempre como paradigma.

Do cidadão, do homem público, do advogado, do professor, outros já disseram, com engenho e justeza.

Quero eu, nesta oportunidade, considerar a projecção do mestre através da sua obra de comercialista.

A rigor, o Direito Comercial, versado em língua portuguesa, pode ser dividido no tempo, em três fases, assinaladas por três marcos culminantes.

Numa primeira fase, antes da promulgação do Código do Comércio, pontificaram dois vultos egrégios — o baiano JOSÉ DA SILVA LISBOA — VISCONDE DE CAIRU', e o português JOSÉ FERREIRA BORGES.

SILVA LISBOA legou-nos os "*Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*", a primeira construção jurídica sobre Direito Comercial, em português. FERREIRA BORGES, além das "*Instituições de Direito Cambial Português*" e do "*Dicionário Jurídico Comercial*", redigiu o Projeto do primeiro Código Comercial Português. "SILVA LISBOA e FERREIRA BORGES, disse CARVALHO DE MENDONÇA, escreveram na vigência das mesmas leis e sob a influência das mesmas idéias, enxugaram as penas quase ao mesmo tempo. O fulgor dos seus livros mantêm-se ainda nos nossos próprios dias, porque registraram com admirável cunho teórico em monografias separadas o Direito Comercial e o Marítimo do seu tempo, e, no plano lógico, que seguiram, simplificaram a confusão que os envolvia e, assim, firmaram um marco histórico, na ciência jurídica brasileira e portuguesa"

A segunda fase da literatura jurídica sobre Direito Comercial, culmina e se representa pela figura de CARVALHO DE MENDONÇA.

O Código Comercial de 1850, originário de projeto de autoria de quatro comerciantes e um magistrado, não provocou, durante largo tempo, nenhum trabalho de exposição sistemática do Direito Comercial.

CARVALHO DE MENDONÇA, porém, como proclamam todos, num esforço impar, conseguiu sistematizar o nosso Direito Mercantil, e legar ao Brasil obra de acentuado cunho nacional, pois a doutrina que a estrutura, haurida embora nos grandes mestres estrangeiros, foi moldada na fôrça de nossas tradições jurídicas, quanto nas diretrizes de nossas leis e o direito vivo declarado pelos nossos juizes.

Por isso mesmo foi êle consagrado como o criador e sistematizador do Direito Comercial brasileiro, ao término de sua obra.

Mas a êsse tempo o professor WALDEMAR FERREIRA já vinha e de há muito impondo-se ao conceito de todos como jurista e exímio cultor do Direito Comercial.

A seu respeito dizia CARVALHO DE MENDONÇA, em 1919, em apreciação crítica aos seus *Estudos de Direito Comercial*:

“Não tem passado despercebido os recentes estudos sobre matéria comercial apresentados por uma plêiade de jovens notáveis pelo apuro do trabalho e pela louvável preocupação de manter a tradição do direito nacional. Entre os lidadores nessa obra patriótica, concorrendo para aperfeiçoar o nosso direito comercial, um dos que mais se distinguem é o dr. WALDEMAR FERREIRA, que reúne agora, neste volume, os brilhantes escritos bastantemente conhecidos e apreciados no nosso meio jurídico. Não se trata de um livro escrito como outros livros, mas de uma obra original, recomendável pelo profundo conhecimento revelado pelo autor, das nossas leis comerciais e dos principios científicos que as informam, pelos conceitos assentados, com segurança e simplicidade e ainda pela exposição amena, sempre em boa linguagem”

Todos os domínios do direito comercial, terrestre e marítimo, mereceram, dêsse infatigável trabalhador, o Professor WALDEMAR FERREIRA, o carinho de um trabalho que continuamente foi produzindo para enriquecimento da extensa bibliografia de suas obras.

O curso ministrado nesta casa, quando ainda livre-docente, em substituição ao professor OCTÁVIO MENDES, deu motivo á publicação das respectivas lições, em dois volumes, sob a denominação — *Curso de Direito Comercial*.

Ausente da Patria, em 1932, valeu-se o mestre, que não para, do exílio, para enriquecer a literatura jurídica brasileira de mais um trabalho — *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro* — reunião das conferências proferidas na Universidade de Lisboa.

Nessa oportunidade, em Portugal, durante o exílio, pelos seus trabalhos sôbre direito comercial, foi o mestre consagrado, pelos juristas portugueses — conspícuo comerciante — e, ao mesmo tempo concitado solenemente pela palavra do professor BARBOSA DE MAGALHÃES a escrever um grande tratado de direito comercial “para definitiva consagração de seu nome, dizia, e para grande proveito de todos nós”.

O professor WALDEMAR FERREIRA não ficou indiferente ao convite dos mestres portugueses. De retôrno à Patria iniciou, logo em 1934 a publicação do “*Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*”, que, em razão da instabilidade legislativa, durante o regime ditatorial, resolveu interromper no terceiro volume.

Eis como, sôbre esta obra, apenas iniciada, se pronunciou o professor RAYMUNDO FERNANDEZ, da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires: “obra extraordinária, que em meu conceito iguala e supera a êsse monumento da literatura jurídica de seu país que é o *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA. Felicito-o sinceramente, estimado doutor, e com tôda efusão, porque seu trabalho é magnífico; e unido à

sua multipla e substanciosa produção jurídica, em sua quase totalidade sôbre direito mercantil, revela-o como o primeiro comercialista brasileiro da atualidade”.

Mas a capacidade produtora do mestre é incomum. Como disse GUESTEU PIRES, “tem o privilégio de ultrapassar os limites do tempo ou as contingências da capacidade mental de trabalho”.

Se o “*Tratado* ficara interrompido, ofereceu-nos o mestre, de imediato e como compensação, as *Instituições de Direito Comercial*”, em cinco volumes, e que êle anunciou como sendo um “curso sumário e sistemático, de cunho didático”

Trata-se, porém, de trabalho pensado e meditado, de soberbo manancial de conhecimentos jurídicos.

O professor EDUARDO COUTURE, da Universidade de Montevideu, teve oportunidade de dizer, sôbre a pessoa do mestre apreciando essa obra: “A um livro de *Instituições* não se chega senão depois de um largo processo de preparação. Ainda que pareça exagero, é mais fácil escrever um *Tratado* que umas *Instituições*. No primeiro encontram-se tôdas as matérias; no segundo devem figurar os melhores materiais. A seleção, a condensação e a limitação, eis os grandes méritos de uma obra de tal índole, á qual não pode atingir um professor senão depois de árduas etapas de preparação e de estudos”.

Outro professor, também da Universidade de Montevideu, o professor PEREZ FONTANA, a propósito da publicação da segunda edição das *Instituições* proclama “en el momento actual es el más grande de los comercialistas brasileños”.

E MARIO RIGONDI, professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Pávia, depois de se referir a outros juristas brasileiros, acrescenta: “Entre os continuadores desta ilustre tradição de juristas, figura o autor desta obra que se intitula modestamente *Instituições de Direito*

Comercial, embora pela amplitude do desenvolvimento e profundidade da exposição, a obra se apresente como verdadeiro e próprio tratado”.

E mais não será preciso diser para pôr em evidência a personalidade do professor WALDEMAR FERREIRA como expressão atual do comercialista mais autorizado e de maior projeção nas letras jurídicas nacionais.

Sucedendo, pela primazia, a CARVALHO DE MENDONÇA, não lhe desmereceu a obra, antes completou, com seguro e cunho próprio, a sistematização de nosso direito comercial.

Escrevendo em período tumultuário da humanidade, ou seja, de profundas e permanentes perturbações econômicas e largas comoções sociais, contrastante com a serenidade da época em que CARVALHO DE MENDONÇA escreveu, avulta a ação disciplinadora do mestre, ao plasmar os novos institutos e ao adaptar os existentes ás contingências das condições econômicas, políticas e sociais contemporâneas, que pressionam a atividade mercantil e repercutem na sua disciplina, sem se perder, porém, no emaranhado ou no exagero de doutrinas exóticas, incompatíveis com a tradição de nosso direito e a sistemática de nossas leis.

Eis aí porque o mestre personifica a fase atual da ciência jurídica comercial brasileira.

Professor WALDEMAR FERREIRA:

Conferindo-lhe o título de Professor Emérito, a mais conspícua e dignificante das honras de que dispõe, quer a Congregação da Faculdade de Direito testemunhar-lhe, agradecida, o alto aprêço em que o tem e proclamá-lo, solenemente, mestre entre os mestres”.

Após êsse discurso, o Professor ALVINO LIMA, em nome da Congregação, entregou ao Professor WALDEMAR FERREIRA o título de “Professor Emérito”.

Agradecendo a homenagem que lhe era assim prestada, o Professor WALDEMAR FERREIRA pediu ao Professor ALVINO LIMA que recebesse, como deferência especial à Egregia Congregação, o exemplar, que no momento lhe entregou, do quarto tômo, que naquêles mesmo dia saía à publicidade, da sua *História do Direito Brasileiro*, em que enfeixara as últimas lições dessa disciplina no Curso de Doutorado, e passou a proferir seu discurso de agradecimento.

Oração do professor Waldemar Ferreira.

“Revela-me esta solenidade, na aparente simplicidade litúrgica que a engalana, instante impregnado de singular sugestividade.

Não o dissimulo, antes lealmente o proclamo. Estou a exaltá-lo em meu fôro íntimo, desde que o antevi e me achei a acariciá-lo mentalmente para pasto de minha pobre vaidade e a ruminar as palavras que ora pronuncio, temente da emoção, que certamente me tomaria e em verdade agora me domina.

