





N3-41

Revista
da
Faculdade de Direito

1 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

VICE-DIRETOR

DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. BASILEU GARCIA
DR. MIGUEL REALE
DR. LUIZ ANTÔNIO DA GAMA E SILVA
DR. LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO
DR. ALFREDO BUZUID

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 SOUZA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1953)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CÂNDIDO 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 SOUZA ARRUDA, de Direito Internacional Público
DR. VICENTE RAO, de Direito Civil
DR. MÁRIO MASAGAO, de Direito Administrativo
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. 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. CÂNDIDO MOTA FILHO, de Direito Constitucional
DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, de Direito Internacional Privado
DR. LUIS 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
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO, de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZUID, de Direito Judiciário Civil

DOCENTES LIVRES

- DR. VICENTE DE PAULO 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. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STENVENSON, de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA, de Direito Penal
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de Direito Judiciário Civil
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, de Direito Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de Medicina Legal
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 ARAUJO GRELLET, de Direito Constitucional e de Economia Política
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR, de Direito Constitucional
DR. NICOLAU NAZO, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Internacional Privado
DR. LUÍS ARAUJO CORREIA DE BRITO, 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 SOUSA, de Economia Política
DR. CAIO PRADO JÚNIOR, de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CSERNA, de Filosofia do Direito
DR. SILVIO RODRIGUES, de Direito Civil
DR. JOSÉ GLÁUCIO VEIGA, de Economia Política
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA, de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA, de Direito Penal
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, de Direito Administrativo
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES, de Economia Política

SECRETÁRIO

SR. FLÁVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

1958

VOLUME LIII



COMISSÃO DE REDAÇÃO

PROFESSORES:

DR. BASILEU GARCIA

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA

DR. MIGUEL REALE

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO:

MARIA ANGÉLICA REBELLO

La nueva lei Española de lo contencioso administrativo (*)

Sigismundo Royo Villanova

Reitor da Universidade de Madri, Catedrático de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Madri.

La Ley de 22 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa representa en mi país un paso definitivo en el camino hacia la plenitud del regimen jurídico de la Administración.

Era natural que la gran tradición jurídica española, contenida en nuestros monumentos legales y en la doctrina de nuestros teólogos, filósofos, juristas y escritores políticos moviera a crear un Derecho administrativo inspirado en la Justicia y en el bien común, y al mismo tiempo, a asegurar su cumplimiento.

Este Derecho creado para la Administración y, en parte, por la Administración, tiene dos finalidades: de un lado, dotarla de los medios necesarios para que pueda atender de modo eficaz y conveniente a los servicios públicos exigidos por el interés general; de otro, señalar los cauces jurídicos por donde ha de discurrir la actividad administrativa, fijando los límites de su acción y de sus poderes, tanto en beneficio de la Comunidad como de los propios particulares. De esta suerte, el ordenamiento jurídico de la Administración viene a ser una garantía del eficaz cumplimiento de los fines públicos y, al mismo

(*) Conferência proferida na Sala João Mendes desta Faculdade a 17 de maio de 1958.

tiempo, una garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

El cumplimiento de las normas relativas a la Administración es de interés público, puesto que han sido establecidas para fines públicos, para la buena marcha de los servicios públicos. De otra parte, los individuos y entidades afectadas por los derechos y obligaciones nacidos de esas normas, necesitan, para ejercer con tranquilidad sus profesiones y actividades, disfrutar de seguridad jurídica, tener confianza en la fortaleza de la ley y en la jerarquía de las normas, pensando que no prevalecerán contra ellas los abusos y errores cometidos por los órganos de la Administración. Esta seguridad jurídica es también de interés público; es una condición muy importante para el buen orden de la cosa pública y para la firme y sincera adhesión de los ciudadanos al Estado. Para satisfacer esta necesidad de que la Administración sea ejercida conforme a Derecho, la teoría y la práctica han demostrado que el medio mejor son los recursos jurisdiccionales, esto es, la facultad de acudir ante un órgano imparcial e independiente, pidiendo la anulación o revocación de un acto administrativo.

No quiere esto decir que no existan otros medios útiles para procurar que la Administración pública se ajuste al derecho. Se encuentran por ejemplo, en una buena organización administrativa, a saber en la designación para los cargos públicos de las personas más idóneas por su aptitud moral y técnica, en la fiscalización ejercida por los superiores sobre sus subordinados, en la facultad de darles ordenes e instrucciones, de inspeccionar su gestión, de revocar sus actos, etc.. Tiene también importancia la llamada tutela administrativa, esto es, la potestad reconocida a las autoridades centrales y a sus delegados para intervenir en la administración local y corporativa en un doble sentido, preventiva y repressivamente; a título preventivo, exigiendo para determinados actos la autorización y apro-

bación gubernativas; represivamente, mediante la potestad de suspender o anular acuerdos e incluso de suspender y separar de sus cargos a las autoridades locales y corporativas.

Mas estos medios, tanto el ejercicio de la potestad jerárquica como de la tutela gubernativa, tiene solo el propósito de asegurar la legalidad de los acuerdos y la buena marcha de la Administración. No persiguen la tutela de los derechos e intereses particulares. La protección de éstos no es fin directo, sino un resultado indirecto, mediante una buena organización.

También son útiles en este aspecto un buen procedimiento administrativo y los recursos gubernativos. Así, la intervención de los interesados en los expedientes, mediante la información pública y el trámite de audiencia, la motivación de los acuerdos, la obligación de resolver y de notificar las resoluciones, tienen indudablemente un gran valor. Pero la observancia de trámites y formalidades no asegura por si sola que la resolución de fondo sea legal.

De igual modo, la importancia de los recursos gubernativos es bastante limitada, a pesar de las formalidades con que el ordenamiento jurídico ha intentado perfeccionarlos. Su eficacia real queda disminuida por el hecho de que la Administración es juez y parte al mismo tiempo. Es verdad que tratándose de autoridades administrativas la circunstancia de ser juez y parte no es incompatible con la justicia de la resolución; pero también es cierto que la Administración puede persistir en sus errores al elevarse en la jerarquía administrativa y que a veces un malentendido espíritu de cuerpo puede mover el ánimo del superior a cubrir con su autoridad los errores o culpas de sus subordinados. Finalmente, el celo del interés público, móvil primordial de la Administración, puede inducir a ésta a tomar medidas contrarias a la Ley y al Derecho de los particulares. Y el respeto del Derecho y de la Ley,

esto es, la Justicia, constituye el interés supremo del Estado ante el cual deben ceder los demás intereses públicos.

Por ello, las garantías jurisdiccionales constituyen la defensa mejor de los derechos e intereses legítimos. Con razón ha podido decirse que no se colocó la última piedra del Estado de Derecho hasta que se implantaron los recursos jurisdiccionales contra la Administración.

Por ello nació en España y en todos los países cultos, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo contencioso se estableció en nuestro país según el modelo francés, pero en su evolución ha ido adquiriendo unas notas peculiares, que dan al sistema español una personalidad propia.

No voy a ocuparme del desarrollo de lo contencioso-administrativo desde que fué creado por las Leyes de 2 de abril de 1.845, ni de las vicisitudes políticas del siglo XIX.

Solamente me interesa señalar que había dos tendencias extremas: una, encaminada a confiar lo contencioso-administrativo a los Tribunales ordinarios y con carácter de jurisdicción delegada; esta tendencia, es decir, el sistema judicial puro, triunfó con la Revolución de 1.868. La otra tendencia propugnaba el sistema administrativo puro, confiando lo contencioso a órganos provinciales de la Administración y al Consejo de Estado; este último, con jurisdicción retenida. Este sistema predominó antes de la Revolución del 68 y después de la Restauración monárquica.

La lucha entre estas dos tendencias contrapuestas encontró una transacción en el sistema mixto de la Ley de 13 de septiembre de 1.888. La jurisdicción contenciosa fué confiada a unos órganos constituidos por miembros del Poder judicial y del Ejecutivo; a saber: los Tribunales Provinciales de lo Contencioso y el Tribunal Contencioso-administrativo central, que radicaba en el Consejo de Estado, si bien con independencia.

La Ley de 5 de abril de 1.904 acentuó el carácter judicial del sistema al trasladar el Tribunal Contencioso-administrativo Central al Tribunal Supremo, convirtiéndolo en una Sala del mismo. Después se creó otra Sala más de lo Contencioso.

No voy a ocuparme de las reformas posteriores que tuvieron lugar, principalmente, en el ámbito de lo contencioso-administrativo local y que produjeron una diferenciación, no justificada, entre el régimen jurídico de la Administración del Estado y el de la Local.

Me limitaré a tratar de los puntos generales de la Ley y sus principales innovaciones. En primer lugar de *la reducción del número de Tribunales Contencioso-administrativos y de la acentuación del sistema judicial.*

Según la legislación anterior había 50 Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo y 2 Salas en el Tribunal Supremo, encargadas de esta jurisdicción.

Las Salas del Tribunal Supremo estaban compuestas de un Presidente y de diez Magistrados, de los cuales seis, pertenecían a la carrera judicial y cuatro eran de procedencia administrativa.

El Tribunal provincial estaba compuesto por el Presidente de la Audiencia, dos Magistrados y dos personas designadas mediante sorteo público entre las que reunieran ciertas condiciones, como Catedráticos de la Facultad de Derecho, Magistrados excedentes o jubilados, funcionarios con título de Letrado y Abogados.

La nueva Ley ha introducido en este punto dos modificaciones importantes. Há acentuado el carácter judicial en la composición de los Tribunales y ha sustituido los Tribunales Provinciales por Salas de lo Contencioso-administrativo en las Audiencias Territoriales que son quince.

Las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales están integradas por un Presidente y dos Magistrados que pueden ampliarse en dos más. El Presidente es nombrado entre los Magistrados de la Sala.

Los Magistrados de las referidas Salas se nombrarán: a). Dos terceras partes entre Magistrados con categoría para serlo de la Audiencia Territorial respectiva, por concurso, en el que se estimará como mérito preferente la especialización en Derecho Administrativo. b). El resto por oposición entre funcionarios de las carreras judicial y fiscal, con tres años de servicios efectivos. La oposición tenderá a verificar, además de los conocimientos jurídicos generales, la especialización jurídico-administrativa.

Las Salas del Tribunal Supremo que hoy en día son tres, están formadas por el Presidente y diez Magistrados.

Los Presidentes de dichas Salas serán nombrados entre Magistrados del Tribunal Supremo; y los Magistrados de las mencionadas Salas se nombrarán: a). La tercera parte entre Magistrados con arreglo a las normas que rijan su promoción al Tribunal Supremo. b). Otra tercera entre los Magistrados adscritos permanentemente a la jurisdicción contencioso-administrativa. c). El resto, entre Licenciados en Derecho, pertenecientes a distintos cuerpos del Estado, como por ejemplo, Catedráticos de la Facultad de Derecho, Letrados del Consejo de Estado, Abogados del Estado etc.

Unificación en las materias relativas a la administración del Estado y de la local

Hasta la Ley de 1.956 existía una dualidad de regímenes jurídicos para la Administración Central del Estado y para la local. Esta dualidad entrañaba importantes diferencias. Así, contra los acuerdos de las entidades y autoridades locales cabía, no solo el recurso de plena jurisdicción, sino también, el de anulación. En cambio, contra los actos de la Administración del Estado solo podía interponer recurso contencioso el titular de derechos lesionados.

En materia local era preceptivo como trámite previo el recurso de reposición. Este requisito no regía en los recursos contenciosos contra el Estado.

El recurso directo contra los Reglamentos del Estado estaba vedado a los particulares. En cambio, estos podían deducirlo contra las Ordenanzas de exacciones municipales.

El plazo para recurrir era distinto: un mes, en materia local; y tres meses, si se trataba de la Administración General.

Finalmente, el procedimiento ante los Tribunales Provinciales de lo Contencioso era también diferente, según se refiriera a actos de la Administración local o de la del Estado. Era más sumario y sencillo para los de la primera.

Esto significaba que el particular estaba más protegido frente a la Administración local que frente al Estado, lo cual no era justo porque en uno y otro caso, se trata siempre del Poder Público, de la Administración, la cual debe estar siempre sometida a la Ley sin acepción de personas u órganos.

La nueva Ley ha terminado con este estado de cosas. Ya no se distingue en lo sustancial, entre el Estado y las Corporaciones locales.

Ampliación del ámbito del Recurso Contencioso

La nueva Ley ha extendido considerablemente el campo del recurso contencioso, desde los puntos de vista, subjetivo y objetivo.

Subjetivamente se ha ampliado el concepto de Administración Pública, esto es, el sujeto contra cuyos actos puede recurrirse. Objetivamente, han aumentado las clases de actos de la Administración susceptibles de recurso.

Hasta ahora, a los efectos del recurso contencioso-administrativo, se entendía por Administración Pública la

Administración general del Estado y las distintas entidades que integran la Administración local, quedando excluidas todas las Corporaciones e Instituciones públicas.

En cambio, la nueva Ley considera como Administración Pública: a). La Administración del Estado, en sus diversos grados. — b.) Las Entidades que integran la Administración Local, y, c). Las Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local.

Esto último, es muy importante, porque permitirá someter al conocimiento de los Tribunales Contencioso-administrativos, muchos actos de Corporaciones e Instituciones públicas, que hasta ahora quedaban excluidos por no ser recurribles en alzada ante un Ministerio.

El nuevo precepto permitirá recurrir ante la jurisdicción contenciosa contra los actos de las Corporaciones e Instituciones públicas, siempre que concurren dos requisitos: a). Que se trate de actos sujetos al Derecho Administrativo y b). Que emanen de Corporaciones e Instituciones públicas sujetas a la tutela del Estado o de alguna entidad local.

Dichos actos podrán ser objeto directamente del recurso contencioso-administrativo, salvo que, de modo expreso, fueran susceptibles de recurso en vía administrativa ante cualquier otro organismo o entidad. En este último caso, será recurrible la resolución del referido organismo o entidad, o en su caso, la que apure la vía gubernativa.

La Ley no define que es lo que entiende por *tutela*. Del concepto que de ésta tengan los Tribunales, y, en definitiva, de la jurisprudencia, dependerá el número de Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es de esperar que la interpretación del concepto legal sea amplio, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, que es la de aumentar la protección jurídica de los particulares. Bastará, pues, que exista alguno de los modos de

tutela en relación con una Corporación o Institución Pública, para que ésta quede sujeta al control jurisdiccional administrativo.

Los modos y formas de tutela son muy variados: la creación o supresión de las Corporaciones o Instituciones; la intervención en el nombramiento y separación de sus órganos; la autorización y aprobación de sus acuerdos; la posibilidad de revocarlos de oficio o en virtud de recurso; la intervención en sus presupuestos; la rendición de cuentas etc. Será suficiente que se dé alguna de estas modalidades para que el Tribunal considere que existe tutela.

La ampliación del recurso contencioso en el orden objetivo se opera en virtud de la inclusión de diversas categorías de actos que hasta ahora estaban excluidos, a saber:

1 — *Las disposiciones generales de la Administración del Estado y de las Corporaciones e Instituciones públicas.*

Hasta el presente, como quedó antes dicho, las disposiciones generales de la Administración del Estado no eran recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Solo cabía esperar a que se dictaran los actos de ejecución para recurrir contra ellos.

En cuanto a las disposiciones generales de las Corporaciones e Instituciones públicas, éstas no eran recurribles en modo alguno.

2. — *Los actos de la Administración del Estado y de Corporaciones e Instituciones públicas que incurran en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico y que lesionen intereses directos de los particulares.*

Salvo en materia provincial y municipal, nuestra legislación solo admitía el recurso contencioso contra los actos de la Administración que vulnerasen un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo.

De diversos artículos de la nueva Ley resulta de modo manifiesto que son recurribles los actos de la Administración contrarios a las leyes, aunque no lesionen derechos subjetivos, si afectan a intereses directos de los administrados.

La Ley utiliza una fórmula amplia para expresar los motivos de impugnación, “cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación del poder”.

El Tribunal decide sobre el valor jurídico de un acto juzgándole en relación con el ordenamiento jurídico y con independencia del derecho del reclamante.

Esta extensión del recurso es digna de elogio. Responde a la idea de que en el Estado de Derecho importa no solo que los derechos subjetivos sean respetados, sino además, la legalidad de la Administración; que ésta respete la ley, aunque no tenga enfrente derechos subjetivos. Interesa no solo la observancia de las reglas creadoras de derechos sino de toda clase de normas. Hay normas que obligan a la Administración frente a terceros titulares de derechos y normas que la obligan para consigo mismo.

Cualquier infracción del ordenamiento jurídico constituye un motivo de impugnación. Así pues, la incompetencia, la violación en general de las normas, el error de derecho, el error de hecho, el vicio de forma, son motivos de ilegalidad.

Mención especial merece la “desviación de poder”. Según la Ley constituirá desviación de poder el ejercicio de actividades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

Por amplios que sean los poderes de una autoridad, le han sido concedidos solamente para un fin o fines determinados. Por eso hay desviación de poder cuando se persiguen fines personales de venganza, lucro etc.; incluso hay desviación cuando se persigue un fin público que no es el señalado por la ley, en el caso concreto, v. gr. si con medidas de policía se persiguen miras fiscales.

De esta manera, la jurisdicción contencioso-administrativa tendrá la facultad de interpretar las leyes que han concedido poderes a los órganos y autoridades administrativas, determinando el fin para el que les ha sido otorgados. Así los Tribunales tratarán de descubrir el espíritu de las normas jurídicas, sancionando las violaciones, no de la letra, sino del espíritu de las leyes. Algunos autores han hablado a este respecto de un control de la “moralidad administrativa”, pero es más acertado hablar de un control de la legalidad administrativa legalidad de los motivos o del fin.

Esta indagación será difícil; habrá que determinar en cada caso el fin que ha perseguido realmente el autor del acto; y es fácil comprender que cuando una autoridad usa de sus poderes con un fin inconfesable, no va a tener la ingenuidad de expresarlo. Disfrazará los motivos verdaderos de su acto y, oficialmente, dará un pretexto legal. No siempre será fácil descubrir sus intenciones.

Sin embargo, es muy conveniente acoger este vicio de legalidad dentro de nuestro sistema de lo contencioso-administrativo y que ya figura en otros sistemas progresivos como el francés, el italiano y el alemán. Incluso en nuestra jurisprudencia, a pesar de que la ley no lo admitía expresamente puede citarse algún caso en que el Tribunal Supremo, denotando una vez más su fino sentido jurídico, ha anulado un acuerdo municipal por manifiesta incongruencia entre el medio utilizado y el fin. Así, la sentencia de 21 de junio de 1.944 declaró que los Ayuntamientos están investidos de poderes y tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar la salubridad de las viviendas, que pueden, si llega el caso, ordenar la demolición de las insalubres y que, dictando normas adecuadas, pueden alcanzar el fin que se proponen, pero que no es admisible que descuiden emplear estos medios sustituyéndoles por vías indirectas como, por ejemplo, el establecimiento de un impuesto.

La Ley considerando que se trata de una materia delicada y nueva, en la que conviene unificar la jurisprudencia y sentar criterios, ha admitido en todos los casos, el recurso de apelación ante el Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas en los recursos por desviación de poder.

En lo sucesivo, pues, podrán acudir ante la jurisdicción contenciosa, bien se trate de actos del Estado o de las Corporaciones locales o de las demás Corporaciones e Instituciones públicas, no solo los titulares de derechos lesionados, sino también los agraviados en sus intereses personales.

En este punto, las Cortes introdujeron una importante modificación en el proyecto del Gobierno. Este hablaba solo de los que tuvieran interés en la declaración de que el acto no es conforme al Derecho, o en su anulación. La Ley, en cambio, exige que se tenga un interés directo.

La modificación es muy importante. Si solo se exigiera un interés, sin más aditamentos, cualquier particular podría interponer recurso contencioso contra los actos de la Administración, alegando el interés genérico que podrá tener como ciudadano o habitante, en el cumplimiento de las leyes y en la buena marcha de la administración. Esto supondría dar al recurso contencioso el carácter de una acción popular, abierta a todo el mundo. Esto significaría una amenaza para la buena marcha de la administración que podría ser molestada de continuo con recursos sin fundamentos.

En cambio, si se exige un interés directo, solamente podrán poner en movimiento la máquina jurisdiccional aquellas personas a quienes el acto tachado de ilegal amenaza perjudicarlos o ya les haya lesionado. Este interés directo es una garantía de la seriedad del recurso.

El hecho de que el recurso sea interpuesto por las personas que tienen un interés directo, ¿hace perder a la jurisdicción su carácter objetivo?. Según Arias de Velasco, la jurisdicción no perderá su cualidad de objetiva

mientras permanezca absorbida por la preocupación de la ilegalidad del acto reclamado y de sus consecuencias generales más que del interés del que reclama. La queja será oída, porque se tiene como índice serio de que una ilegalidad ha sido cometida; una ilegalidad que importa corregir en interés de todos, y, especialmente de la misma Administración, aunque también del reclamante. Los recurrentes, continua el citado autor, desempeñan el papel de Fiscales del Poder Público, y, difícilmente, en efecto, podrán encontrarse fiscales más despiertos y celosos que aquellas personas a quienes el acto tachado de ilegal amenaza perjudicarles o ya les ha perjudicado.

Como dice Chiovenda, el particular tiene el poder jurídico de pedir la actuación de la ley, en el interés general de la legalidad administrativa. El particular, como tal, no tiene más que la *pura acción*; este es todo el elemento subjetivo que se encuentra en la jurisdicción de legalidad; en si es jurisdicción de mero derecho objetivo, esto es, actuación de la ley independientemente del derecho individual de cada uno. El interés del particular no es tenido en cuenta ni protegido *en sí*. Existen dos intereses frente al acto impugnado: el interés individual y el interés general, y el primero cuenta solo como condición para hacer valer el segundo.

El interés del particular no es protegido directamente por la ley; recibe una protección indirecta, ocasional, refleja. En esto se diferencian tales intereses *legítimos* de los derechos subjetivos; estos son protegidos de manera inmediata y directa.

El propio preámbulo de la ley alude al interés público contenido en las normas jurídicas. “Porque las infracciones administrativas se muestran realmente, no tan solo como una lesión de las situaciones de los administrados sino como entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan solo no menoscaba

su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública”.

3. — *Los actos tácitos de la Administración.*

La nueva Ley ha establecido con carácter general la doctrina del silencio administrativo.

Esto entraña una garantía muy importante para los particulares.

Sabido es que la finalidad de los expedientes administrativos es dictar una resolución en la Administración manifieste su voluntad respecto de los derechos e intereses alegados por los particulares. La seguridad jurídica exige la desaparición de la incertidumbre del particular en cuanto a sus pretensiones, y que la autoridad defina su criterio en relación con las cuestiones suscitadas por el particular, para que éste sepa a que atenerse. La obligación de resolver constituye una garantía jurídica, porque dictada la resolución, aun en el supuesto de que sea desfavorable a los derechos e intereses del particular, este podrá impugnarla en vía gubernativa y jurisdiccional, según los casos, mediante los oportunos recursos.

Pero la Administración, muchas veces, faltando a su deber general de actuar, que constituye su esencia, observa una actitud pasiva, no responde a las instancias, no falla los recursos etc..

Esta inercia de la Administración puede ocasionar y ocasiona graves daños a los intereses públicos y privados. Por lo que toca a éstos últimos, la pasividad de la Administración puede impedir su defensa jurisdiccional, puesto que si para acudir a la vía contencioso-administrativa, como exigía la legislación anterior era necesaria la existencia de un acto impugnabile, la Administración podría cerrar el acceso a aquella jurisdicción no tomando ningún acuerdo; esto es, guardando silencio.

Por estas razones, y al igual que en el Derecho Privado, se planteó también en el Derecho Administrativo el problema del silencio. El legislador español no había

resuelto, hasta ahora, el problema en carácter general, sino que ha dictado soluciones en algunas ramas administrativas y, en ciertos casos, particulares.

Observaremos, ante todo, que el legislador, en los casos de silencio previsto, da unas veces al silencio un valor negativo, denegatorio, y, otras, las menos, un valor positivo de aprobación. ¿Porqué esta diferente valoración?

Los actos positivos de la Administración crean o modifican o extinguen relaciones jurídicas; introducen, pues, cambios en el mundo del Derecho. De aquí que tales actos sean, en principio, el producto de una labor consciente y reflexiva de la Administración, la cual se ajusta en su elaboración a trámites y formalidades exigidas taxativamente por la ley. Estos requisitos formales son, al mismo tiempo, garantía de madurez y acierto en la resolución, y eficaz salvaguardia de los derechos de los administrados. Sería, por consiguiente, peligroso dar un carácter positivo, afirmativo, al silencio de la administración en todos los casos. La actividad administrativa dejaría de ser obra de la Administración para convertirse en labor de los administrados. Si se multiplicaran los casos de silencio afirmativo, se llegaría al absurdo de hacer prevalecer el interés privado sobre el público y de considerar realizados actos administrativos aún cuando faltasen los elementos de legalidad y de conveniencia. La pretensión mas absurda podría convertirse, por el transcurso del tiempo, en acto de la Administración.

En cambio, dando al silencio un valor negativo no se producen, en general, daños, sino ventajas; no se introducen cambios en las situaciones jurídicas, sino que se mantiene el *statu quo*. Si se considera que la solicitud del particular ha sido desestimada, éste no adquiere el derecho que pide, incluso puede decirse que se confirma en derecho una situación de hecho. En efecto, el particular pedía a la Administración algo que ésta no le ha dado. La interpretación denegatoria del silencio viene a

confirmar este estado de cosas, sacando de dudas, definitivamente, al particular.

Pero el silencio negativo tiene, además, una ventaja: ya existe un acto administrativo impugnabile, esto es, la denegación tácita. Si no fuera así, la Administración podría desconocer los derechos particulares y dejarlos sin defensa con solo negarse a resolver sobre los mismos; es decir, con guardar silencio. De este modo no existiría acto recurrible y se cerraría el acceso a la vía jurisdiccional.

El silencio negativo no produce ningún efecto en la relación jurídica sustancial, puesto que en nada la altera. Ha sido introducido por la ley para asegurar la eficacia de las garantías jurisdiccionales reconocida a los ciudadanos. Como se ha indicado acertadamente, el silencio negativo tiene por fin solamente conseguir el efecto procesal de hacer viable el recurso contencioso; no es más que el preludeo de un pleito.

Las consideraciones anteriores explican que la mayoría de los casos del silencio administrativo previsto por las leyes sean de silencio denegatorio. El silencio administrativo es, pues, el complemento indispensable de la obligación de resolver. Sin embargo, nuestra legislación no había admitido la doctrina del silencio con carácter general; solamente en materia de Administración local ha sido acogido como norma; en la Administración central lo encontramos únicamente en casos aislados. Ello colocaba a nuestro régimen jurídico en situación de inferioridad en relación con otros países que admiten la doctrina del silencio administrativo, con el fin de asegurar, en todo caso, el acceso a la vía contencioso-administrativa. La Ley establece con carácter general la doctrina del silencio administrativo. El artículo 38 dispone que cuando se formular alguna petición ante la Administración y ésta no notificarse su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la demora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su

petición, a los efectos de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

Como se observará el particular no tiene la obligación de denunciar la mora; se trata simplemente de una facultad que le concede la ley para tener acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Acudir a ella, declara el preámbulo de la ley, se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente, de garantía para los administrados frente a las demoras de la administración.

Según el mismo preámbulo, el silencio administrativo no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso.

Por eso, el artículo 38 en su párrafo segundo dispone que, en todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada.

Es también interesante la doctrina de la exposición de motivos sobre la aplicación del silencio positivo de la Administración en los pocos casos en que lo admita el ordenamiento jurídico, así como la validez de plazos más cortos del silencio previstos por otras normas legales. “El régimen general instituido por la ley carecerá desde luego, de aplicación en aquellos supuestos en que otras disposiciones establezcan que, transcurrido cierto plazo, previa o no denuncia de mora, hayan de entenderse estimadas las pretensiones de los administradores, pues en otro caso la Ley, que tiene por objeto instituir garantías de las situaciones jurídicas de los administrados, vendría precisamente a minorarlas.

Lo mismo habrá que considerar, por idéntica razón, cuando otros textos legales o reglamentarios establezcan, en beneficio de los interesados, plazos más reducidos que los que se prevén en esta Ley para que se entienda producido acto presunto.

La Ley no establece dos clases de Recursos

La Ley al tratar de las pretensiones de las partes expone: El demandante podrá pretender la declaración de no ser conforme, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación.

El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considere infringido por el acto o disposición impugnados, podrá pretender, además de lo previsto en el párrafo anterior, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda.

La Ley no instituye los dos recursos que el Derecho francés califica de anulación y de plena jurisdicción. La Ley no lo ha considerado necesario ni conveniente, por varias y fundamentales razones.

Aquella doble calificación carente de tradición en nuestro Derecho, corresponde a la técnica peculiar de su país de origen, que dista mucho de haber sido recibida en España. Nada justifica, por otra parte, enunciar una clasificación de las infracciones y que en las demandas tenga que clasificarse la ilicitud denunciada en tipos abstractos; lo que importa es si existe infracción jurídica, y ante ella más interesa hacer expeditiva la justicia que dificultarla con la imposición de un requisito puramente formal, como él de calificar la infracción precisamente con un nombre determinado, máxime si el error en la

calificación puede determinar que prevalezca el acto, a pesar de no ser conforme a Derecho.

En definitiva la Ley no considera que el fundamento de la procedencia de la acción contencioso-administrativa, sea distinto según los casos. Esencialmente es siempre el mismo: que el acto no sea conforme a Derecho. Tanto la incompetencia, como el vicio de forma, la desviación de poder o la violación de la ley — causa que propiamente comprende las anteriores — pueden servir de fundamento a las pretensiones de anulación y a las de plena jurisdicción, y, en cualquiera de las hipótesis, la sentencia estimatoria siempre contiene idéntico pronunciamiento básico: la declaración de ilicitud del acto y, en su caso, su anulación. Sobre esta unidad sustancial, las diferencias que pueden señalarse no son suficientes para configurar dos recursos autónomos, máxime no siendo cualitativas, sino solo de grado.

Según la Ley, la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico.

Así pues, la estimación o desestimación de la pretensión básica — es decir, la declaración de ilicitud y, en su caso, la anulación del acto o disposición — depende de que el acto impugnado sea o no conforme a Derecho. La Ley lo determina así, tanto por afirmar la unidad sustancial de todas las jurisdicciones como porque existiendo la falta de conformidad a Derecho, se da la condición suficiente para que se declare la ilicitud del acto o disposición, y, siendo de entidad adecuada, se pronuncie la anulación de los mismos. Y refiere la conformidad o disconformidad del acto, genericamente al Derecho, el Ordenamiento Jurídico, por entender que referirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado

y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe en las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones. La fórmula adoptada comprende, pues, cualquier modalidad de infracción jurídica y, desde luego, como una de ellas, la desviación de poder, según puntualiza el texto legal, saliendo al paso de la tesis que la configura solo como una infracción de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa.

Formalismo moderado

La Ley se inspira en un principio al que se alude dos veces en el preámbulo: a saber: que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la justicia; no como obstáculos que han de ser superados para alcanzar la realización de la misma.

Puede decirse que es una preocupación del legislador el que no deje de fallarse la cuestión de fondo de un recurso por defectos procesales, si estos son subsanables.

Esta idea aparece reiteradamente. Así, el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo ha de ir acompañado de ciertos documentos.

Pues bien, si con el escrito de interposición se acompañan los documentos expresados o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Tribunal estime que no concurren los requisitos exigidos en las Leyes para la validez de la comparecencia, *señalará un plazo de diez días para que el recurrente pueda subsanar el defecto*, y si no lo hace ordenará el archivo de las actuaciones.

La Ley prevé, como norma general, la posibilidad de subsanar los defectos procesales de los actos de las partes.

En efecto, según el artículo 129, cuando se alegase que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos dispuestos por la Ley, la que se hallare en tal supuesto, *podrá subsanar el defecto dentro de los diez días* siguientes al en que se notificase el escrito que contenga la alegación.

Cuando el Tribunal apreciase de oficio la existencia de alguno de los defectos a que se refiere el párrafo anterior, dictará providencia en la que los reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar la sentencia.

De la lectura de este párrafo se deduce, a nuestro juicio, que es subsanable incluso el defecto en el modo de redactar la demanda y contestación.

Así lo declara el propio preámbulo y sabido es que según la jurisprudencia los preámbulos de las disposiciones legales constituyen la fuente de interpretación auténtica de sus preceptos.

También es subsanable el defecto de no haber interpuesto recurso de reposición en el caso de que fuera éste preceptivo. Se ofrece igualmente un plazo de diez días para la subsanación mediante la interposición del recurso.

El formalismo moderado se aprecia igualmente en la impugnación de actos aplicatorios de disposiciones generales y de acuerdos resolutorios de recursos de reposición.