Sou, como quantos vivem em perene elevação de espírito, naturalmente emotivo; e creio mesmo seja êsse o atributo marcante de minha personalidade. Haverá quem o ponha em dúvida, que não tentarei desfazer. Deveria para isso tocar em problema de ordem psico-analítica, que deixo esvair-se em reticências, mas poderá um dia quiçá resolver-se, se eu lograr a fortuna, que não está ao alcance de minha vontade, de sobreviver a esta grã homenagem, com que estou a ser sagrado ao atingir a cumiada da minha carreira universitária.

São os fados mais caprichosos que a imaginação, a fiandeira de sonhos que dificilmente se convertem em realidade; e os meus bons fados, impelidos pela fôrça divina que me há propiciado muito mais do que fiz por merecer, bem-fazejamente me surpreendem nesta assentada. Como

vos sou grato, senhores professôres e meus eminentísimos colegas, pela parte que nisso tomastes!

Não alimentastes, outorgando-me o título que me reproxima desta escola mais que ilustre e veneranda, quando o tempo traiçoeiramente, de conluio com a lei, dela me afasta; não nutristes o propósito intencional de que êle me viesse pelas mãos amigas do professor ALVINO LIMA, meu velho companheiro de bancos acadêmicos, comigo e com o professor SAMPAIO DÓRIA bacharelado na turma de 1908, e que eventualmente se acha, como vice-diretor, a presidir a esta sessão congregacional.

Sensibiliza-me esta coincidência. Por mercê dela e conivência da saudade, a impenitente convoladora do passado em presente, eu como que me transporto para os dias idos, em quê, provincianos tímidos nas atitudes, premidos de nossa pobreza de recursos, mas audazes na confiança em nós mesmos, nos encontramos nas velhas arcadas, que mais tarde me coube demolir e restaurar, conservando o timbre da tradição que lhes empresta o tono de eternidade, a ouvir PEDRO LESSA, como sábio, filosofar sôbre o Direito, e REYNALDO PORCHAT, como expositor vivaz e eloquente, doutrinar Direito Romano.

Num lance de memória revejo aquêles dias, mas na revisão me detenho e, grato pela recordação consoladora, bemdigo êste instante em que podemos e devemos, nós dois, levantar as mãos bem ao alto, satisfeitos de havermos realizado as esperanças naquele tempo mimadas!

Se as mãos que me entregaram o título de professor emérito são as de um antigo companheiro de aulas, o verbo, que me exprimiu o sentimento dos professôres eminentísimos, é o de antigo discípulo, dos primeiros aos quais lecionei o *jus mercatorum*. Não foi isso nesta casa. Foi na Universidade de São Paulo, que em 1917 aqui fundou cientista insigne, cujo nome relembro como homenagem aos seus méritos e dignidade, EDUARDO GUIMARÃES, antevendo o crescimento de São Paulo, mas que não foi bem compreendido na época.

Fechadas as portas daquela prematura Universidade de São Paulo, os seus alunos para esta se transferiram e aqui se formaram e dois dêles prestigiam a douta Congregação — os professôres MÁRIO MAZAGÃO e HÓNORIO MONTEIRO; e êste que por ela me diz, com a sinceridade de sua estima idêntica á minha para com êle, o significado desta mercê.

Dizei-me, vós que me ouvis, ainda que no mutismo recôndito de vosso pensamento, se estas confluências de imponderáveis não são de molde a enternecer-me e dificultar-me a manifestação de meu agradecimento pela honraria de que me ensoberbeço!

Como não há de ser assim? Qual o sentido do título que se me concede? Aos professôres catedráticos resignatários ou aposentados, diz a lei, “cujos serviços ao magistério forem considerados de excepcional relevância, será conferido pela Congregação o título de professor emérito, cabendo-lhe o “direito de realizar cursos livres, comparecer ás reuniões da Congregação, sem direito de voto, e fazer parte de comissões universitárias”.

Ora, eu já me puz dentro de mim mesmo, em trabalho introspectivo de exame de minha carreira de professor; e o resultado apurado por minha consciência foi o de que nada realizei de excepcional senão apenas que dei ao meu posto o que, em verdade, eu lhe deveria dar, cumprindo exata e lealmente a missão, que disputei e me concedeu, com o beneplácido da douta Congregação, o govêrno de meu País. Desde que busquei o magistério universitário e o obtive, selei comigo mesmo o compromisso de dar-lhe quanto eu pudesse a fim de que eu dêle fruisse as vantagens decorrentes. Queria isso dizer que, para ensinar, eu primeiro teria que aprender, redobrando meus estudos, em amplitude e profundidade. Seria isso essencial para que eu pudesse ensinar, partindo do preconceito de que sômente são claros na exposição ou no ensinamento os que de verdade conhecem as disciplinas que ministram.

Dificuldades certamente se me antolhariam; e eu teria que vencê-las. Primeiro, pela assiduidade no trabalho.

Forma-se inequivocamente entre professôres e alunos contrato bilateral, de ensinamento por parte daquêles e de aprendizado por parte destes; e o Código Civil me dizia que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Por isso cuidei do exato cumprimento da minha. Depois, porque necessitam os professôres de autoridade moral a fim de merecer, senão a admiração, ao menos o respeito dos discípulos, de molde ao estabelecimento de atmosfera de equilibrio ensejadora do entendimento recíproco. Êsse equilibrio, confesso em público e razo, no instante em que entro neste ocaso do meu magistério, jamais se rompeu, nos meus trinta anos de cátedra. Faço esta confissão para gáudio meu por certo, mas para honra dos que, nesse largo trato de tempo, diante dela passaram. Digno de nota é isso porque nunca os cortejei á cata de popularidade, mas sòmente a todos tratei guiado por espirito de justiça que os igualasse no meu apreço.

Sabia eu de resto que não poucas críticas se levantavam contra o nosso professorado e era mister desmontá-las mais com fatos do que com palavras. Nesse sentido foi o meu esforço; mas não apenas o meu, senão de todos os professôres que nestas velhas arcadas vêm ministrando o ensino jurídico, cada um a seu modo, tentando, para sua eficiência, os processos, meios e práticas usados nas universidades estrangeiras.

Não há porém método algum que tenha a virtude de instilar conhecimentos jurídicos a quem não os queira adquirir. Não é fazendo brilhar, pela compressão agitada, os fundilhos nos bancos acadêmicos, mercê da inquietude provocada pela desatenção durante as aulas, que se aprende direito. Para que se desenvolva o senso jurídico dos estudantes, pelo exercício do raciocínio técnico na solução das controvérsias, é indispensável que êles sejam realmente estudantes e não apenas rapazes ou raparigas, (pois é consideravel agora os contingentes destas) matriculadas nos cursos jurídicos. A diferença entre uns e outros é sensível.

Que existe, por isso mesmo, um como que desajuste entre professores e alunos, é evidente. Se êstes arguem contra aquêles a desídia de uns, o despreparo de outros, ou as exigências e rigores descabidos de outros mais; aquêles deploram sobretudo o desinterêsse dêstes pelas aulas, de que se mostram ouvintes aéreos e apressados, desafeitos ao estudo, eventuais ledores de imperfeitas apostilas nas proximidades dos exames que lhes dêem aprovação, ainda que em grau mínimo, para a conquista, ao cabo de cinco anos, de vistoso passaporte para o futuro.

Agrava-se essa situação ano a ano com o aumento considerável dos candidatos aos cursos jurídicos: é a invasão das massas que se verifica também neste setor, comprimindo, avassalando e quebrando o padrão do ensino. Não impede o desdobramento das aulas que elas mais se pareçam com comícios! Como, dessarte, criar laboratórios, seminários, debates de casos concretos ou de problemas doutrinários, que requerem ambiente de serenidade e de cultura, para que benéficos sejam os resultados?

Dever-se-á desanimar e dar por falido o ensino jurídico? Não!!! Muito haverá que fazer e modificar, ao menos para que, da massa dos matriculados, sobrenadem os estudantes de verdade, dotados de cultura humanística, inteligentes, lúcidos e aptos para o aprendizado jurídico. Dêstes, e sempre foi assim, sairão os homens insignes que tomarão sôbre si as responsabilidades pelo engrandecimento da Nação; e os juristas que empunharão, substituindo-nos, as tochas sagradas que, nestas arcadas, uma geração passa á que lhe sucede, fazendo a caminhada da eternidade. E a nossa velha e mais que centenária Faculdade de Direito prosseguirá na sua faina gloriosa e fecunda.

Disso estou eu convicto e seguro. Conheço-a bem. Sei quais são as fontes de sua grandeza e do seu prestígio e se acham na beleza de seu passado e de sua tradição renovadora, que a coloca na sua situação vanguardeira em todos os tempos. E' que ela, na sua velhice, é sempre nova; e é

a mesma na fôrça de mocidade, que a anima e aviventa, no suceder das gerações. Eis porque eu creio nela, como na aurora redentora que o sol, o magnânimo, faz desabrochar nos horizontes, todos os dias, a despeito das nuvens e brumas que lhe tornem cinzenta e plúmbea ás vêzes as cores majestosas que transitòriamente se eclipsam, mas não se apagam definitivamente. Creio nela porque não sou desiludido.

Deixando, em paga de muito ter vivido, as cátedras, que nela ocupei, não alimento nenhuma amargura. Não perdi o cajado dos que avançam no tempo. As armas dos dessa estirpe são, no dizer de CÍCERO, a virtude as letras. Cultivadas em qualquer idade, elas fornecem, mesmo ao fim de vida longa, frutos maravilhosos, pois a consciência de vida passada na honestidade e a memória de grande número de boas ações constituem fonte incessante de alegria.

Assegurando-me vós, senhores professôres e meus eminentes colegas, com o título que me conferis, que os meus serviços ao magistério foram de excepcional relevância, é evidente que pratiquei grande número de boas ações; reiterando vós, meus antigos e últimos discípulos, êsse mesmo asserto — aumentais a minha alegria de tal modo que eu não sei se basta dizer-vos o meu reconhecimento num — muito obrigado! vulgar, mas sincero!

Amen!

**A medalha Teixeira de Freitas ao Professor
Waldemar Ferreira.**

Aprovou o Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Rio de Janeiro, a seguinte proposta apresentada pelo seu antigo presidente e ex-juiz, representante do Brasil, na Côrte Internacional de Haia, dr. LEVI CARNEIRO:

Proposta

“O sr. dr. WALDEMAR MARTINS FERREIRA encerrou, há pouco, por jubilação compulsória motivada pela idade, sua atividade de professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde, durante cerca de 30 anos, regeu, com a maior competência, a cátedra de Direito Comercial. Ao mesmo tempo, a partir de 1919 até agora, publicou, especialmente sôbre essa matéria, numerosas e notáveis obras de merecimento — comentários de jurisprudência, pareceres, análise e crítica das instituições, histórico e comentário da legislação. Pode resumir-se o valor de seu imenso e fecundo labor, nesse setor, dizendo que êle recebeu, e avultou, a sucessão de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA.

Exilado do País, levou á alta cátedra da Universidade de Lisboa sua palavra clara e erudita, traçando *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*.

Deputado federal, investido na presidência da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, seus estudos se estenderam a outros setores jurídicos, quer de Direito Privado quer de Direito Público — sempre com grande autoridade, inexcédível operosidade, profunda e extensa cultura jurídica. Da sua atuação, nesse pôsto eminente, que êle prestigiou, guardam memória indelével quantos a acompanharam; dela sobrevivem documentos imprecíveis nos pareceres que emitiu, alguns dos quais transformados em livros valiosos — como os que tratam dos efeitos civis do casamento religioso, do direito judiciário do trabalho, do compromisso de venda de imóveis.

Ainda mais numerosos, são os pareceres que tem emitido, por solicitação dos interessados, em quase tôdas as principais controvérsias judiciárias do importantíssimo fôro de São Paulo. Paralelamente, exerceu sempre a advocacia.

Consagrou volumes, cujas edições e reedições se têm sucedido, a certos problemas particulares — como os das falências, do conhecimento do transporte ferroviário, das

debentures. Publicou três volumes de um grandioso *Tratado*, que depois refundiu, elaborando as *Instituições de Direito Comercial*, de que já apareceram cinco volumes. Por último, tendo escrito a História da própria Faculdade de São Paulo, também escreveu a *História do Direito Brasileiro*, em três volumes, e a *História do Direito Constitucional Brasileiro* em um volume, ambas provenientes de suas aulas no Curso do Doutorado da mesma Faculdade de São Paulo.

Tôda essa vasta obra erudita e conscienciosa enche uns 50 volumes (vide *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. XLV, pags. 31 a 104).

A de nenhum outro jurista brasileiro vivo será mais numerosa e extensa, mais benemérita e valiosa. Nenhuma terá prestado mais relevantes serviços á difusão e ao fortalecimento da cultura jurídica nacional. Raros se poderão comparar-lhe.

Parece, pois, em todos os pontos de vista, justo e oportuno que o Instituto dos Advogados Brasileiros confira ao sr. professor dr. WALDEMAR FERREIRA a mais alta homenagem que pode prestar — outorgando-lhe a medalha de bronze Teixeira de Freitas, em reconhecimento “de serviços prestados á cultura jurídica do País”.

E’ o que proponho ao egrégio Conselho Superior.

Rio, 20 de março de 1956. — (a). LEVI CARNEIRO.

José Pinto Antunes – Novo Titular da Cátedra de Economia Política.

Nasceu o Professor José Pinto Antunes no dia 9 de março do ano de 1906, em Lorena, a tradicional cidade do Vale do Paraíba, no Estado de São Paulo.

São seus pais João Batista de Azevedo Antunes e Firmina Pinto Antunes, já falecidos.

Descende, assim, de antigas famílias paulistas, pois seu pai é “Azevedo”, da velha estirpe portuguesa que remonta aos tempos de D. Sebastião; e, do lado materno, a sua ascendência entronca-se nos Buenos de Godoi. É quadrineto do Capitão-Mor Manuel Pereira de Castro, filho, por sua vez, de outro Capitão-Mor Manuel Domingues Salgueiro, os quais a história de Lorena registra como sendo os primeiros povoadores da região conhecida pelos bandeirantes, desde 1646, como o “Pôrto de Guaypacaré da Freguesia de N. S. da Piedade.”

Aprendeu as primeiras letras na escola pública dos conhecidos educadores Adolfo Rios e sua mulher Inês de Aquino Rios.

Depois, em 1917, ainda em Lorena, ingressou no Ginásio de São Joaquim, dos padres salesianos, onde se bacharelou em Ciências e Letras, no ano de 1922.

Logo, em seguida, foi para São Paulo, matriculando-se, simultaneamente, na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento, quando agregada à Universidade de Louvain, e na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Bacharelou-se em Filosofia, Ciências e Letras em 1926, e, dois anos após, em 1928, tira o seu diploma de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela nossa tradicional Academia de Direito. Aí, fêz brilhantíssimo curso, destacando-se como o Primeiro aluno de sua turma, sendo, então, laureado, por decisão unânime da Congregação, com o “Prêmio Rodrigues Alves”

Após a formatura, foi atraído pela política, participando das lutas cívicas do Partido Democrático. Depois da revolução de 1932, exilados os seus diretores, assumiu a Secretaria Geral do Partido, que passou a ser presidido pelo Prof. J. J. Cardozo de Melo Neto, em substituição ao Prof. Francisco Morato, o Chefe civil do movimento.

Convocada a Constituinte de 1934, foi um dos quatro Diretores do pleito da “Chapa Única por São Paulo Unido”, como representante da agremiação de cuja Secretaria Geral fôra o dinâmico titular, na fase crítica que sucedeu à derrota militar do povo paulista.

Foi, ainda, um dos fundadores do Partido Constitucionalista, presidido por Armando Sales de Oliveira, sob cuja legenda foi eleito deputado à Assembléia Constituinte de São Paulo, no ano de 1934.

Com o golpe de 1937, abandonou as atividades políticas, voltando a se dedicar, integralmente, à vida intelectual. Faz o curso de Doutorado na mesma Escola onde, antes, se bacharelara, e, ainda em São Paulo, cursa a seção de Ciências Sociais e Políticas da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da nossa Universidade, onde é aluno dos grandes economistas franceses François Ferroux, René Courtin e Pierre Fromont, da Faculdade de Direito da Universidade de Paris.

Logo depois, em 1941, vai para Minas Gerais disputar a Cátedra de Direito Industrial e Legislação do Trabalho na tradicional Casa de Afonso Pena. Vence, em brilhantíssimas provas, quatro notáveis concorrentes e é nomeado titular da Cadeira que exerce até julho de 1956.

Neste ínterim, conquista a Livre-docência de Direito Constitucional na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil Depois, concorre com o Ministro Cândido Mota Filho à cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de São Paulo, classificando-se em segundo lugar, com dois votos para a cátedra e um décimo a menos nas notas finais, em relação ao primeiro classificado.

Volta à Minas Gerais, onde continua a sua atividade didática que foi, sempre, muito intensa. De fato, além de duas cátedras, ocupou, interinamente, a Cadeira de Economia Política, no Curso de Bacharelado, de 1945 a 1951. Foi, ainda, titular da Cátedra de Economia Social e Legislação do Trabalho, no Curso de Doutorado, desde o ano letivo de 1951.

E, em sua terra natal, foi um dos fundadores da Faculdade Salesiana de Filosofia, Ciências e Letras, onde é titular da Cadeira de Psicologia Racional, da seção de Filosofia, tendo lecionado, também, Sociologia Geral, no Departamento Feminino da mesma Faculdade.

É membro correspondente do Instituto Histórico e Geográfico da Bahia, do Instituto da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Social de São Paulo e de outras instituições culturais.

Além da tese com que conquistou a Cátedra de Economia Política na nossa Faculdade e intitulada “A Produção sob o Regime da Empresa”, o Professor Pinto Antunes é autor das seguintes obras, versando os mais variados assuntos jurídicos e sociais:

Raciocracia — Forma Científica de Governo — São Paulo, 1933.

A Filosofia do Estado Moderno — São Paulo — 1934.

A Filosofia da Ordem Nova — A Questão Social e a sua Solução — Rio de Janeiro — 1938.



Prof. José Pinto Antunes, novo catedrático de Economia Política.

Do Sindicato Operário. Apogeu e decadência — São Paulo, 1939.

Da concorrência desleal na Legislação Brasileira — Sinópse do Direito Industrial — São Paulo, 1940.

O Direito da Empresa — Preleções resumidas e mimeografadas (sob a responsabilidade da cadeira) do curso de Direito Industrial e Legislação do Trabalho, professado na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais (2 Vols.), 1942.

Introdução Econômica ao Estudo do Direito — Idem, do Curso de Economia Política (1 vol.), 1946.

Os Direitos do Homem no Regime Capitalista — São Paulo, 1947.

Da Limitação dos Poderes — São Paulo, 1950.

Artigos e Pareceres:

Impõe-se a Unificação Jurídico-Mercantil Universal anteriormente à Unificação do Direito Privado — “Revista dos Tribunais”, São Paulo, vol. 60, 1926.