El defecto de impugnación directa de una disposición no impide la impugnación de las otras de aplicación individual, fundada en que tal disposición no es conforme a Derecho.

¿En cuanto al recurso de reposición, qué acuerdo habrá que impugnar en vía contenciosa?. ¿El acuerdo originario recurrido en reposición o el acuerdo resolutorio de ésta?

Según la Ley el recurso contencioso-administrativo se deducirá indistintamente contra el acto que sea objeto de reposición, el que resolviera ésta expresamente o por silencio administrativo, o contra ambos a la vez. No

obstante, si el acto que decidiere el recurso de reposición reformare el impugnado, el recurso contencioso-administrativo se deducirá contra aquél, sin necesidad de nueva reposición.

Rigor tecnico

A todo lo largo de la Ley se observa una preocupación por el empleo de los términos y conceptos de la moderna técnica procesal y por la eliminación de los antiguos o controvertidos.

Asi, la *pretensión* es el objeto verdadero del proceso contencioso-administrativo. Según el artículo 1.º, la jurisdicción de este orden conocerá de las *pretensiones* que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.

En los artículos 41 y 42 se configuran las dos clases de pretensiones de la parte demandante, a saber: a) La declaración de no ser conforme a Derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. b). El reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Se distingue con precisión la parte demandada y la parte coadyuvante.

Son parte demandada: a). La Administración de que proviniere el acto o disposición a que se refiere el curso y b) Las personas a cuyo favor derivaren *derechos* del propio acto.

Podrá intervenir como parte *coadyuvante* del demandado, cualquier persona que tuviere *interés directo* al mantenimiento del acto o disposición que motivare la acción contencioso-administrativa.

A diferencia de la Ley hasta ahora vigente, se admite también la intervención como coadyuvante de la Administración que demandare la *anulación* de sus propios actos lesivos, de quien tuviere *interés directo* en dicha pretensión.

Se emplea el concepto de oposición para referirse a las pretensiones y actitud de las partes demandada y coadyuvante frente a la parte actora.

Como un modo de oposición se regulan las llamadas *alegaciones previas*, término que viene a sustituir el muy controvertido de *excepciones dilatorias* empleado hasta ahora.

Se distingue y regula con precisión la capacidad procesal, la legitimación y la representación y defensa de las partes.

Al enumerar los actos excluidos de la fiscalización jurisdiccional, la Ley no menciona los actos discrecionales. La exposición de motivos lo justifica con acierto. “La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un “*prius*” respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y en fin, esta surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación, y

aquella no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo”.

La Ley regula el contenido de la sentencia con un detalle que aumenta la claridad.

Con rigor técnico se distingue la *inadmisibilidad* del recurso contencioso-administrativo y su *desestimación*.

La inadmisibilidad se refiere a los requisitos procesales del recurso. La desestimación se refiere a la cuestión de fondo. Regula los efectos jurídicos de las sentencias y los otros modos de terminación del proceso: desistimiento del demandante, allanamiento del demandado, reconocimiento de la Administración en vía gubernativa de la totalidad de las pretensiones del demandante y la caducidad de la instancia.

Ampliación de las facultades del Tribunal

La nueva Ley reconoce, como la legislación hasta ahora vigente, las facultades del Tribunal en orden a la suspensión de la ejecución de la resolución reclamada, y las diligencias para mejor proveer antes y después de la vista.

Mas reconoce nuevas facultades al Tribunal.

Así, la jurisdicción contencioso-administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición. No obstante, añade la Ley, si el Tribunal al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en

que, advirtiéndolo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo.

El Tribunal puede acordar la celebración de vista cuando lo estime necesario, aunque no lo pidan las dos partes.

Asimismo cuando el Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten cuestiones que no hayan sido planteadas en los escritos de las partes, lo pondrá en conocimiento de éstas, dictando oportunamente providencia al efecto, que deberá ser notificada con tres días de antelación.

Esta amplitud de facultades, como indica la exposición de motivos, no debe significar, sin embargo, la eliminación del principio de contradicción, y, por tanto, se ordena que, siempre que hagan uso de estas facultades, deben previamente someterse a las partes los motivos correspondientes.

Ejecución de sentencias

El principio general es que el Tribunal Contencioso-administrativo no ejecute sus sentencias, sino que estas corran a cargo de la Administración misma, de igual modo que la jurisdicción ordinaria. La especialidad de lo contencioso-administrativo estriba en que el órgano a quien corresponda la ejecución examinará si por razones de interés público debe suspender temporalmente la ejecución de la sentencia o si pudiendo cumplirse la sentencia, estima el gobierno por razones de interés público, que no debe llevarse a efecto su ejecución. Esta facultad del Gobierno para dejar sin ejecutar las sentencias del Tribunal contencioso-administrativo se reduce en definitiva a una expropiación forzosa, que se impone al interesado

por razones de utilidad pública y previa la indemnización correspondiente.

La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso.

Luego que sean firmes las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales, de comunicación, en el plazo de diez días, al órgano a quien corresponda, para que la lleve a puro y debido efecto, adopte las resoluciones que procedan y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

El órgano a quién corresponda acusará recibo de la sentencia en el plazo de diez días, y en el de dos meses, contados desde que reciba aquella, adoptará necesariamente una de estas tres resoluciones: a). Ejecución del fallo, tomando a la vez las medidas necesarias al efecto. b). Suspensión del cumplimiento total o parcial del fallo, por el plazo que se marque. c). Inejecución en absoluto, total o parcial, del mismo fallo.

En estos dos últimos casos, la suspensión o inejecución solo podrá decretarse por el Consejo de Ministros, con carácter extraordinaria, fundándose en alguna de las causas siguientes: 1.^a, Peligro de transtorno grave del orden público. — 2.^a Temor fundado de guerra con otra potencia si hubiera de cumplirse la sentencia. 3.^a Quebranto en la integridad del territorio nacional. 4.^a. Deterioro grave de la Hacienda pública.

Tanto en el caso de que se hubiese acordado la suspensión temporal de todo o parte de la sentencia como en el de que se hubiese acordado su inejecución total o parcial, el Tribunal, a instancia de cualquiera de las partes perjudicadas, y previa audiencia de las demás, señalará la suma que deberá satisfacer al interesado como resarcimiento de los daños e indemnización de los perjuicios resultantes del aplazamiento o la inejecución, si no fuese

posible atender en otra forma a la eficacia de lo resuelto por la sentencia.

No podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causas de imposibilidad material o legal de ejecutarla, y, si este caso se presentare, será sometido por la Administración, por medio del Abogado del Estado, el Tribunal respectivo, dentro del referido plazo de dos meses, a fin de que, con audiencia de las partes, se acuerde la forma de llevar a efecto el fallo.

Si dentro del plazo de dos meses antes referido, no se adoptase alguna de las medidas en el consignadas, se ejecutará la sentencia en la forma y término que en el fallo bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la Administración.

Será caso de responsabilidad civil y criminal la infracción de lo preceptuado en la Ley acerca de la ejecución de las sentencias, entendiéndose como desobediencia punible, en forma igual a la establecido respecto a las sentencias de los Tribunales de lo Civil y de lo Criminal.

El Tribunal sentenciador, mientras no conste en los autos la total ejecución de la sentencia o la efectividad de las indemnizaciones señaladas, adoptará, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla.

La responsabilidad de la administración

En diversos artículos del proyecto se hace alusión a esta responsabilidad.

Así, declara excluidos del recurso contencioso los actos políticos, la ley añade: “sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se distingue, pues, con acierto, en materia de actos de gobierno, la cuestión de legalidad y la de indemniza-

ción de daños. Si consideraciones de oportunidad política aconsejan que los Tribunales no pueden fiscalizar la legalidad de los actos de gobierno, en cambio no hay razón para que no sean indemnizados los daños que hubieren podido causar. El acto político en cuestión seguirá con vida jurídica y será ejecutado. El Tribunal no podrá anularlo, pero la indemnización que reciba el perjudicado será algo así como el rescate que ha de pagar el acto político por su existencia y libertad.

En el artículo 42 se declara que el demandante podrá pedir la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda, y en el 84 se establece que la sentencia podrá declarar el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, si hubiesen sido causados y se hubiese pretendido el resarcimiento.

Estos preceptos legales son el natural complemento de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954 que, cambiando radicalmente el Derecho hasta entonces en vigor, ha admitido el principio de la responsabilidad del estado por daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos e incluso por la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa.

Posteriormente la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado ha venido a dar aun mayor amplitud a la responsabilidad del Estado.

También en este punto ha habido unificación en materia de Administración general del Estado y de Administración local, ya que en esta última se admitía la responsabilidad de la Administración pública.

Otras muchas novedades ofrece la ley en orden al procedimiento y a la ejecución de sentencias. Mas un examen daría a esta conferencia una extensión desmesurada en relación con mi propósito que es el de presentar las principales innovaciones.

La Ley española constituye parte muy importante del edificio de nuestras garantías jurídicas.

Crear un buen Ordenamiento jurídico y asegurar su cumplimiento es un valioso auxiliar para el triunfo de la paz, de la justicia y aun de la buena política en el sentido más elevado del vocablo, pues como dijo bellamente nuestro Saavedra Fajardo, sobre las piedras de las leyes, y no de la voluntad, se funda la verdadera política.

O pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus

Gerhard Leibholz

Professor da Universidade de Göttingen — Ministro da Côrte Constitucional de Karlsruhe.

I

As fôrças espirituais que formaram a Europa e a consciência da unidade européia — sobretudo o Cristianismo e o classicismo humanista — determinaram também, na sua essência, o pensamento democrático tradicional do Ocidente. Não foi portanto, um acaso que, por exemplo, nos tempos de Cromwell, a democracia se tivesse definido como a *religious and moral principle* e *the translation into non-theological language of the priesthood of all believers*, e que os puritanos dos Estados Unidos houvessem colocado seus *Covenants* sob a soberania de Deus, também no domínio político.

Todavia, o pensamento democrático concretizou-se em formas seculares à medida que desenvolveu, nos últimos dois séculos, o seu poderio político. Neste sentido, é sintomático o fato de haverem as constituições escritas, desde a Revolução francesa, renunciado à invocação de Deus. Sòmente na Inglaterra, que não possui uma constituição escrita, conservou-se a igreja anglicana como instituição estadual e a coroa pôde manter a sua legitimidade religiosa original. Exceto isso, foram secularizados na esfera política os conceitos inicialmente religiosos: haja vista a soberania de Deus, substituída pela soberania do povo, ou o axioma da igualdade de todos perante Deus, o qual foi

substituído pela igualdade de todos perante a lei, isto é, por um ato da vontade humana.

Mas também no pensamento democrático ocidental secularizado a tradição cristã foi um elemento atuante. Foi ela que formou o fundo para a imagem classicista humanista do mundo: a Renascença, o Iluminismo e o Direito Natural. É errado pensar que a nova imagem do mundo tenha rompido definitivamente a vitalidade da tradição cristã, como às vezes afirmam historiadores da Renascença e do Iluminismo.

Basta lembrar a crença nos direitos fundamentais do homem, considerados, por princípio, irrenunciáveis, imprescritíveis e anteriores ao Estado, o que pressupunha, em última análise, a idéia de ser o homem, não obstante a sua queda, a imagem de Deus. Esta crença tinha recebido a sua expressão política-clássica já muito tempo antes da codificação dos direitos fundamentais do homem, por Locke, no seu tratado sobre o govêrno, que representa o pensamento político inglês. Os direitos fundamentais de liberdade, vida e propriedade são aqui entendidos como mútua dependência. O homem não se pode locomover em liberdade, se, eventualmente, lhe pode ser tirada a vida. Por sua vez a garantia da vida tem como consequência que a vida, para ser digna de ser vivida, o deva ser com liberdade. Mas sendo protegidas vida e liberdade, também a propriedade tem de participar dessa proteção, cuja existência pressupõe êsses direitos. Nas declarações dos direitos fundamentais do homem, mais tarde, êstes direitos foram desenvolvidos nas mais variadas direções, formulados e canonizados nas formas tradicionais.

Esta crença nos direitos anteriores ao Estado, direitos do indivíduo à vida e à liberdade, a qual, em certas circunstâncias, legitima o indivíduo a afastar um eventual regime despótico e colocar no lugar do mesmo um regime constitucional, é, em última análise, sustentada por uma crença, comum ao Humanismo, ao Racionalismo, ao Iluminismo e ao Direito Natural, ou seja pela crença no

homem, na razão, na natureza comum a todos os homens, crença essa que transcende qualquer pensamento coletivista, quer este se oriente no sentido do Estado, ou da Nação, ou do Povo. Mas, sendo o homem um ente racional, êle pode exigir que, por princípio, suas opiniões sejam respeitadas, também por aquêle que pensa de modo diferente, assim como êle deve respeitar as opiniões dos *dissenters*. Pois no respeito que demonstro ao outro, ainda que se distancie da sua opinião, manifesta-se simplesmente o respeito à razão (*Ratio*), a qual se serve de outro homem sòmente como de um especial recipiente, para se revelar. Daí a crença na fôrça criadora da discussão, do argumento e do contra-argumento, da crítica positiva e do compromisso construtivo. A idéia básica de uma discussão consiste em que os contendores, deixando-se dirigir pela razão, são acessíveis a considerações razoáveis e, portanto, se deixam convencer por argumentos razoáveis. Desta forma, a discussão conduz a um compromisso construtivo o qual contém a solução mais razoável nas circunstâncias reinantes. Foi essa crença no mútuo debate arrazoado que proporcionou ao parlamentarismo o seu princípio histórico-cultural e, outrora, ao parlamentarismo inglês a sua grandeza.

Segue-se lògicamente que um tal parlamento faz participar das suas discussões, por assim dizer, todo o povo. Argumento e contra-argumento devem crescer de pêsso, pela luz da publicidade. Pela publicidade deve ser transmitida ao povo a crença de realizar-se uma discussão verdadeiramente criadora e construtiva. Uma discussão arrazoada à luz da publicidade vem garantir, assim, a progressiva realização do reino da razão.

Igualmente acreditava-se poder assegurar do melhor modo a exata solução total deixando agir em liberdade o individuo racional. O princípio econômico do *laissez faire, laissez aller*, considerando o próprio interêsse a única fôrça motriz e norma reguladora, é sòmente uma, ainda que importantíssima, expressão dessa disposição

geral, bem como da crença de que uma economia fundada no próprio interesse é a melhor garantia do seu bom funcionamento.

Politicamente encontrou este pensamento democrático-liberal a sua expressão naquilo que, geralmente, se chama a democracia representativa parlamentar. Numa tal democracia os deputados não devem sofrer perante o povo uma *capitis diminutio* por influência decisiva de grupos de eleitores ou de outras organizações, sobre suas decisões. A liberdade da decisão pertence, diretamente, à essência do sistema representativo parlamentar. Sòmente em consequência disto encontra-se, desde a Revolução Francesa até a Constituição de Bonn, em tôdas as constituições escritas, o axioma fundamental de que os deputados não estão sujeitos a ordens e instruções. Este axioma, ventilado na literatura das mais variadas direções, tem como base a exata idéia de que um deputado privado do seu poder da decisão, dependente da vontade de um mandante, seria degradado a um mensageiro e, com isto, despojado do seu próprio valor e do seu caráter representativo.

Por esta razão, o assim chamado “mandato imperativo”, sem distinção da forma na qual e da pessoa por quem (eleitores, partidos) fôr usado, contradiz as idéias do sistema representativo parlamentar-liberal. Burke, certa vez, o declarou no seu famoso discurso aos eleitores de Bristol: *Authoritative Instructions, Mandates issued. . . are things utterly unknown to the laws of this land, and which arise from a fundamental mistake of the whole order and tenor of our constitution.* Porisso, também não é possível, como se tentou várias vêzes, reconciliar o “mandato imperativo”, em qualquer forma, com o sistema representativo parlamentar. O conceito da representação pertence aos conceitos políticos essenciais. Representação e “mandato imperativo” excluem-se mutuamente.

Dai vem que tôdas as constituições representativas liberais, possuam caráter democrático ou não, neguem a

obrigação política de justificação e a responsabilidade dos deputados para com eleitores e outras organizações políticas. O deputado deve orientar suas decisões pela sua consciência que, exclusivamente, garante a legitimidade das decisões políticas a serem tomadas pelos representantes. Faltando, desta forma, uma concreta responsabilidade política, é, ao mesmo tempo, excluído o *recall* em qualquer de seus possíveis aspectos, dentro do parlamentarismo representativo.

Segundo o estipulado em tôdas as constituições que reconhecem o sistema representativo, desde a Revolução Francesa, um deputado não pode ser representante de um determinado grupo de eleitores ou distrito; êle tem de representar a nação inteira. Blackstone, no seu famoso comentário no fim do século XVIII, assim circunscrevia a tarefa dum *member of parliament*: *Every member, although chosen by one particular district, when elected and returned, serves for the whole realm*. Foi esta concepção que mais tarde, sempre e sempre repetida, se apresentou na teoria do Estado do século XIX. Ela baseia-se na idéia de que o parlamentarismo representativo pressupõe a existência do povo como unidade política. Segundo esta concepção, cada representante tem de possuir as qualidades de um patrão e não de um empregado. Tem de ser o possuidor de um determinado valor próprio pessoal. Tem de fazer jus a uma autoridade e dignidade próprias. O tradicional direito da imunidade parlamentar, que ocupa nas constituições escritas um espaço tão amplo, recebe, sòmente sob êste aspecto, o seu verdadeiro sentido e a sua justificação.

Dêste ponto de vista teórico, torna-se, também, compreensível a razão não sòmente por que não se contava com a possibilidade da formação de partidos políticos no tempo da revolução americana e da francesa, mas ainda porque no século XIX, no continente, houve opposição ao reconhecimento dos partidos políticos. Tinha-se, instintivamente, o exato pressentimento de que a admissão de

partidos e frações políticas exporia a um gravíssimo risco a liberdade dos deputados, e que uma legislação dos partidos poria em perigo os fundamentos do sistema representativo parlamentar. E quando, no decorrer do tempo, se evidenciou a impossibilidade de continuar esta política ostensivamente hostil ao partido, tentou-se retardar, o mais possível, o desenvolvimento dos partidos políticos. Isto explica porque até o século XX não foi feita menção alguma do partido, nem em constituições, nem em leis ordinárias, nem em regulamentos. Preferia-se caracterizar os partidos com “grupos de eleitores” ou “associações de eleitores” para deixá-los aparecer como mais inócuos. Nesta situação também não é estranhável que proeminentes professores alemães do direito constitucional, em suas exposições sistemáticas, ou não fizessem menção alguma dos partidos políticos — pense-se, por exemplo, em Paul Laband — ou declarassem expressamente — como, por exemplo, Georg Jellinek — que ao conceito do partido não cabe papel algum na ordem estatal.

Também de outra forma encontrou o pensamento democrático europeu-ocidental sua expressão no terreno político-organizador. Procurou-se garantir o mais possível, por meio de uma série de entraves, a vida, a liberdade e a propriedade contra intervenções abusivas. Daí o sistema de separação dos poderes, que, na determinante formação da vontade do Estado, antes de tudo na legislação e no orçamento, colocou uma pluralidade de instâncias de mútuo contrôle, uma em frente da outra, e corroborou isto ainda — especialmente na monarquia constitucional — pelo sistema de duas câmaras, que, igualmente, atua moderando e equilibrando os órgãos legislativos.

Pela mesma razão, a lei, num Estado constitucional e de direito, tem de conter uma norma teóricamente comensurável e universalmente obrigatória, da qual não devem ser arbitrariamente concedidas excessões em favor ou prejuízo de determinadas pessoas. No mesmo sentido, ou seja, para garantia da vida, liberdade e propriedade, exer-

cem sua ação também as cautelas específicas do Estado de direito. Pertencem a estas a independência da jurisdição, que sujeita o juiz exclusivamente à lei, o princípio da legalidade da administração, princípio êsse que Thoma, em 1910, ainda qualificou de fundamento da idéia do Estado de direito e que exclui qualquer possibilidade de intervenção arbitrária do Executivo na esfera da liberdade individual, bem como a existência da jurisdição administrativa, independente, pela qual a atividade legislativa das autoridades administrativas é controlado quanto à sua legalidade e legitimidade. Todos êstes princípios pressupõem a congruência da lei formal e do direito material. No século XIX esta firme confiança na relação orgânica da forma com o conteúdo não foi abalada, graças à estabilidade das condições políticas e econômicas e à existência do mencionado sistema político de contrôle.

As experiências, porém, dos últimos tempos nos Estados totalitários mostraram que a identidade de lei e direito, se pode tornar problemática. Legalidade e legitimidade não devem ser identificadas. Uma norma de cunho geral nem sempre é justa. Para corrigir essa tensão potencial entre legalidade e legitimidade foi atribuída, progressivamente, independência ao Terceiro Poder e introduzida em alguns países uma justiça constitucional. A tarefa de uma tal justiça constitucional consiste em dar solução, nos moldes da jurisdição, em favor do direito, à antinomia existente entre o direito e a política, o normativo e o existencial, e com isto garantir, tanto quanto possível, a equivalência entre legalidade e legitimidade.

Esta ordem estabelecida para a proteção da liberdade pressupõe um conceito de liberdade que não deve ser identificado com arbítrio e irresponsabilidade individuais. Pelo contrário, a liberdade política, assim como a liberdade da ciência, a liberdade da religião, a liberdade do juiz, pressupõe, como produto complementar, um dever, ou seja, um compromisso entre liberdade e lei, entre o sujeito e o objeto. Neste sentido também Ruggiero define

ser politicamente livre como “ser o seu próprio dono”, isto é, ser independente dos outros no sentido de qualquer dependência forçosa, substituindo-se esta por aquela que a consciência do dever, para consigo mesmo e os outros, espontaneamente exige. Nêste sentido, liberdade significa “a transferência da fonte da autoridade e lei para o íntimo do próprio espírito”. Mas por causa dêste vínculo a liberdade ainda não é *staatsfromm* ou *autoritâte-glaubig*. Pois o reconhecimento de um próprio domínio político é sòmente a forçosa suposição que permite à liberdade seu funcionamento político. Esta intensa idéia conservadora do Estado, que é o elixir de vida da democracia liberal, chamou-se, não sem razão, “o extra-estatal compensador”, no qual a polaridade geral do social encontra sua expressão.

II

O pensamento democrático-liberal, que caracterizamos até agora, visto de perto é mais liberal que democrático. Liberalismo e democracia não se identificam, pois em última análise se orientam por diferentes valores básicos políticos. Isto demonstra-se já pelo fato de que o liberalismo, no século XIX, se pôde aliar também à Monarquia. Liberalismo e democratismo podem conjugar-se mas também podem estar em oposição mútua. A história fornece muitas provas de adversários potenciais se aliarem por razões táticas, contra um comum adversário. Tais alianças podem disfarçar, temporariamente, as tensões existentes, até que o comum adversário seja despojado do seu poder.

Sob êste ponto de vista, é um bom exemplo a história do direito do voto, nos últimos cem anos, porque ela é sòmente a expressão de um conflito entre liberalismo e democratismo, disfarçado pela luta comum contra a Monarquia. Esta tensão também torna, ao mesmo tempo, compreensível a razão porque no século XIX não sòmente

os conservadores, mas também os liberais opuzeram uma apaixonada resistência à extensão mais ampla do direito do voto. Não se pode estranhar que êsse latente conflito entre liberalismo e democratismo tivesse terminado no decurso do último século, em todos os países europeus, com a vitória das forças radical-democráticas, mais fortes.

Que o democratismo também pode assumir um caráter anti-liberal está manifesto já em Rousseau, que aboliu, teoricamente, a existência pessoal do homem e pôs, simplesmente, o individuo à disposição da comunidade. Já aqui o homem por si não mais é sujeito, mas sim objeto — o instrumento simplesmente equiparado da *volonté générale*. É certo que a democracia liberal da Revolução Francesa, proclamando os Direitos do Homem, não aceitou essa forma do democratismo. Mas a possibilidade de uma tal democracia não nos dispensa do dever de analisar ainda, mais de perto, o pensamento democrático, independentemente do seu teor liberal.

Cada democracia pressupõe que o povo é soberano, isto é, que todo poder provém do povo, e que o povo é sujeito e possuidor do poder constituinte. O povo, como fonte de poder político de decidir, tem de tomar, as supremas decisões políticas e as determinantes decisões judiciárias diretamente ou através de instâncias representativas, devidamente legitimadas pelo povo e limitadas na sua competência. O povo é soberano quando é a última, suprema, universal instância decisória numa comunidade política.

Contudo, que devemos entender por “povo”? Lincoln definiu a democracia como *a government of the people, for the people, by the people*. Isto quer dizer: à medida que mais homens participam na formação da vontade do do povo, à medida que aumenta a participação dos cidadãos ativos na formação do *common will*, torna-se mais democrático um regime. Disto resulta, ao mesmo tempo que a igualdade é o próprio conceito substancial da demo-

cracia, porque é por ela que, em substância, o govêrno do povo é realizado.

Contudo, que devemos entender por “igualdade”, numa democracia? Sem dúvida, êste conceito quanto ao seu conteúdo não pode ser definido com precisão aproximativa através de um critério formal, especialmente numérico. É certo que também isto foi tentado bastando lembrar Aristoteles, Bryce e Kelsen. Mas tôdas essas tentativas não puderam convencer. De fato, o conceito da igualdade não se deixa definir *a priori*. Ao contrário, êle é mutável quanto ao conteúdo, e depende, na sua forma concreta, das condições de tempo e lugar, sociais e políticas. Sòmente através desta relação o conceito da democracia é tirado da sua abstracção e torna-se um conceito concreto historicamente determinado, e podemos, à medida do seu teor político-concreto que se liga à igualdade, distinguir várias formas e tipos da democracia.

Na democracia moderna, determina-se hoje o conceito da igualdade por um critério de igualitarismo radical em lugar da igualdade diferenciada, do século XIX. No século XIX a igualdade ainda era entendida mais no sentido daquela igualdade aristotélica segundo a qual cada um, por princípio, deve ser medido segundo o medidor que lhe corresponde. Esta igualdade, a assim chamada proporcional, quer, por princípio, tratar os homens de modo desigual, correspondente às suas disposições, seu caráter, seu intellecto. Segundo esta concepção, seria gravemente ferida a igualdade se as diferenças existentes entre os homens fòssem ignoradas e os homens fòssem tratados com igualdade absoluta. É esta igualdade proporcional ou relativa que transmitiu ao liberalismo o seu caráter próprio, ao mesmo tempo democrático e aristotélico. E partindo desta posição teórica foi que, no século XIX — ainda que numa forma rudimentar e primitiva — os homens foram tratados de modo diferente, na esfera política, e certas camadas da população foram excluídas dos direitos políticos ou admitidas sòmente com limitações, na forma-

ção da vontade política. Sòmente desta forma pode ser explicado, por exemplo, o direito de voto qualificado, pelo qual certos grupos da população receberam um voto suplementar, porque tinham alcançado um mais alto grau de instrução ou uma determinada idade.

Tudo isto hoje não é mais possível. Ao contrário, as diferenças que de fato existem entre os homens, as quais, no século XIX, foram consideradas essenciais, parecem hoje insignificantes diante das qualidades comuns aos homens. Hoje é atribuído aos homens, por princípio, um valor absolutamente igual, salvo a desigualdade do seu valor social e as diferenças existentes entre êles, da família, da classe, da instrução, da raça, da nacionalidade. Assim, também, o conceito moderno de igualdade exclui qualquer restrição social, sobretudo se determinada pela classe, a que poderia conduzir a uma diferenciação dos cidadãos ativos. De fato, a inclusão de considerações de classe, fortuna, instrução e semelhantes, na formação da vontade comum, poria em perigo, hoje, a democracia. Assim pode-se dizer que a igualdade que imprime ao conceito da democracia moderna o seu cunho decisivo não mais é a igualdade proporcional, pela qual os cidadãos, segundo o lema de *suum cuique*, são tratados de modo diferente, mas sim a igualdade matemática aritmética.

Èste progressivo processo de tornar formal e radical a igualdade ainda hoje não está concluído. Isto vale até para a esfera política, quando pensamos, por exemplo, na introdução do sufrágio feminino em número sempre crescente de países no decurso das últimas décadas, ou na contínua igualização dos distritos eleitorais nos países onde se conservou o sistema majoritário, ou ainda no progressivo aperfeiçoamento da representação proporcional, que deve dar a cada cidadão a certeza de que o seu voto não sòmente é avaliado, no ato da deposição, com absoluta igualdade, mas também produz, na contagem, um efeito útil. O processo igualitário-radical de democratização, uma vez iniciado, continua sua ação devido a uma

dinâmica inerente. Sempre novos domínios, ultrapassando o terreno político, são submetidos a êste processo de progressivo igualitarismo. A êste respeito, cumpre lembrar as alterações profundas, quase revolucionárias, nos terrenos social, econômico e cultural, realizadas na maioria dos países europeus, nos últimos anos, e já tendo conduzido, por meio de intervenção estatal e uma ampla orientação da economia pelo Estado, num certo número de países, a uma homogeneidade, que nos autoriza a falar não sòmente de uma democracia políticamente formal, mas também, e numa proporção não insignificante, de uma democracia social e econômica, compreendendo cidadãos ativos (na órbita política), mas também cidadãos na órbita econômica.

A progressiva recepção, nas constituições modernas, de direitos fundamentais sociais e princípios estatais-sociais, como por exemplo, os do Estado social de direito na *Bonner Grundgesetz* (Lei Fundamental de Bonn), significa que concepções igualitário-radicaes foram transferidas, em proporções crescentes, da esfera política para a da vida social. Direitos fundamentais sociais não são, realmente, direitos fundamentais autênticos, mas — porque se baseiam no princípio da igualdade democrática — direitos de *status*. São direitos que, nos moldes da justiça, a ser em tempo determinada, são “concedidos” à medida das leis, pelo Estado, mas não “garantidos”. Existe, portanto, uma tensão entre os autênticos direitos fundamentais liberais e os assim chamados direitos fundamentais sociais. Esta tensão é necessária e, em última análise, também irremediável. Ela encontra sua expressão no fato de que os direitos fundamentais sociais, em contraste com os direitos fundamentais liberais, produzem deveres concretos e limitam as liberdades concedidas pelos direitos fundamentais liberais. Ela também explica porque os assim chamados direitos fundamentais sociais, em contraste com os direitos fundamentais liberais, teoricamente, podem ser realizados também num Estado não liberal. Afinal resulta da parti-

cularidade destes direitos fundamentais sociais o fato de que eles ainda necessitam, segundo o caso, de uma concretização de conteúdo mais precisa e de uma atualização. Eles contêm compromissos do legislador e não do juiz. A este obrigam os direitos fundamentais sociais somente na medida segundo a qual os princípios jurídicos se tornarem judiciáveis através de uma suplementar precisão do conteúdo.

Este progressivo igualitarismo conduziu, hoje, no domínio do político e social, a uma ampla democratização e des-liberalização. Sem dúvida, também no domínio da esfera especificamente democrática, a liberdade é imprescindível na medida em que é necessária para garantir a igualdade democrática. Portanto, é a exigência de “eleições livres” uma exigência verdadeiramente democrática. Por outro lado, do ponto de vista democrático-liberal, a igualdade é abrangida pela liberdade. A liberdade é limitada somente tanto quanto isto é necessário para garantir, na mesma medida, aos outros indivíduos a sua liberdade. Neste sentido, uma distinção individual, na base da liberdade, pressupõe uma possibilidade legal de comparação.

Somente assim pode-se também compreender por que a igualdade representou, na formação democrática da vontade, um papel tão importante, e a democracia pôde ser descrita como uma série de identidades. Realmente, na democracia plebiscitária, em contraste com a democracia representativa, a vontade comum forma-se pela identificação da vontade da maioria dos cidadãos com a vontade da totalidade.

Também o princípio de maioria é democrático, porque garante o maior grau possível de igualdade política e com isto a maior congruência possível da vontade individual com o conteúdo da vontade da totalidade. No passado costumavam as minorias renunciar à sua oposição e com isto possibilitar uma unânime tomada de resolução do povo que se sente e vota como unidade homogênea. Hoje,

ao contrário, é identificada primeiro a vontade da maioria da população com a da coletividade dos cidadãos ativos, depois a vontade da coletividade dos cidadãos ativos com a comunidade total. Certamente, o princípio majoritário tem também um componente liberal. Transmite a fé na força da decisão da maioria, para promover a verdade. Esta fé na racionalidade e certeza da decisão da maioria pertence ao pensamento do iluminismo, do liberalismo e porisso, politicamente, também do parlamentarismo representativo. Não foi por acaso que a ampla des-liberalização política, hoje, também conduziu à uma crescente desilusão dessa justificação do princípio majoritário.