No Direito Sírio, não há Direito de Representação; outrossim, os irmãos germanos excluem os consanguíneos da vocação hereditária — “Pandectas Brasileiras”, Rio de Janeiro, vol. 5, 1928.

Alvares de Azevedo, o romântico da inteligência — “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, vol. 27, 1931.

Há questão Social no Brasil? — Revista “XI de Agosto”, São Paulo, 1934.

Discursos e Pareceres — Anais de 1935-7 da Assembléia Legislativa de São Paulo.

O Direito ao Emprego — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1941, pp. 563 e segs.

Pressupostos Econômicos das Definições de Direito Industrial e Legislação do Trabalho — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1941, pp. 507 e segs.

A Concepção do Direito Industrial e Legislação do Trabalho — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, vol. 88, pp. 331 e segs., 1941.

Generalidades sobre o Contrato de Trabalho — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1942, pp. 477 e segs.

O Nome Comercial, Homonímia, Pseudonímia. A Insígnia — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, vol. 91, pp. 347 e segs., 1942.

O Direito da Empresa — “Trabalho e Seguro Social”, Rio de Janeiro, Vol. 3, nos 1, 2 e 3, 1943.

A Legislação do Trabalho é uma auto-disciplina do Capitalismo — “Legislação do Trabalho”, São Paulo, vol. 7, n.º 73, pp. 167 e segs., 1943.

O Salário, preço da subordinação. As Gratificações. Outros Complementos — “Revista de Direito Social”, São Paulo, vol. 4, n.º 18, pp. 35 e segs., 1943. “Direito”, Rio de Janeiro, vol. 22, pp. 121 e segs., 1943.

O Gerente e a Legislação Trabalhista. O Contrato Misto. “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, pp. 283 e segs.

Transferências de Lugar e Funções — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1943, pp. 141 e segs.

Concorrência Desleal na Legislação Brasileira — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1943, pp. 141 e segs.

Apogeu e Decadência do Sindicato Operário — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, vol. 95, pp. 34 e segs., 1943.

O Salário, na Consolidação das Leis do Trabalho — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, vol. 96, pp. 579 e segs., 1943.

A Falta Grave e a Fôrça Maior — “Boletim do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio”, Rio de Janeiro, n.º 115, pp. 70 e segs., 1944.

Salário, Participação nos Lucros e Gratificações — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, vol. 96, pp. 579 e segs., 1943.

Auxiliares do Comércio — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1944, pp. 369 e segs.

Gratificações condicionadas ao lucro da Empresa. Ato de Liberalidade do Empregador — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1944, pp. 369 e segs.

O Salário Equitativo. Uma Inovação da Consolidação das Leis do Trabalho — “Minas Jurídica”, Belo Horizonte, vol. 1, n.º 1, pp. 9 e segs., 1944.

Renúncia à Estabilidade — “Minas Jurídica”, Belo Horizonte, Vol. 1, n.º 3, pp. 271 e segs., 1944.

El Problema de la Subordinación en el Contrato individual del Trabajo — “Derecho del Trabajo”, Buenos Ayres, n.º 3, pp. 115 e segs., 1944.

A Participação dos Operários nos Lucros da Empresas — “Digesto Econômico”, São Paulo, n.º 22, pp. 48 e segs., 1946.

Contrato Coletivo do Trabalho. Acôrdo entre Banqueiros e Bancários — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, Vol. 107, pp. 247 e segs., 1946.

Alterações contratuais por Atos Administrativos — “Revista do Trabalho”, Rio de Janeiro, 1946, pp. 11 e segs.

Da Concorrência Pública — “O Estado de Minas”, Belo Horizonte, 26 de Novembro de 1946.

Do partido Político — Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, outubro de 1952.

A Interpretação Econômico-Jurídica da Constituição — “Revista Forense”, Rio de Janeiro, vol. 143, fasciculos 591-2, pp. 21, 1953.

Foi com tal bagagem intelectual, constituída daqueles títulos e com estas obras, atestando uma vida inteira de dedicação aos estudos das Ciências Sociais, que o Professor José Pinto Antunes disputou com seis fortes concorrentes e venceu com galhardia a Cátedra de Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual, em sessão solene da Congregação, foi empossado no dia 9 de agosto de 1956, pronunciando, então, as seguintes palavras, em resposta à saudação que lhe fizera, em nome da Congregação, o Professor Gofredo da Silva Teles Júnior:

Meu eminente Diretor e querido amigo Professor e Doutor Alvino Lima.

Douta Congregação.

Confesso-me gratíssimo a todos pela honrosa presença no ato solene pelo qual assumo a dignidade máxima que, desde os meus tempos acadêmicos, constitui a minha ambição maior e suficiente — ser Professor da Faculdade de Direito de S. Paulo.

Tal como Jacó eu também amava doidamente esta “serrana bela. ”

*“Porém o pai, usando de cautela
Em lugar de Raquel lhe dava Lia.
Vendo o triste pastor que com enganos
Lhe fora assim negada a sua pastora
Como se não tivera merecida
Começa de servir outros sete anos,
Dizendo: Mais servira, se não fôra
Para tão longo amor tão curta a vida!”*

Senhores Professôres,

Como requinte da cortesia e agravamento da emoção designaram VV. Excias., para me dizer as palavras de estilo, a êste amigo de truz que é o eminente Professor Doutor Gofredo da Silva Teles Júnior “meu velho e querido amigo”; sim, “meu velho e querido amigo”, tal como me chamou

quando rigoroso examinador, porque é uma amizade que cultivo há três gerações. Fui amigo da saudosa Dama paulista a Exma. Senhora sua avó — D. Olívia Guedes Penteadó. Distingue-me, em continuação, com a sua honrosa amizade, o casal Gofredo Teles. Assim, também, o neto e o filho de velhos amigos meus é e devera ser mesmo “meu velho e querido amigo”. Por isso tudo é que são suspeitos, por amizade íntima, os elogios que acabo de receber e os “contesto por negação geral. ”

Não devo aos meus pares um programa de compromisso porque vou simplesmente continuar nesta casa a dignificante função de ensinar, que iniciei há 15 anos precisamente, na minha querida Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Não mudarei em nada, porque em nada tenho que mudar.

Ensinei sempre os mesmos princípios — os da filosofia da dignidade do homem e as consequentes aplicações na ordem econômica e jurídica. A liberdade é o meu culto constante. Creio nela firmemente como força criadora e até disciplinadora. A liberdade é o princípio de ordem na Economia e no Direito.

A ordem cristã, e eu sou Cristão da Igreja Católica, a Ordem Cristã, di-lo, com a Sabedoria, Pio XII, “é, essencialmente, uma ordem de liberdade”. A liberdade, acrescentamos, consiste na adesão a uma ordem.

A Economia, cujo conhecimento venho transmitindo aos meus alunos, está sempre ao serviço do Direito porque em função de um ideal de Justiça. Não obedece, pois, a demonstrações matemáticas, mas às imposições de uma vida social com dignidade. Interpreta a realidade para servir de guia à política do bem comum.

Não é, assim, uma ciência indiferente à sorte da pessoa humana. E', como o Direito, uma variedade da técnica de realização da paz consentida, característico fundamental dos regimes democráticos. Não é o saber pelo saber, mas o saber para servir ao homem no caminho do seu grande Destino.

Foi sempre assim que ensinei e hoje, na Universidade de Minas Gerais, discípulos meus, muito superiores ao Mestre, nas cátedras que ocupam, difundem a mesma doutrina, formando as novas gerações para o serviço eficiente do progresso econômico e moral do Brasil.

De minha parte, meus Senhores, devo agradecer, ainda, e especialmente, ao Emérito Professor desta Casa — o Doutor José Joaquim Cardoso de Melo Neto, meu eminente Mestre e meu grande amigo, também o meu antecessor na Cátedra, de que hoje tomo a posse, o melhor do que sei e ensino. Aliás, nós todos, Mestres e alunos, tiramos o conteúdo e a força do Ideal que nos anima, do rico acervo desta Faculdade, a grande mestra do serviço constante pela Pátria comum. Dela, das suas tradições e grandezas, somos todos, e simplesmente, os arautos, com maior ou menor brilho e eficiência.

Antes de terminar estas palavras de circunstância peço permissão a VV Excias. para voltar a minha lembrança e dirigí-la à Universidade de Minas Gerais, e especialmente, ao corpo docente e discente da Nobre Casa de Afonso Pena, com a saudação mais afetuosa e agradecida pela honra com a qual me acolheram entre os seus grandes Mestres e no seio da sua radiosa e encantadora mocidade.

Ao amável povo mineiro dou a certeza do reconhecimento, por toda a minha vida, pelo afeto com que sempre cercou a minha pessoa, suavizando com a bondade da compreensão humana a cruel nostalgia de quem padecia a saudade da família e da terra natal distante.

Meus Senhores.

Afinal, tudo acabou.

Durante 15 anos, com o poeta máximo dos mineiros, eu também cantava e descantava.

*“No meio do caminho tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho
tinha uma pedra
no meio do caminho tinha uma pedra.*

*Nunca me esquecerei dêsse acontecimento
na vida de minhas retinas tão fatigadas.
Nunca me esquecerei que no meio do caminho
tinha uma pedra
tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho
no meio do caminho tinha uma pedra.”*

Afinal, tudo acabou. No meio do caminho não existe mais a pedra do poeta. Dos obstáculos eu fiz a maior vitória da minha vontade teimosa.