III

A progressiva democratização igualitário-radical conduziu, nos países modernos, a um grande crescimento do poderio dos partidos políticos. São eles que organizam os milhões de cidadãos chegados à maioridade política e os mobilizam para a ação. Só eles reúnem os eleitores em grupos capazes de ação política e apresentam-se, assim, como o microfone do qual se serve o povo, chegado à maioridade, para articular seu pronunciamento. Pode-se mesmo dizer que a moderna democracia, na maioria dos países ocidentais, assumiu, mais ou menos, o caráter de uma democracia representativa de partidos, isto é, de uma democracia que se baseia nos partidos como unidades de ação política. Sem a intercessão dos mesmos, o povo, hoje, simplesmente não estaria na situação de exercer uma influência política sobre os atos do Estado e, dessa maneira, atuar concretamente na esfera política.

Trata-se, nesta democracia representativa de partidos, em verdade, de uma forma da democracia que na sua estrutura fundamental, é diferente da tradicional democracia parlamentar representativa-liberal. Isto é de má-

xima importância a respeito quer da teoria, quer do direito constitucional.

1.º A diferença teórico-constitucional fundamental entre o moderno Estado democrático representativo de partidos e a tradicional democracia representativa-parlamentar origina-se, decididamente, do fato de não ser o Estado, em regime de partidos, na sua essência e forma, outra coisa senão um aspecto racionalizado da democracia plebiscitária.

2.º Disto se segue que a vontade do povo ou a vontade comum é formada, na atual democracia representativa, pelos partidos. Não o princípio político da representação, mas sim o princípio que na democracia plebiscitária conduz à formação da vontade comum, conduz também, na democracia representativa de partidos, à formação da vontade da totalidade do povo. Como na democracia plebiscitária a vontade da maioria dos cidadãos ativos é identificada com a atual vontade da totalidade, assim numa democracia representativa de partidos em funcionamento é identificada à vontade da atual maioria partidária no governo e no parlamento com a vontade da totalidade.

3.º Em consequência da evolução caracterizada, da democracia representativa-parlamentar para democracia representativa de partidos das massas, o parlamento perde aos poucos o seu anterior caráter primitivo e se torna, cada vez mais, um lugar no qual se encontram mandatários de partidos para registrar decisões já tomadas fora do parlamento, por exemplo, em comissões, ou reuniões de partidos. Além disto, perde a discussão o seu anterior caráter criador e construtivo — como êste fato, muitas vezes, foi mais minuciosamente descrito na literatura. Os discursos que são proferidos no parlamento vão deixando de ter a finalidade de convencer os deputados de opinião diferente, e se dirigem diretamente aos cidadãos ativos, que devem ser impressionados na sua opinião, pelos argu-

mentos proferidos, e influenciados nas suas futuras decisões políticas. A publicidade, que outrora proporcionou às discussões parlamentares seu especial brilho, assume um carácter plebiscitário suplementar, adaptado ao específico processo de integração da democracia representativa de partidos. Assim é que nos Estados ocidentais em regime de partidos o centro da gravidade política se desloca do parlamento, de um lado para os cidadãos ativos, os partidos políticos que se organizam, e de outro para o govêrno.

4.º Muitas vêzes foi observado, na praxe como na literatura, que essa modificação na posição do parlamento também modificou, decisivamente, a posição do próprio deputado no parlamento. Do ponto de vista de uma democracia representativa de partidos planejada lógicamente, os partidos políticos, de fato, podem reclamar o direito de se impor perante os seus membros. Numa tal democracia o deputado aparece como teóricamente sujeito a uma vontade alheia, e não mais pode ser considerado um representante que livremente, sob responsabilidade pessoal, toma decisões políticas. Nesta democracia falta, no fundo, ao deputado a última legitimidade para seguir em assuntos de importância política, uma linha diferente da dos partidos e facções. — Em última análise torna-se assim o deputado, no moderno Estado representativo de partidos, um membro intermediário técnico-organizador, o qual parece indispensável sòmente na medida da sua missão de colaborador ou, dentro do partido, na formação da vontade do partido, ou, do ponto de vista da comunidade, na formação da vontade da maioria dos partidos.

Assim se explica que o deputado numa democracia representativa de partidos esteja sujeito, hoje, a uma multiplicidade de compromissos partidários, os quais, decisivamente, influem nos seus discursos e nas votações. O “mandato imperativo” e a disciplina da facção, que leva os membros de uma facção a obedecer às decisões toma-

das pelo partido ou pela facção, encontram aqui o seu lugar e a sua justificação orgânica.

A êste respeito não importa, do ponto de vista do Estado representativo de partidos, o motivo que leva o deputado a equiparar-se. Pode ser que o deputado tenha sido persuadido e, portanto, julgue a decisão do partido ou da facção como correspondente ao interêsse da comunidade. Pode ser que êle, no íntimo, se considere tão comprometido para com o partido que se sinta na obrigação de sacrificar, no interêsse do mesmo, a sua opinião própria julgada como melhor. Possivelmente êle faz êste sacrifício sòmente para evitar, dêste modo, eventuais desvantagens as quais, caso contrário, talvez o ameaçassem do lado do partido.

5.º Outra conseqüência está no fato de ser o deputado responsabilizado, pelo partido, por um seu eventual comportamento contrário ao partido. A questão, outrora muitas vêzes atual e também discutida na literatura, de saber se, é, em caso afirmativo, até que ponto, os eleitores podem responsabilizar os seus deputados pela falta do cumprimento dos compromissos assumidos, perdeu na moderna democracia representativa de partidos seu significado na medida em que os partidos tomaram o lugar dos eleitores. Como o guarda da vontade do povo manifestada através dos partidos, o partido pode até expulsar da sua organização o deputado, um fato que, na maioria dos casos, praticamente significa o fim da carreira política do mesmo. A última conseqüência de um Estado democrático em regime de partidos, planejado, lógicamente, está no fato de uma expulsão do partido (assim como a mudança de um partido para um outro) resultar na perda do mandato parlamentar. O *recall* é uma instituição que está em contraste com o democratismo parlamentar-representativo e, conforme as normas da sua estrutura, íntimamente ligado ao moderno Estado de partidos nas democracias de massas.

6.º Nestas circunstâncias, não é de admirar que também as atuais eleições parlamentares comecem a mudar fundamentalmente de caráter. Vistas à luz do dia, estas, hoje, muitas vezes não mais são autênticas eleições. Ao contrário, elas têm, cada vez mais, a tendência de se tornar um ato puramente plebiscitário no qual os cidadãos ativos, agrupados pelos partidos, manifestam sua vontade política coletiva em favor dos candidatos indicados pelos partidos e dos programas partidários dos mesmos. A esta mudança não obedece a Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*), a qual, como a maioria das outras constituições, em forma tradicional, declara que a vontade do povo se manifesta em “eleições” e “votações”. Apesar da tendência anti-plebiscitária da Lei Fundamental de Bonn, as eleições tornaram-se uma espécie de plebiscito. Por esta razão também não existe na atual democracia representativa de partidos nem uma orgânica necessidade, nem uma especial justificação de instituições plebiscitárias suplementares.

7.º Quanto mais concretas e precisas sejam as decisões políticas plebiscitárias dos cidadãos ativos agrupados em partidos, tanto melhor funcionará um Estado democrático-representativo de partidos. Na Inglaterra tiveram as eleições, em parte já no século XIX e no começo do século XX, um caráter plebiscitário concreto nêsse sentido.

Nas democracias européias ocidentais do continente, que não conhecem o sistema bipartidário, a função plebiscitária-concreta das eleições, naturalmente, não se pode manifestar de forma tão precisa. Pois num Estado pluripartidário não se pode como num Estado bi-partidário tornar um *definite issue* objeto de uma “eleição”, embora a existência de uma pluralidade de partidos não exclua necessariamente interrogações plebiscitárias nas eleições. Também estão crescendo nos Estados pluripartidários as tendências favoráveis à introdução de uma formação de blocos, disfarçada e às vezes aberta, criando desta ma-

neira, as condições para que, nesses Estados a orientação básica do govêrno seja fixada por meio de eleições, para uma série de anos. Onde, porém, o caráter pluripartidário de uma democracia hoje ainda não permite decisões plebiscitárias imediatas através das eleições, estas — em todo o caso à medida em que os cidadãos ativos são organizados nos partidos ou tácitamente participam dos mesmos — exercem funções registradoras-estatísticas, que, na sua tendência teórica, têm estreitíssima conexão com a democracia plebiscitária e não com a representativa.

À medida que se pode hoje falar de um caráter plebiscitário-concreto das eleições num moderno Estado em regime de partidos, não prescinde de razão submeter assuntos de importância fundamental, que tangem à existência da nação, à decisão da coletividade dos cidadãos ativos numa democracia em regime de partidos, que não está sobrecarregada por elementos estruturais sobreviventes da democracia representativa. Neste sentido existe, por exemplo, na Inglaterra, como convenção, a regra de que, por princípio, não se deve efetuar uma mudança radical de política, sem “mandato” do povo. Esta concepção baseia-se na idéia de que, numa democracia em regime de partidos, os partidos se apresentam como executores da vontade da coletividade dos cidadãos ativos, e que govêrno e parlamento estão autorizados à ação política sòmente na medida de um mandato circunscrito pelo programa partidário, mandato êsse que lhes foi conferido nas eleições.

Sob êste aspecto principal, na Inglaterra, não raras vêzes, é qualificado de inconstitucional o procedimento do govêrno e da maioria parlamentar, no caso de serem tomadas importantes decisões políticas de significação fundamental que são incompatíveis com o mandato conferido. Também na Alemanha, por ocasião da discussão sòbre a constitucionalidade do *Wehrbeitrag*, bem como do *Deutschlandvertrag*, foi por parte da oposição alegado que o eleitorado teria de ser novamente consultado, porque o

Deutsche Bundestag na sua composição atual não mais possuiria a legitimação para decidir estas questões.

8.º A função modificada que as eleições geralmente exercem, hoje, na democracia em regime de partidos, corresponde o fato de que o deputado é eleito ao parlamento não mais devido à sua personalidade e suas qualificações particulares, como na democracia representativa parlamentar, mas sim como membro de um determinado partido. Hoje, a personalidade política não mais é aquela personalidade representativa livre, apresentando-se aos eleitores, a qual no conceito do século XIX representava uma parte da aristocracia intelectual, mas, no fundo, o “exponente do partido político”, como já observou, uma vez, o antigo ministro de culto Grimme.

Aliás, não é certo afirmar que os cidadãos ativos não organizados em partidos se orientariam em sentido liberal tradicional, se, por acaso, através de fundamental modificação do sistema eleitoral, os partidos não mais fôsem os exclusivos fatores da luta eleitoral. Até agora faltam ainda pesquisas seguras sôbre a reação política dessa parte dos cidadãos ativos. Pesquisas que foram feitas, principalmente na Inglaterra, sôbre esta questão, aproximam-se da conclusão de que a grande maioria do *Treibholz* não deve ser considerada como tal, porque também os cidadãos ativos não agrupados em partidos, na sua maioria, se sentem, mais ou menos, comprometidos para com os partidos. Eles são adeptos dos partidos, ainda que não se tenham comprometido na qualidade de membros. O verdadeiro *floating vote* representa, portanto, uma percentagem dos cidadãos ativos muito menor da que se supõe geralmente.

O fato de ser êste *Treibholz*, no moderno Estado democrático em regime de partidos, — aliás em contraste com a democracia representativa-parlamentar — avaliada negativamente na política corresponde sòmente à mudança na estrutura da democracia. Pois no Estado em regime de

partidos os milhões de cidadãos ativos que limitam sua atividade política somente a ir, cada quatro ou cinco anos, às urnas para satisfazerem os seus deveres cívicos, apresentam-se como os aproveitadores que vivem do trabalho dos outros, os quais dedicam sua vida ao trabalho político nos partidos, sacrificando, não raras vêzes, tempo, saúde e dinheiro. Nesta situação não é estranhável que os grupos que alicerçam, através dos partidos, o Estado façam valer, hoje, suas pretensões e queiram ver protegidos os seus direitos adquiridos da mesma forma como foi o caso, quando outras fôrças alicerçaram o Estado.

9.º Reformas eleitorais no sentido tradicional, produtos do espírito do século XIX, no sentido do parlamentarismo representativo-liberal, não mais são oportunas. No fundo, pertencem elas ainda, segundo tôda a sua disposição, a uma época passada. Para a democracia em regime de partidos, que obedece a leis de estrutura próprias, a forma do processo eleitoral não tem mais significação decisiva alguma.

IV

A tese enunciada neste artigo visa a mostrar que, na moderna democracia em regime de partidos, há um novo tipo de estrutura da democracia. A nossa atual crise caracteriza-se, em geral, pelo fato de procurarmos enfrentar uma realidade, alterada em todos os aspectos, ainda com as idéias, categorias, conceitos procedentes de uma época passada.

Para evitar, de antemão, mal-entendidos, fique bem claro que não afirmo que não devem ser respeitados os elementos sobreviventes da estrutura representativa, que ainda se acham, comprovadamente, na maioria das constituições escritas. Mas para as necessárias reformas serem bem encaminhadas, os problemas tem de ser encarados

adequadamente. E isto só me parece possível desde que reconhecamos o moderno Estado democrático representativo de partidos, tal como existe, e procuremos enquadrá-lo, de forma adequada, na teoria e no sistema constitucionais. Na medida em que modificações estruturais se torraram realidade política e, além disto, também realidade constitucional, a ciência política deve, antes de tudo, levá-las em conta, compreendendo-as e interpretando-as.

Quem, portanto, queira satisfazer, hoje, às necessidades da democracia de partidos, deve tentar fazer tudo para tornar possível o funcionamento dêste Estado em regime de partidos; ou seja, providenciar para que os partidos, como instrumentos imprescindíveis da nova democracia, não se tornem, ao mesmo tempo, os seus destruidores potenciais. Para alcançar êste fim, e para não deixar os partidos se apresentarem como organizações ditatoriais com regime centralista e autoritário, antes de tudo os próprios cidadãos ativos têm de ser mobilizados — mäs não pelos meios tradicionais do liberalismo representativo parlamentar e de uma reforma eleitoral no sentido liberal. Cumpre levar avante uma democratização dos próprios partidos, enquadrando a êstes de forma democrática no Estado.

Uma tal democratização exige, antes de tudo, que a formação da vontade dentro dos partidos se efetue “de baixo para cima”, isto é, que os atuais líderes de partidos sejam legitimados, na sua autoridade, através do princípio majoritário. O problema, portanto, consiste em fazer tudo para evitar que o mecanismo e a burocracia partidários oponham, por meio da moderna técnica de organização, a sua vontade à vontade dos cidadãos partidários e a imponham a esta e, afinal, ao povo inteiro. Isto não significa que os cidadãos ativos organizados em partidos tenham de tomar, êles próprios, tôdas as relevantes decisões do partido.

Uma tal democratização do partido, porém, exige não sòmente uma estrutura democrática das organizações par-

tidárias, mas, além disso, que a posição jurídica do próprio partido seja organizada democráticamente. Para isto é, antes de tudo, imprescindível que os cidadãos partidários, em todos os pormenores, sejam tratados, pelos partidos, juridicamente de forma igual, que tenham o igual — e sobretudo secreto — direito eleitoral e do voto, e que possam fazer, sem restrição, uso do direito da liberdade da opinião, nas reuniões, especialmente também nos congressos do partido.

A democratização dos partidos exige, outrossim, a democratização da escolha dos candidatos aos parlamentos. Pois é somente dêste modo que se torna possível quebrar a política secreta da burocracia partidária e suprema hierarquia partidária. As *primary elections* nos Estados Unidos, servem, como é sabido, para êste fim, sem complemento alcançá-lo na prática, visto que não conseguem quebrar decisivamente o poderio da burocracia partidária.

Outrossim, a democratização dos partidos requer que os mesmos sejam protegidos contra influências antidemocráticas. À democratização do Estado em regime de partidos corresponde, finalmente, a exigência de serem colocados, à disposição dos partidos, veículos de publicidade.

De uma tal democratização depende, a meu ver, o futuro do moderno Estado democrático em regime de partidos, e, com isto, o destino da democracia.

Ações que não admitem a reconvenção

Gabriel de Rezende Filho

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

1. Como forma processual em que o réu demanda o autor no mesmo processo em que é demandado, a reconvenção funda-se no princípio da economia do juízo.

Reconvindo, o réu não se defende pròpriamente, uma vez que não procura repelir a ação contra êle proposta e nem dilatar ou perimir o seu exercício, mas, especificamente reage, oferecendo pedido próprio, com o objetivo de modificar ou excluir o pedido do autor. (*Cod. de Processo Civil*, art. 190).

A reconvenção oferece ao réu a possibilidade de demandar o autor na mesma ação contra êle proposta, poupando-o, assim, aos incômodos e gastos de um processo autônomo.

A nova relação processual da reconvenção junta-se à relação processual originária, e ambas entrosadas, confundem-se afinal numa só e mesma relação, dada a presença em juízo das mesmas partes e do mesmo juiz.

2. O nexó entre a ação e a reconvenção constitui um delicado problema da processualística.

Para alguns autores, a reconvenção exige a conexão de causas, a existência de um nexó jurídico entre o seu objeto e o da ação.

ENRICO REDENTI (*Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, pág. 273), por exemplo, ensina que a reconvenção reclama “una raggione di connesione, lá dove dipendano dagli stessi fatti già posti dall’attore e fondamento della

propria domanda e dal convenuto a fondamento di una propria eccezione.”

De seu lado, JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Comentários ao Código de Processo Civil Português*, vol. II, pág. 96), sustenta que “todos os pedidos reconventionais devem ser conexos com o pedido do autor, porque seria inadmissível que ao réu fôsse lícito enxertar na ação pendente uma outra que com ela não tivesse conexão alguma. A questão é de *grau* ou de *natureza* da conexão: nuns casos o nexo é mais estreito, noutros é mais remoto.”

Para os processualistas alemães, a conexidade é condição indispensável da reconvenção, sem ser necessário, todavia, que o pedido do réu tenha a mesma origem do pedido do autor, bastando que ambos tenham em comum qualquer questão de fato ou de direito capaz de influir sôbre a sentença.

Dentre os nossos juristas, bem radical é AURELIANO DE GUSMÃO (*Processo Civil*, pág. 467) ao asseverar que “de ter a reconvenção por escopo eliminar ou elidir, no todo ou em parte, a ação principal, resulta como um princípio assente na doutrina hodierna, que a ação reconventional tem como pressuposto a conexão de causas; que só pode dar-se a reconvenção quando a contra-pretensão do réu fôr fundada ou no mesmo título em que se funda a pretensão do autor, ou em um título intimamente relacionado com aquêle. Não existindo nenhum laço de conexidade entre a ação do autor e a contra-ação do réu não pode haver reconvenção.”

Dos códigos de processo estaduais, o do *Ceará* permitia o livre uso da reconvenção sem aludir à exigência da conexão de causas, pois prescrevia que “o réu pode, em reconvenção, pedir ao autor o cumprimento de qualquer obrigação.”

Outros códigos, como os de *Pernambuco* e da *Bahia*, eram omissos a respeito, ao passo que alguns, como os de *Minas* e do *Rio Grande do Sul*, exigiam apenas que o

pedido reconvençional visasse “restringir ou elidir o pedido da ação principal.”

A melhor doutrina, a nosso ver, se continua no código de *São Paulo*: “não se admite a reconvenção quando não seja admissível a cumulação ou a concorrência de ações”.

Com efeito, o que se deve aplicar na matéria é o princípio da cumulação de ações, da qual, sem dúvida, a reconvenção é uma modalidade, o que vale dizer, permite-se a reconvenção quando haja compatibilidade entre o pedido do réu e o do autor, identidade de competência do juiz e identidade formal do procedimento.

O Código de Processo Nacional, porém, preferindo a orientação dos citados códigos de *Minas* e do *Rio Grande do Sul*, estabelece, no art. 190, que “o réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido”.

Em vez da “condição de conexidade ou compensação”, o “fim” passou a ser o pressuposto necessário e suficiente para a reconvenção: o objetivo de modificação ou exclusão do pedido do autor. (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. Processo*, vol. II, pág. 108).

3. O direito processual foi sempre favorável ao princípio da não limitação, em tese, do direito à reconvenção.

Assinala JOÃO MONTEIRO (*Teoria do Processo Civil*, § 293) que “sendo a reconvenção verdadeira ação, tão livre é no seu uso o reconvinte quanto seria no das ações que principalmente intentasse para defesa de seus direitos. Se não há limites à proposição das ações, não os há também à das reconvenções. A posição do reconvindo é consequência irremovível da de autor, porque a de reconvinte também o é da de réu. Só a lei pode restringir a faculdade de acionar, e desde que o autor veio com a sua ação, liberdade tem o réu de opor a sua. *Reconvitio in omnibus causis permissa est, nisi quatenus reperiat expresse prohibita.*”

Enumera o Cód. Nacional, expressamente, os casos de inadmissibilidade da reconvenção: “Não se admitirá a reconvenção nas ações: 1) relativas ao estado e capacidade das pessoas, salvo as de desquite e anulação de casamento; 2) de alimentos; 3) de depósito; 4) executivas); 5) que tiverem processo diferente do determinado para o pedido que constituir objeto da reconvenção”. (Art. 192).

Como disposição proibitiva — que estabelece derrogação à regra geral — diz PEDRO BATISTA MARTINS (*Comentários ao Cód. Processo*, vol. II, n.º 192), é de interpretação restritiva, não admitindo o dispositivo outras exceções se não as que decorram da própria natureza do instituto da reconvenção.

4. As ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, fundam-se em interesse moral e visam apenas definir a situação das pessoas em sociedade.

Inacumuláveis, portanto, são com ações de outra natureza.

Justifica-se a proibição, pois, como bem assinala JOÃO BONUMÁ (*Direito Processual Civil*, vol. II, pág. 267), nas “ações relativas ao estado e capacidade das pessoas, o interesse que está no fundo do pedido não pode ser excluído, modificado ou compensado com qualquer outro interesse moral ou patrimonial”.

A lei, todavia, ressalvou as ações de desquite e anulação de casamento, nas quais são compatíveis os pedidos da ação e da reconvenção. Com efeito, nestas ações a reconvenção pode inverter a direção do julgado, quando o autor pede a anulação do casamento por coação e a ré, defendendo-se, reconvém, solicitando a anulação por incompetência do juiz celebrante do casamento, ou, no desquite, defende-se e alega, por sua vez, a culpa do marido. (JORGE AMERICANO, *Comentários ao Cód. de Processo*, vol. II, pág. 387).

Tem-se admitido mesmo, através da reconvenção, a cumulação da ação de desquite e da de anulação de casamento.

Nada obsta, em princípio, essa cumulação, pois, no desquite o réu pode pedir a anulação do casamento, fundando a sua reconvenção num dos motivos legais. Entre ambas as ações existe um liame evidente.

Na ação de desquite, o casamento é antecedente indispensável e na de anulação é o próprio objeto da causa.

Cumprido ao juiz, na hipótese, verificar preliminarmente se o casamento é válido ou não, isto é, julgará em primeiro lugar a reconvenção que contém uma questão prejudicial, para em seguida, repelida a reconvenção, decidir a ação de desquite.

5. Não há reconvenção nas ações de alimentos.

Muito se tem discutido sobre a natureza desta ação.

Para uns, é ação de estado, ao passo que para outros é ação pessoal.

A ação de alimentos, dizem estes, não é ação de estado porque esta tem como características a controvérsia sobre o estado da pessoa, o que não ocorre com a ação de alimentos.

Coloca JOÃO MENDES (*Direito Judiciário Brasileiro*, pág. 138) a ação de alimentos no quadro das “ações de equidade”, que é uma sub-divisão das ações pessoais.

JOÃO MONTEIRO (*Doutrina das Ações*, n.º 36), porém, ensina que a ação de alimentos deve ser incluída no quadro das ações de estado da família, porque “nela anda sempre virtualmente compreendida uma questão própria daquele estado, sendo certo que o direito a alimentos depende, afinal, do reconhecimento de um estado de família”.

Alguns sustentam que a ação em apreço pode ser considerada com pessoal *ex lege*.

À vista do dissídio doutrinário, o nosso Código de Processo resolveu destacar, em item especial, a ação de alimentos, não a incluindo entre as ações de estado.

A razão pela qual a lei não admite a reconvenção nas ações de alimentos, funda-se no princípio do Código Civil (art. 1095), segundo o qual vedada é a compensação de dívidas que se originem de alimentos.

Por sua própria natureza, diz CLOVIS BEVILAQUA (*Cód. Civil*, vol. IV, pág. 172), “as dívidas de alimentos não admitem compensação. Destinam-se a manter a subsistência da pessoa que não tem recursos para viver, nem pode prover às suas necessidades por seu trabalho. Seria ilógico solvê-las por outro modo que não fôsse dar ao alimentário o recurso de que necessita.”

De observar-se, porém, a crítica que PONTES DE MIRANDA (obra citada, vol. II, pág. 112) faz ao Cód. de Processo nesse ponto, afirmando que “o legislador deveria ter apenas proibido a compensação em ação de alimentos e não a reconvenção. E justificando a sua opinião, exemplifica: A. propõe ação de alimentos contra B., talvez para que B. não lhos peça. B., que os ia pedir, poderia defender-se e reconvir. Corta-lhe o código essa possibilidade. B. defende-se e tem de propôr outra ação. Vai dar-se, então, a duplicidade de sentenças que talvez se contradigam. A proibição do art. 192 impede a reconvenção na ação de alimentos, não a reconvenção fundada em “pretensão de alimentos”.

6. Razões de ordem moral justificam também a proibição da reconvenção nas ações de depósito.

Com efeito, não pode o depositário furtar-se à restituição da coisa depositada sob o fundamento de que esta não pertence ao depositante, nem a título de compensação, salvo se esta proceder do depósito. (*Cód. Civil*, art. 1273).

A restituição da coisa, aliás, deve ser feita *in natura* e não se justificaria a compensação como meio de se extinguirem obrigações de restituir coisa diferente em espécie.

Acresce considerar que a dívida fundada em depósito é “dívida de confiança”, como dizem os civilistas, a exigir, portanto, o pagamento (restituição) imediato.

7. Não permite, ainda, a lei a reconvenção nas ações executivas.

Se o exercício da ação executiva pressupõe, de regra, a existência de dívida líquida e certa, nada obsta a que o réu, em defesa, alegue a compensação, provando que é credor, por sua vez, do autor por dívida líquida e certa. A compensação opera-se de pleno direito.

Mas, se fôr credor por dívida ilíquida, só em ação ordinária poderá pleitear o seu pagamento, tanto mais quanto, segundo o art. 192, n.º VI, do Código, “não é permitida a reconvenção nas ações que tiverem processo diferente do determinado para o pedido reconvençional.”

8. A razão pela qual a lei não admite a reconvenção nas ações que tenham por objeto bens imóveis ou direitos a êles relativos, está em que, na ação real a alegação de um direito excludente do direito ajuizado é a negação da existência desse direito, e pois, matéria de defesa direta, não fornecendo assim, substância à reconvenção.

Reconvindo, o réu só poderia alegar algum pedido sem ligação com o objeto da ação principal, quer dizer, sem objetivar a sua modificação ou exclusão — condição indispensável da reconvenção.

Nas ações reais, observa HEROTIDES LIMA (*Cód. de Processo Civil*, pág. 365), cabe ao autor provar o próprio domínio. Não o provando, continua o imóvel em poder do réu. A reconvenção não teria objeto e apenas demoraria o curso da ação, sendo incompatível com a natureza do direito imobiliário.

9. Tem-se indagado se cabe a reconvenção nas ações de despejo. A elas não se refere o art. 192 do Cód. de Processo.

Alguns autores e parte da jurisprudência não admitem a reconvenção nas ações de despejo, seja porque versem sôbre imóveis ou direitos a êles relativos, seja porque o seu rito é especial.

O primeiro argumento não procede, pois a ação de despejo não é real e sim *pessoal*.

Ação específica da locação de prédios, o seu objeto não é o imóvel, mas o contrato de locação, e a locação, como se sabe, não envolve direito real.

O locatário, uma vez que o locador se reserva sempre a posse indireta do imóvel, não tem sôbre êste um *jus in re*, mas um *jus ad rem*, vale dizer, um direito não à coisa em si, mas à detenção dessa coisa para poder gosar de um direito pessoal.

Aceitável, porém, é o segundo argumento, uma vez que o art. 192, n.º VI, do Código, proibe a reconvenção nas ações que tiverem processo diferente do determinado para o pedido que constituir objeto da reconvenção.

Dir-se-á, entretanto, que o art. 350 do Código, no capítulo sôbre a ação de despejo, prescreve que, a não ser quando o fundamento da ação seja a falta de pagamento do aluguel do imóvel locado, e o réu não a contestar no prazo de cinco dias, terá ela o rito ordinário. Desaparece, pois, neste caso, a diferença de forma processual entre o despejo e o pedido reconvençional.

Mas, a ação de despejo, em qualquer caso, é especial e não ordinária, tanto mais quanto a execução da sentença que julga procedente a ação, se faz, não pelo processo “para entrega de coisa certa”, mas pela forma estabelecida no art. 352, isto é, mediante simples notificação ao réu para que desocupe o prédio no prazo fixado pelo juiz até trinta dias e, em casos especiais, até seis meses, conforme modificação introduzida pela lei do inquilinato.

O rito ordinário da fase declaratória na ação de despejo não desnatura o caráter de processo especial que sempre assume esta ação.

Convém, finalmente, observar que a defesa na ação de despejo não sofre quaisquer restrições e assim, além das exceções previstas em lei, pode o réu alegar, na contestação, quaisquer fatos capazes de iludir o pedido do autor, bem como reclamar, sem necessidade de reconvenção, indenização das benfeitorias necessárias e úteis, estas últimas quando feitas com o consentimento do locador e a retenção do prédio até o respectivo pagamento, além de honorários de advogado.

Reconsideramos, portanto, melhor meditado o assunto, a opinião emitida em contrário no nosso “*Curso de Direito Processual Civil*”, vol. II, n.º 578.

10. A ação de nunciação de obra nova não admite reconvenção. Esta ação, segundo o art. 384 do Cód. de Processo, compete a quem pretende impedir que o prédio de sua propriedade, ou posse, seja prejudicado em sua natureza, substância, servidões ou fins por obra nova em prédio vizinho.

Trata-se, portanto, de uma ação real, não apenas porque visa a proteção de um imóvel, como ainda pelo fato de dirigir-se contra obra material em execução no prédio vizinho e também porque ao autor cumpre apresentar-se como titular de domínio ou posse do imóvel prejudicado.

Poder-se-ia, entretanto, alegar que o réu, sob o pretexto de que a ação contra êle intentada é fruto da temeridade ou malícia do autor, bem poderia, em reconvenção, pleitear uma indenização pelos prejuízos sofridos com a paralização da obra em execução no seu imóvel.

No entanto, cabimento não teria a reconvenção neste caso, porque o pedido do réu não visaria modificar ou excluir o pedido do autor, e esta é condição indispensável para a procedência da reconvenção, devendo-se ainda levar em conta que, *initio litis*, não teria o réu motivo para o pedido reconvençional de perdas e danos, pedido autônomo, que só se fundamentaria após a sentença final,

quando o juiz, julgando improcedente a nunciação, a caracterizasse de temerária ou maliciosa, como abusivo exercício do direito de demandar, daí surgindo para o réu o direito de reclamar do adversário perdas e danos por ação própria. (Cód. de Processo, art. 3.º).

11. Refere-se a última proibição do art. 192 do Código às ações que tenham processo diferente do determinado para o pedido reconvençional.

A cumulação de ações, além de outras condições, requer a identidade de forma a fim de evitar o tumulto processual.

Uma vez que a ação e a reconvenção correm juntas nos mesmos autos, impõe-se a observância dêsse princípio.

À reconvenção, em suma, há de corresponder a mesma forma processual que ao pedido do autor. A diversidade de forma aplicável aos dois pedidos constitui óbice legal à reconvenção.

Observe-se, porém, que se a ação principal tiver rito ordinário e a reconvenção rito especial, como a incompatibilidade é meramente formal, pode-se admitir a reconvenção se o réu desistir expressamente da forma especial a fim de poder submeter o seu pedido ao rito ordinário.

A inversão processual, porém, não será legítima se a ação tiver rito especial e a reconvenção rito ordinário.

12. É princípio tradicional o da inadmissibilidade da reconvenção, nas ações revocatórias de atos do falido.

A anterior lei de falências (dec. lei n.º 5746, de 29 de dezembro de 1929) dizia no art. 60, § 1.º, que “a ação revocatória correrá perante o juiz da falência e o devedor não poderá opor compensação, nem reconvenção.”