Tudo acabou e ainda com Carlos Drummond de Andrade eu continuo a cantar entre satisfeito e desolado:

*E agora José?
sua doce palavra,
seu instante de febre,
sua gula e jejum,
sua biblioteca,
sua lavra de ouro,
seu terno de vidro,
sua incoerência,
seu ódio — e agora?*

*Com a chave na mão
quer abrir a porta,
não existe porta;
quer morrer no mar,
mas o mar secou,
quer ir para Minas
Minas não há mais,
José, e agora?*

*Se você gritasse,
se você gemesse,
se você tocasse
a valsa vienense,
se você dormisse,
se você cansasse,
se você morresse...
Mas você não morre,
você é duro, José!"*

Meus Senhores.

Entro nesta Casa e volto a São Paulo com a mais profunda emoção. E peço a Deus com fervor que me conceda outra graça — a da modéstia, para viver sem orgulho a grande mercê de ser Paulista no Brasil e Professor de Direito na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Meu Diretor. Senhores Professôres. Meus Amigos. A todos, o meu mais profundo e afetuoso reconhecimento pelas homenagens que acabo de receber.

BIBLIOGRAFIA

MIGUEL REALE — “*Horizontes do Direito e da História*”:
Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura, Edi-
ção Saraiva, São Paulo, 1956.

En este nuevo volumen el eminente catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de São Paulo, Miguel Reale, quien con sus anteriores publicaciones se ha acreditado como uno de los más ilustres pensadores jurídicos de nuestro tiempo, ofrece una serie de notables estudios históricos, la mayor parte de ellos sobre cómo ha sido visto en las varias doctrinas el problema de la relación entre lo ideal y lo mudable, entre la justicia y el tiempo. Temis fue Clio y Clio fue Temis. Trátase de una co-implicación que debe existir entre la inspiración de la justicia y su realización histórica a través de normas y de instituciones objetivas. A veces el hombre sufrió ciertamente la dolencia de haber idealizado en demasia lo justo, atribuyéndole características inmutables, eternas, míticas, que constituyen una mera hipóstasis de los más puros anhelos de solidaridad. Pero cuando la justicia ha sido excesivamente idealizada se envuelve en el velo de la distancia, se despega de la existencia cotidiana y de los requerimientos imprevistos de ésta. Entonces parece que el hombre pasa a contentarse con una mera legalidad exterior, vaciando el Derecho de su contenido axiológico propio. “Es menester que el ideal de justicia sea devuelto a la conciencia actuante del hombre, y que el Derecho recobre su antigua dignidad, despojándose de las postizas armaduras técnico-formales con que fue revestido, con la esperanza de hacerlo resistente a los asaltos de la fuerza y de la malicia. Ahora bien, el resultado de este revestimiento fue muchas veces el hecho de que brillase una coraza de precauciones y de prudencias como las que se ven en los museos de objetos medievales, de tal modo que bajo una cota de malla ya no late un corazón de caballero identificado con los valores ideales.” El desenvolvimiento del Derecho en muchos países muestra una creciente pérdida de confianza en el hombre. “Créese en la ley, porque ya no se cree en el hombre, cuando aquélla en realidad sólo vale como expresión objetiva de las virtudes humanas.” De aquí la necesidad de buscar

en la historia el pulso del anhelo por la justicia. “Es posible que una meditación sobre la historia nos haga más conscientes de las razones concretas de la actividad jurídica, de tal suerte que las estructuras y los procesos formales necesarios para garantizar la justicia no se conviertan en barreras para la actualización espontánea de los fines que componen la constante ética del Derecho.” “La justicia y la historia, Temis y Clio, no pueden ser como el sol y la luna alternándose en una ilusoria bóveda celeste. Por el contrario, deben ser hermanas inseparables, para que la justicia se haga historia, trascendiéndola, ya que, por más que hagamos justicia, jamás se agotarán las virtualidades de ésta para emprender nuevos intentos de justicia.”

En la primera parte de este libro el autor recoge un conjunto de ensayos, algunos ya anteriormente publicados, que se ligan entre sí por la preocupación del problema del hombre, y por el propósito de interpretar las cuestiones jurídicas como expresión de la existencia humana, y como componente de la proyección cultural de la especie. Entre estos estudios figuran los siguientes: “Libertad antigua y libertad moderna”; “El Derecho y lo Justo en el crepúsculo de la cultura helénica”; “Cristianismo y razón de Estado en el Renacimiento portugués”; “Hugo Grocio y su posición en la Escuela del Derecho Natural”; “Giambatista Vico, la jurisprudencia y el descubrimiento del mundo de la cultura”; “El Contractualismo: Posición de Rousseau y de Kant”; “Derecho abstracto y dialéctica de la posibilidad en la doctrina de Hegel”; “Nietzsche y el valor de la Filosofía.” Cada uno de estos estudios constituye un ensayo magistral, lleno de información, de nuevas observaciones y de fecundas sugerencias.

La segunda parte de este libro agrupa cinco estudios sobre el pensamiento jurídico brasileño: Avelar Brotero; El culturalismo en la Escuela de Recife; Silvio Romero y Ruy Barbosa. Ofrece esta parte muy especialísimo interés, porque contribuye a proyectar certera luz sobre las mencionadas contribuciones brasileñas a la doctrina jurídica. No hay que olvidar que desde la segunda mitad del siglo XIX, Brasil fue rico en ilustres cultivadores de la Filosofía del Derecho, los cuales poseían no sólo una información cabal sobre todas las teorías europeas, sino que además realizaron nuevas síntesis y aportaron ideas originales muy fecundas.

La tercera parte de este volumen reúne varios estudios que sirven para esclarecer algunos aspectos de la doctrina de Reale sobre la tridimensionalidad del Derecho, subordinada siempre a

las exigencias de un humanismo que se distingue por la situación de la persona humana como valor-fuente de todos los valores y como fuerza propulsora de la dinámica de la historia. A este respecto querría recordar, aunque sea sólo someramente, esta doctrina tridimensional del Derecho, la cual, en mi opinión, constituye un formidable logro del Profesor Miguel Reale.

El Derecho es una realidad histórico-cultural que posee esencialmente tres dimensiones, las cuales constituyen elementos esenciales de toda experiencia jurídica: es un hecho espiritual, en el cual y por el cual se concretan históricamente valores, ordenándose normativamente relaciones intersubjetivas respecto de las exigencias complementarias de los individuos y de la comunidad. Así, pues, hecho, valor y norma son las tres dimensiones esenciales de la experiencia jurídica.

Es preciso, desde luego, distinguir entre el tratamiento filosófico y el científico-positivo de la realidad jurídica. En el plano filosófico, el conocimiento del Derecho como valor suscita una deontología jurídica; como hecho, da lugar a la culturología jurídica; y como norma, lleva a la epistemología jurídica. En el plano científico positivo, la dimensión de valor invita a elaborar una política del Derecho; la dimensión de hecho da lugar a la historia del Derecho, a la etnografía jurídica y la sociología jurídica; y la dimensión de norma origina la Teoría General de Derecho y la Ciencia jurídica técnico-dogmática.

Ahora bien, y esto tiene capital y decisiva importancia, no se puede separar de un modo absoluto y tajante estas tres dimensiones: en cada una de ellas se refleja esencialmente la referencia a las otras dos. En efecto, cualquier norma envuelve una referencia necesaria a una situación de hecho y a un orden de valores. Análogamente, cuando la sociología jurídica estudia el Derecho como un hecho social, advierte que este hecho implica esencialmente referencias a normas y valores. Y, de modo similar, al enfocar el problema de los valores jurídicos se da una referencia esencial a la situación de hecho en que dichos valores deben plasmar, así como también el carácter normativo del instrumento para su realización. Por eso cualquier conocimiento del Derecho es necesariamente tridimensional. Lo que caracteriza a cada uno de los tipos de conocimiento sobre el Derecho es el predominio de la investigación de una de las tres dimensiones sobre las otras dos.

Los estudios que Reale junta en la tercera parte de este libro como aclaraciones a su teoría tridimensional son los siguientes: "El Derecho y la Problemática de su Conocimiento"; "Derecho y

Cultura”, “De dignitate Jurisprudentiae”; “La Teoria Ecológica del Derecho” (vigorosa crítica de la doctrina de Carlos Cossio); y “Para un Criticismo ontognoseológico”.

(DIANOIA — Anuário de Filosofia — 1957 — pág. 404).

MIGUEL REALE — “*Filosofia do Direito*”, 2.^a ed. revista e aumentada. Livraria Saraiva Editora, São Paulo, 1957.

Constitui ocorrência deveras auspiciosa, sob o prisma cultural, o fato de um trabalho de filosofia jurídica, elaborado por autor nacional, se ter esgotado em pouco menos de quatro anos. Isso mostra que, contrariamente ao que a primeira vista pode parecer, e que é afirmado geralmente, o interêsse pelos assuntos filosófico-jurídicos, entre nós está se acentuando e já pode mesmo dizer-se que, a tal respeito, evoluímos consideravelmente nos últimos anos. O Tratado de Filosofia do Direito do prof. Miguel Reale, que agora atinge a segunda edição (1), quando surgiu, foi saudado com entusiasmo pelos estudiosos nacionais, que nele viram um dos esforços mais sérios, já desenvolvidos entre nós, com o objetivo de considerar os problemas jurídicos do ângulo dos princípios filosóficos atinentes ao Direito. O valor do empreendimento veio a ser, pouco depois, reconhecido fora do país, notadamente na Itália, onde se cuidou de traduzi-lo, a fim de que os juristas italianos pudessem entrar em contacto com uma das tentativas mais originais, no sentido de explicar a realidade jurídica. Sem dúvida, essas qualidades intrínsecas da obra explicam, em parte, o interêsse que por ela tem havido e que o desaparecimento relativamente rápido da primeira edição está demonstrando. Mas a par dessa circunstância, deve admitir-se que está havendo uma preocupação maior pelos têmes nela desenvolvidos, pois de outra forma jamais se explicaria, fôsse qual fôsse sua importância, o interêsse demonstrado pelo livro. Se alguma dúvida pudesse existir a tal respeito, bastaria compulsar alguns trabalhos, últimamente publicados no país, e que versam têmes típicos de ciência jurídica, em sentido estrito. Neles aparecem, com relativa frequência, as citações de estudos filosófico-jurídicos, e mais, o que é deveras significativo, o tratamento dos têmes propostos também sob o prisma dos princípios regulativos. Fôrça é reconhecer que a própria obra, considerada em seu conjunto, do prof. Miguel Reale, contribuiu e está contribuindo decisivamente para êsse acontecimento, cuja relevância é das maiores.