Embora a lei vigente (dec. lei n.º 7661 de 21 de junho de 1945) seja omissa a respeito, pois apenas alude no art. 55, à legitimidade ativa e passiva e à forma processual, é indubitável que o princípio da impossibilidade da reconvenção na aludida ação, permanece de pé porque se

funda na necessidade da punição da fraude contra credores e da moralização dos processos de falência.

O terceiro, credor da massa falida por título hábil, dêle não poderá valer-se para, em defesa direta, obter a compensação na ação revocatória contra êle movida pelo síndico, e nem a compensação judicial mediante a reconvenção.

Como credor, o único caminho que lhe aponta a lei, é a habilitação no processo de falência.

13. Tem-se discutido a possibilidade da reconvenção na ação rescisória.

No sistema dos códigos estaduais, era geralmente permitida a cumulação dos dois juízos — rescindente e rescisório — isto é, admitia-se a cumulação do pedido de anulação da sentença e o do novo julgamento da causa, exceto quando a arguição de nulidade se fundasse na incompetência absoluta do juiz.

A rescisória, com os dois pedidos cumulados, era processada e julgada no mesmo juízo da sentença rescindenda, mas se esta tivesse sido proferida ou confirmada em segunda instância, a êsse juízo deviam ser remetidos os autos para o julgamento, após o processo na instância inferior.

Vê-se, pois, apesar de serem distintos os juízos rescindente e rescisório — uma vez que “rescindir” uma sentença não é a mesma coisa que “decidir a questão anteriormente julgada” — que era permitido ao autor cumular os dois pedidos, observando-se apenas que isso só se dava quando o caso era de *error in judicando*, pois, quando houvesse *error in procedendo*, o juízo rescindente esgotava a finalidade da ação rescisória.

14. Estudando a origem da ação rescisória, ensina ENRICO TULLIO LIEBMAN (notas a CHIOVENDA, *Instituições do Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 277) que, no direito intermédio, recebida a distinção que viera dos romanos

entre sentenças injustas e sentenças nulas, havia a apelação contra as primeiras e, quanto às segundas instituiu-se um remédio especial — a *querela nullitatis* — remédio que não era um recurso e nem uma ação, mas uma invocação do *officium judicis*.

Esta *querela nullitatis* transformou-se depois em recurso no sistema das legislações européias.

No Brasil, porém, a rescisória não é um recurso, mas uma ação especial destinada, não a impedir a formação da coisa julgada, mas a atacá-la depois de formada.

15. Admitida, como vimos, pelos códigos estaduais a cumulação dos juízos rescindente e rescisório, nada impedia também, juridicamente, como assinala ODILON DE ANDRADE (*Comentários ao Cód. de Processo, edição da Revista Forense*, vol. IX, pág. 63), o uso da reconvenção na ação rescisória. Raro, porém, seria o caso na prática, mas poderia ocorrer quando o réu, prejudicado por seu turno com a sentença rescindenda, tivesse outro motivo (que não o alegado pelo autor) para pedir-lhe a rescisão.

Parece-nos, todavia, que o sistema foi modificado pelo Código Nacional de Processo.

Com efeito, segundo dispõe o art. 801, “a ação rescisória será julgada, em única instância pelas Câmaras Civas Reunidas do Tribunal de Justiça, se houver mais de uma”. Cabe, pois, atualmente, ao Tribunal de Justiça julgar em única instância, a ação rescisória, ainda quando se trate de anulação de sentença de primeira instância, não levada ao Tribunal através de recurso.

Excluem-se, como é óbvio, as ações rescisórias de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, cuja competência é privativa, *ex vi* da Constituição, para o julgamento das rescisórias de seus respectivos acórdãos.

Dada a omissão do Código Nacional sobre a possibilidade da cumulação dos juízos rescindente e rescisório, pa-

rece que a solução deve ser encontrada atendendo-se, como sempre, ao princípio legal da cumulação de ações.

Ora, é indispensável, para a cumulação, a identidade de competência do juiz. Nestas condições, como admitir que o Tribunal de Justiça, ao julgar a ação rescisória, anulando a sentença anteriormente proferida pelo juiz inferior, possa também, concomitantemente proferir novo julgamento sobre a questão?

Para êsse novo julgamento, parece-nos, falece-lhe competência.

Se outra solução se desse ao caso, infringir-se-ia o princípio do duplo grau de jurisdição, suprimir-se-ia a competência do juiz inferior ao qual cumpre examinar e decidir *ex novo* a matéria, cabendo de sua sentença, como de lei, recurso para o Tribunal.

Isto posto, a reconvenção, em ação rescisória, só será possível, em nosso ver, em casos restritos.

Pedindo, por exemplo, o autor a anulação da sentença transitada em julgado, o réu poderá reconvir, se tiver motivo próprio para obter também essa anulação, motivo diverso do alegado pelo autor. Assim pensa PONTES DE MIRANDA (obra citada, vol. IV, pág. 594) afirmando que “o réu na rescisória, a quem também foi lesiva a sentença rescindenda, pode reconvir. Para que funde a reconvenção, é preciso que lhe caiba ação rescisória contra a mesma sentença, dado que, por vêzes, a rescisão à sentença interessa juridicamente aos dois por lhes ter sido contrária no todo ou em parte. Nenhuma particularidade apresenta a reconvenção em ação rescisória.”

Menos radical, porém, é LUIZ EULALIO BUENO VIDIGAL (*Ação Rescisória*, pág. 105), ao ensinar que “não é necessário assista ao réu o direito à rescisão da *mesma sentença*, pois é bastante que a matéria da reconvenção seja outra rescisória e que vise excluir ou modificar o pedido. Não importa que a rescisória apresentada na reconvenção vise anular outra sentença; essa sentença deve, no entanto, ser

tal que a sua anulação influa no pedido de rescisão da sentença objetivado na ação, modificando-o ou excluindo-o”.

16. É admissível a reconvenção em ação declaratória.

Se o autor, por exemplo, faz um pedido restrito de declaração, abrangendo apenas parte de determinada relação jurídica, abre-se ao réu a oportunidade de reconvir para que o juiz, na sentença, abranja a totalidade da mesma relação jurídica.

Aplica-se aqui o princípio da economia do juízo e o da necessidade de evitar a duplicidade de demandas.

Interessante exemplo nos dá GOLDSCHMIDT (*Derecho Processal Civil*, trad. de PRIETO CASTRO, pág. 108): a declaração por meio de reconvenção, da inexistência da totalidade de um crédito solidário, quando na ação se visava apenas parte desse crédito.

17. O juízo arbitral não comporta a reconvenção.

O princípio já era estabelecido pelos velhos praxistas e não encerra, portanto, nenhuma novidade o dispositivo constante do art. 1045, n.º 2, do Cód. de Processo, ao prescrever que “nula será a decisão arbitral quando pronunciada fora dos limites do compromisso ou em desacôrdo com o seu objeto”.

Realmente, no compromisso, as partes devem definir, com clareza e precisão, o objeto do litígio e, por isso, o pedido reconvenicional de uma delas no período das alegações constituiria matéria fora dos limites contidos no compromisso e, se aceito pelos árbitros, tornaria nula a sua decisão.

“Estritos e estritamente interpretáveis, diz PONTES DE MIRANDA (obra cit. vol. II, pág. 115), são os poderes dos árbitros, uma vez que se trata de derrogação à jurisdição estatal; as partes devem conhecer, ao pactuarem, os limites das questões e os fundamentos da possível reconvenção, e dela não cogitarem”.

Por sua vez, AFONSO FRAGA (*Instituições do Processo Civil*, vol. II, pág. 288) assinala que o juízo arbitral é res-

trito ao ajustado no pacto compromissório, não podendo excedê-lo para conhecer de ação inexistente ao tempo em que êle fôra celebrado; acrescento que os árbitros não têm jurisdição que possa ser prorrogada, como na hipótese da reconvenção comum.

É bom lembrar, todavia, que tudo depende dos termos do compromisso, pois é imaginável a hipótese de nêle se aludir a eventual pedido reconvençional. A questão, em suma, há de resolver-se à vista dos poderes outorgados aos árbitros.

NOTA: Foi este o último trabalho escrito pelo saudoso Prof. Dr. Gabriel de Rezende Filho, falecido em São Paulo aos 20 de novembro de 1 957. Encontrado entre os papéis do extinto, sai agora publicado como uma homenagem ao ilustre catedrático, que por tantos anos proficientemente regeu em nossa Faculdade a complexa disciplina do Direito Judiciário Civil.

O direito na Península Ibérica

Lino de Moraes Leme

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

Invasão dos fenícios e dos cartagineses

Os primeiros habitantes da península ibérica, como do resto da Europa, foram provavelmente povos de origem asiática, aos quais se agregaram outros vindos da África. E aí se encontraram turdetanos, célticos, iberos, túrdulos, vetones ou vectones, egípcios, fenícios, gegos, etc. ,

Os fenícios invadiram a península no sec. 15 a.C., aí fundaram cidades, (1) introduziram seus costumes, religião, leis e sistema político. Não haviam êles consolidado o seu domínio nove séculos depois, quando chegaram os cartagineses, que, sob o comando de Amilcar, Asdrubal e Anibal, se instalam na península, certamente bem acolhidos pelo povo da mesma nação, que aí encontraram.

Naturalmente, se se remontar aos primeiros tempos, não se pode dizer, dos habitantes da península, que êles “magis ferarum quam hominum esse”, (2) e, como dizem os historiadores romanos, “vitam piscium vivebant, ubi major devorat minorem” (3).

Mas, após séculos, era natural que entre êles se fortalecesse o culto da religião, com o amor da família e a observância de princípios morais e jurídicos. É assim que guardavam a fé dos juramentos; os notaveis se abstinham de vinho; as mulheres podiam escolher seus maridos, e cultua-

(1) Cadiz, Málaga, Sevilha, Córdova e outras.

(2) MELII FREIRII, *Hist. juris civilis Lusitaniae*.

(3) *Thucyd., Strab., Pauson, Ovid.*, apud MELII FREIRII.

vam a castidade por tal forma, que o adultério nem pelo nome era conhecido.

A conquista romana

No ano 205 a.C., depois que Anibal foi para a Itália, Cipião, o Africano, implanta o domínio romano na península que, em 38 a.C., foi solenemente incorporada ao império romano.

É um período de grande prosperidade para a península, que é dividida em duas, Citerior e Ulterior, separadas pelo rio Ebro. Augusto a dividiu em tres provincias — Bética, Tarragonense e Lusitana.

No tempo de César, Lisboa recebe o título de Municipium Civium Romanorum, do que resultava, para os seus habitantes, o *jus civitatis*. A êsse tempo os vencidos se governavam por suas leis, e os vencedores pelas leis romanas.

Adriano, originário da península, ascende ao trono, e, conhecendo o inconveniente, para os cidadãos, da diversidade de leis e de direitos, publicou um Édito, no qual definiu princípios jurídicos imutaveis e perpétuos, tanto para Roma, — como para as provincias. Depois o imperador Antonino Bassiano concedeu direitos iguais a todos os súditos do Império Romano, pelo que passaram os vencidos a se reger pelas leis romanas.

O domínio dos visigodos

No século 5.º da era cristã, a península é invadida por bárbaros — os vândalos, os suévos, os álanos, expulsos pelos visigodos, que consolidaram o seu domínio, sendo Imperador Leovigildo, com quem começa o império visigótico, que vai de 584 a 711, sendo Rodrigo o último rei.

Sob o domínio dêles havia uma lei para os vencedores — a *Lex romana visigothorum* — *Corpus legum*, ou *Breviarium Alariciani* ou *Aniani*, e, para os vencidos, as suas leis peculiares, ou seus usos e costumes ⁽²⁾. Recesvindo, porém, no fastígio do império visigótico (em 650), proscreeveu o uso do direito romano, e, assim, começaram todos a usar o mesmo Código — o *Forum judicum*, traduzido para o espanhol, sob o título de *Fuero Juzgo*, adotado, em 693, com o nome de *Codex legum*, ou *Lex visigothorum*, quasi todo copiado do direito romano em vigor na península, exceto em matéria de direito criminal, em relação ao qual admitiam os tormentos, o suplicio de água quente, a flagelação, a morte. Não podia a filha casar-se contra a vontade do pai, e não havia matrimônio sem dote. O julgamento começava pela citação. A prova era feita por escrituras e testemunhas idôneas, sendo subsidiário o juramento. Qualquer pessoa podia defender, em Juízo, o direito seu, ou o alheio; a mulher, porém, somente podia defender o seu direito. Providências eram tomadas para colocar as partes em igualdade, na lide, e para evitar que o poderoso usasse de seu poder.

O domínio árabe

Vencido Rodrigo pelos sarracenos, que, em multidão imensa, penetram na península, ficou esta sob o jugo dos árabes. Se os arabes exerceram poderosa influência civilizadora — do que deixaram, na língua, numerosos traços, e do que é testemunha o califado de Córdova, que foi um poderoso facho de luz —, contudo êles se contentavam com o império e com o poder de vida e de morte, deixando em vigor o direito e as instituições que encontraram; pelas leis

(1) Nome com que foi promulgado em 693.

(2) Tanta nimirum erat Gothorum principum humanitas, ut gentibus devictis suas leges servarent, et optiones darent, qua lege uti vellent (M. Freire, o. c., p. 23).

árabes eram decididas as controvérsias entre êles, ou entre um árabe e um cristão. Também em matéria religiosa era grande a tolerância dos dominadores, ao contrário do que sucedia com os visigodos.

Os cristãos, refugiados nos montes das Astúrias, aclamam rei a Pelágio, de sangue real gôdo, que, tendo exíguo poder, no começo, viu o mesmo crescer e ampliar-se, ficando sob sua autoridade a Galiza, Castela e a Lusitânia. Dessa linhagem é Afonso VI, cujo neto, Afonso Henriques, funda a monarquia portugêsa, em 1139.

Os forais

Durante a dominação árabe, desenvolvem-se os *forais*, que perduraram, em Portugal, até 1832, e que o Código Civil espanhol, que é de 1888, ainda reconhece, *verbis*: “En lo demás, las provincias y territorios, en que subsiste derecho foral, le conservarán por ahora em toda su integridad, sin que sufra alteración su actual regimen juridico, escrito o consuetudinário, por la publicación de este Código, que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales” (1). Os forais assumiram diferentes finalidades: foram a princípio cartas pelas quais eram concedidas terras para povoamento, tendo os contemplados direitos mais ou menos extensos e obrigando-se a certos tributos ou serviços; outros eram verdadeiras leis civis ou criminaes, económicas e administrativas, concedidas a um conselho existente ou que se constituiria, em que faltavam costumes ou leis consuetudinárias, ou em que elas devessem ser reformadas; e outros, em que eram constituídas enfiteuses genéricas. Êles foram como que a carta de alforria do município, defendendo os burgueses contra a tirania da nobreza, e tornando-se, dest’arte, um verdadeiro direito municipal. À medida que eram libertados do domínio árabe, as cidades foram recebendo os seus forais, que lhes me-

(1) Art. 12.

lhoraram as condições sociais, econômicas e administrativas. Entre êles deve citar-se o *Fuero viejo*, de Castela, em princípios do séc. 13.º, que é um notavel monumento histórico.

A legislação de Castela

De Afonso X, o Sábio, filho de D. Fernando, até o advento dos Reis Católicos, aparecem em Castela, ao lado de *Fueros e Ordenamientos*, a *Lei das Sete Partidas*, ⁽¹⁾ mandada fazer por Afonso X, terminada em 1265 e dividida em sete partes (daí o seu nome), como o *Digesto* e os *Decretales*.

O direito sob D. Diniz

Essa lei foi traduzida em Portugal, ao tempo de D. Diniz (1279-1325), durante cujo reinado tão notaveis reformas foram feitas, especialmente no direito, que perderam por séculos afóra ⁽²⁾. Notemos apenas que ela suprimiu o juramento, em matéria contratual, que regulou as obrigações e contratos das pessoas encarceradas, bem assim a obrigação daquele que se recusa a fazer o contrato prometido, o direito de sucessão do filho natural à herança do pai plebeu, dispôs sôbre a desherdação do filho

(1) A 1.^a Partida tem 24 títulos, trata do direito natural, das leis, do uso e do costume, e do direito canônico e eclesiástico. A 2.^a tem 31 títulos e se refere à organização política. A 3.^a, com 32 títulos, trata da organização judiciária e do direito processual. A 4.^a tem 27 títulos e 256 leis; trata dos esponsais, do casamento, dos bens dotais e parafernais, do pátrio poder e da filiação. A 5.^a dispõe sobre obrigações e contratos, tem 15 títulos e 274 leis. A 6.^a, com 19 títulos e 272 leis, abrange o direito sucessório. A 7.^a, com 34 títulos e 363 leis, é o Código Criminal.

(1) MELO FREIRE, págs. 44-52. Foi ele quem restabeleceu o uso da lingua latina nas leis, no fôro e nas próprias escrituras particulares.

que se casa sem o consentimento do pai, taxou os salários dos tabeliães e escrivães, proibiu os direitos de sucessão em favor das Igrejas e dos mosteiros, e que essas instituições adquirissem bens imóveis. Foi êle igualmente quem decretou a fundação da Universidade de Lisbôa, transferida para Coimbra em 1308.

As Ordenações Afonsinas e as Manuelinas

D. João I, Mestre de Aviz, filho bastardo de D. Pedro I, é aclamado rei nos comícios de Coimbra (1). O rei morrera sem filho e cognatos que lhe pudessem suceder, e a filha Beatriz, casando-se com o rei de Castela, era excluída do trono, pela lei do reino. João das Regras, notavel jurisconsulto, propõe que o Código Justinianeu, com as glosas de Acúrsio e Bártolo, fôsse adotado como lei complementar. D. João encarregou João Mendes, Corregedor da Côrte, de fazer um código das leis pátrias; e, como nada tivesse sido feito até à morte dêsse rei, o seu sucessor, Eduardo, confirmou a incumbência, que, por morte dêsse jurisconsulto, foi transferida para Rui Fernandes, o qual completou no reinado de Afonso V, sendo promulgado na regência do filho D. Pedro, em 1446, sob o nome de *Ordenações Afonsinas*. Constam elas de cinco livros: da organização judiciária, dos direitos de Majestade, especialmente do processo judicial, dos contratos e das sucessões, dos delitos e das penas. Nesse tempo, diz Melo Freire, reinava, na Lusitânia, o direito romano, com as glosas de Acúrsio e Bártolo, e o direito canônico (2).

D. Manuel mandou rever essas Ordenações, e, em 1521, publicou as *Ordenações Manuelinas*, que apresentam um

(1) O povo não podia eleger rei senão na falta de descendente legítimo do último rei, e de parentes agnatos (*Inst. Jus. Civ. Lusit.*, L. III, c. IX, § III).

(2) O. c., págs. 66-67.

sistema completo de direito pátrio (2). O primeiro livro trata da organização judiciária, e tem 78 títulos. O segundo livro trata dos litigantes, das regalias e dos reguengos; tem 50 títulos. O terceiro, com 90 títulos, trata do processo civil, de maneira completa e brilhante. O quarto tem 82 títulos, ocupa-se dos contratos e das sucessões. O quinto, com 113 títulos, compreende o direito criminal e respetivo processo.

O esplendor político da Espanha

Os reinos cristãos da Espanha foram absorvidos por Aragão e Castela, e êstes se uniram pelo casamento de Isabel de Castela com Fernando, o Católico, de Aragão, em 1467. Durante o reinado deles foi introduzida a Inquisição (1483) e foi extinto o poder mouro na Espanha, pela conquista de Granada (1492), no mesmo ano em que Colombo descobriu a América. Fernando foi sucedido por seu neto, Carlos I, em 1516; e recolhendo êle também a sucessão de seu avô, Maximiliano I, imperador da Alemanha, sob o nome de Carlos V, o seu enorme império compreendia, além da Alemanha e da Espanha, os Países Baixos, o condado de França (herdado de seu pai), o ducado de Milão (anexado por êle), o Perú (conquistado por Pizarro, em 1531) e o México (conquistado por Cortês, em 1578). Em 1556, Carlos resignou, e a Espanha, com os Países Baixos e o ducado de Milão, passaram a seu filho legítimo, Felipe II (1556-98), e os territórios alemães a Fernando, irmão de Carlos. Felipe, casado com Maria, rainha da Inglaterra, perdeu a Holanda (1579), uniu Portugal à Espanha, (1580), fez uma desastrada tentativa para

(1) Não se sabe ao certo quais foram os autores dessas *Ordenações*, mas conjectura-se que nela trabalharam os doutores João Cotrim, João Faria, Pedro Jorge e Cristovão Estevão, então senadores. Em 1514 foi publicada uma edição reconhecida e correta pelo chanceler do reino, dr. Rui Bôto.

conquistar a Inglaterra, com a “Invencible Armada” (1588), e tentou, sem resultado, impôr a influência espanhola na França.

Na Espanha, nesse período, aparecem as *Ordenanças reais de Castela*, primeira compilação do reinado de Fernando e Isabel (1) (publicada em 1485), as *Leis de Fôro*, publicadas em 1505, destinadas a sanar contradições entre o *Fuero Juzgo*, as *Partidas* e os *Ordenamientos*), a *Nova Recopilação* (feita por que as leis do *Fuero Juzgo* e as dos *Ordenamientos* não haviam sido copiadas fielmente na coleção de Montalvo) foi concluída em 1562, e teve fôrça de lei em 1567.

O Código Sebastiãoico

Em Portugal, D. Sebastião, o Desejado, põe em vigor o *Código Sebastiãoico*, em 1569, obra de Duarte Nunes de Leão, que nele reuniu, em resumo, as leis extravagantes de D. Manuel, D. João III e D. Sebastião.

As Ordenações Filipinas

Felipe II, de Castela, e I, de Portugal, mandou elaborar nova coletânea de leis, sendo a tarefa comfiada aos desembargadores Paulo Afonso, Pedro Barbosa, Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo, e o trabalho deles, revisto pelos dois últimos e mais os desembargadores Melchior de Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique de Sousa, foi publicado e mandado observar, por alvará de 11 de Janeiro de 1603; são as *Ordenações Filipinas*. Essas *Ordenações* têm o mesmo número de livros, a mesma disposição e a mesma forma de tratar as matérias, que as *Ordenações Manuelinas*; têm, no entanto, títulos e leis novas, como, no livro I, os títulos 35 a 47, leis extravagantes do Código

(1) Foi feita por ALONSO DIAS DE MONTALVO. Divide-se em 8 livros.

Sebastiânico e outras dos mesmos reis a que se refere essa coleção. Essas *Ordenações* vigoraram em Portugal, até ser promulgado o Código de 1867, e, no Brasil, até à promulgação do Código Civil, que entrou em vigor em 1917.

Entre os comentadores dessas *Ordenações* merecem citados Manuel Barbosa, Agostinho Barbosa, Manuel Álvares Pegas, Manuel Gonçalves da Silva.

Melo Freire ⁽¹⁾ e Coelho da Rocha ⁽²⁾ se manifestaram de maneira depreciativa sôbre essas *Ordenações*, talvez induzidos por sentimentos patrióticos; mas Cândido Mendes ⁽³⁾ considera essa obra, apesar de seus defeitos, superior às *Ordenações Manuelinas*, “cujos compiladores não tinham nem podiam dispôr de tantos recursos como os do Código Filipino”.

Por essas *Ordenações*, L. 3, tit. 64, é mantido expressamente o direito romano, como subsidiário.

A lei da Boa Razão

Em 18 de Agosto de 1769, é promulgada a *Lei da Boa Razão*, assim chamada porque dispôs que o Direito Romano sômente seria subsidiário quando fundado na “boa razão”, por essas palavras entendendo-se os princípios essenciais e inalteráveis do direito natural, bem assim os do direito das gentes. Essa lei reformou a Ord., L.I, T.4, § 1, estabelecendo que as glosas do chanceler da Casa da

(1) “Multa praetera habentur in hoc Codice ab Emmanuelino temere inconsiderateque, ac oscitanter desumpta, quae nimurum licet analoga, congruaque essent ceteris in eodem Emmanuelino comprehensis, recentiorum tamen institutis minime conveniebant, non nulla proinde ibidem invenientur omnino otiosa, non nulla inter se contraria, et repugnantia. Compilatores enim nullo delectu, aut discrimine colligentes et jus Emmanuelini Codicis, et novum Extravagantium, quo multa correctae, immutatae fuerant tamque Plautinus ille cocus, jura diversa, et inter se opposita ita commiscent, et confundunt, ut nullo pacto possint sibi met ipsas conciliari”

(2) *Ensaio sobre a história da legislação de Portugal*, § 246.

(3) *Código Filipino*, Introd., p. XXV.

Suplicação deviam ser observadas sem controvérsia, ampliação ou restrição, sempre que a decisão fosse contrária às *Ordenações* e mais leis, ou ao direito expresso. Dispôs também sôbre a interpretação das leis, quanto ao direito canônico — reservado para os tribunais eclesiásticos, em causas de carater religioso —, bem assim a respeito da aplicação dos estilos e costumes.

O direito na península, a partir de 1805

Na Espanha, em 1805, é publicada a *Nova Recopilação*, mandada fazer por Carlos IV, obra de Manuel Lardizabal, concluída por Juan de la Reguera, e que é apenas uma coleção de leis dispersas, cheia de inexatidões e de anacronismos.

Surgem, então, leis avulsas sôbre os expostos (1822), os bens vagos (1835), as substituições fideicomissárias (1841), a condição de estrangeiros (1852), as hipotecas (1861), o registro civil (1870), o casamento civil (1870), a propriedade literária (1879), havendo, porém, matéria codificada (Código de Comércio, de 1829, Código de Processo Civil, de 1856, Código de Organização Judiciária, de 1870, na Espanha; Código Criminal (1852), Código de Processo Civil (1876) e Código Comercial (1888), em Portugal.

Em Portugal aparece o Código Civil, em 1867, e, na Espanha, em 1888.

O Código português

Depois de outras tentativas, foi o visconde de Seabra incumbido de elaborar o Código Civil, que foi submetido à revisão de uma comissão composta de lentes da Universidade de Coimbra, e de advogados notáveis, e que, promulgado em 1867, entrou em vigor a 22 de Março de 1868, e, nas colónias, a 1.º de Julho de 1870.

O Código tem 2538 artigos e divide-se em quatro partes, subdivididas em livros, e estes em capítulos, secções, sub-

secções e divisões. A parte 1.^a, subordinada ao título: “Da capacidade civil”, trata das pessoas físicas, das pessoas jurídicas, do domicílio, da ausência, da curadoria e da administração dos bens dos a ela sujeitos, da filiação, da tutela — e a mais extensa, sob o título: “Da aquisição dos direitos” tem tres livros: o n. I trata dos direitos originários e dos que se adquirem por fato e vontade própria, independentemente da cooperação de outrem; e aí vêm os modos originários de adquirir, neles incluindo-se a ocupação dos objetos e produtos naturais comuns (agua, canais, aquedutos), a posse, a prescrição, o direito de trabalho, o trabalho literário e artistico, a propriedade artistica e as dos inventos); o n. II se refere aos direitos que se adquirem por fato e vontade propria e de outro conjuntamente (e aí vêm as obrigações e contratos — inclusive os direitos reais de crédito, os concursos e privilégios creditorios; o n. III trata dos direitos que se adquirem por mero fato de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei (e aí coloca a gestão dos negócios e o direito das sucessões). A parte 3.^a, como a 1.^a, tem um livro único, este sob o título: “Do direito de propriedade”, nele incluindo-se os direitos reais sobre a coisa alheia (usufruto, uso, habitação, compascuo, servidões), o direito de fruição (ao qual subordina a accessão), o direito de transformação (ao qual subordina as restrições impostas à propriedade, em defesa da propriedade alheia), o direito de exclusão e de defesa (demarcação, tapagem, direito de defesa), o direito de restituição e de indenização e o de alienação. A parte 4.^a, sob o título “Da ofensa dos direitos e sua reparação”, tem dois livros: o n. I, sobre responsabilidade civil, e o n. II, sobre a prova dos direitos e da restituição deles.

À parte a originalidade da classificação, ha a notar: a) a instituição do Conselho de Família, ao qual compete nomear os tutores e protutores, removê-los, prover sobre a administração dos bens de menores e os direitos dos mesmos, autorizar-lhes o casamento e as convenções ante-

nupciais, não sendo tutor dêste o avô, cabendo ao protutor a obrigação de fiscalizar e acompanhar a ação do tutor, e defender os direitos dos menores, quando em opposição aos do tutor; *b*) o registro da posse que tenha mais de cinco anos; *c*) são considerados direitos reais o dote, o arrendamento por mais de dois anos, havendo adiantamento da renda, e por mais de quatro, não havendo; a consignação de rendimentos para pagamento de quantia determinada, ou por determinado número de anos; *d*) admite a doação entre esposos, tornando-a livremente revogável; *e*) regula o contrato de serviço doméstico; *f*) regula especialmente o contrato de recovagem, de bagagem, de alquilaria, de albergaria ou pousada; *g*) admite o juramento como meio de prova, podendo êle ser decisório ou supletório; *h*) o casamento é considerado um contrato, mas os católicos o celebrarão pela forma estabelecida na Igreja Católica; mantem os apanágios e os alfinetes.

Leis posteriores organizaram o Registro Predial (1870), o Registro Civil (1878) (estando a matéria agora regulada pelo decreto-lei n.º 22.018, de 1932, os privilégios (1868), instituíram o divórcio (decreto de 3 de Novembro de 1910), regularam a proteção dos filhos (decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910), regularam o notariado (O Código do Notariado, que é de 1931, alterou disposições do Código Civil, inclusive na parte referente a testamentos), dispuseram sôbre os acidentes no trabalho (lei n.º 1942, de 1936).

O Código espanhol

O Código espanhol é de 1888. Uma lei desse ano estabeleceu que o Código tomaria como base o projeto de 1851, procurando harmonizar os preceitos das leis anteriores, conciliando os ensinamentos da doutrina com as soluções da prática, atendendo às necessidades novas, de acôrdo com o progresso científico e as regras consagradas nas legislações estrangeiras; que o casamento teria duas formas:

a canônica e a civil; que seria proibida a investigação de paternidade, salvo o caso de delito, declaração expressa do pai, posse de estado, etc.; que na Catalunha e noutras províncias e territórios de direito foral, a nova lei não seria obrigatória, até ulterior deliberação.

O Código contém um título preliminar sobre as leis, seus efeitos e regras gerais para sua aplicação, e quatro livros: I) das pessoas; II) dos bens, da propriedade e de suas modificações; III) dos diferentes modos de adquirir a propriedade; IV) das obrigações e contratos.

De acordo com o art. 12, do título preliminar, esse título tem aplicação geral e obrigatória. Quanto ao mais, nas demais províncias e territórios em que subsiste o direito foral, subsistirá este integralmente, sem alteração em seu regime jurídico, escrito e consuetudinário, sendo o Código Civil apenas direito supletório.

— Pelo art. 6.º da lei de Bases de 11 de Maio de 1888, o Govêrno se obrigou a apresentar às Côrtes, ouvindo a Comissão do Código, os apêndices ao mesmo, com as instituições forais que convem conservar em cada uma das províncias e territórios. Não o tendo feito, a ordem da prelação nelas é a seguinte: 1) o aludido título preliminar, e, do livro I, a parte referente ao nascimento e extinção da pessoa física, (menos os artigos referentes à presunção de morte) e das pessoas jurídicas; 2) as leis de caráter geral; 3) seus direitos forais; 4) seus direitos supletórios. O direito supletório é: I) para a Catalunha, o direito canônico, o direito romano e o Código Civil; II) para Navarra, o *Fuero General*, o direito romano e o Código Civil; III) para Biscáia e para as Ilhas Baleares — o Código Civil; IV) para Aragão, o costume, a equidade o Código Civil.

O Código espanhol coloca, no livro I, que tem o título “Das pessoas”, o direito de família; no livro II, coloca a posse, o usufruto, o uso, a habitação e as servidões, que considera “modificações” da propriedade; no livro III, trata da ocupação, da doação e da sucessão que são as formas de adquirir o direito de propriedade; no livro IV inclui,

entre as obrigações e os contratos, o concurso e a prelação dos créditos e a prescrição. Há o casamento canônico e o casamento civil. Os requisitos, a forma e as solenidades para a celebração daquele são “las disposiciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento admitidos como leyes del Reino”, e esse casamento produzirá todos os efeitos civis a respeito das pessoas e dos bens dos cônjuges e de seus descendentes. Como o Código português, tem o conselho de família e os protutores. O registro da propriedade é necessário apenas para produzir efeitos em relação a terceiros. O casamento não é enumerado entre os contratos, como no Código português. Fala em divórcio, mas como em o nosso decreto n. 181 de 1890, não é apenas *quoad thorum*, ou seja o desquite, como na técnica de nosso Código Civil.

O Código Civil Brasileiro pertence ao sistema do Código português

Arminjon, Norde e Wolff (*Traité de droit comparé*) dizem que o Código Civil brasileiro se filia ao sistema francês. Seria estultície pretender diminuir o valor do Código Civil francês; mas o Código brasileiro não se filia ao sistema do mesmo.

O regime de bens, no casamento, não havendo contrato antenupcial, é o do Código português.

O do Código francês e o da maioria dos códigos estrangeiros é o da comunhão parcial.

Não manteve o nosso Código o instituto dos apanágios, desnecessário quando estabelecida a precedência do cônjuge sobre os colaterais, nem o de alfinetes, estabelecido para o caso de os cônjuges pertencerem à nobreza. Também não temos o Conselho de Família.

O Código português equipara as doações *mortis causa* (exceto as para casamento) às disposições de última vontade (art. 1.457). É a orientação do Código espanhol

(art. 620), bem assim a de vários códigos latino-americanos, entre os quais o do Chile (arts. 1.000, 1.139 e 1.141) e o do Uruguai (art. 1.652). O nosso Código se apartou dessa orientação.

O Código português regula as doações entre cônjuges (art. 1.178-1.183), que alguns códigos não admitem (Código argentino, art. 1.807; Cód. uruguaio, art. 1.656. O Cód. italiano, art. 784, igualmente, “salve quelle conformi agli usi”). O Projeto Clovis silenciou a respeito, e os dois artigos da Comissão Revisora, regulando-os, foram suprimidos, em virtude do parecer da Comissão Especial: “Não se proibem as doações entre cônjuges, desde que pela natureza do regime matrimonial forem possíveis”.

A sucessão legítima é regulada de forma semelhante no Código português (art. 1.969) e em o nosso (art. 1.603), sendo de notar que em nosso direito o cônjuge vem antes dos colaterais, e que, na linha colateral, no direito português, o direito sucessório vai até o 6.º grau (assim foi conservado na lei de 1910), como também em nosso Código Civil, antes da reforma que o limitou ao 4.º grau. A limitação ao 6.º é a da maioria das legislações. No direito francês, a ordem de sucessão é completamente diferente, sendo de notar que na linha colateral se estende até ao 12.º grau.

Poderíamos entrar em pormenores, mas desnecessários para o fim que temos em vista, a saber — demonstrar que o direito brasileiro se filia ao direito português, como se vê, por exemplo, em matéria de regime de bens no casamento, e no direito sucessório.

Certamente que em nosso Código Civil, e na legislação posterior, influíram outros direitos, especialmente o Código alemão e o Código francês; a filiação, porém, se refere a matérias básicas, e, quanto a elas, é indubitável a ligação entre o nosso direito e o direito português.

Liberdade e valor (*)

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

O problema no fim do século passado

1 — Em um pequeno ensaio intitulado “Normas e leis naturais”, inserto na sua obra *Präludien*, Wilhelm Windelband apresenta-nos talvez o ponto extremo a que chegara a problemática filosófica, no fim do século passado, no que tange ao tema *Liberdade e valor*.

Ponto de partida do mencionado trabalho é a afirmação de que não seria possível tratar de preceitos e de sua vigência se não existisse no homem uma potência capaz de dar um salto por cima das funções naturalmente necessárias da vida psíquica, se não existisse, em suma, a *liberdade*.

O problema da liberdade, dêsse modo, é posto exclusivamente em função de uma dupla lei que regeria tôda a experiência humana: de um lado, a lei determinista própria do mundo da natureza; do outro, a lei do dever moral própria do mundo “noumênico”.

O problema ético da liberdade ainda é posto, como se vê, com base na distinção essencial entre *leis naturais* e

(*) Trabalho escrito a convite da Comissão Organizadora do XII Congresso Internacional de Filosofia, realizado em Veneza, em setembro do corrente ano. Os demais relatores gerais do referido certame foram os professôres ALOYS DEMPFF, de Munique; PHILIPP FRANK, de Cambridge; JOHANN LOTZ DE PULLACH, de Munique; M. B. MITIN, de Moscou; RICHARD MACKEON, de Chicago; ADOLFO MUÑOZ ALÓNZO, de Valência; ALFRED JULES AEER, de Londres; CHAIM PERELMAN, de Bruxelas; e AIMÉ FOREST, de Montpellier.

leis normativas, atendidas as exigências então dominantes na cultura ocidental, ou seja, sem quebra da crença inabalável no princípio de causalidade, concebido de maneira absoluta e determinista, como condição universal de tôdas as ciências.

Se as leis naturais ou leis explicativas dos fenômenos, segundo a categoria lógica do *ser*, não coincidem com as leis do *dever ser* ou normas, nem por isto se admite uma contradição entre elas: as normas, em última análise, representam uma seleção operada no complexo de possibilidades das leis naturais. Neste sentido, uma regra de qualquer natureza, — seja ela moral, lógica ou estética, — pode converter-se em fundamento determinante do pensamento e da vontade, desde o momento em que se insere no plano da consciência.

“Sòmente assim, conclui Windelband, poderemos compreender a atualização das normas no processo naturalmente necessário da vida psíquica do homem, sem se anular a condicionalidade causal de tôdas as suas distintas funções.”

Dai o seu conceito de liberdade como sendo “a determinação da consciência empírica mediante a consciência normativa”, ou o domínio do homem sôbre a sua consciência segundo uma lei, cujo valor é por êle mesmo espontaneamente reconhecido. Ser livre significa obedecer à razão, entendida como o conjunto dos valores e das normas, de maneira que, tudo somado, julga-se possível resolver o problema da liberdade tão sòmente à luz dêstes dois princípios complementares: a vigência normativa ou axiológica da consciência, em harmonia com o enlace teórico da causalidade natural.

Recolocação radical do problema

2 — Não resta dúvida que a tese, ora recordada a título de exemplo, e que, no fundo representa uma reela-

boração de distinções fundamentais da filosofia kantiana, baseia-se sôbre um sistema de pressupostos, ou se quizerem, de perspectivas, que foram depois alvo de penetrantes análises, reveladoras de trincas e lacunas, das quais devia resultar grande parte da problemática filosófica contemporânea.

Se fôsse possível proceder-se, no breve espaço concedido a esta comunicação, a uma pesquisa completa sôbre os motivos profundos que tornaram inatuais certas “conquistas definitivas” com que se engalanaram a ciência e a filosofia no século passado, não obstante se proclamasse o caráter problemático do saber filosófico, talvez compreenderíamos melhor a razão pela qual o problema *liberdade-valor*, enquanto diade inscindível, passou, em nossa época, por uma alteração radical. Tão radical que atinge e envolve tôda a concepção do homem, não do homem como pura abstração racional, mas na concretitude de seu ser existencial e histórico.

Como observa Nicola Abbagnano, “não se trata mais de um contraste entre as afirmações da ciência, implicando no determinismo rigoroso de todos os eventos da natureza e, por conseguinte, também da vontade humana, e as exigências da vida moral. Esta formulação do problema da liberdade, tal como foi proposta pela filosofia da última centúria, pode ser considerada completamente inatual. O conflito que dá origem ao problema não é mais o afirmado entre duas disciplinas ou entre dois pontos de vista, segundo os quais possa ser considerada a vida do homem como sendo de um lado natureza, e, do outro, espírito. Trata-se de um conflito mais profundo, radicado na essência mesma do homem e nas suas atitudes concretas” (1).

3 — É claro que mesmo no século passado é possível encontrar as raízes da problemática axiologia hodierna. Os nomes de Kierkegaard e de Nietzsche bastariam para

(1) ABBAGNANO — *Introduzione all'esistenzialismo*, 1947, pág. 107.

demonstrar que nem sempre se poz o problema da liberdade do homem de um modo, por assim dizer, extrínseco ao homem mesmo, porque referido ao mundo da natureza, concebida como um sistema fechado de fatos e de cousas.

Soren Kierkegaard, com efeito, não concebe a liberdade em função ou em contraste com um rígido sistema de forças naturais, nem a priva de tôda singularidade pessoal, projetando-a como categoria abstrata no plano “noumenal”, mas, ao contrário, a reconduz ao valor intrínseco da subjetividade: em certo sentido, é da sua condição de “ser no mundo” que o homem extrai a possibilidade de transcender o mundo.

Nietzsche, por sua vez, é só aparentemente que se serve dos pressupostos da biologia evolucionista para modelar o homem ideal, porque infinitamente real, o “super homem” que vai progressivamente se criando a si mesmo como livre produto de seus próprios meios. A liberdade, entendida como espontaneidade criadora, identifica-se com o valor radical do homem; e o homem, que procura se libertar da história, haure na história as forças indispensáveis ao seu incessante superamento.

Eis aí, a meu ver, duas antecipações do tema *liberdade-valor* como núcleo central de uma antropologia filosófica, tal como hoje se nos antolha, em conexão com novas formas de entendimento dos problemas da existência, da possibilidade e da transcendência.

Na linha de pensamento do filósofo dinamarquês o *eu* reencontra a si mesmo diante de Deus, e somente se reconhece livre na inefável singularidade de sua relação com o *Outro*: a liberdade é posta, portanto, como valor conatural à consciência da finitude e da precariedade do homem, em uma transcendência absoluta.

No pensamento de Nietzsche, ao contrário, desloca-se o conceito de interioridade, do *eu* para a *natureza*, a qual se anima tôda em virtude da projeção do homem, fonte de sentido e valor: a liberdade é transcendência do homem

como auto-criação imprevisível, através das infinitas formas da experiência humana.

Nas duas direções, porém, — não obstante a contraposição dos respectivos conceitos de homem e de transcendência, — o que se torna manifesto é a acentuada preocupação pelas raízes do *ser humano*, pela liberdade e pelo valor como condições de superamento da condicionalidade existencial.

Da ética à ontologia da liberdade

4 — Se tivesse de escolher um ponto de referência para tentar a difícil esquematização das diversas tendências ou perspectivas reveladas na axiologia contemporânea, no que concerne à implicação *liberdade--valor*, elegeria o ligado ao problema da *transcendência*. É este, com efeito, um motivo dominante nas investigações atuais sobre a matéria, apesar da multiplicidade de suas diretrizes, muitas vêzes entrecruzadas e sobrepostas, mesmo porque tem suscitado no campo adverso o reexame de teses fundamentais, como ocorre nas concepções, por exemplo, do idealismo imanentista ou nas diversas formas de naturalismo. Cabendo-me, no entanto, a tarefa de proceder a um levantamento da situação atual do problema, sem a preocupação de traçar as fronteiras das doutrinas, aliás frequentemente imprecisas ou cambiantes, julgo preferível focalizar a correlação *liberdade-valor* à luz de vários prismas.

Sem esquecer o que deve ter resultado, para o nosso tema, da crítica dos pressupostos do saber científico, — desde quando se poz em dúvida a fé no determinismo universal, — e abstração feita, por ora, das diversas doutrinas filosóficas que puzeram em realce a contigência das leis naturais, talvez seja possível afirmar que a mudança fundamental operada neste assunto, nos últimos decênios,

consistiu na transladação do problema da liberdade, do plano *ético* para o plano *ontológico*.

Basta lembrar que grande parte da problemática axiológica contemporânea se relaciona com a crítica de três teses nucleares do criticismo transcendental: a distinção, para não dizer a separação entre *liberdade* e *temporalidade*; a distinção entre *ser* e *dever ser*; e, finalmente, a postulação da liberdade como “noumeno”, isto é, como autoconsciência do puro dever.

Já foi justamente observado que no sistema de Kant o *valor* se separa do *ser*, enquanto que ainda para os cartesianos um ser tanto mais *vale* quanto mais *é*. Liberdade e valor, na doutrina do filósofo germânico, passam a ser pensados como um mundo “a se”, o mundo da liberdade pura, que não pode ser objeto de “experiência”, ou seja, de conhecimento teórico, mas tão somente de intuição prática.

Ora, a crítica de Henri Bergson desenvolve-se exatamente contra a concepção kantiana do *tempo*, visto como o autor da *Crítica da razão pura* havia confinado a liberdade no mundo da “coisa em si”, excluindo-a do mundo dos fenômenos. Para Bergson, ao contrário, uma liberdade não temporal reduz-se a simples aparência de liberdade. Esta é inconcebível fora da profunda realidade do tempo, da “durée pure”, assim como com abstração do “eu profundo”, expressão do tempo concreto.

Desta formulação do problema resultava a necessidade de novas indagações sobre a implicação *liberdade-temporalidade-valor*: o novo conceito de temporalidade como projeção do futuro sobre o passado, — livre, portanto, de um passado que, de um ponto de vista naturalístico, já conteria em si todo o devir, — revelava, de um lado, a insuficiência e o equívoco do determinismo, e, do outro devia, a pouco e pouco, levar à consideração do valor da *liberdade como temporalidade* e, assim sendo, à sua inclusão ontológica na esfera dos valores.

É na linha dêsse pensamento que se apresenta, por exemplo, a liberdade na “Philosophie de l’Ésprit”, segundo a conhecida síntese de Louis Lavelle: “A função da liberdade consiste em produzir o tempo como condição de seu exercício, afim de introduzir a possibilidade no mundo como o veículo do valor” (2).

5 — Sob um prisma diferente, mas com similitude de desenvolvimento, delineia-se a descrição fenomenológica do tempo, desde Husserl até Heidegger e Jaspers, de Sartre a Merleau-Ponty, com a afirmação de que a *subjetividade é temporalidade*, em virtude da qual tornar-se-iam possíveis, sem contradição, “ipseidade, sentido e razão”. Veremos oportunamente quais as conseqüências que podem defluir desta concepção, no que se refere ao nosso tema, sobretudo pela redução ontológica do valor à liberdade.

6 — A crítica da outra tese kantiana, ou seja, da liberdade entendida como postulação do dever, deu lugar a conseqüências igualmente relevantes para uma nova compreensão do problema.

Não é por acaso que as reservas opostas por Max Scheler ou por Nicolai Hartmann ao formalismo ético de Kant culminam em uma fenomenologia dos valores, abrindo caminho para o exame da liberdade como problema ontológico, fato êste que não pode ser interpretado precipitadamente como retôrno à ética e à metafísica tradicionais.

Enquanto que para Kant a consciência do dever, como pura lei formal, precede ao valor, na filosofia scheleriana é o valor que surge como pressuposto do *dever ser*: “todo *dever ser*, consoante afirmação incisiva de Scheler, funda-se sôbre um valor” (3).

(2) L. LAVELLE — *Traité des valeurs*, 1951, t. I., pág. 418.

(3) MAX SCHELER — *Der Formalismus in der Ethik u. die materiale Wertethik*, 1916, pág. 79.

Esta redução do dever ao valor, ou seja, o superamento do conceito abstrato de dever e de “boa vontade”, concebida como simples ponto matemático evanescente em pura virtualidade formal, implica em uma nova concepção da liberdade, ou por outras palavras, sugere uma série de novas perguntas. Por necessidade de síntese, poder-se-ia talvez dizer que os problemas se concentram na seguinte perquirição fundamental: “A obrigatoriedade e a liberdade são inerentes à essência mesma do valor como tal, isto é, ao seu *modus essendi*?” (4).

7 — Por mais diversas que se revelem, por conseguinte, as vias seguidas pelas correntes de pensamento ora lembradas, parece-me incontestável que nos defrontamos com uma deslocação do problema, do plano da ética para o da ontologia fundamental, ou, mais precisamente, para o de uma *ontologia dos valores*.

Se a liberdade está numa relação original com o valor, — tal como o próprio Kant conseguiu demonstrar, pondo sob nova luz os dados tradicionais do problema ético, — e se, no entanto, a unidade kantiana entre valor e liberdade se considera realizada com prejuízo da singularidade concreta do homem, percebe-se a razão pela qual a diáde *liberdade-valor* se converte, aos olhos dos filósofos de nossa época, no ponto nevrálgico de uma *antropologia fundamental*, suscitando inquietantes perguntas, como estas: A liberdade reduz-se ao valor? Ou é este que se reduz àquela? Não estaremos, ao contrário, diante de dois termos que se exigem reciprocamente em uma relação de polaridade? É o que passo a analisar.

Liberdade, valor e temporalidade

8 — Max Scheler e, em parte, também Nicolai Hartmann mantêm-se ainda fiéis à tese kantiana de um *dever*

(4) N. HARTMANN — *Ethik*, 1916, pág. 154 e segs.

ser integralmente independente de tóda e qualquer referência ao futuro (os valores, segundo Scheler, por exemplo, são em si mesmos indiferentes ao *ser* e ao *dever ser*), enquanto que outros pensadores contemporâneos já sentem a necessidade de superar o dualismo dominante no ontologismo axiológico, desenvolvendo uma pesquisa aprofundada em tórno das categorias de “*possibilidade*” e “*temporalidade*”, no sentido de determinar o que, nas manifestações concretas da existência humana, poderá representar a liberdade perante um mundo de valores ideais fundantes do *dever ser*.

Em linhas gerais, em suma, a filosofia atual comunga nas críticas movidas contra o formalismo ético de Kant, e, diga-se de passagem, não há crítica ao formalismo kantiano que não acabe por repropor, de uma forma ou de outra, alguns problemas já formulados por Hegel e pelos néo-hegelianos. Porém, se se reconhece a precariedade de uma solução, como a de Kant, que, no fundo, priva o homem de sua singularidade pessoal para projetá-lo como homem universal, livre apenas como momento de uma coincidência abstrata e vazia com os demais homens, não é menor a repulsa à doutrina da liberdade nos moldes de Hegel, a qual, para ser *concreta*, se reduz a um momento do espírito absoluto.

É entre êsses dois extremos, é entre a unidade abstrata de Kant e a absolutamente concreta de Hegel que os pensadores de nossos dias procuram se situar, muitas vêzes contestando que “já agora seja imprescindível compreender a realidade reduzindo o múltiplice ao uno”, como sustenta, por exemplo, Ugo Spirito, apesar de seu “problematismo.” (5)

A concepção dos valores como seres ideais ou modelos eternos, nos quais o homem limitar-se-ia a espelhar-se, na sua trágica experiência vital, as distinções subtis e intelectualizantes sôbre a projeção do valor de maneira gra-

(5) UGO SPIRITO — *Significato del nostro tempo*, 1955, pág. 126..

dual e esquemática, desde o plano do *dever ser puro* até ao da realidade social e histórica (pense-se, por exemplo, nas discriminações de Hartmann quanto ao *dever ser ideal* distinto do *dever ser atual*, por sua vez sem conexão direta com o *dever fazer algo*), o dualismo entre valor e existência, julgo eu, não pode satisfazer a uma humanidade às voltas com a concretitude da ação, quando um minuto pode ter um valor infinito para o destino de cada um e de todos. Não escapou, outrossim, a pergunta sôbre a possibilidade de fundar-se uma ética da liberdade, quando se proclama a passividade do ser humano perante modelos transcendentés, ou, então, sôbre o valor de uma liberdade que se resolve em uma atitude puramente emocional, incapaz de elevar-se e de revelar-se como momento de racionalidade.

9 — Como primeiro e magnífico exemplo no sentido de compor-se em harmonia e múltiplice e o uno, o existente e o transcendente, pode-se lembrar o pensamento daqueles autores que, como Lavelle, compreendem a liberdade como “uma dialética do relativo e do absoluto, que é geradora do tempo, que nos mostra que o valor é a-temporal, apesar de sujeito a *descer no tempo*”: a liberdade é, assim, uma trajetória entre o real e o valor, interpondo-se, entre êstes têrmos, a categoria do *possível* (6).

À posição acima lembrada liga-se um conceito ontológico de transcendência que não significa “ir além do pensamento e da subjetividade”; que não equivale, em suma, à temporalidade como indeterminação absoluta, mas quer dizer: “ir além do tempo.” A liberdade se põe como valor de *participação* ao *Valor* que nos transcende.

10 — Se a liberdade, para Le Senne, é a *revelação do valor* (7) bem outra a concepção daqueles que situam a liberdade como “fundamento dos fundamentos”, consoan-

(6) LAVELLE — *Op. cit.*, pág. 418.

(7) RENÉ LE SENNE, *Obstacle et valeur*, s. d., pág. 211.

te afirmação radical de Heidegger, a cujos olhos ela é o poder que o homem tem de constituir-se como “ipseidade”. No ato constitutivo da transcendência, o *Dasein* põe-se a si mesmo e ao mundo como “ipseidade”, de maneira que, em certo sentido, vêm a coincidir *transcendência* e *liberdade*. Daí a conclusão de que esta não é mais do que isto: “ir além do mundo”: “Der Ueberstieg zur Welt ist die Freiheit selbst” (8).

É análoga a posição de Sartre, para quem a liberdade é o fundamento de todos os valores: o homem é um ser que não pode não ser livre. No existencialismo de Heidegger ou de Sartre não se pode, a rigor, cuidar de uma “teoria dos valores” a não ser como projeção ou derivação de uma “teoria da liberdade.” “La valeur, escreve Sartre, hante l'être en tant qu'il se fonde, non en tant qu'il est: elle hante la liberté” (9).

A redução radical do valor à liberdade humana pode ser, assim, considerada uma nota prevalecte em tôdas as modalidades de filosofia existencial, excepção feita para as de orientação cristã, para as quais a liberdade nos reconduz a Deus, cuja afirmação é a afirmação de uma liberdade absoluta, pois, como declara Gabriel Marcel, “uma liberdade não pode ser afirmada senão por uma liberdade.” O ato pelo qual eu penso a liberdade é o ato mesmo pelo qual a liberdade se constitui, e a relação da minha liberdade com a liberdade divina representa “o mistério central da religião cristã” (10).

A radicalidade da liberdade humana, como se revela nas obras de Karl Jaspers, Ortega y Gasset, Nicola Abbagnano ou Marleau Ponty, bem como nas de Heidegger e de Sartre, apesar de sua aparência de categoria absoluta, reduz-se no entanto, à simples consciência axiológica de uma

(8) MARTIN HEIDEGGER, *Von Wesen des Grundes*, 1931.

(9) J. P. SARTRE — *L'être et le néant*, 1943, pág. 137.

(10) G. MARCEL — *Journal métaphysique*, 1935, págs. 32, 38, 45 e passim.

necessidade, à inexorável necessidade de sermos nós mesmos: “A nossa vontade, escreve, por exemplo, Ortega y Gasset, é livre para realizar ou não este projeto vital que definitivamente nós somos, porém nada poderá alterá-lo, corrigi-lo, substituí-lo ou dêle prescindir. Somos indelêvelmente este único personagem programático que não pode deixar de se realizar” (11).

Convertido o valor em liberdade, e esta em raiz primordial do ser, eis-nos perante outra forma de transcendência: “a liberdade é possível, afirma Karl Jaspers, somente com a transcendência e por meio dela.” A transcendência é, porém, concebida como um salto “da compreensividade infinita que nós somos enquanto ser determinado (consciência, espírito), para a compreensividade infinita que podemos ser ou já somos como *existência*. Este salto assinala, ao mesmo tempo, a passagem da compreensividade infinita, que reconhecemos como mundo, para a compreensividade infinita que é o ser em si mesmo” (12).

Liberdade e valor na história

11 — O valor primordial atribuído ao futuro na concepção do tempo, — ponto sôbre o qual coincidem pensadores das tendências mais diversas, de Bergson a Lavelle, de Heidegger a Dewey — implica em novos conceitos da liberdade e do valor no plano da história.

A primeira observação a ser feita é a de que *temporalidade* não equivale a *historicidade*. Esta é a temporalidade racionalmente realizada, ou, como me parece mais plausível, é a temporalidade em uma tensão racional, na

(11) ORTEGA Y GASSET — *Obras completas*, pág. 1399.

(12) K. JASPERS — *Filosofia dell'esistenza*, trad. de A. BANFI, 1943, pág. 49.

qual liberdade e valor se implicam e se exigem reciprocamente.

No mundo atormentado de nossos dias, que sente cada vez mais o valor do irracional e do problemático, assim como os momentos positivos e negativos da possibilidade, parece prevalecer a convicção de que a história não pode ser entendida como puro processo ideal, no qual realidade e valor se confundam, de conformidade com o princípio hegeliano da identidade do racional com o real, do *ser* com o *dever ser*, em um processo unitário e livre de quaisquer resíduos.

O reconhecimento de inevitáveis resíduos irracionais na vida espiritual, que o idealismo pretendia ilusoriamente dissolver na concretidade e na imanência do ato espiritual, — passa a inspirar novas formas de “historicismo” em conexão essencial com o tema deste trabalho. Creio mesmo que é este um ponto crítico ou crucial da axiologia contemporânea, preocupada em superar o dualismo entre o mundo dos *valores* e o mundo do *ser*, dualismo paradoxalmente estabelecido por aqueles mesmos que sentiram e demonstraram a necessidade de uma ética material de valores, e cujo superamento nos poderá livrar da solução, não menos paralizante, proposta pelo existencialismo.

Com efeito, de um lado, no idealismo imanentista, corre-se o risco de se imobilizarem a liberdade e a história no ato espiritual, o qual, enquanto “causa sui”, aparece como sendo o valor absoluto e a absoluta liberdade, fechando-se, dêsse modo, definitivamente, o processo do espírito; de outro lado, como ocorre no existencialismo, não obstante as contestações repetidas por seus mentores, não há propriamente lugar para a *história*, visto como não se vai além da mera temporalidade, ou, relevem-nos o termo, da “futurização” infinita.

Se no historicismo, idealista ou naturalista, o homem é o personagem de uma liberdade, ideal ou social, que se

desenvolve objetiva e universalmente, segundo leis racionais imanentes na história, os existencialistas nos mostram o homem participando do devir histórico tão somente na medida e enquanto êle se revela “medium” ou veículo de uma liberdade que se nega a si mesma em cada ato de determinação; que o condena, no fundo, a aceitar conscientemente a sua inevitável situação precária de ente livre perdido na absoluta indeterminação.

12 — É a consciência bem viva das mencionadas aporias que confere certa feição singular e original a algumas expressões recentes do idealismo e do espiritualismo cristão, tanto na Europa como na América. Nota-se em alguns autores o propósito de pensar a liberdade e o valor em um ato que condicione a história, mas assegure o seu ulterior desenvolvimento, mediante uma síntese de racional e irracional. Daí resulta, diga-se de passagem, uma significativa mudança no que se possa ou se deva considerar vivo ou morto no pensamento de Hegel, procurando-se retrospectivamente nos estudos juvenis do filósofo germânico a via julgada mais em harmonia com as exigências prementes de nosso tempo.

Colhendo motivos de inspiração no idealismo de Croce, e sobretudo no de Gentile, com expressivas remissões ao ontologismo de Rosmini, os chamados “espiritualistas cristãos”, na Itália, como Carlini, Stefanini, Battaglia e Sciacca, desenvolvem, por exemplo, uma axiologia que oferece muitos pontos de contacto com a de Blondel, de Lavelle e de Le Senne, mas denota um sentido mais vivo de historicidade, oriundo do já lembrado propósito de superar a redução do *valor* ao *ato*, dando a êste termo um significado próprio, “enquanto passagem da possibilidade à realidade e, ao mesmo tempo, abertura da realidade para novas possibilidades” (13).

(13) FELICE BATTAGLIA — *I valori fra la metafisica e la storia*, 1957, 88.

Nos últimos escritos de Benedetto Croce, “estimulados por novas experiências vitais”, como êle mesmo o reconhece, já afloram certas dúvidas quanto à racionalidade plena e unitária da história, mas é nas especulações do idealismo mais recente que se acentua a preocupação pelo problema do “valor da liberdade” segundo uma concepção menos otimista do homem, visto e reconhecido como centro de contradições insuperáveis.

Lembre-se, nessa ordem de idéias, que o atualismo de Gentile foi objeto de uma reelaboração hipercrítica por parte de Ugo Spirito, cujo “problematicismo” culmina na afirmação deveras surpreendente, dadas as fontes originárias de seu pensamento, de que o homem não ama a liberdade, mas sim o absoluto, e que “é a falta de certeza do absoluto que dá origem à instância da liberdade” (14). Tal conclusão bem poderia ser comparada com a de Kierkegaard: a liberdade não nasce da certeza, mas da incerteza teórica do valor absoluto.

13 — No âmbito mesmo do idealismo já fôra sentida, aliás, a importância do residual ou do irracional na problemática da liberdade, mas como momento dialéticamente superado na concretidade da vida ética. Benedetto Croce, por exemplo, reconhece que “na liberdade há o momento da não-liberdade”, tendo, porém, o cuidado de esclarecer incontinenti: “o oposto ou o contrário da liberdade, o momento da contradição no processo volitivo, forma um todo único com o mesmo processo.” Donde a conclusão de que “a liberdade é um nexó indissolúvel de necessidade e de liberdade” (15).

Ora, é exatamente a possibilidade dêsse superamento unitariamente englobante que não é admitida pela maioria dos pensadores atuais, não se devendo, além do mais, olvidar, no caso especial de Croce, a estranhável carência de uma análise mais aprofundada do conceito de valor, por

(14) UGO SPIRITO — *Significato del nostro tempo*, cit. pág. 151.

(15) B. CROCE — *Filosofia della pratica*, 1932, pág. 125.

parte de um filósofo que, com inegável acuidade, desenvolvera uma concepção fundamental sôbre a circularidade do espírito baseando-se na distinção de quatro graus da vida espiritual, todos de natureza axiológica, o belo, o verdadeiro, o útil e o bem.

A fenomenologia dos valores convence-nos, em verdade, da impossibilidade da referida identificação absoluta entre valor e liberdade no âmbito do processo espiritual, visto como o valor não só implica sempre no seu contrário, como transcende cada experiência axiológica particular, cada ato que livremente se constitua: a *polaridade* “liberdade-valor” representa, no meu entender, a vida mesma do espírito, sendo a condição de seu “processus”.

Liberdade e valor, *ser* e *dever ser* são como que fôrças que se sustentam reciprocamente em um processo de implicação e de polaridade. “Tôda atualidade é essencialmente bipolar”, assevera Whitehead, ao mesmo tempo que Émile Bréhier julga poder estender a polaridade a todo o real: “A realidade é essencialmente polaridade de têrmos que se regem um ao outro” (16)

Sòmente uma dialética da implicação e da polaridade poderá explicar-nos como é que o valor não se anula quando se insere no plano do ser, por meio da liberdade, a qual é possibilidade infinita de experiências axiológicas, isto é, de *ações* e, por conseguinte, também um valor. Recorrendo a uma imagem feliz de Croce, diria que a liberdade está para o valor como a lógica está para a filosofia; compreende o valor superando-o, e supera-o compreendendo-o, assim como “o espelho d’água, que reflete a paisagem, é ao mesmo tempo parte da paisagem” (17).

(16) A. N. WHITEHEAD — *Process and Reality*, 1929, pág. 151, e BRÉHIER — *Les thèmes actuels de la philosophie*, 1954, pág. 46. Sôbre a aplicação da polaridade na axiologia jurídica *vide* a minha *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1957, 2.^a ed.

(17) B. CROCE — *Logica come scienza del concetto puro*, 1928, pág. 170.

Por outro lado, cada experiência particular de valores não está em função da liberdade exclusiva de um sujeito isolado, dependendo, ao contrário, necessariamente, de sua *intersubjetividade*, pois, sendo um valor, a liberdade não pode deixar de possuir, como sua qualidade essencial, liames de solidariedade ou de coparticipação com todos os demais valores. Não é livre quem comanda escravos, nem há liberdade onde se estiolaram tôdas as virtudes. A validade da liberdade singular transcende o ato que a constitui. Daí poder-se dizer que o espírito, como síntese de liberdade e valor, é enquanto se transcende.

Praxis, liberdade e valor

14 — O novo conceito de natureza e das ciências naturais e matemáticas não podia deixar de levar o naturalismo a proceder à revisão de suas antigas teses sôbre o problema do homem, e, por conseguinte, da liberdade e do valor, como ocorre, v. g., na obra de John Dewey.

Também para o filósofo americano o *futuro* é a dimensão temporal básica, mas entendida como possibilidade de ação: “Um empirismo que se contente com a repetição dos fatos passados, não encontra lugar para a possibilidade e a liberdade” (18). O registro das experiências passadas fornece-nos os meios para organizar as observações e as experiências futuras. Mediante os símbolos das ciências, o homem, de certa forma, antecipa o futuro e afirma-se positivamente, apesar das adversidades que o possam assaltar, não perante a natureza, mas inserido nela, por ser parte, ou melhor, agente inseparável da natureza mesma.

Possibilidade, portanto, no pragmatismo instrumentalista de Dewey, significa *potencialidade*, distinguindo-se o espírito pela sua capacidade de fixar-se em algo, de sair,

(18) J. DEWEY — *Philosophy and Civilization*, 1937, pág. 24.

não sem lutas e sem obstáculo, do estado de incerteza para o de determinação, quer no momento teórico da pesquisa, quer no da prática. Não se trata, contudo, de possibilidade de atualização em termos de “vontade de potência”, mas realística e pròpriamente, de poder de agir com eficiência.