E' pena que os estudiosos das disciplinas jurídicas positivas, e notadamente aquêles que se dedicam ao Direito Penal, não tenham ainda se utilizado, como o poderiam fazer com largas possibilidades, 'dos princípios por êle firmados, com base na sua teoria tridimensional do direito. O mesmo poderia lembrar-se aos estudiosos dos têmeas processuais, bem como de Direito Constitucional, em relação aos quais as diretrizes do tridimensionalismo poderiam indicar rumos ainda não suspeitados. Embora não se tenha ainda atingido êsse ponto, que seria o ideal, quanto à influência da filosofia jurídica, tudo mostra que nos estamos dirigindo para lá. E o fato de um livro nacional, referente à materia, ter-se esgotado em tão pouco tempo, ao ponto de exigir uma nova edição, não pode deixar de ser recebido com alegria.

(TEÓFILO CAVALCANTI FILHO).

LEONIDIO RIBEIRO — "*Criminologia*", 1.º Volume. Editorial Sul-Americana. Distribuidora: Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957.

Ao comemorar quarenta anos de fecundo labor, inteiramente dedicado à ciência criminológica, o prof. Leonídio Ribeiro, reúne, em um compacto volume, vários trabalhos, enfeixados sob o título geral de Criminologia. Alguns já são conhecidos dos estudiosos, que a êles recorreram e recorrem, sempre que necessitam de informações precisas sobre os têmeas a que são dedicados. Outros, entretanto, eram inéditos, e vêm enriquecer a nossa já valiosa literatura sôbre os problemas criminais. A nova publicação dos primeiros, porém, é das mais oportunas, pois se trata de trabalhos que se tornaram raros. Abre o volume um substancioso estudo, sob a epígrafe de Antropologia Criminal, que constitui uma curiosa análise tanto da formação da teoria lombrosiana, como da sua importância científica. Talvez o trabalho, sob o aspecto crítico, ofereça interêsse ainda maior, pois procura identificar, entre a multiplicidade de correntes que hoje se esforçam por estabelecer as causas do crime, o que existe de Lombroso, aquilo que subsistiu da pesquisa e das formulações teóricas do grande mestre italiano. Após a leitura do trabalho do prof. Leonídio, mesmo os mais extremados opositores do criminalista italiano terão que reconhecer que, contrariamente ao que se afirmava à epoca de sua morte, não está êle tão morto como parecia, e que à medida que se aprofundam as pesquisas no campo do fenômeno criminal, mais se evidencia que

Lombroso viu, com rara felicidade, um dos seus aspectos mais importantes. Nada, a esse respeito, é mais significativo do que o testemunho de Fr. Agostinho Gemelli, o qual, logo após a morte de Lombroso, assinalava, em artigo que teve a maior repercussão, os “funerais de um homem e de uma doutrina”, para recentemente, em 1951, reconhecer, que a antropologia criminal “realizou conquistas importantes, no campo da ciência, para o conhecimento do homem delinqüente” e afirmar, ao mesmo tempo, que “os discípulos de Lombroso imprimiram novos rumos ao Direito Penal de nossos dias”. Mais talvez do que através das suas conclusões, que continuam a ser objeto de controvérsias, do que pròpriamente através do espírito de sua doutrina, é que Lombroso continui a ser um dos nossos contemporâneos, pelo menos no que diz respeito à parte referente à luta contra o crime, em sentido amplo. Dêle o mundo contemporâneo recebeu o impulso decisivo, no sentido de ser dado ao delinqüente tratamento, ao invés de castigo. Nota o prof. Leonídio Ribeiro, com irrecusável acêrto, que “a preocupação dos modernos criminologistas é tentar resolver o problema da profilaxia do delito, cuja solução depende, em última análise, do conhecimento íntimo de suas causas”. Na obra lombrosiana, essa tendência estava intimamente ligada às teorias que esboçara, a respeito do homem delinqüente. Mas a crítica posterior demonstrou que nenhuma correlação necessária existia entre uma e outra. Daí o ter sido possível a substância daquela primeira preocupação, independentemente das teorias lombrosianas. Neste ponto porém, nem sempre tem havido muita coerência, como bem o demonstra Leonídio Ribeiro, ao aludir à atitude assumida pelo nosso legislador penal, com referência aos anômalos psíquicos. Tais observações se confirmam, quando se estudam fenômenos mais conhecidos e definidos. É o que se dá com referência aos homossexuais — aos quais o autor dedica um substancioso estudo — e também o que ocorre com referência aos psicopatas em geral. Para todos êles, o que se exige é tratamento e não castigo.

O abôrto constitui, de há muito, têmea de preocupação constante do prof. Leonídio Ribeiro. A respeito do assunto, suas opiniões são bastante conhecidas. Travou polêmicas, em várias oportunidades, com os que se esforçaram por instituir no país um regime de liberdade, nesse particular. E logrou ver vitoriosas as teses que sempre defendeu. O Código Penal, entretanto, fêz uma concessão a respeito de abôrto — o de torná-lo lícito, quando a mulher for vítima de estupro — com a qual Leonídio Ribeiro jamais concordou. Neste volume de Criminologia reedita considerações que já expendeu, profligando a solução adotada pelo nosso legislador.

O exercício ilegal da medicina, bem como o tratamento arbitrário, suscitam, diàriamente, problemas da mais variada espécie e gravidade. Últimamente, em São Paulo, tornaram-se mesmo hipóteses frequentes, através de processos em andamento do foro criminal. A êles, o prof. Leonídio Ribeiro dedica alentados estudos, aos quais não falta também o resultado de sua experiência pessoal.

Merece ainda uma referência especial o exaustivo estudo, que o volume contém, referente à dor. A autoridade do prof. Leonídio Ribeiro na matéria é conhecida. Pode afirmar-se mesmo que foi graças às severas críticas que dirigiu à legislação anterior, que se suprimiu a dor dentre os casos de configuração de lesão corporal em nosso direito. Também inclui o volume um substancioso estudo a respeito da prova da identidade, e outro, referente à datiloscopia, assuntos em que a colaboração do prof. Leonídio Ribeiro foi conspícua, pois como ninguém ignora ao seu nome se ligam descobertas de grande significação nesse setor. O livro é, portanto, um repositário de trabalhos de grande valor científico e que retratam, com felicidade, as facetas mais expressivas de um estudioso e pesquisador.

(TEÓFILO CAVALCANTI FILHO).

- (1) “*Ordenações Filipinas*” — Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato del Rei D. Felipe, o Primeiro — Texto, com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida, procurador do município de São Paulo. 1.º volume, Edição Saraiva, 1957.

E' de Savigny a afirmação de que, no campo do direito, o presente se aproxima do passado através de um liame vivo, e se êsse liame nos escapa, podemos quando muito apreender as manifestações exteriores de uma organização jurídica, mas jamais penetrar o seu espírito. Não obstante essa afirmação, dentro da obra de Savigny, se acha comprometida em seu alcance e possibilidades pelas premissas do seu próprio sistema e pelos objetivos que tinha em vista o grande mestre da Escola Histórica, é fora de dúvida que apresenta uma intrínseca veracidade e traduz uma profunda compreensão do mundo jurídico. Uma perspectiva mais ampla desdobra, aos olhos do observador, uma atividade humana, incessantemente desenvolvida através de milênios, com o objetivo de realisar uma ordem social justa. Consoante acentua argutamente o

prof. Miguel Reale, êsse esforço se traduz na fundação de instituições novas, na renovação de outras, já surradas, bem como na elaboração de estatutos complexos. E' porém fora de dúvida que para lá dêsse esforço, a atenção revela fatôres que o condicionam, os quais também apresentam exigências ideais. O pensador moderno, livre das limitações impostas pelo historicismo, ao invés de se ater às razões particulares que explicam os fatos jurídicos na sua historicidade, busca a própria essência, a própria razão de ser da experiência jurídica, através da qual se tornará possível a explicação das experiências parciais. Sòmente por essa forma se poderá alimentar o propósito de conceber uma ordem jurídica que traduz, efetivamente, ou pelo menos procure traduzir, um ideal de Justiça, sem o qual se transformará numa ordenação arbitrária e artificial. A experiência histórica nos revela o aspecto trágico da luta em tôrno do ideal de uma ordem justa, tão bem posta à mostra por Roscoe Pound: de um lado, a preocupação de estabilidade, essencial à vida coletiva, e de outro a necessidade, intrínseca ao direito positivo, de sofrer alterações constantes. O objetivo de estabilidade conduz à fixação de princípios, à descoberta de valores que possibilitem uma ordem social firme e estável; e a exigência da realidade social, em contínua transformação, a que as regras sejam afeitas às suas próprias condições. O grande problema é exatamente o encontrar uma forma de conciliar as duas coisas. A propósito dêle, travaram-se e travam-se ainda vivas discussões, de que a história recolheu e continua a recolher os resultados. Històricamente, porém, êsse problema vital mereceu três soluções, que o mesmo Roscoe Pound indicou serem estabelecidas através da autoridade, da filosofia e da história. Em tôdas elas, porém, se patenteou a necessidade de harmonizar os princípios com as circunstâncias especiais a cada povo, a cada sociedade, a cada comunidade. Ou através da autoridade, ou através do pensamento filosófico, ou finalmente através dos dados históricos, o que é incontestável é que se procurou erigir cada um dêsses critérios a elemento conciliador das duas realidades, ou mais pròpriamente, o elemento que expressa, concomitantemente, as duas tendências. E ainda agora, quando se buscam novos critérios para conciliar a divergência, não se perde de vista a exigência fundamental do ambiente cultural, no qual, de resto, se integra, como uma parte, o próprio direito. Mesmo aquêles como Kelsen que a princípio solucionavam o problema prèviamente, mediante a afirmação de que a realidade social, com as suas exigências, constituia problema extranho ao direito terminaram por se convencer de que todo o direito, para ser direito positivo, necessita de um mínimo de eficácia e a norma jurídica, para que possa