Em um mundo assim concebido, o futuro não vem ao nosso encontro como um bem ou um mal imprevisível e gratuito da natureza, nem pode ser o resultado de uma previsão infalível e segura: é antes um desafio, um estímulo à praxis, à liberdade como condição que permite ao homem empenhar-se em operações de pesquisa contrastada. Na axiologia de John Dewey, inseparável de sua concepção da natureza, os valores equivalem a *fins naturais*, os quais, intrinsecamente, não são nem bons nem maus, mas valem como diretrizes em um sistema funcional e móvel de energias, de maneira que a sua relação com a liberdade se concretiza como *praxis*, segundo, repito, a categoria fundamental da possibilidade. Sòmente assim o homem, “individualidade qualitativa do mundo” (19), participando da interação das fôrças naturais e sociais, consegue abrir caminho para o mundo dos valores através do mundo da natureza. Consegue tal objetivo fundado em uma liberdade que, como escolha inteligente e adaptação feliz, implica na eficiência dos *meios idôneos*, o que só se torna possível graças ao conhecimento dos fatos. *Valor, liberdade, potencialidade e eficiência*, eis os fatôres que, na doutrina de Dewey, se compõem e se congregam numa unidade indissolúvel, em unísono com o incessante progresso de nossa capacidade intelectual.

Tal conceito dinâmico de liberdade em têrmos de *potencialidade* parece-me constituir característica preva-
cente na axiologia anglo-saxônia, manifestando-se também fora da órbita do naturalismo. Bastará lembrar aqui a

(19) J. DEWEY — *Experience and Nature*, 1925, cap. X, e *Human Nature and Conduct*, pág. 302 e segs.

teoria de A. N. Whitehead sôbre os valores como “potencialidades ideais”. Não é sem fortes motivos que Cornelius Krusé proclama a necessidade de uma “*metafísica da potencialidade*”, não “como simples possibilidade, mas como genuína alternativa” (20).

16 — O tema essencial da liberdade como determinação no plano da praxis desenvolve-se igualmente no âmbito do materialismo dialético. Henri Lefebvre observa, significativamente, que necessidade de tomar posição ou partido, com relação a qualquer problema, “é uma exigência constante da *praxis* e também do pensamento, que o marxismo eleva ao nível de conceito e de princípio” (21).

Se, porém, a liberdade vale como condição para o homem se engajar na sociedade e no mundo, a dificuldade surge tão logo se afirma estar imanente no processo histórico o advento de um resultado inexorável, como seria o da sociedade comunista. Nesta hipótese, não subsiste senão a consciência de uma evolução necessária, reduzindo-se a liberdade a um potenciamento de energias destinado a remover os obstáculos contrapostos à meta idealizada. Mais do que em liberdade dever-se-ia falar em *libertação*, na consciência da precariedade de um *status* social capaz de justificar e fortalecer a ação revolucionária no processar-se da história.

Parece-me incontestável que o materialismo dialético, até e enquanto se mantém na posição ora exposta, conserva, no fundo, o seu caráter de ideologia ancorada no século XIX, fiel a uma concepção da história que porfia em modelar o futuro em função do passado, segundo as categorias de um naturalismo determinista.

(20) C. KRUSÉ — *Man's paramount need of an adequate theory of values*, in “Anais do Congresso Int. de Filosofia” de São Paulo, 1954, t. II, pág. 419.

(21) H. LEFEBVRE — *Le matérialisme dialectique*, na “*Encyclopedie Française*”, t. XIX — Philosophie et Religion.

16 — Todavia, alguns pensadores de formação marxista, mais atentos à problemática filosófica de nossa época, têm procurado descobrir no marxismo elementos e motivos para um novo tipo de humanismo e para uma nova compreensão da liberdade.

Surgem, dêsse modo, novas concepções que, embora inspiradas em Karl Marx, repropõem algumas das teses fundamentais que estou procurando fixar nos amplos horizontes do pensamento contemporâneo.

À luz de nosso tema, lembraria, por exemplo, a tentativa de partir do mundo dos valores, ou melhor, da “criação incessante dos valores” para caracterizar a liberdade, que vai paulatinamente se concretizando em *ações* e em *obras*, graças ao *trabalho* que transforma a natureza, distinguindo-se, dessarte, da liberdade escatológica e absoluta de uma sociedade sem classes.

O valor é, neste caso, concebido como “ação em potência”, ou, por outras palavras, é visto “na perspectiva da ação.” Longe de ser visualização do transcendente, o próprio valor é “transcendência *in acto*”, criação concomitante (concriação) intersubjetiva de bens e de obras. Dada a impossibilidade de qualquer conhecimento teórico ou racional dos valores, só nos restaria trilhar o caminho de uma ética da liberdade prática, a qual não se propõe o absoluto ou o eterno, mas apenas o relativo e o temporal (22).

17 — Uma impostação diversa e mais profunda do problema da liberdade e do valor é-nos propiciada por Merleau-Ponty, em cuja teoria a fonte de todo valor é ainda a liberdade, porém em conexão necessária com a intersubjetividade, visto como cada homem deve ser, ao mesmo tempo, “um anônimo no sentido da individualidade abso-

(22) RAYMOND POLIN — *La création des valeurs*, 1944.

luta, e um anônimo no sentido da generalidade absoluta” (23). O homem não pode se eleger continuamente, constituindo-se a partir do nada, nem lhe é dado manter-se suspenso no nada. Por outro lado, a nossa liberdade jamais está só, pois é da sua natureza não se realizar sem cúmplices: o seu poder de perpétuo desvencilhamento funda-se em sua força de participação no mundo. Isto posto, impossível se torna delimitar, na experiência dos valores e da história, qual será “a parte da situação” cultural e social, e qual “a parte da liberdade.”

O importante, porém, não é essa determinação de lindes ou de fatores no jôgo do processo histórico: do ponto de vista ético, o que importa é viver o nosso tempo para compreender os outros tempos. Se, no fundo, não é possível uma resposta teórica ao problema da liberdade, todos nós pressentimos que não podemos querer a *nossa* liberdade sem sairmos do círculo de nossa singularidade, sem querermos, pura e simplesmente, a liberdade.

18 — Se nas orientações acima recordadas já se encontra quem negue ou duvide da possibilidade de um conhecimento teórico da liberdade ou dos valores, tal agnosticismo alastra-se por todo o campo da ética e da praxis na corrente dos neopositivistas ou de posições afins.

A rigor, aos olhos de um neopositivista configura-se totalmente destituído de sentido o tema que estamos apreciando, especialmente quando se busca uma correlação entre liberdade e valor. No máximo, a matéria poderá ser objeto de verificações de ordem empírica, no plano dos dados da experiência: verificando-se por exemplo, que certos homens agem no pressuposto de serem livres e movidos

(23) M. MERLEAU PONTY — *Phénoménologie de la perception*, 1945, pág. 496 e segs.

por determinados valores, seria possível indagar, como faz Stevenson, do significado emocional da linguagem ética, ou de sua função descritiva e expressiva (24). Ir além disso seria perder-se em conjeturas destituídas de qualquer certeza ou validade científica.

Sob um outro prisma ainda poderia o assunto merecer atenção, estudando-se a liberdade e o valor em sua conexão semântica ou lógico-linguística, isto é, seu puro valor expressivo, enquanto correspondentes a proposições como estas: “o homem *quer, deve, pode, é obrigado a*” (will, ought, may, must), relativas a certas classes de fenômenos e a certos comportamentos previsíveis ou não (25).

Estas e outras compreensões do tema não ultrapassam, talvez, o campo descritivo e formal e, muito embora possam contribuir como às vezes contribuem, para precisar determinados aspectos da ética e da axiologia, deixam em suspenso ou em singelo olvido perguntas fundamentais, verdadeiros pressupostos condicionadores das pesquisas desenvolvidas, e cuja resposta serviria para demonstrar a aparente objetividade das críticas formuladas.

O certo é que o homem, neste intranquilo após-guerra, quanto mais se abisma nos mistérios do cosmos, tanto mais sente a urgente necessidade de dobrar-se sobre si mesmo, na intimidade de sua consciência, no sentido do eu profundo, cujo *ser* é o seu *dever ser*, onde se entrelaçam liberdade e valor, *ser* e *dever ser*, indivíduo e sociedade, existência e transcendência: só então o homem se sente na plenitude de seu ser como *pessoa*, valor fonte de todos os

(24) CHARLS L. STEVENSON — *Ethics and Language*, 1944.

(25) RICHARD VON MISES — *Positivism, a study in human Understanding*, 1951, pág. 317 e segs.

valores, a prescindir do qual não teriam sentido as mais rigorosas e verificáveis conquistas das ciências.

São Paulo, 3 de Setembro de 1957.

Summary

Towards the end of Nineteenth Century, the problem of freedom was usually dealt with in the light of a basic distinction between natural and normative laws, the former being understood as strictly causal and universal principles of science. On that ground, the most plausible way to account for freedom itself seemed to consist in interpreting it as a kind of determination of empirical consciousness by normative consciousness.

Today, this somewhat kantian approach to the matter cannot be said to enjoy the same reputation as before, and a good many contemporary philosophical issues are without doubt nothing but problems spring up from its very critique. Already with Kierkegaard and Nietzsche a radical change of perspective took place. The search for freedom turned out to be grounded on men's subjective and creative powers, rather than on something external to him. God and nature were still participating in the process, but the emphasis was mainly laid on human being and action.

Owing also, perhaps, to the break down of strict determinism as a consequence of recent philosophy of science, the analysis of freedom is now more often carried on in ontological than in ethical terms. Thus, while Bergson claims a temporal dimension for any free aspect of the world, Lavelle even maintains that it is freedom's task to create time; and Max Scheler, by criticizing Kant's ethical formalism and subordinating duty to value, characterizes the latter as essentially embodying both free responsibility and obligation.

However, since it fails to do justice to existence or history, every conception of values as absolute and ideal models appears to be unsatisfactory. This is the reason why Heidegger, Sartre, Jaspers, Abbagnano, and other existentialists, instead of trying to find freedom in the revelation of value itself, have preferred to identify it with the ultimate foundation of human life. From such a solution, an obvious impact on any extreme form of rationalistic idealism took rise, so that present spiritualistic and idealistic philosophers like Carlini, Sciacca, and Battaglia tend to locate values in a free, but always open, actualization of possibilities.

A full equation of value to freedom seems to be impossible, each term implying the other according to a dialectical relationship of polarity. Only if this fact is clearly recognized, one may hope to understand how what ought to be, or value, can pass into being, or freedom as an unlimited possibility of axiological experiences, without self-nullification.

The basic category through which contemporary naturalism tries to settle the above question is the category of potentiality.

Dewey defines values as natural ends and freedom as an intelligent and dynamic choice of means to their realization. Actual practice, then, when efficient, provides the correlation sought for.

Marxists too, have endeavoured to connect free action with the realization of an ideal in history, but their deterministic conception makes it possible to speak of freedom only as an increase of energies towards removing any obstacle to that effect.

Finally, with logical positivists the whole problem blows over, since it becomes meaningless to ask whether there are links or not between value and freedom. At most one meaningful inquiry is left, on the logico-linguistic or semantical level.

As a general result it should be pointed out that the prevailing tendency shown forth by present analyses of the matter seems to consist in going back to the self, in looking into its depths rather than elsewhere, in scrutinizing human person and consciousness with a view of discovering there only source of both freedom and value.

(Publicação feita com especial autorização da Comissão Executiva do XII Congresso Internacional de Filosofia).

Revogação dos atos administrativos

Fernando Henrique Mendes de Almeida

Livre docente de Direito Administrativo na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Observações preliminares

1 — A primeira dificuldade, que se nos apresenta, relativamente à questão da revogação dos atos administrativos, é a que se prende à conceituação do instituto da revogação. Com efeito, de início, pode parecer fácil determinar o conteúdo ideológico da expressão em exame. Bastará, assim, lembrar o que ocorre no Direito Privado, e, a seguir, concluir: a revogação pressupõe necessariamente o mesmo agente do ato em que ela recai. Entretanto, não haverá aí uma noção sequer, porquanto não se esclarece, em tal pensamento, a causa determinante do instituto, nem o fim a que se destina o exercício da revogação.

Em verdade, a questão, conquanto de preliminar interesse, não só é importantíssima para a compreensão do tema em foco, mas também não apresenta as facilidades que, à primeira vista, supomos haja na sua substância.

2 — Realmente. Se consagrarmos nossa atenção a um balanço acêrca de quanto, de essencial, os escritores disseram, no Direito Administrativo, a propósito da revogação dos atos administrativos, chegaremos à conclusão de que a questão, apontada como preliminar, já de si é um mundo. Procurando, pois, sintetizar o que há, como matéria para um tal balanço, devemos, desde logo, deixar notado que não se pode conceituar a revogação dos atos administrativos, sem, antes, distinguir tal instituto, de outro que, por

ser dêle convizinho, é, amiúde, objeto de confusões. Referimo-nos, como é bem de ver, à anulação.

3 — Quatro tendências assinala Codacci-Pisanelli, na obra “L’annullamento degli atti amministrativi”, no que respeita às distinções propostas por diversos autores, que êle cita. Vejamos como se apresentam os critérios sugeridos.

4 — Numa primeira tendência, que é de *Kormann* e *Alessi*, a distinção é realizada à base de elemento subjetivo. A anulação — dizem tais autores — pressupõe ato de outra autoridade, de outro agente, enfim, que não daquêle em que recai; de revés, a revogação pressupõe ato do mesmo agente realizador de ato anterior, no qual ela recai.

O critério não é destituído de alguma verdade. Entretanto, não há negar que êle exagera notas de idéias que só incidentemente poderiam ser invocadas. E a razão do que afirmamos está aqui: normalmente, para que ocorra a idéia de revogação, não é necessário que o agente da revogação e o do ato em que ela incide se identifiquem num só agente, mas basta que o revogador seja do mesmo Poder do Estado, do qual emanou o ato a que se refere a revogação. Esta observação defluiu, particularmente, da circunstância de, em matéria de recursos administrativos, haver três espécies: a da oposição, que é o recurso administrativo destinado a impugnar o ato ante o próprio agente de que emanou (o que pressupõe o mesmo órgão, agente do ato revogado); a do recurso hierárquico próprio, que é destinado à impugnação do ato, pela revogação a cargo do superior hierárquico imediato; a do recurso hierárquico impróprio, o qual é destinado à impugnação do ato, pela revogação a cargo de superior hierárquico mediato.

Por outro lado, se bem que, normalmente, a revogação pressuponha o mesmo Poder, de que emanou, e não necessariamente o mesmo agente do ato em que recai, pode ela provir de outro Poder. Servem de exemplos, nos períodos de governos de fato, os decretos (atos do Executivo) que

revogam leis, feitas pelo Legislativo e, ainda, o mesmo fenómeno, em governos de direito, desde que admitam não ser a lei a única fonte primária da norma jurídica. Os exemplos abundam, ainda, nos escritores que estudaram a categoria dos decretos-leis (no sentido adequado desta expressão, i.é, ligado à coexistência de Parlamento) entre os quais lembramos: Scialoja, Zanobini, Waline, Balochowsky-Pétit, e muitos outros.

5 — O segundo critério, que é de Georges Jellinek, estabelece a distinção pelo efeito. A anulação atinge o ato, a partir do momento, em que é exercitada, i.é, ela é “*ex-nunc*”; de revés, a revogação retroage; atinge os efeitos anteriores à sua ocorrência, i.é, é “*ex-tunc*”

Muito de exato há no que se leu até aqui. Apenas não pode embasar distinções. Que a anulação é “*ex-nunc*”, ninguém pode duvidar, pois, está na própria palavra que só se pode “*anular*” o que antes não era nulo e, ademais, é sabido que o ato anulável se distingue do válido nisto: aquêlé produz efeitos jurídicos, suprimíveis; êste produz efeitos jurídicos insuprimíveis. Logo, se a anulação se abate sôbre o ato anulável, tem de, forçosamente, ser “*ex-nunc*” Quanto à revogação, pode ser “*ex-tunc*”, ou “*ex-nunc*”, como o demonstram leis retroativas e não retroativas.

6 — O terceiro critério é, ainda, objetivo. Vêmo-lo diluído por obras de muitos escritores italianos, como Ranelletti (“*Le garantigie della giustizia nella pubb. am*”, e “*Teoria degli atti am. speciali*”) Zanobini (“*Corso*”, I) e outros. Se o ato que retira outro se inspira em razões presas à conveniência, ou à oportunidade da A.P., i.é, o mérito, o de que se trata é de *revogação*; se considera a falta de legitimidade, o de que se trata é de *anulação*.

Também há um pouco de verdade nesse critério, sem, porém, apresentar a serventia que se lhe quer dar, entre os seus adeptos. Anula-se um ato por vício de ilegitimidade, entendido nisto, apenas, a *invalidade relativa*, i.é, a

que induz efeitos jurídicos suprimíveis, purgáveis, aliás, “*tractu temporis*”, para usar uma expressão das fontes. De-revés, sendo certo que a revogação pode considerar o mérito, nada impede, como se demonstrará, a seguir, que ela atinja o vício de ilegitimidade em gênero.

7 — O critério exato de distinguir a revogação e a anulação, dá-o Codacci-Pisanelli, na obra já citada, fundando-se na opinião de Ipsen, a cuja obra faz expressa remissão. A anulação recai e só pode recair em *ato anulável*; a revogação pode recair tanto em *ato válido* como *inválido* em gênero. É o que iremos demonstrar imediatamente.

a) se o ato é válido, mas essencialmente revogável (E podemos lembrar, no D. Privado, o mandato revogável e o testamento), pode a A.P. revogá-lo, a qualquer tempo, e, disto, é exemplo a *Autorização*; b) se o ato é válido, mas apenas acidentalmente revogável, pode ser revogado, enquanto ainda não é eficaz, i.é, não está a produzir efetivamente os efeitos para que, como válido, é idôneo (1); c) se o ato é anulável, i.é, suscetível de produzir efeitos jurídicos suprimíveis, por falta de eficácia (causa: eficácia “pendente conditione”), pode ser revogado, antes que, tornando-se eficaz, obrigue à anulação, ou convesça “*tractu temporis*”; d) se o ato é nulo, pode ser revogado, o que decorre da simples aplicação do princípio lógico “*ad majorem minus*”.

8 — Bem se vê, à vista do exposto, que, na hipótese da letra “a”, a revogação deflui da própria natureza do ato de que vem a ser destinatária, o qual, como *essencialmente revogável*, não deixa dúvida, nem originária, nem sucessiva,

(1) Tanto no D. A. quanto no D. Civil há duas categorias de opiniões: De Ruggiero, citando copiosa bibliografia alemã, nas “*Ist. di D. Civile*”, diz que “*eficácia*” e “*validade*” são sinônimos; Coviello, no “*Manuale di D. Civile*” diz, no entanto, que “*eficácia*” é a produção em *ato* e “*validade*” a produção em *potência*. Dêste pensar é, no D. A., Codacci-Pisanelli, a que nos filiamos.

sobre poder ser revogado a qualquer tempo. Quanto às hipóteses das letras “b” e “c” (ato válido acidentalmente revogável, mas ainda ineficaz, e ato anulável, ainda ineficaz), é, sem dúvida, o mérito que pode atuar como móbil da revogação; contudo, esta não se poderá exercitar, se o ato válido já é eficaz i.é, legítimo, porque eficaz e válido, i.é, a produzir já os efeitos para que é idôneo; nem se poderá exercitar, se o ato é relativamente válido anulável e já é eficaz.

9 — Estabelecido que a anulação atinge apenas atos anuláveis, bem como que a revogação atinge os válidos e os inválidos, podemos extremar os dois institutos.

A anulação de ato administrativo é o instituto pelo qual se retira da ordem jurídica o ato de *invalidade relativa*; a revogação de ato administrativo é o ato pelo qual se retira: a) o ato jurídico, ou ato administrativo “strictu senso” essencialmente revogável; b) o ato administrativo válido, mas ainda ineficaz; c) o ato administrativo relativamente inválido, mas ainda ineficaz; d) o ato nulo. A anulação atua na ordem jurídica; a revogação nesta, ou na ordem material.

Exercício do poder revocatório específico

10 — No que respeita aos atos administrativos, a revogação normalmente pressupõe o mesmo Poder de que emanou o ato revogado. Assim, dizer que uma sentença revogou ato administrativo ilegítimo é confundir a anulação com a revogação. Mas, a anulação, que, como vimos, só se compreende quanto a atos anuláveis, nalguns países, onde a auto-impugnativa é ampla, pode ser nascida do próprio Poder, ou do próprio agente de que emanou o ato anulável. Dai a circunstância de a doutrina estrangeira associar a *revogação* (que é auto-impugnação com base na executoriedade e na presunção de legitimidade dos atos

administrativos) à anulação (que, nos países, em que tal doutrina faz a dita associação é realizável também pelo Poder Executivo). Mas, convém ponderar e distinguir. Onde a ação rescisória tem função determinada, é, de todo em todo, impossível e inadmissível que o agente do ato anulável, ou o Poder, de que êle emanou, o anule. Pode êsse Poder, contudo, revogá-lo, se ainda não se lhe nota a eficácia, o que é bem diverso.

Limites do poder revocatório

11 — Do que se disse acima tiram-se as regras que podem transmitir prudência àqueles que, eventualmente, hajam de passar pelo ensejo de distinguir a auto-impugnação e a hetero impugnação. As regras são estas: a) não se pode revogar ato anulável que já seja eficaz, sem, com isto, determinar conseqüências desastrosas, inclusive para o erário público, nalguns casos; entretanto, pode-se anular o ato anulável já eficaz, se não está êle beneficiado ainda da prescrição, o que, entre nós, como já se disse acima, não pode ocorrer senão em conseqüência de julgado defluente da ação rescisória; b) pode-se, conseqüentemente, revogar: a) ato válido essencialmente revogável; c) ato válido acidentalmente revogável, enquanto ainda ineficaz; d) ato nulo, isto é, o que “ad initio vitiosum est et tractu temporis convalescere non potest”.

12 — Das regras sintetizadas no n. 11 acima tiram-se muitos comportamentos, que deverão ser os adotados, por aquêles que ante os atos administrativos, pensam que “revogar” e “anular” são ações que se podem confundir.

Com efeito, que a anulação, ainda quando dependente de ação rescisória, tem seu tempo hábil, é isto idéia que não é possível perder de vista. De sorte que se Tício, com as suas imperfeitas noções do “nulo” e do “anulável”, propõe rescisória relativa a ato administrativo que a pres-

crição já tenha purgado, incorre num risco e o vem a sofrer efetivamente: o de encontrar o ato, antes anulável, já transformado em ato válido, em razão do fato jurídico do tempo. Essa transformação precisamente consiste em: efeitos jurídicos, originariamente tidos como suprimíveis, se virem a tornar insuprimíveis. Desta parte segue-se que a anulação, por via de ação rescisória, do ato administrativo, também, está sujeita ao princípio geral de que “*dormientibus non succurrit ius*”.

13 — Também e, com maior razão, o exercício do poder revocatório tem fronteiras. Relativamente ao ato administrativo válido, mas essencialmente revogável, é ocioso notar que pode êle ser revogado a qualquer tempo, não havendo termo final, nem termo inicial para que a revogação sôbre êle se exerça.

No caso da Autorização, que, além do mais, é ato discricionário, dúvida alguma pode padecer o que se disse acima. Ela se revoga, ainda que conte 20 anos, ou 30, ou 40, a partir da data em que começou a operar o seu caráter removedor. Verificada a revogação, a atividade, antes autorizada ao administrado, passa automaticamente à posição de ilícita, se exercida, a despeito da revogação. Mas, se a revogação diz respeito a ato válido acidentalmente revogável, ou a ato inválido relativo, cessa o tempo hábil de a exercer, no instante em que a eficácia se opera. Quid? Quanto ao ato nulo? Não é preciso dizer que a trajetória do ato nulo é curiosa. Se não o revogam, ou se, como os privatistas preferem, não vai a juízo a sua apreciação, pode êle permanecer por todo o tempo a produzir efeitos efetivamente parecidos com os efeitos jurídicos, i.é, efeitos *corados*. Por isto, não deixará jamais de ser nulo, salvo se, militando circunstância especialíssima que a reclame, uma conversão à base do “*magis valeat quam pereat*”, de Juliano (De rebus dubiis) lhe sane o vício originário. Mas a conversão, nesta base, é de rara aplicação e só se justifica, se exercitada em atendimento de uma necessidade

conexa com a alta utilidade, como é o caso do “propter eorum utilitatem eos qui apud egerunt”, de que fala Ul-piano, no “De officio praetorum“. Se, porém, o ato admi-nistrativo é nulo e só depois de se arrastar, como tal, é atingido pela revogação, está esta, sempre, em seu tempo hábil, pois que “quod initio vitiosum est nec tractu tem-poris convalescere potest”.

Observações finais

14 — Da resenha de idéias aqui feitas, um ensinamen-to, de ordem geral, se tira, sem dúvida. E é êle indiscuti-velmente prestativo para quem pode “revogar” e também supõe que pode “anular”.

“Anular” e “revogar” não se confundem. “Anular” é fazer nulo o que ainda não o é; não é transformar em “*nada*” (“*nulla*”, “*nullum*” — de “*non ulla*” e “*non ullum*”) o que, sendo “*algo*”, não é precisamente o que a lei dese-jaria que fôsse. Tão comezinhas idéias, conquanto pare-çam do domínio dos mestres e dos que se dizem acostados a êles, não são tão familiares quanto, vez por outra, afir-mam ser.

O discernimento, que procurámos sugerir nesta rápida tarefa, mostra, só por só, que dificuldades de monta cum-pre ao juiz e ao intérprete em gênero desfazer. Oxalá, na emprêsa, tenhamos sido claros, para que alimentemos a ilusão de que fomos úteis. E’ o que, data venia, ousamos declarar que é de nossos votos, desejo e intuito.

Aspectos da crise do direito.

Alvino Lima

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

Há acontecimentos ou circunstâncias da nossa vida, que só se explicam pelas razões e os impulsos do coração. Procuramos justificá-los, perquirir as suas causas, perscrutar as suas razões ou fundamentos, mas tudo nos leva à uma incoerência, á uma contradição ou mesmo á uma condenação racional.

Tal se me afigura a investidura nesta alta, significativa e nobre missão que me impuzestes: — Paraninfar a vossa formatura; testemunhar solenemente a vossa consagração ao Direito; dar-vos a lição derradeira que pudesse ser a síntese de tantos e belos ensinamentos que os queridos mestres vos ministraram, com tanta sabedoria e dedicação; apontar-vos, no limiar de uma nova vida, o caminho a percorrer; ao depois, o adeus, o abraço fraternal.

Èste seria o meu dever; esta seria a minha ambição; mas dever a ambição, no entanto, que as minhas forças não cumprem e nem atingem, de maneira a não se ferirem os altos valores culturais e intelectuais desta plêiade augusta de professôres e nem se deslustrarem o renome, a dignidade e as tradições de sabedoria desta casa.

Não me iludo e nem me envaideço: — Sei que ora vos falo, tão sòmente porque os vossos sentimentos afetivos, a vossa generosidade quiseram coroar o término de minha obscura carreira, nesta Faculdade, com êste presente régio, com êste galardão, que nos adorna a carreira

(*) Discurso de paraninfo à turma de bacharéis de 1957.

de professor: poder falar aos moços, no momento mais caro e mais meditativo da sua vida o adeus à Escola e o início da caminhada para o futuro.

Podeis crer, todavia, meus caros alunos, que aquilo que faltar, por certo, em sabedoria e esplendor, sobrepujará em sinceridade e afeição.

Ides iniciar a vossa carreira profissional, em vários setores de aplicação das normas jurídicas, de pesquisa paciente dos princípios fundamentais da vida e da própria dignidade humana, numa época em que estruge, por todos os recantos, uma palavra sinistra, como preságio de catástrofe, de aniquilação de todo êste patrimônio moral e jurídico, que o homem, por séculos, cumulou, para sublimação da sua própria personalidade.

Crise! Crise econômica, crise do Estado, crise da democracia, crise da moral, crise do direito! Não no sentido fisiológico, de evolução normal, de aprimoramento das instituições, mas no sentido patológico de destruição, de rebaixamento, de aniquilamento e de morte!

Nas primeiras palavras de sua tese “Sul problema della crise del diritto”, GIOVANNI TARELLO, assistente da cadeira de filosofia da Universidade de Gênova e da qual é titular o notável pensador e jurista LUIGI BAGOLINI, nos diz: — “Quem contempla o panorama da literatura jurídica destes últimos anos, daquela, pelo menos, que confessa o seu interesse pelo fenômeno jurídico na sua totalidade, depara com grande frequência com uma palavra que, pelo poder evocativo que encerra, pelo sentido emotivo de que está possuída e por quanto de ambíguo ela encerra, não pode deixar de polarizar a sua atenção, e, talvez constitua a chave de interpretação de toda uma realidade histórica: crise”

Na verdade, nós a sentimos, nas suas múltiplas manifestações sinistras, aniquiladoras e de prognósticos sombrios: — na conduta moral dos homens; na formulação dos princípios fundamentais da estrutura do próprio di-

reito e no exercício das prerrogativas que as normas de direito nos conferem no âmbito de cada poder jurídico.

Já é um lugar comum afirmar-se que atravessamos, no momento atual, uma crise moral alarmante, tais são as dissoluções dos costumes, as depravações de todos os matizes, graças ao predomínio absoluto da concepção material e sensual da vida.

CARREL, na sua obra póstuma “*Reflexions sur la conduite de la vie*”, nos adverte:

“A moral do prazer nos tem enfraquecido definitivamente. Perdemos a noção do bem e do mal. Não concebemos a necessidade de uma regra interior”. “Cada indivíduo tem uma tendência inata de satisfazer, de modo exagerado, algumas de suas necessidades; por exemplo: a necessidade de liberdade, de nutrição, de segurança ou de repouso. O progresso da ciência e da tecnologia tornou possível a satisfação exagerada de tôdas as necessidades. E quando o civilizado cede a esta tentação, êle degenera, intelectual e fisicamente. Para não degenerar, não deve satisfazer as suas necessidades, senão na medida em que lhe permitam as leis da conservação da vida, as da propagação da raça e as da ascensão do espírito”.

Da lição do grande mestre e pensador, sublinhemos, indelével e eternamente, duas verdades, sem as quais a dignidade moral do homem não pode subsistir: — a necessidade de uma regra interior e a necessidade da ascensão do espírito.

Uma regra interior, que venha sobretudo do coração, dos sentimentos acrisolados na bondade, na meiguice, na tolerância cristã, e na solidariedade humana, afastando de nós esta voracidade dos prazeres deletérios, à custa das lágrimas e da miséria dos nossos semelhantes.

Na sua obra “*Direito e Vida*, (“*Novos ensaios de filosofia jurídica*”), GIORGIO DEL VECCHIO, estudando o “*Homo juridicus*” e a insuficiência do direito como regra da vida”, diz o seguinte:

“Analogamente, a tentativa de regular tôda a vida humana na forma exclusiva do direito, revela-se insustentável a uma cuidadosa análise. Não é possível, sem forçar a ordem e a estrutura própria dos preceitos éticos, exprimi-los todos em função de relações inter-subjetivas, isto é, configurá-los “sub specie societatis”.

É indispensável que o sujeito encontre em sua consciência uma regra estereotipada, por assim dizer, em sua própria alma, a qual, movendo-se precisamente, “ex interiore homine”, o guie para resolver as dúvidas e os problemas da existência, assinalando sempre em todo o caso, a senda do dever; isto constitui precisamente a forma da moralidade”.

A ascensão do espírito, sobrelevando-a à matéria, é a única maneira de domínio da animalidade. Segundo o idealismo jurídico do prof. FERDINAND MAILLEUX, na sua tese “L'idéalisme juridique”, “o fim da evolução humana é a ascensão do espírito”.

Mas, esta ascensão se torna impossível, se reduzirmos a vida aos prazeres materiais. Desprovido dos elevados sentimentos de moral; dominado por este desejo incontido, geral e absorvente da vida moderna, dissecada da seiva das idéias puras, e, assim, reduzida ao lenho sêco dos prazeres animais; exarcebado pelos sentidos e pelo sensualismo; deslumbrado e ofuscado pelos conhecimentos que a ciência e a técnica modernas colocam ao seu alcance, o homem, ao invés de ser um contemplativo das beas da fé, da esperança e da caridade; ao invés de ser um artífice do bem e do justo, do meigo e do bom, passou a ser o algoz de seus semelhantes, roubando-lhe a seiva do trabalho, ferindo-lhe o próprio direito de liberdade, para que possa, jactando-se de forte e dominador, comer, beber, fazer esportes e entregar-se a tôda sorte de prazeres materiais e de dissipações inconfessáveis.

Existe entre a sociedade moderna e a conduta racional da vida, diz CARREL, o mesmo conflito que entre a sociedade romana do quarto século e a moral cristã. Comer, beber,

tais eram, com os esportes, as corridas de cavalo e os combates de gladiadores, as únicas preocupações dos Romanos da Decadência. As nossas são idênticas; a civilização construída pela ciência e a tecnologia se desintegra, como se desintegraram as civilizações do passado. Como os romanos, não compreendemos a necessidade de uma renovação”.

Em suma, como expressão que define uma época, todos querem “gozar a vida”!

Mesquinho e pobre gôzo da vida, que estirpa do coração do homem a sublimidade da própria vida e reduz o cérebro humano a um arquiteto de arranha-céus lisos e inexpressivos, despidido da beleza da arte, que é espírito e grandeza imorredoura.

Reduzido, desta forma, à contemplação e à realização da vida material; corroído pela ambição de cumular valores materiais; obcecado por êste gôzo material da existência, que os meios técnicos oferecem, disciplinam e como que, diabòlicamente, aprimoram, o homem se torna um revoltado de tôda a norma disciplinadora de sua conduta.

E assim para que possa, a todo preço, satisfazer as necessidades da sua vida de dissipações e de orgias, o homem recusa submeter-se às leis, a respeitá-las. Não só através da violação frontal dos seus preceitos, como pela simulação, pela fraude e pela fuga, viola-se a ordem legal estabelecida.

GEORGE RIPPERT, o notável dècano da Universidade de Paris, não só na sua tese “Le declin du droit”, como mais tarde, na sua obra “Les forces créatrices du droit”, nos apresenta e descreve estas maneiras de transgressão da lei, causas deletérias do declínio do prestígio e da ação salutar do direito.

Diz êle:

“A maior parte dos homens não tem, nem a satisfação resignada da obediência, nem o heroísmo de a suportar no interêsse público. Se a lei se torna tirânica, êles não

mais obedecem à lei. O Estado é então obrigado a forçar a obediência. Ele não o pode fazer senão por meio de novas leis, que parecem mais tirânicas ainda e não são respeitadas, senão sob a ameaça de penas severas. Este espírito de desobediência é um perigo mortal para o direito”.

A advertência do grande jurista francês é, sem dúvida, extraordinariamente séria, porquanto um *perigo mortal* à vida do direito, também o será, por uma consequência fatal, ao próprio convívio social, à tranquilidade, à paz, em virtude da implantação inexorável da violência e da fôrça.

É preciso, pois, criar ou revigorar o espírito de obediência à norma jurídica, não pelo temor das penas, ou das consequências legais decorrentes das infrações, ou ainda, pelo simples interesse pessoal de auferir proventos. O que é necessário é que exista um espírito de obediência construtora, por amor à Justiça, um espírito de obediência consciente, resignado, como expressão de uma virtude.

Um dos aspectos mais graves da crise do direito moderno, repouza no aviltamento do indivíduo, da sua personalidade jurídica, do seu papel na construção da civilização humana, para reduzi-lo a um servo do Estado. Este é exaltado e endeusado, como fonte única do direito e com ele se identificando. Negam-se os direitos individuais e se reduz a pessoa humana a uma pura passividade; a humanidade passa a ser plasmada como simples matéria, sobre a qual se imprimem direção e fim, como se deseja; estiolam-se os valores e os princípios fundamentais da vida humana.

Em memorável e ardente estudo intitulado “Il diritto dopo la catastrofe”, publicado em “Scritti giuridici in honore de Francesco Carnelutti”, vol. I, pág. 3 e segs., GIUSEPPE CAPOGRASSI, professor de Filosofia da Universidade de Nápoles, descreve magistralmente este aspecto da crise do direito, esta luta entre duas concepções irreductíveis: —

uma de exaltação da grandeza e do poder espiritual da pessoa humana; outra, de aviltamento da sua personalidade, reduzindo-a à passividade e submetendo-a ao “to-tem” do grupo.

Dentro desta concepção, o homem, como diz CAPOGRASSI, é fôrça inócua, que não tem valor senão quando se dedica ao escôpo, que êste ou aquêle grupo dominante impõe à sociedade. O homem não tem valor por si, mas sòmente através daquele valor que o grupo dominante impõe, como imperativo e regulador de uma determinada sociedade e enquanto participa dêste valor. Participar significa aderir, ter uma função, colaborar, agir de modo que a realidade e a vida se conformem a êste escôpo ou valor. Só vale quem tem uma função neste esfôrço, em direção ao fim; o valor do indivíduo é esta função. Tôda iminência do homem como homem, extingue-se. O homem é semelhante sòmente ao que participa, com êle, do referido escôpo ou valor; é da mesma raça, da mesma classe, do mesmo grupo e assim por deante. Quem não participa é outra coisa, não tem valor de homem, não vale como homem”

E depois de descrever, como pensador emérito, esta situação deprimente e aniquiladora da personalidade humana, arrasadora de sua dignidade e de seu poder criador e espiritual, o prof. CAPOGRASSI passa a anunciar as consequências amargas e crueis desta concepção, que eu vos resumo nestas palavras:

1.^a) O indivíduo, como tal, que não participa dêste escôpo ou dêste valor, ou que a êle se contrapõe, é um “quid facit” danoso, que deve ser suprimido, dentro da esfera do lícito.

2.^a) O indivíduo sendo fôrça inócua ou disponível, pode ser formado ou plasmado como se desejar; depende do grupo dominante creá-lo segundo o tipo que se conforma ao fim. O indivíduo é moldado ao valor do grupo; pensa, quer e sente artificialmente.

O segredo não é deixar viver como quer, segundo a natural e profunda intuição da sua natureza; impedir de pensar livremente, sugestioná-lo e crear um ambiente social organizado, a fim de aturdi-lo. Como pensar é afirmar a verdade, impede-se o pensamento, suprime-se a verdade como valor.

3.^a) Naturalmente, para crear o novo individuo, a moral deve ser nova. Cai a moral, no velho e simples sentido de não fazer mal a outrem, fazer o bem ao seu semelhante. A moral para a formação do novo individuo, consiste em não fazer mal ao grupo, ao escôpo que é imposto, mas fazer o bem a esta finalidade. Êste novo individuo é despersonalizado em todos os sentidos; não conhece relações com outro homem, mas com o grupo. Êste novo individuo foi profetizado por FLAUBERT, numa fórmula impressionante de precisão, quando uma de suas personagens disse que era “spietato con gli individui, non conoscendo altre che le masse”.

4.^a) Mas nem todos os homens desejam ser reduzidos a êste tipo. O revoltado, se não é suprimido diretamente, é retirado do mundo social; é levado a lugares especiais, com ambientes creados “ad hoc”, denominados campos de concentração, onde deve tornar-se como os outros.

5.^a) Se fôr necessário ao escôpo, ou ao “totem” do grupo, o homem pode e deve ser submetido à tortura e a todo modo de destruição da sua personalidade humana, usando-se dos meios que a ciência dispõe; pode e deve servir de material para as experiências e pesquisas científicas, técnicas ou outras, como corpo vivo, tal como se fazia, em outros tempos, sôbre os animais; pode e deve, como cadáver, ser utilizado, conforme a ciência sugerir.

E depois de mostrar que, nesta tempestade, tudo foi criado por meio e em nome do Estado, colocado em posição de absoluta superioridade de comando, de valor e

de capacidade, negando o direito e declarando-o inimigo, diz CAPOGRASSI:

“Mas é o próprio direito que se dissipa na sua profunda originalidade ética. O direito se torna meio dos meios; o puro meio com que se realizam os escopos, os quais a fôrça, que dá vida ao aparato coativo do Estado, propõe e impõe à humanidade disponível. Convertido o direito em um meio, tôdas as suas formas tradicionais e fundamentais perdem a consistência. Se a lei jurídica se opõe, com a sua letra e com seu espírito, à realização daqueles escopos soberanos, nega-se valor à lei, estabelecendo uma antítese entre a lei e o direito; sobrepõe-se, à lei, o direito, identificando-o com a pretensa vontade do povo de conseguir aquêle escopo. Êste é o direito.

Proclama-se, desta forma, com evidência, o direito por si, como meio; porque qualquer escopo que um grupo dominante impõe à vida, torna-se direito. O direito é propriamente a política da fôrça, como profundamente disseram os grandes juristas tedescos. O direito não é nada por si, não tem por si nenhuma lei, nenhum conteúdo, nenhuma vida. O direito é o escôpo que vence na história. O direito é a fôrça”.

Meditai, por um instante, meus jovens bacharéis, no recesso da vossa consciência, no esplendor dos vossos anseios de liberdade de pensar, de querer, de viver, para crear livremente, na magnitude dos sentimentos do vosso coração, se é possível reduzir a creatura humana a um fantoche de cera, que os dedos de um tirano, ou de seus capatazes, apaniguados ou servos, plasmam a seu talante e soltam a correr pela vida, como êstes bonecos de corda, que fazem a delícia das creanças.

Mas, por ventura as palavras candentes do filósofo estão apenas circunscritas ao terreno das concepções humanas, ou descrevem elas a realidade cruciante da própria vida?

A concepção soviética do direito, se assim podemos denominar a organização jurídica de um país, onde se

nega a existência do próprio direito como força disciplinadora dos direitos individuais, constitui a consagração daqueles ensinamentos.

Em 1928 MIRKINE — GUETZEVITCH, antigo professor de direito da Faculdade de Direito de Petrograd, constitucionalista emérito, publicava em Paris, prefaciado pelo notável GASTON JÉZE, o seu livro “La Théorie générale de l’État soviétique”, que constitui a primeira e mais completa divulgação científica dos princípios jurídicos e políticos da Rússia Soviética. Desde então, a obra de MIRKINE passou a constituir a contribuição mais notável à divulgação da verdadeira organização jurídica do país comunista.

No capítulo intitulado “As liberdades individuais e o direito soviético”, MIRKINE demonstra que a particularidade principal do direito soviético é a negação de todos os direitos individuais; o sujeito do poder, a fonte do direito, é o Estado, e não o indivíduo. Inexiste, ante o poder absoluto do Estado, a inviolabilidade da pessoa humana, como não existe a liberdade de associação e de reunião. O direito tem um caráter instrumental, é um simples instrumento técnico, graças ao qual se realiza o poder absoluto do Estado, a ditadura ilimitada.

O que temos diante de nós, diz MIRKINE, não é um regime despótico ordinário, que suprime as liberdades individuais, mas um sistema jurídico que nega a sua necessidade.

“O direito soviético é um direito, isto é, um conjunto de regras obrigatórias para os governados, não, porém, para os governantes, de tal sorte que a própria noção do direito objetivo, como regra de direito, é inaplicável no regime soviético”.

Os ensinamentos de MIRKINE, taxados pelos comunistas de suspeitos, por se tratar de um inimigo do regime e exilado de sua pátria, encontraram plena consagração nos estudos posteriores realizados por notáveis professôres

e juristas. VITTORIO EMANUELLE ORLANDO, no seu artigo intitulado “Intorno alla crise mondiale de diritto, la norma e il fatto”, publicado na citada obra em homenagem a CARNELUTTI (vol. IV, págs. 580 e segs.), referindo-se à obra de MIRKINE e passando em revista as concepções de outros juristas russos, chega às mesmas conclusões e aponta esta antinomia de concepções do direito — a ocidental e a oriental — como uma das mais graves manifestações da crise do direito. Enquanto nas organizações jurídicas ocidentais, a norma jurídica possui um valor de maior ou menor segurança e certeza dos nossos direitos, a organização jurídica oriental soviética repousa “na negação do valor absoluto da norma e no reconhecimento do valor normativo do fato”.

Êstes mesmos ensinamentos encontramos na palavra de RENÉ DAVID, professor de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Paris, na sua obra “Le droit soviétique”, sendo de sua autoria o primeiro volume intitulado “Os dados fundamentais do direito soviético”, ao passo que o segundo volume intitulado “Le droit et l'évolution de la société dans l'U.R.S.S.” é da autoria de JOHN AZARD, professor de Direito Público da Universidade de Columbia.

RENÉ DAVID, referindo-se a êste antagonismo de concepções, pergunta se “existe um direito soviético”, evitando qualificá-lo como tal, por se tratar de um direito que não se prende a nenhum valor absoluto; um direito que afirma a inexistência de um valor permanente; um direito destacado do sistema ocidental e cuja “heresia está para nós cheia de ameaça”. E mais adiante, estudando o dirigismo soviético, RENÉ DAVID declara que “na União Soviética o direito é considerado como uma face da política; está desassociada de tóda idéia transcendente de justiça”. A interpretação das leis soviéticas é feita por via da autoridade, por meio de decretos, instruções ou diretrizes, que o juiz deve obedecer como lei.

Os mesmos ensinamentos relativos à concepção soviética do direito, encontramos na obra de ETIENNE CAYRET, “Le procès de l’individualisme juridique”; em GEORGES RIPERT, na citada obra “Les forces créatrices du droit”; em SILVIO TRETIN, na sua obra “La crise du droit e de l’État”; em ANDREA DE CAPUA, MARIO BATTAGLINI e VITORIO MARTUCELLI, no seu livro “Il codice civile della Russia Soviética” — (“Esposizione e roffronto con il Codice Italiano”), em BASILE ELIACHÉVITCH, BORIS NOLDE e PAUL TAGER, no “Traité de droit civil e commercial des soviets”, em PIERRE ARMINJON, BORIS NOLDE e MARTIN WOLFF, no “Traité de droit comparé”, (vol. III) e tantos outros juristas notáveis.

Não vos citei estas obras com o intuito de fazer uma falsa e pedantesca exibição de conhecimentos de direito. O meu intuito foi apenas o de vos mostrar a verdade jurídica, afastando do vosso espírito qualquer dúvida a respeito desta concepção e preparando-vos para opôr, aos que, falsa e hipòcritamente, apregoam a excelência da ideologia comunista, em face da concepção ocidental.

Tem-se procurado sustentar, em face do dispositivo do famoso artigo 1.º do Código Civil soviético, que o mesmo é a consagração da teoria do abuso do direito, sob seu aspecto mais elevado; seria a disciplina social do exercício dos direitos.

Dispõe o citado artigo:

“Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que são exercidos em um sentido contrário à sua destinação econômica e social”.

Este dispositivo, que mereceu os aplausos de JOSSE-RAND, como aplicação de sua doutrina da relatividade dos direitos, não consagra, como o artigo 2.º do Código Civil suíço, o meio de reprimir o exercício de certas prerrogativas da norma jurídica, repreensíveis sôbre o ponto de vista essencialmente moral. Ao contrário, o artigo 1.º citado fixa, apenas, um critério econômico, no exercício dos direitos, isto mesmo nos limites permitidos pela N.E.P.

(Nova Política Econômica), ou seja, no interêsse do Partido Comunista.

A interpretação do citado artigo 1.º do Código Civil Soviético, deve ser feita em face do que dispõe o artigo 4 do mesmo Código: — “Para o fim de desenvolver as forças produtivas do país, a R.S.F.S.R. reconhece a capacidade civil (a capacidade de ter direitos e obrigações civis) a todos os cidadãos não limitados em seus direitos em virtude de um julgamento”.

Como se vê dêste dispositivo, os direitos não são concedidos à pessoa, atendendo à sua personalidade, mas lhe são concedidos pelo Estado, para um fim exclusivo e perfeitamente destinado: o desenvolvimento das forças produtivas do país.

A análise econômica de cada ato jurídico, diz RENÉ DAVID, é não somente autorizada, mas necessária, para se verificar se êste ato está conforme à destinação, à vista da qual é permitido aos indivíduos; só quando esta questão fôr resolvida afirmativamente, o ato jurídico será considerado válido e será protegido. Não foi, pois, por acaso que êste artigo foi colocado no pòrtico do Código Civil: êle disciplina efetivamente a interpretação da lei e condiciona sua aplicação. Eis por que afirma ETIENNE CAYRET: “êste artigo constitui uma verdadeira *“supape de sûreté”*, que permite, aos órgãos que a aplicam, anular tôdas as disposições do Código Civil”.

Pois bem, meus jovens bacharéis; se a concepção ocidental do direito é a única que se condiz com o princípio da dignidade do homem, como pessoa titular do direito de liberdade, como força espiritual creadora e realizadora da civilização; se o perigo, como disse CAPOGRASSE, está em que o indivíduo, reduzido à obediência, perca a noção elementar daquilo que constitui a vida humana, a humanidade da vida; se o verdadeiro individualismo é o que reconhece em cada sêr humano uma encarnação da espécie, como ensina SILVIO TRETIN, erigindo-se o sêr humano

a um fim supremo; se o direito individual não é senão, como diz PAUL ROUBIER, a tradução jurídica de um desejo legítimo de poder e de liberdade e cuja supressão condenaria a sociedade a descontentamentos profundamente graves, que precisamos evitar a todo preço (“L’ordre juridique e la théorie des sources du droit”, in “Le droit privé français au milieu du XXème Siècle — Études offertes a GEORGES RIPERT, vol. I, págs. 9 e segs.); se não desejamos a “subversão dos valores morais fundamentais do cristianismo, a subversão de tôda uma civilização moral, que é talvez criticável, mas na qual devemos permanecer, porque é a nossa e que não podemos abandonar sem renegar a nós mesmos”, como escreveu o prof. MARCEL WALINE, ao encerrar o seu belo livro “L’individualisme et le droit”; se repugna a nossa consciência e a nossa formação moral e jurídica, a afirmação de LÉNINE: “Tant que l’État existe, pas de liberté”; se não desejamos, enfim, que a nossa Pátria seja, como a União Soviética, na afirmação de MIRKER-MOUSKELY, prof. da Faculdade de Direito e de Ciências Políticas de STRASBOURG e IYGAMUNT JEDRIKA, colaborador do “Centro Nacional de Pesquisa Científica”, no artigo intitulado “L’évolution historique de l’État soviétique”, publicado na “Revue internationale de droit Comparé”, fascículo de abril-junho de 1953, págs. 324 e segs., a “Terra clássica do exílio” dos direitos e das liberdades dos trabalhadores; se tudo isto não desejamos, se tudo isto nos repugna, revolta e deprime, sejamos os primeiros na vanguarda dos que, na hora presente e angustiosa da Nação, nos conclamam para a luta contra a nefanda implantação de um regime que seria o dilúvio das tradições da nossa gente e da nossa raça.

Não deixemos que se pretenda transformar a nossa terra em um exílio dos direitos, porquanto o direito não é apenas, como disse DEL VECCHIO, “norma ou imperativo, mas princípio de convivência, condição de sociabilidade, coordenação, entozamento de muitos indivíduos em unidade harmônica”.

O direito encerra um conjunto de princípios fundamentais à dignidade do homem; não é apenas instrumento de coerção, mas é ainda, na palavra de FERDINAND MAILLAUX (“Doctrine de l’idéalisme juridique”, pág. 48), a “colaboração dos homens e auxílio que êles se devem reciprocamente, a fim de que cada um atinja a sua dignidade de homem”.

A crise não está apenas no direito em si, mas se estende ao seu exercício. A concepção material da vida, a que nos referimos, leva o homem aos excessos no exercício dos seus direitos. As prerrogativas que a lei confere a cada direito, delimitando-o, quanto possível, fixando, em preceitos genéricos os seus contornos, são exercidas sem escrúpulo, sem medida, com o escopo exclusivo de auferir os maiores e melhores proventos possíveis. É a perversão da idéia do direito, diz SILVIO TRETIN, é o “egotismo”, pelo qual o indivíduo, como que limitado em si mesmo, nega sua submissão a todo princípio superior e faz repousar a realização de seu destino unicamente nas fôrças que possui.

Esta crise assume uma feição própria e ameaçadora, de molde a constituir um problema social, que, pouco a pouco, solapa os destinos da própria Nação. Refiro-me ao exercício do direito de voto.

Enquanto o homem defende, com denôdo, aguerrido, de riste em punho, os direitos que se circunscrevem aos seus interesses individuais, principalmente os de ordem material, abandona, criminosa ou indiferentemente, ou o exerce sem escrúpulos, os direitos dos quais não retira proveitos imediatos.

O exercício do direito do voto, em geral, no nosso meio social, não constitui objeto de preocupações, não se apresenta como algo de importância capital e mesmo vital à coletividade.

A eleição não constitui, para uma grande maioria, um acontecimento social e político, de alta relevância e de

significação profunda, nos destinos da Pátria. Muitos, preocupados exclusivamente com os seus negócios, dedicados, até à exaustão, aos seus interesses pessoais e exclusivos, não desejam, sequer, adquirir o direito de voto, não se alistando como eleitores. Outros, não se preocupando com os negócios públicos, indiferentes ao bem coletivo, entregam-se aos seus lazeres, aproveitam o “feriado” para uma caçada, uma pescaria ou para gozar os prazeres de um passeio. Muitos, entretanto, vão às urnas cumprindo apenas o seu dever legal e não o seu dever cívico; indiferentes ao resultado do pleito, ou votam em branco, porque não se querem entregar ao trabalho de apurar a excelência deste ou daquele candidato, ou votam, sem mais exame, neste ou naquele, movido por interesses inconfessáveis ou por interesses de terceiros.

E como se não bastasse as consequências tão funestas desta inconsciência, desta apatia, ainda se alastram a corrupção, o suborno, ou mesmo a violência, como sintomas de absoluta ausência de espírito público, de moralidade e de patriotismo.

Os efeitos desta triste realidade aí estão: os governantes nem sempre estão à altura dos cargos que ocupam, com graves danos ao próprio povo, que o elegeu inconscientemente; os legisladores desceram, em geral, a um plano tal de rebaixamento moral, a um nível cultural tão desprezível, a uma indiferença tão pronunciada pela solução de problemas vitais ao país, que as assembléias legislativas, em tantos casos, se transformaram em platéias de espetáculos grotescos e deprimentes, onde faltam o decôro e a moralidade, mas sobram a petulância, a audácia e até a miséria moral. As leis, que devem primar pela clareza, que devem encerrar preceitos defensores da coletividade, do bem público, surgem confusas, obscuras e inteligíveis, quando não escondem a proteção de interesses pessoais e inconfessáveis.

Não deixemos de confessar a nossa culpa, a de todos nós, permitindo que os demagogos, naquilo que eles pro-

clamam como um direito, explorem a ignorância ou a credence da massa anônima eleitoral, nas mais cínicas e deslavadas propagandas, nas quais, em inúmeros casos, existe tudo, menos decência, pundonor e dignidade.

O exercício do direito de voto encerra um dever sagrado a cumprir, que constitui, por sua vez, um direito do qual a Nação é titular. Este direito deve ser defendido pelos homens conscientes, pelos homens cultos e dignos, pelos homens que medem e pesam as responsabilidades que trazem aos ombros.

Urge, pois, moços desta e de tôdas as Faculdades das Universidades do país, que um movimento de proporções gigantescas, como um brado de revolta e de patriotismo, se erga, forte, unísono e invencível, como um ideal sagrado, a fim de pôr têrmo a êste descalabro eleitoral, que nos envergonha e infelicita, arrastando o país à miséria de muitos e ao bem estar de poucos — os afortunados do poder.

Estamos às portas de eleições; em breve paroleiros e parlapatões farão estrugir nas praças públicas as orações miríficas e ungidadas de promessas, recheadas de engodos, e, às vèzes, estúpida e imbecis. Sem dúvida, não faltarão homens probos, cultos e conscientes da sua missão; não faltarão a palavra sensata e o programa sincero e digno de aplausos.

É preciso distinguí-los, destacá-los, advertindo e ensinando o povo a escolher, para que não desçamos mais ainda na degradação moral, intelectual e cultural das assembléias.

Debelemos esta crise, escolhendo homens à altura da grandeza da nossa Pátria e teremos a solução de outras crises, que corroem os destinos da Nação.

Está finda a oração.

O viandante, após longa jornada, é acolhido e repousa na casa à beira da estrada; mas desconhecendo os caminhos que ainda tem a percorrer, ouve os conselhos e

os ensinamentos do amigo que o acolheu. Mas, no momento de partir, agradecendo-lhe o pouso, dá-lhe o adeus e reinicia a caminhada.

Ouvistes do vosso amigo e paraninfo, algumas advertências sôbre graves problemas que ameaçam os nossos destinos, as nossas convicções e as nossas crenças.

Agora é chegado o momento do último abraço e do adeus de despedida.

Há um destino semelhante, neste momento, nas nossas vidas: — Saimos desta casa, deixamos êste templo secular, onde as vozes do passado ressoam em cada canto.

Há, entretanto, uma diferença profunda em nossas partidas: — Ides para a Esperança, para o porvir, para o caminho da ascensão e das realizações nobres. O vosso mestre, encanecido, ao entardecer da vida, caminha para a Saudade, para a contemplação retrospectiva da estrada percorrida.

Os vossos olhos e o vosso coração estão fitos e aneiam o futuro; sonham com o esplendor da vida, e deslumbram-se com as côres vivas das ilusões de moços.

O coração do vosso mestre vive mais da contemplação da estrada vencida; uma ilusão estranha o invade — sonhar com o pouco que realizou, lastimando que mais não tivesse podido dar a esta Faculdade.

Vendo-vos partir, eu me estasio na contemplação da vossa arrancada para a frente, para a marcha na vida, para a ascensão na glorificação do Direito. Eu vos verei subir, no afã de conquistar. E no silêncio e na quietude da minha saudade, suplicarei por vós, orando, para que o Senhor torne mais suaves os aclives do vosso caminho, cobrindo-o de flores e perfumando-o da alegria sadia de viver e lutar.

Condição Jurídica da mulher casada na doutrina e nas legislações (*)

Lino de Moraes Leme

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

Quando convidado, a 20 dêste, pelo eminente e querido colega, diretor desta Faculdade, para dar a aula de encerramento do curso, meu primeiro pensamento foi de mais uma vez cumprir o meu dever. O assunto primeiro que então me veio ao espírito foi o da origem e desenvolvimento da propriedade: aquela individual e comum, prevalecendo a primeira forma até o direito feudal, e a função social da mesma, a partir do Código francês.

Nesse trabalho se compreenderia a extensão que a propriedade tende a assumir nos tempos contemporâneos.

Concomitantemente eu teria de examinar a extensão atual dêsse direito, que os romanos diziam se estender para cima, *usque ad sideras* (até o Céu), e, para baixo, *usque ad inferos* (até o Inferno). Com efeito, pode demonstrar-se que o inferno deve ficar no centro da terra: 1) Pela força de gravidade, os corpos iriam parar no centro da terra, se não houvesse embaraços; 2) Ora: à medida que se desce à profundidade de uma mina, por exemplo, vê-se que a temperatura aumenta de um grau cada 33 metros, sôbre a da superfície da terra, pelo que uma mina terá, aos 990 metros de profundidade, um aumento de 30° sôbre a temperatura da superfície terrestre, e, assim, será de 50°, quando for esta de 20°. Imagine-se, pois qual

(*) Aula de encerramento do curso proferida pelo Exmo. Sr. Professor Lino de Moraes Leme.

será a temperatura da mina de ouro de Morro Velho, em Belo Horizonte, considerando-se que a mesma ultrapassa de 2.500 ms. de profundidade! Há vários anos, o então bispo de Campinas, tendo descido ao fundo dessa mina, quando subiu à superfície terrestre apanhou pneumonia e dela veio a morrer. Apesar disso, eu fui visitar essa mina, em 1952, quando fui examinar em concurso na Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte, mas só pude ver os trabalhos feitos à superfície, por isso que, para descer ao fundo, seria mister a paralização de todos os serviços.

Assim, pode imaginar-se qual deverá ser a temperatura no centro da terra, de onde se conclue que aí deve estar o Inferno.

Considerando, porém, o desenvolvimento que deveria ter um trabalho sôbre a propriedade, meu espírito propendeu para um assunto menos extenso, e se fixou, por isso, na *Condição jurídica da mulher casada, na doutrina e nas legislações*, que passo a expôr.

1. A Bíblia diz que a mulher é formada de uma costela do homem. *Et benedixit illis Deus et ait: crescit et multiplicamini et replete terram.* De uma das costelas do homem, diz DOMAT, para significar que ela e o homem formam um só todo, e que ela é dada ao homem, como companheira e auxiliar.

Em Roma a mulher, se *alieni juris*, ficava subordinada ao pai, ou ao marido, podendo êste dar-lhe a morte, em certos casos, ou vendê-la como escrava; se *sui juris*, permanecia em tutela perpétua, *propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam*, situação que perdurou até à época post-clássica, quando foi suprimida a *tutela mulierum*, pela lei Claudia.

Com a queda do império romano, se instala a civilização ariana, na qual a família é constituída sob a base da autoridade, mas sem o direito sôbre a vida da mulher,

que a civilização romana reconhecia ao marido. Assim a mulher — filha, espôsa ou viuva — é considerada menor.

Na China — a civilização chinesa tem um lugar à parte — as mulheres viviam quase sempre encerradas.

Na Grécia, porém, já repontam as idéias de igualdade entre o homem e a mulher, como se vê na *Republica*, de PLATÃO, no célebre diálogo entre SÓCRATES e GLAUCO. Mas, como disse VOLTAIRE, em seu *Dicionário filosófico*, “o verdadeiro mal não é a desigualdade, é a dependência”.

2. Um retrato da situação da mulher, nesse tempo, se vê no provérbio provençal — *Li femo non soun gèn* (Les femmes ne sont personnes) — As mulheres não são pessoas; também, pelas *Ordenações* (L. 5 T. xxxvi, § 1.º), ficava isento de pena aquele que castigasse “criado, discípulo, sua mulher e seu filho” Essa orientação resultou de não haverem ainda desaparecido as tradições do direito romano.

3. Na Idade-Média, embora sem o rigor da antiguidade clássica, perdura a hostilidade contra os direitos sucessórios da mulher, representada pela manutenção do regime dotal, na Itália e em parte da França, segundo o modelo romano, e pela concessão de um direito de usufruto sobre a metade ou a terça parte dos imóveis do marido, sendo a regra que, em não havendo filhos, os bens de cada cônjuge voltavam para a família da qual tinham vindo — *Paterna paternis, materna maternis*. A mulher continuava a ser considerada menor, sob a tutela do marido, que era o senhor e o chefe do casal, tendo o gozo dos bens próprios da mulher, que não podia fazer contrato nem estar em juízo, sem autorização.

4. Na Inglaterra, embora atenuada pela influência da Igreja Cristã e pelo abrandamento dos costumes, após as invasões dos bárbaros, ainda no sec. XVI dizia BACON: “A lei não permite senão uma vontade única entre os esposos, a do marido, que é o mais capaz de prover às ne-

cessidades da família, e de dirigi-la. O marido tem, por lei, poder e domínio sôbre sua mulher. Êle pode constrangê-la a ficar no limite de seus deveres e bater-lhe, contanto que o faça sem crueldade, nem violência”.

Todavia, aí melhorara a condição da mulher, como se vê pela fórmula dos esponsais solenes, de origem germânica, e que se estendeu aos países nórdicos: “A ti (a noiva), a honra e os direitos de espôsa; a ti, as chaves da casa, a metade do meu leito, o têrço do que possuo e do que adquirirmos juntos”.

5. Com a queda do feudalismo e sob a influência do Cristianismo, era natural que melhorasse a condição da mulher. Mas também na ordem social vê-se um princípio análogo ao de LAVOISIER, na ordem física — *Natura non facit saltus*.

Foi assim que, embora desaparecendo, na maior parte dos países, a tutela perpétua da mulher, com o estabelecer-se que a mulher celibatária ou viuva tinha a mesma capacidade que o homem, contudo as legislações vieram a consignar o poder marital e o “dever de obediência”, seguindo o art. 213 do Código Civil francês. “Poder marital — define o Código do Chile, art. 132 — é o conjunto de direitos que as leis concedem ao marido, sôbre a pessoa e os bens da mulher”. Dêsse poder decorria a obrigação de a mulher habitar com o marido e de segui-lo para onde êle entendesse de residir, sem estabelecer-se reciprocamente que o marido é obrigado a habitar em companhia da mulher. A jurisprudência francesa admitia o recurso à Fôrça Pública, para a mulher ser obrigada a acompanhar o marido, orientação seguida pela lei argentina sôbre o casamento, art. 53. Essa obrigação da mulher é consagrada ainda em Códigos dos mais recentes, como os do México (art. 163), o da Itália (art. 144), sendo que o primeiro acompanha o Código espanhol, que permite ao Poder Judiciário eximir a mulher dessa obrigação. O Código do Perú, que é de 1936, seguindo o Código da Ale-

manha (art. 1.354), diz que a mulher não está obrigada a aceitar a fixação do domicílio conjugal, quando a decisão do marido constitua um abuso de direito (art. 163). O Código português (art. 1.186) e o do México isentam a mulher da obrigação de acompanhar o marido, quando êle se mude para o estrangeiro, especificando o segundo — *sendo em serviço da pátria, bem assim quando se estabeleça em logar insalubre ou indecoroso* (art. 163).