ser eficaz, necessariamente tem que atender a certas exigências do grupo social a que se destina. A tal propósito, a publicação, nos Estados Unidos, da “General Theory of Law and State” veio marcar uma nova orientação, cuja conclusão ainda não pode ser prevista. E que dizer, então, das tendências mais marcadamente sociológicas, como as representadas por Roscoe Pound, Ehrlich, Jerome Frank e o realismo jurídico de Llewellyn? Tôdas essas considerações estão a mostrar que, mesmo as tendências mais idealistas apontam a necessidade de um conhecimento aprofundado da realidade jurídica de cada povo, da experiência particular, conhecimento que pressupõe, necessariamente, a posse da evolução histórica de suas instituições. Daí o acêrto da observação de Savigny, no sentido de que o conhecimento do espírito jurídico de um povo só é possível mediante o conhecimento do liame vivo que o liga ao passado. A experiência de um magistrado do porte do min. Costa Manso já revelara, em tôda a agudeza, essa verdade substancial, bem como a importância que de tal fato resultava para a decisão dos feitos hoje ocorrentes. Daí a preocupação que o grande jurista tinha em conhecer a história dos institutos, socorrendo-se das pesquisas históricas lusitanas. Tudo isso está a mostrar a importância que assume uma iniciativa, como a que agora está sendo levada a térmo pelo sr. Fernando H. Mendes de Almeida, através da Editora Saraiva, de reeditar as “Ordenações Filipinas” (1), cuja influência no nosso direito, notadamente nas instituições civis, foi verdadeiramente decisiva. O conhecimento do nosso direito, sem o conhecimento de suas raízes, é algo impossível. E para alcançar essas raízes, as Ordenações são a fonte primacial. O empreendimento, portanto, é de um valor extraordinário. (T. C. F.)

DR. ALVARO DE SÁ — “*Vendas e Consignações*” (Decreto 28.252, de 29 de abril de 1957). Edição Saraiva, São Paulo, 1957.

Em um volume de 240 páginas, o sr. Alvaro de Sá enfeixou tôda a matéria legislativa a regulamentar, atinente ao imposto de vendas e consignações. Para facilitar o manuseio do livro, organizou cuidadoso índice alfabético e remissivo, pelo qual com facilidade se localizam as regras referentes às diversas questões relativas ao imposto. Também incluiu no volume o autor a parte referente aos recursos, bem como aos julgamentos dos mesmos, pelos órgãos competentes.

(T. C. F.)

“*Consolidação das Leis do Imposto de Consumo*” (Decreto 26.149, de 5 de Janeiro de 1949 com as modificações decorrentes das leis ns. 1.748, de 1952, 2.653, de 1955, 2.428 e 3.085 de 1956). Em apêndice, tôdas as leis promulgadas sôbre o imposto de consumo, de 1952 a 1956.

HÉLIO RODRIGUES — “*Locação, Despejo e Renovatória*”, 3.^a edição, revista, atualizada e ampliada. Livraria Freitas Bastos S.A., 1957.

A primeira edição do livro do sr. Helio Rodrigues, sôbre locações apareceu após a promulgação da lei 1.300. O método de análise e de exposição adotado pelo autor fêz que o trabalho atraísse a preferência dos advogados e magistrados, que dêle passaram a se socorrer, para a solução de questões referentes a despejos e renovatórias. A terceira edição, que agora aparece, tem em vista a legislação sôbre o inquilinato em tôda a sua extensão, isto é, desde a lei 1.300 até a lei 3.085, de 29 de dezembro de 1956. E se mantém a obra fiel ao método que originariamente a inspirou e que lhe deveu a preferência que todos lhe dispensaram. O autor comenta artigo por artigo, confrontando-o com a legislação anterior e, a propósito de cada dispositivo, indica a jurisprudência dos Tribunais. Só êsses pontos já seriam bastante para dar ao livro, um especial intêresse. Foi porém além o autor: organizou uma consolidação de todos os diplomas relativos ao assunto. A chamada lei de luvas cuja importância é conhecida, mereceu também especial consideração. Os principais problemas que suscita foram devidamente analisados. Outro trabalho, que o sr. Hélio Rodrigues empreendeu, e que também se reveste de maior intêresse diz respeito à compilação de todos os dispositivos relativos a matéria de inquilinato, que atualmente se acham em vigor. Como se sabe, não é essa matéria fácil, dada a sucessão de normas que foram sendo promulgadas. Para tornar o livro ainda mais útil, o autor reuniu também tôda a legislação esparsa referente ao assunto. E por último, destinou tôda uma parte do volume a modêlos de formulários, referentes a tôdas as ações atinentes a questões de inquilinato.

(T. C. F.)

MICHEL VILLEY — “*Leçons d'histoire de la Philosophie du droit*”, Librairie Dalloz, Paris, 1957.

Michel Villey, referindo-se aos juristas e aos homens do foro francês, observa, melancôlicamente, que neles predomina a preo-

cupação de utilitarismo, que os leva a repudiar as cogitações filosóficas com respeito ao Direito. Essa observação, mais do que qualquer outra razão deve tê-lo convencido a escrever essas magníficas “Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit” (Librairie Dalloz, 1957), que constituem uma das mais vigorosas apologias da Filosofia do Direito, últimamente realizadas. Aos que dão de ombros aos estudos filosóficos concernentes à jurisprudência, o professor de Estrasburgo, opõe, com energia, quatro axiomas, que procura demonstrar concretamente, através da história do pensamento humano ocidental: a reflexão filosófica é o instrumento insubstituível do progresso do direito; todo o esforço destinado a eliminar a filosofia jurídica está condenado ao insucesso; a ciência jurídica é eminentemente histórica e, finalmente, a chave da história do direito é a história da filosofia. Os que menosprezam os estudos especulativos, para preocupar-se tão somente com as questões de interesse prático imediato, esquecem-se, ou desconhecem, o quanto são devedores aos que se dedicam àquela modalidade de estudos. O progresso jurídico decorre antes da revisão dos princípios que servem de base à ciência, do que propriamente do trabalho técnico. Essa revisão de princípios, que periodicamente se processa, a fim de ajustá-los à realidade da vida e às aspirações superiores da justiça, essa revisão não é feita pelo jurista técnico, que os dá como pressupostos, mas sim pela filosofia do direito. De resto, a exigência filosófica, para o jurista, é tão inelutável, ou mesmo ainda mais inelutável, do que o é para qualquer cientista, ou mesmo para o homem comum. O jurista, como M. Jourdain, faz filosofia sem o saber. É essa uma verdade, que a experiência cotidiana confirma. A experiência do Juri é, a tal propósito, fertilíssima em ensinamentos. Em relação ao jurista, cabe a mesma observação que se costuma fazer em relação aos demais: a de que, ao negar a importância da especulação filosófica, na verdade estão tomando uma posição, filosófica. Nesse particular, são expressivas as observações de Villey, de que os que repugnam a meditação filosófica no campo do direito, o fazem com base em ensinamentos de filósofos autênticos, como Hume, Bentham, Stuart Mill, ou ainda com base nas idéias marxistas. A ciência jurídica, ademais é ciência histórica por excelência. As instituições, os princípios, têm base na tradição, haurem o seu vigor e mesmo a sua estrutura da história. E a chave que abre a porta do conhecimento histórico é a filosofia. A melhor maneira, a mais segura, de compreender e explicar os princípios que informam a jurisprudência é retomá-los nas fontes de onde brotaram, isto é, do pensamento filosófico. A análise histórica

revela que idéias, princípios, hoje correntes, que são intocados a cada instante, inclusive na prática forense, foram um dia formulados por um pensador, a cujo sistema se incorporou. Integraram-se no patrimônio cultural da humanidade, de forma definitiva, e hoje servem de apanágio à atividade prática. Daí o afirmar Michel Villey, que “um grupo de princípios jurídicos tomou forma em Aristóteles, outro em Hobbes ou em Locke, um terceiro em Hegel ou Marx”. Filosofia helênica, o Cristianismo, a filosofia moderna, o naturalismo, deixaram marcas indeléveis no mundo jurídico, esculpindo formas de que não podemos abrir mão. A história revela, um a um, êsses princípios, que servem de embasamento à nossa cultura jurídica, e que para serem bem compreendidos exigem reflexão filosófica. Ainda agora, idêntica elaboração se está processando, e continuará a se processar, sem que os espíritos exclusivamente preocupados em assuntos práticos se apercebam de que trabalham numa atmosfera filosófica, com base em princípios que a meditação sistemática, vai propiciando aos técnicos, aos práticos.

(T. C. F.)

A. F. CESARINO JR. — “*Direito Social Brasileiro*”, 4.^a edição (ampliada e atualizada), 2 volumes, Livraria Freitas Bastos, 1957.

Chega à quarta edição, inteiramente ampliada e atualizada, a conhecida obra do prof. Cesarino Jr., “*Direito Social Brasileiro*”. Esse trabalho, que foi a primeira tentativa de sistematização do nosso direito social, grangeou, desde a sua primeira edição, em 1940, um merecido renome. Quando surgiu, a doutrina referente ao ramo do direito, que regula as relações laborais entre empregado e empregador, estava apenas ensaiando os primeiros passos. Foi o catedrático de nossa Faculdade de Direito quem, com o seu trabalho, lhe deu um decisivo impulso. Representou a obra, como ninguém o nega, um esforço inestimável de ordenação da nossa legislação social, à luz da doutrina jurídica elaborada a largos passos, nos diferentes países, mas especialmente na Itália. Não era fácil essa tarefa, principalmente nas circunstâncias em que foi levada a cabo, quando praticamente não existia um único apoio, nada a que se amparar. Foi, portanto, um trabalho de pioneiro, o que efetuou o acatado jurista. A legislação, em grande parte desordenada, que brotava a jactos, ao sabor das necessidades ocorrentes, foi assim cuidadosamente analisada e sistematizada, ganhando significação e estruturando-se nas suas grandes coordenadas.

Esboçou-se, assim, o sistema do direito social brasileiro, para cuja construção o livro desempenhou importantíssimo papel. Ao realizar a obra, utilizou-se o autor, fartamente, da riquíssima literatura estrangeira, o que lhe possibilitou, ao lado do trabalho de ordenação, o de crítica, no qual apontou os pontos frágeis do organismo e também as correções que deveriam ser feitas. O livro, que tivera papel saliente na tarefa de sistematização do nosso direito social, iria, por isso mesmo, desempenhar papel igualmente importante no trabalho de construção desse mesmo direito. E' que a elaboração posterior teve que levar em consideração as críticas nele formuladas a respeito de vários institutos, muitas das quais foram ouvidas e acatadas pelo legislador. Ao atingir a quarta edição — as anteriores foram-se esgotando com relativa rapidez — o livro se apresentou inteiramente atualizado. Expressa, de forma total o direito brasileiro, no setor relativo às relações de trabalho. E o faz em tôda a plenitude. Desde os princípios gerais, que informam os diferentes institutos, até o exame particular de cada um deles. Uma primeira parte é dedicada aos princípios, com denominação de Sistemática do Direito Social. Outra, ao Direito Assistencial, cuja importância cresce dia a dia. Aos problemas do Direito Corporativo foi dedicada a terceira. Nesta acham-se examinadas detidamente questões de interesse relevante, atinentes à organização das associações profissionais, aos sindicatos, aos contratos coletivos de trabalho, aos conflitos de trabalho, e também a organização e funcionamento da Justiça do Trabalho. Longo estudo é dedicado ao direito processual trabalhista. Uma parte inteira foi reservada ao Direito Previdencial. Reservou o autor todo um volume ao direito do trabalho, pròpriamente dito, o segundo. A matéria, pela sua importância, pela sua complexidade, exigia, naturalmente, desenvolvimento maior, pois é, a rigor, a própria razão de ser do direito social. Tôdas as questões a ela referentes se acham detidamente examinadas, com a indicação das soluções.

Nesta quarta edição, o autor registrou os vários progressos alcançados pela doutrina nacional e estrangeira, bem como pela jurisprudência, atualizando, assim, o livro.

ARNALDO SUSSEKIND — “*Anuário de Legislação e Decisões Trabalhistas*”, Livraria Freitas Bastos S.A., Vol. II (1956), 1957.

Neste volume, o sr. Arnaldo Sussekind, procurador do Ministério Público do Trabalho e membro da Comissão Permanente de Direito Social do Ministério do Trabalho, publica, por ordem alfa-

betica, as decisões da Justiça do Trabalho, de todo o país, referentes ao ano de 1956, e também as leis e decretos, promulgados no mesmo ano, relativos a assuntos trabalhistas. O material jurisprudencial, e legislativo bem como regulamentar, na forma como se acha sistematizado, é de fácil manuseio, o que torna o livro útil para todos os que lidam com assuntos referentes ao direito social. A distribuição dos assuntos, por ordem alfabética, dá ao livro caráter acentuadamente prático, pois torna-o acessível a todos.

ÍNDICE

HOMENAGEM

João Mendes de Almeida Júnior, mestre de processo — Gabriel de Rezende Filho	9
Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior — Miguel Reale	26
João Mendes de Almeida Júnior, aspectos de uma grande vida — Alfredo Buzaid	73
João Mendes Júnior, mestre de direito processual civil — Moacyr Amaral Santos	98

DOCTRINA

Assistência prisional e post-prisional — Eduardo Correia	114
Teoría tridimensional del derecho — B. Mantilla Pineda	154
La scelta del metodo nella giurisprudenza — Luigi Bagolini	164
O «trust» anglo-americano e o «fideicomiso» latino americano — Waldemar Ferreira	182
Os pactos dos direitos humanos — J. Canuto Mendes de Almeida	203
Dos planos e âmbitos do conhecimento do direito — Miguel Reale	226
Conhece-te a ti mesmo — Goffredo Telles Júnior	234

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

As Nações Unidas e os direitos do homem — Antônio de Sampaio Dória	247
O direito de petição — Antônio de Sampaio Dória	264
Discurso de paraninfo — Lino de Moraes Leme	270

IN MEMORIAM

Manuel Francisco Pinto Pereira — Ernesto Leme	285
--	-----

CRÓNICA UNIVERSITÁRIA

O prof. Waldemar Ferreira, consagrado professor emérito	299
Prof. José Pinto Antunes, novo catedrático de Economia Política ..	314

BIBLIOGRAFIA

Horizontes do direito e da História — estudos de filosofia do direito e da cultura — Miguel Reale	325
Filosofia do Direito, 2ª ed., Miguel Reale — Com. Teófilo Cavalcanti Filho	328
Criminologia, 1º vol., Leonídio Ribeiro — Com. Teófilo Cavalcanti Filho	330
Ordenações filipinas, 1º vol., Fernando H. Mendes de Almeida — Teófilo Cavalcanti Filho	331
Vendas e consignações, Álvaro de Sá — Com. Teófilo Cavalcanti Filho	333
Locação, despejo e renovatória, 3ª ed., Hélio Rodrigues — Com. Teófilo Cavalcanti Filho	334
Leçons d'histoire de philosophie du droit, Michel Villey — Com. Teófilo Cavalcanti Filho	334
Direito social brasileiro, 4ª ed., A. F. Cesarino Júnior	336
Anuário de legislação e decisão trabalhistas, 2º vol. Arnaldo Sussekind	337

TABLE DES MATIÈRES

João Mendes de Almeida Jr., maître de procédure — Gabriel de Rezende Filho	9
Scholastique et pragmatique dans la théorie du droit de João Mendes Jr. — Miguel Reale	26
João Mendes de Almeida Júnior, aspects d'une vie exceptionnelle — Alfredo Buzaid	73
João Mendes de Almeida Júnior, maître de procédure civile — Moacyr Amaral Santos	98

DOCTRINE

Assistance en prison et hors de la prison — Eduardo Correia ..	114
Théorie tridimensionnelle du droit — B. Mantilla Pineda	154
Le choix de la méthode en jurisprudence — Luigi Bagolini	164
Le «trust» anglo-américain et le «fideicommiss» latino-américain — Waldemar Ferreira	182
Les pactes des droits humains — J. Canuto Mendes de Almeida ..	203
Des plans et des divisions de la connaissance du droit — Miguel Reale	226
Connais-toi toi-même — Goffredo Telles Júnior	234

CONFERENCES ET DISCOURS

Les Nations Unies et les droits de l'homme — Antônio de Sampaio Dória	247
Le droit de pétition — Antônio de Sampaio Dória	264
Discours — Lino de Moraes Leme	270

IN MEMORIAM

Manuel Francisco Pinto Pereira — Ernesto Leme	285
--	-----

UNIVERSITY CHRONICLE

Professor Waldemar Ferreira Consecrated emeritus Professor	299
Professor José Pinto Antunes, new Professor of political Economy	314

BIBLIOGRAPHY

Horizon of law and history, Studies on culture and Philosophy of Law, Miguel Reale	325
Philosophy of Law, 2nd. ed., Miguel Reale — Commentary by Teófilo Cavalcanti Filho	328
Criminology, 1st. vol., Leonídio Ribeiro — Commentary by Teófilo Cavalcanti Filho	329
Philipine ordinations, 1st. vol., Fernando H. Mendes de Almeida ...	331
Sales and consignations, Álvaro de Sá — Commentary by Teófilo Cavalcanti Filho	333
Lease, Juridically requested removal and Renovation, 3rd. ed., Hélio Rodrigues — Commentary by Teófilo Cavalcanti Filho	334
Lessons of history Philosophy of Law, Michel Villey — Commentary by Teófilo Cavalcanti Filho	334
Brazilian Social Law, 4th. ed., A. F. Cesarino Jr.	336
Annals of Legislation and labour decisions, 2nd. vol. — Arnaldo Sussekind	337

★ *Impresso na* ★
EMPRESA GRÁFICA DA
"REVISTA DOS TRIBUNAIS" LTDA
★ São Paulo ★

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).