Pelo poder marital, a mulher é equiparada ao menor e deve obediência ao marido. Êsse dever de obediência, porém, foi suprimido da maior parte das legislações — Códigos Civis da Alemanha (art. 1.354), da Suíça (art. 160), do México (art. 167), do Perú, da Venezuela, da Dinamarca, da Suécia, da Noruega, da Rússia; na Itália, pela lei de 1919, art. 131; na França, pelas leis de 1938 e 1942; no direito inglês e no americano. Mas ainda subsiste nos Códigos Civis da Espanha (art. 57), do Chile (art. 81), do Uruguai (art. 128), de Portugal (art. 1.185) de Cuba (art. 57).

6. A tendência, porém, é para assegurar à mulher uma situação de igualdade com o marido. A lei portuguesa n. 1, de 25. XII. 1910, estabelece: “A sociedade conjugal baseia-se na liberdade e na igualdade”. O Código mexicano de 1928 (art. 167) dispõe que o marido e a mulher têm, no lar, autoridade e consideração iguais; no caso de divergência, não sendo possível acôrdo, decide o juiz. O Código do Perú, de 1936 (art. 161), diz que o marido dirige (não emprega o vocábulo “chefia”) a sociedade conjugal; que a mulher deve ao marido ajuda e conselho, e que ela tem o direito e o dever de atender pessoalmente ao lar. O Código venezuelano de 1942 (art. 140) estabelece que o marido decide quanto aos assuntos da vida econômica.

A Constituição de Cuba (1940) concedeu plena capacidade à mulher casada. Limitaram-se a abolir-lhe a incapacidade as legislações da Rumânia (1932), da Áus-

tria (1934), da Hungria, da Turquia, que foram precedidas pelas dos países nórdicos, da Inglaterra, dos Estados Unidos (aí quasi todos os Estados concedem à mulher plena capacidade jurídica), da Rússia, as quais estabelecem a igualdade jurídica entre o marido e a mulher.

Tão arraigada está a idéia da igualdade jurídica entre o homem e a mulher, que a 8.^a Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, em 1948, aprovou a Resolução n. XX — que a mulher tem direito igual ao do homem, na ordem civil, e, figurando êsse princípio na Carta das Nações Unidas, resolve: “Os Estados Americanos convêm em outorgar à mulher os mesmos direitos civis de que goza o homem”. Estiveram aí representados os seguintes países americanos — Honduras, Guatemala, Chile. Uruguai, Cuba, República Dominicana, Bolívia, Peru, Nicarágua, México, Panamá, S. Salvador, Paraguai, Costa Rica, Equador, Brasil, Haiti, Argentina e Colômbia.

7. Outra cousa é a simples igualdade dos sexos: Constituição alemã, de 1919, art. 119, Constituição espanhola (art. 43). A nossa Lei Magna dispõe que “todos são iguais perante a lei” (art. 141, n. I) e a proibição de diferença de salário por motivo de sexo (art. 157, n. II). (O último artigo citado mostra que o princípio do artigo 141, n. I, não tem o alcance que PONTES DE MIRANDA lhe pretendeu emprestar).

8. Concedida a igualdade jurídica à mulher, surgem dois problemas capitais: o da chefia (ou direção) da sociedade conjugal, e o da administração e alienação dos bens. Essa chefia é geralmente conferida ao marido — Códigos Civis da Itália (art. 144), do Perú (art. 161), da Alemanha (art. 1.354), da Suíça (art. 162), da Turquia, da Grécia, da Venezuela, da Rússia, para sòmente citar os de 1900 para cá. O Código de México pretendeu estabelecer a direção conjunta, ao dizer que o marido e a mulher terão, no lar, autoridade e considerações iguais.

A respeito, o S. Padre, Papa Pio XII, em alocução de 1942, salienta a necessidade essencial, em toda a sociedade, de um chefe, que na sociedade conjugal é o marido, o qual jamais poderá desconhecer sua igualdade substancial com o seu cônjuge, e que assim desenvolve: a) igualdade substancial entre ambos os cônjuges, ideologicamente fundada no conceito cristão da pessoa, e vitalmente praticada graças ao domínio do egoísmo e ao amor conjugal, título bastante para a tolerância das fraquezas; b) autoridade hierárquica do marido, e não domínio material, teleologicamente orientado para o bem comum familiar; c) deveres do marido, em razão dessa mesma autoridade, os quais lhe impõem a colaboração na educação dos filhos e na procura de recursos para atender aos encargos conjugais, além do auxílio necessário em certas tarefas do lar.

9. Não iremos indagar qual o melhor regime de bens, para a igualdade econômica entre o marido e a mulher, pois todos eles podem ser organizados por forma a ser colimado esse objetivo. Assim, vamos passar em revista a situação dos cônjuges nos vários regimes de bens.

No regime da comunhão universal, em regra não pode um cônjuge dispôr dos bens imoveis, sem o consentimento do outro; assim, em Portugal e no Brasil, e quando, sendo outro o regime legal, é admitido o da comunhão universal (Cód. alemão, art. 1445). De se notar que, em Portugal, a mulher não é obrigada pelas dívidas do marido, se não se obrigou juntamente com êle (Cód., art. 1.114); e que, no Brasil, não pode um cônjuge dispôr de bens imoveis, sem o concurso do outro, seja qual fôr o regime de bens.

Nos países que adotam o regime da comunhão parcial de bens: a) em alguns, a mulher pode dispôr dos seus bens próprios (Códigos Civis do México (art. 172), do Peru (art. 172), da Venezuela (art. 154); b) noutros, não pode (Códigos Civis da Espanha (art. 61), do Uruguai (art. 1.976), do Chile (art. 137), enquanto que o marido o pode fazer, bem assim quanto aos bens da comunhão (Códigos

Civis francês e belga (art. 1.421, com a restrição do art. 1.422), espanhol (art. 59, se maior), chileno (art. 1.750), uruguáio (art. 1.971), peruano (art. 188). O Código Chileno diz — “O marido é, em relação a terceiros, o dono dos bens sociais”

Na Suíça, onde o regime legal é o da união de bens, o marido pode dispôr dos bens comuns, sem o consentimento da mulher, que se presume em favor de terceiros (arts. 166 e 200). Na Alemanha, onde vigora também o regime da administração e usufruto pelo marido, o art. 1.376 do Código Civil diz quais os atos que êle pode praticar sôbre os bens da mulher, em seu poder; e ela não pode dispôr dêsses bens, sem o consentimento do marido.

Na Inglaterra, onde vigora o regime de separação de bens, a liberdade da mulher é restringida pelos *marriage settlements* e pelos *trusts*. Por esta instituição, o patrimônio dela é confiado a *trustees* (mandatários de confiança, homens da lei, parentes próximos, bancos, etc.). O *trust* torna indisponíveis os bens da mulher, protegendo-a contra as dissipações do marido e da própria mulher. Dá o mesmo resultado que o regime dotal, entre nós. Também vigora o regime da separação noutros países — Estados Unidos, Áustria, Itália, Turquia, Rússia.

Nos países escandinavos, o antigo regime da comunhão sofreu modificações, objetivando a igualdade jurídica dos cônjuges: a) Na Suécia e na Finlândia ha, durante o casamento, separação de bens, mas, após a morte de um dos cônjuges, os dois patrimônios se consideram reunidos em um só, cabendo metade aos herdeiros, e a outra metade ao cônjuge supérstite; b) Na Dinamarca, na Noruega e na Islândia, o regime é o da união dos bens, cada cônjuge administrando e dispondo dos que levou para o casal, não podendo, porém, dispôr dos imóveis, sem o consentimento do outro cônjuge.

10. Ha um direito, que é geralmente reconhecido: o de a mulher dispôr dos produtos de seu trabalho (Lei

francesa de 3.VII.1907, completada pela de 8.VI.1923; Código alemão (arts. 1.365-1.367); Código suíço (arts. 191 e 192); lei dinamarquesa, de 7 V.1880; lei norueguesa de 29.VI.1888; lei belga de 1900; lei polonesa, de 1921; lei turca de 1926; Código peruano, art. 207. No Chile (Cód., art. 5.521), a mulher tem apenas o direito de administrar.

11. Na vida social, vemos a mulher nas escolas, nas indústrias, no comércio, desempenhando um papel na vida econômica, que era antes desempenhado pelo homem.

Sem o valor e a atividade das mulheres, não se teria ganho a guerra, disse LLOYD GEORGE, a propósito da primeira grande guerra; e W WILSON: “Para que a União tenha podido lançar tôdas as suas fôrças materiais no conflito mundial, foi mister a mobilização voluntária das mulheres”.

12. Ha um papel de relevo que a natureza reservou à mulher, o instinto em tôrno do qual gravita a sua vida: é o da *maternidade*. Em consequência dêle, o lugar da mulher é, antes de tudo, no lar. É a unidade espiritual obra da natureza e da educação.

Essa unidade, porém, requer *liberdade e igualdade*. No campo econômico, também a liberdade, a igualdade e a comunhão de interesses levam à unidade econômica, isto é — essa unidade de ação corresponde à unidade de vida.

13. A propósito do Código de seu país, e encarecendo a necessidade da reforma, escreveu um magistrado argentino: “Neste regime de bens do matrimônio, nesta chamada sociedade conjugal, em que a vontade dos contraentes não entra por nada e encontra tudo feito, o marido é administrador legítimo e pode dispôr dos bens do casal, sem contrôle algum. Nesta sociedade *sui generis*, um dos sócios tem tudo e o outro não tem nada; é um desequilíbrio completo de direitos, que coloca a mulher numa condição bem inferior, de pessoa não já incapaz para certos atos, senão de pessoa quasi absolutamente incapaz.

A mulher que se casa se decide mansamente ao sacrifício. É isso frequente em razão da educação que se dá entre nós à mulher solteira. Nada de protestos, nem de escândalos: as lágrimas devem chorar-se a portas fechadas, e a resignação ante o mal se considera preferível à apresentação de novos motivos de desavenças. Assim se prepara às vêzes o caminho da ruína para muitos lares, que poderiam viver na abundância, porque o marido administrador joga sem freios e delapida sem medida o capital da sociedade, sem que nada estorve sua obra desastrosa. Pretende-se a paz a um duro preço, porque se erige o marido em árbitro de tôdas as situações e se abandona a mulher num plano de inferioridade, que repugna ao espírito de justiça (1) ”.

14. Deu-se o direito de voto à mulher: na Finlândia, em 1906; na Noruega em 1907; na Alemanha, em 1919; na Inglaterra, em 1929. Neste último país, em certo ano, de 29 milhões de eleitores, 15 milhões eram mulheres. Ora, se a mulher tem capacidade política, como declará-la incapaz na ordem civil?

O problema da igualdade civil entre o marido e a mulher deve ser conjugado, porém, com o da direção da sociedade conjugal. Mas a hierarquia concedida ao marido deve ser orientada teleològicamente para o bem comum da família, como disse o Papa Pio XII, na citada alocução de 1942.

Deve eliminar-se, do nosso Código Civil, o n. I do art. 6.º, que declara a mulher casada relativamente incapaz. E não basta essa reforma, pois, se subsistirem as restrições injustificáveis que alguns artigos consagram, a situação será a mesma.

15. O art. 233, n. IV, dispõe que a mulher não pode exercer profissão, sem que o marido autorize, podendo o juiz, todavia, suprir essa autorização. Essa é a orientação geral das legislações estrangeiras. O Código do México (art. 170) estabelece uma restrição à oposição do marido

— deve êle provar que provê às necessidades do lar e que a sua opposição se funda em causas graves e justificadas. Com o suprimento judicial, está a mulher protegida contra uma attitude injustificada do marido.

16. Em relação ao domicílio e à residência do casal, deve exonerar-se a mulher da obrigação de acatar a decisão do marido, quando ela constitua um abuso de direito, seguindo-se a orientação de alguns Códigos (o alemão e o peruano, por exemplo).

17. No art. 242 vêm enumerados atos que a mulher não pode praticar sem autorização do marido. Deles, alguns são a reciproca do que dispõe o art. 235, em relação ao marido, de maneira que, quanto a êles, nada a objetar. Mas outros ha que estabelecem desigualdade entre o marido e a mulher: são os ns. IV e seguintes, notadamente a proibição de a mulher, sem autorização do marido, aceitar herança ou legado, tutela, curatela ou outro munus público, estar em Juízo Cível, contrair obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal, e aceitar mandato.

Compreende-se a razão dessas proibições: é que da prática da maioria dêsses atos podem resultar responsabilidades econômicas. Mas de se indagar: Praticados êsses atos pelo marido, não é a mulher atingida pelas responsabilidades que dêles podem resultar? E, com relação aos contratos, não é justo estabelecer-se que sòmente se comuniquem as dívidas contraídas na constância do matrimônio, por ato ou contrato de ambos os cônjuges, ou por um com outorga ou autorização do outro, como dispõe o Código português (arts. 1.113 e 1.114)?

A proibição de a mulher aceitar herança ou legado é justificada com a possibilidade de a aceitação afetar a moral da família. Mas essa possibilidade raríssima pode ocorrer também com relação ao marido. E, quando acaso tal se verificasse, poderia ser a aceitação considerada como injúria grave, a justificar o desquite.

18. No Código suíço, art. 177, se estabelece serem permitidos, aos esposos, todos os atos jurídicos. A lei argentina n. 11.357, de 22.IX.1926, sôbre os direitos civis da mulher, permite a ela, sem dependência de autorização do marido — conservar o pátrio poder sôbre os filhos do leito anterior; exercer profissão; fazer parte de associações; administrar os bens próprios e os dos filhos do leito anterior; aceitar ou repudiar o reconhecimento que dela fizerem seus pais; aceitar herança; litigar quanto à sua pessoa, os seus bens e os dos filhos sôbre os quais tenha o pátrio poder; ser tutora ou curadora; aceitar doações.

Mas, em geral, os Códigos recentes se limitam a não exigir autorização marital para a mulher praticar atos jurídicos, embora confirmam ao marido a direção ou a chefia da sociedade conjugal, com as únicas exceções do Código do México, do da Rússia e de outros países ligados ao sistema russo.

19. As minhas idéias sôbre os direitos civis da mulher casada são os seguintes.

I — A mulher casada deverá atender aos trabalhos e cuidados do lar, e colaborar, com o marido, na direção da sociedade conjugal, que será exercida por êste.

II — Compete ao marido fixar a residência da família. Compete-lhe igualmente autorizar a profissão da mulher, com suprimento judicial, em casos justificados.

III — Os cônjuges podem praticar isoladamente atos jurídicos, exceto aqueles que por lei exijam o concurso de ambos, como a alienação de imóveis, seja qual for o regime de bens.

IV — Pelas dívidas anteriores ao casamento, sômente devem responder os bens que o devedor trouxe para o casal. Pelas contraídas durante o casamento, sômente devem responder os bens próprios do devedor, e a sua

meação nos bens comuns. Neste caso, a parte do outro cônjuge, nesses bens, deve ficar excluída da comunhão.

V — A mulher casada, que convola novas núpcias, deve conservar o pátrio poder sôbre os filhos do casamento anterior.

VI — À mulher casada compete administrar os seus bens próprios e os confiados à sua guarda e administração.

20. Cumpre lembrar, porém, que a defesa da família deve presidir sempre às reformas que se queira introduzir no instituto. A família é o santuário das virtudes domésticas, e, portanto, deve ela ser objeto de um culto permanente. O incenso dêsse culto deve ser a preocupação de felicidade comum, que deve nortear os seus membros.

Mas como conseguir essa felicidade?

A resposta eu a encontro em uma história intitulada — “Os três desejos. Onde está a felicidade”, do livro de GUYAU, *La première année de lecture courante*, com o qual êsse autor pretendeu demonstrar que a moral independe da religião, conforme verifiquei em um livro sôbre *Ética*. Uma mãe perguntou, a cada um de seus tres filhos, como êles se julgariam felizes. Disse o primeiro que êle queria ser um grande general, caracolar a cavalo ao som do tambor, e ver soldados obedecerem ao seu comando. Respondeu-lhe a mãe que, se êle pudesse ver as mãos crispadas das mães, das esposas, das noivas, dos filhos, que o responsabilizavam pela morte de seus entes queridos, êle sentiria o amargor de sua posição, e não se sentiria feliz. Disse o segundo que êle queria ser um rico habitante da cidade, andar vestido de sobrecasaca, usar luvas brancas, e naturalmente um veículo dourado. Respondeu-lhe a mãe que se êle pudesse observar, veria indivíduos, com os punhos cerrados voltados contra êle, amaldiçoando a sua opulência, e responsabilizando-a pela miséria em que se encontravam; assim, êle não poderia ser feliz. Disse o terceiro: “Mamãe: não sei se serei rico ou pobre; se

serei general ou soldado; mas eu queria ver todo o mundo feliz ao redor de mim, eu queria ver todo o mundo me sorrir”. A mãe lhe respondeu, abraçando-o: “Muito bem, meu filho: é procurando ser o artifice da felicidade dos outros, que se alcança a verdadeira felicidade”.

Assim, é procurando o marido e a mulher serem os artífices recíprocos da felicidade, que cada um alcançará a verdadeira felicidade!

Autonomia universitária e pesquisa científica *

Sylvio Marcondes Machado

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

A Academia do Largo de São Francisco, para iniciar cada ano letivo, não se satisfaz com a abertura das classes, onde professores e alunos retomam o trabalho interrompido pelas férias. Mantendo uma das mais simpáticas de suas tradições, manda o nosso Regulamento que aquele ato seja precedido de uma aula solene, proferida por catedrático que o Diretor designar e dirigida a todos os acadêmicos (1). Manifestam-se, assim, na palavra dêsse professor, as boas vindas da Escola aos estudantes, reavivando-se, em recepção festiva, a comunhão espiritual que garantirá a proficiência dos estudos reencetados.

Simbolizando, neste momento, a ação pedagógica dos ilustres colegas de Congregação e devendo prelecionar a todo o corpo discente, julguei obrigatório tratar de assunto que, por sua generalidade e interesse, pudesse merecer a atenção de cada um, independentemente de autoridade ou de eloquência do expositor.

Em tal propósito, encontro inspiração no convite da Reitoria aos professores da Universidade, para opinarem sobre o projeto de lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, formulado pelo Ministério da Educação e Cultura. Esse transcendente trabalho, ora submetido ao exame do Parlamento, no título dedicado ao ensino superior, dita as normas básicas dos estabelecimentos, arma as

(*) Aula inaugural do ano letivo de 1958.

(1) Lei estadual n.º 3.023, de 15/7/1937, art. 86, § 2.º.

vigas mestras dêsse grau de ensino e organiza o arcabouço das universidades do Brasil. O que, todavia, entre tantas sugestivas idéias, constitui ponto culminante do projeto, nesta matéria, é a consagração definitiva, no âmbito nacional, do regime da autonomia universitária, requisito essencial, embora nem sempre suficiente, da livre e contínua expansão das ciências.

Na linha dêsse princípio fundamental, se estamos aqui reunidos numa sala universitária, como estudiosos da ciência do Direito, parece oportuno ponderar os preceitos em vigor e a elaboração legislativa. Em busca, não apenas do aperfeiçoamento da liberdade dos cientistas, já sancionada pela ordem jurídica, mas, sobretudo, dos meios indispensáveis a seu proveitoso exercício, sem os quais essa franquia exprime conceito vazio de conteúdo.

Eis o motivo do tema desta preleção — “Autonomia universitária e pesquisa científica”. Seu desenvolvimento se guiará pelo seguinte roteiro: A autonomia universitária no projeto federal — Legislação vigente — A autonomia didática — A autonomia administrativa — A autonomia econômica — A pesquisa científica — Fundação de Pesquisa — Conclusão.

A autonomia universitária no projeto federal

A organização educacional brasileira obedece, no plano constitucional, a uma articulação hierárquica dos poderes da federação e das unidades federadas, coordenada pelos preceitos que atribuem à União competência para legislar sôbre diretrizes e bases da educação, mas não excluem a legislação estadual supletiva ou complementar e determinam que os Estados e o Distrito Federal organizem os seus sistemas de ensino (2). A estas regras gerais, para cogitar do ensino superior, é necessário juntar

(2) Constituição Federal, arts. 5.º, n.º XV, “d”, 6.º e 171.

o texto que reserva à União a competência normativa das condições de capacidade para o exercício das profissões técnico-científicas e liberais (3).

Orientado por êsses princípios informativos, que equacionam a interferência federal na administração do ensino, é que o projeto governamental, na justificação do Sr. Ministro da Educação, considera de bôa política educacional, para o ensino superior, “garantir às escolas e universidades bôa margem de auto-determinação”. E, explicando os critérios perfilhados, esclarece S. Excia.: “Na instituição do regime de autonomia das Universidades preferiu-se ficar em uma fórmula genérica, que nos pareceu mais liberal e consentânea com uma ulterior definição nos Estatutos, cuja elaboração será dos próprios interessados, com aprovação em decreto presidencial”.

Por isso e com aquêles fundamentos constitucionais, o projeto, ao lado de outros preceitos que lhe asseguram a efetividade, afirma o princípio insigne: “Os estatutos de cada Universidade adotarão o regime de autonomia didática, administrativa e financeira” (4).

Legislação vigente

Já nesse postulado, o conceito genérico de autonomia universitária se desdobra nas três espécies — didática, administrativa e econômico-financeira — propiciando a análise de cada uma. Contudo, lembrando que, na articulação das atividades educacionais dos poderes públicos, aos Estados cabe cumprir a lei da União, convém examinar a matéria à luz da legislação estadual, de modo a apreciar, especificamente, a autonomia da nossa Universidade.

(3) Constituição Federal, art. 5.º, n.º XV, “p”

(4) Anteprojeto Ministerial, art. 57, “a”

Instituída pelo decreto estadual n.º 6.283, de 25 de janeiro de 1934, a Universidade de São Paulo teve o seu Estatuto aprovado pelo decreto federal n.º 39, de 3 de setembro do mesmo ano, na conformidade dos moldes determinados pelos decretos federais ns. 19.851, de 1931, e 24.279, de 1934, que consubstanciam o Estatuto das Universidades Brasileiras. Tais são os diplomas que, conjugados, formam a lei básica da Universidade.

Em matéria de auto-determinação universitária, dispõe a atual lei padrão que “as universidades gozarão de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, didática e disciplinar” (5). E o estatuto paulista, fiel ao modelo federal, reafirma que a Universidade “gozará de personalidade jurídica e de autonomia didática e administrativa” (6). Entretanto, numa projeção do tema para os planos do futuro, acrescenta: “a autonomia da Universidade será também econômica, quando dispuser de bens com a renda dos quais possa manter-se” (7).

Confrontadas, assim, as normas vigentes, federais e estaduais, podemos apreciar a autonomia da Universidade de São Paulo, nas três modalidades previstas pelo projeto de lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A autonomia didática

A autonomia didática da Universidade significa o reconhecimento, em termos de organização universitária, das prerrogativas constitucionais outorgadas aos catedráticos. Conferindo-lhes, não só a livre manifestação do pensamento, franqueada a todos os cidadãos, mas garantindo-lhes a liberdade de cátedra e assegurando-lhes a vitalicie-

(5) Decreto federal n.º 19.815, de 11/4/1931, art. 9.º.

(6) Decreto federal n.º 39, de 3/9/1934, art. 42.

(7) Citado decreto federal n.º 39, art. 43, § 1.º.

dade, a Constituição Federal (8) cercou êsses professôres das garantias adequadas à propagação e ao aperfeiçoamento das ciências, letras e artes. Pois, no exercício de suas cátedras, só têm, por limite, os limites do conhecimento humano, e, por juiz, as próprias consciências. E, se a congregação dessas células de fermentação da cultura é que forma a base pedagógica do sistema universitário, é na auto-determinação científica dos professôres, que se apoia e justifica a autonomia didática da Universidade.

O projeto ministerial não fere as liberdades constitucionais e, ao contrário, resguardadas as fronteiras da competência legislativa federal, procura alargar o campo da regulamentação estadual. Ademais, como foi visto, o Estatuto das Universidades Brasileiras e bem assim o da Universidade de São Paulo, já adotam o regime do ensino autônomo. Por isso mesmo, o tema da autonomia didática, seguro em seus fundamentos e indubitável na sua aplicação, não exigiria, no âmbito desta dissertação, cuidados mais extensos. Considerada, porém, a estreita ligação dessa regalia da Universidade com a liberdade de cátedra dos seus mestres, convém verificar se a legislação em vigor já atende satisfatoriamente aos citados postulados constitucionais, de modo a dispensá-la de correções e emendas. Embora esta verificação envolva assunto da autonomia administrativa, a ser tratado mais adiante, é oportuno realizá-la, desde agora, para deixar elucidada a subordinação dos homens de ciência ao regime universitário que os acolhe.

O Estatuto das Universidades Brasileiras outorga a estas, expressamente, ao lado da administrativa e didática, a autonomia disciplinar (9). Para regular o princípio, atribui “à administração de cada instituto universitário a responsabilidade de manter nos mesmos, a fiel observân-

(8) Constituição Federal, arts. 141, § 5.º; 168, n.ºs VI e VII; e 187.

(9) Citado decreto federal n.º 19.851, art. 9.º.

cia de todos os preceitos compatíveis com a bôa ordem e a dignidade da instituição” (10); determina que o regime disciplinar, em relação aos corpos docentes e discentes e aos funcionários, será discriminado no regulamento interno, cabendo ao Diretor e ao Conselho Técnico-Administrativo a fiscalização do regime e a aplicação das penalidades (11); e confere, ao Conselho Universitário, competência, não só para aprovar os regulamentos internos de cada instituto, como para deliberar sôbre as questões nêles omissas (12).

O Estatuto da Universidade São Paulo, obediente ao padrão federal, reproduz exatamente essas normas (13), graças às quais o regime disciplinar a que estão submetidos os professôres, fica delimitado, por inteiro, no quadro nitidamente traçado pela legislação especial universitária.

A tal conclusão — já minuciosamente fundamentada por esclarecido parecer dos eminentes mestres Honório Monteiro e Miguel Reale, ao Egrégio Conselho Universitário — cabe acrescentar que o fato dos professôres da Universidade de São Paulo pertencerem ao funcionalismo do Estado, de modo nenhum pode perturbar a vigência integral e exclusiva daquele regime, desde que atendido o disposto na própria lei estadual dos servidores públicos. Realmente, é exato que, nos têrmos de seu art. 1.º, além do provimento e vacância de cargos, a Consolidação das Leis do Funcionalismo regula “os direitos e as vantagens e os deveres e as responsabilidades dos funcionários civis do Estado”. Mas, não é menos certo, nem menos claro, o texto do § 2.º dêsse mesmo artigo: “As suas disposições aplicam-se também ao Magistério, exceto no que colidirem com as respectivas leis especiais” (14).

(10) Idem, art. 94.

(11) Idem, art. 95.

(12) Citado decreto federal n.º 19.851, art. 23, n.º V e decreto federal n.º 24.279, de 22/5/1934, art. 11, n.º IV.

(13) Citado decreto federal n.º 39, arts. 132 e 56, n.ºs 3 e 16.

(14) Decreto estadual n.º 26.544, de 5/10/1956.

Conclui-se, portanto, que a autonomia didática da Universidade e a liberdade de cátedra dos professores estão unidas num regime suficientemente definido e resguardado pela legislação em vigor.

A autonomia administrativa

Se autônomo é “o que se governa por lei próprias” (15) e autonomia a “liberdade de poder administrar-se de acôrdo com as próprias leis” (16), é na tese da autonomia administrativa que a independência universitária assume maior complexidade. Inclusive, por sua implicação, de um lado, com aspectos didáticos, entre os quais o que se acaba de vêr, e, de outro, com problemas financeiros, da administração escolar.

Entre as entidades consideradas autárquicas, pela lei 830, de 23 de setembro de 1949, se incluem “as pessoas jurídicas, especialmente instituídas, por lei, para execução de serviço de interesse público, ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro”. E Pontes de Miranda, ao assinalar como elementos essenciais da autarquia administrativa a paraestatalidade e a autonomia, insiste na exigência daquela, explicando — “se a fonte dos recursos não é estatal, de autarquia não se trata: autarquia é, pelo menos, paraestatalidade + autonomia”. Acrescenta que a paraestatalização da tributação se divide em três categorias — máxima, média ou mínima — representada, neste último caso, por não tributação, nem arrecadação, pela autarquia, mas simples consignação de verba no orçamento estatal (17).

(15) Moraes, Grande Dicionário da Língua Portuguesa, 10.^a edição, vol. 2.

(16) Laudelino Freire, Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa, 2.^a edição, vol. 1.

(17) Pontes de Miranda, Comentários à Constituição, 2.^a edição, Rio, 1953, vol. 2, págs. 350 e 351.

A Universidade de São Paulo, com personalidade jurídica conferida pela lei de sua criação, instituída para execução de serviço público e sustentada pelos recursos do Tesouro legalmente destinados à sua manutenção (18) — realiza, na última das mencionadas categorias, o elemento de sua paraestatalidade. Por outro lado, no limite das restrições legais (19) — goza de autonomia administrativa. Reune, assim, os dois elementos que a caracterizam como entidade autárquica.

Apontando, agora, as anunciadas implicações da autonomia administrativa com os problemas financeiros, caberá, então, de acôrdo com o objetivo desta dissertação, examinar se a nossa autarquia está provida dos meios necessários à realização de seus elevados fins. Ou, por outras palavras, trata-se de saber até que ponto sua autonomia administrativa está cerceada, pela limitação dos recursos disponíveis, e como ampliá-la, por alargamento de tais recursos. Na impossibilidade de exaurir o assunto, contentemo-nos em responder a algumas indagações de maior relêvo.

Considerados os recursos do Tesouro, pode o Estado aumentar o volume das verbas destinadas ao ensino público?

Tomemos, em primeiro lugar, esta questão mais geral, que coloca o problema na amplitude do panorama orçamentário.

Reproduzindo preceito firmado na Constituição da República (20), determina o diploma constitucional paulista que “o Estado aplicará, no serviço da educação, nunca menos de vinte por cento das rendas resultantes de

(18) Citado decreto federal n.º 39, arts. 40 e 42.

(19) Tais restrições se referem, especialmente, à criação de funções e outros atos que acarretem responsabilidade dos poderes públicos, nos têrmos do art. 42, § 3.º, do citado decreto federal n.º 39.

(20) Constituição Federal, art. 169.

impostos” (21). Para apurar, na lei de meios do exercício corrente (22), o montante dessa aplicação, é necessário reunir as despesas consignadas aos diversos setores da administração, com destino a tal serviço. Assim, deixando de parte verbas de menor importância e confrontando os valores por números redondos, em milhões de cruzeiros, teremos: Secretaria da Educação, despesa global, 5 bilhões e 793 milhões; Universidade de São Paulo, 793 milhões, e escolas superiores isoladas, 50 milhões (23); outras Secretarias (24), 228 milhões — tudo somando, aproximadamente, 6 bilhões e 864 milhões de cruzeiros. Por outro lado, numa receita ordinária de cerca de 38 bilhões, o orçamento prevê a arrecadação de 30 bilhões e 600 milhões proveniente de impostos, dos quais, os 20% reservados pela Constituição aos serviços educacionais, equivaleriam a 6 bilhões e 120 milhões de cruzeiros. Do cotêjo, entre a verba orçamentária e o mínimo constitucional, resulta uma aplicação de 744 milhões de cruzeiros, acima deste mínimo, o que corresponde a adicionar-lhe um acréscimo de mais de 12% sobre o seu próprio valor.

A observação desses números, absolutos e percentuais, evidencia que o Estado cumpre, de modo satisfatório, com certa folga, a exigência constitucional. E se forem considerados os vultosos encargos, que se acumulam sobre a administração, na crescente multiplicidade dos serviços estatais, não parece viável um aumento, imediato e substancial, do volume orçamentário do ensino público.

Tal resposta, assim negativa, sugere a segunda indagação.

(21) Constituição do Estado de São Paulo, art. 82.

(22) Lei n.º 4.368, de 13/11/1957.

(23) “Autonomias administrativas”, no orçamento da Secretaria da Fazenda.

(24) Departamento de Educação Física e Conservatório de Tatuí, na Secretaria do Governo; Institutos de Menores, na Secretaria da Justiça; Escola de Polícia, na Secretaria da Segurança; Diretoria do Ensino Agrícola, na Secretaria da Agricultura.

Na distribuição das verbas da educação, pode o Estado elevar os recursos reservados ao ensino superior?

A pergunta envolve o exame comparativo das despesas orçamentárias dos diferentes graus de ensino, dada a sua imprescindível articulação. Levadas em conta, nos níveis primário e secundário, apenas as respectivas verbas globais da Secretaria da Educação, pois o custo de suas repartições administrativas e bem assim o de suas escolas isoladas, ou das vinculadas a outras Secretarias, não influi, de modo decisivo, na sua relação proporcional; e, no nível superior, tão somente a manutenção dos institutos, com abstração das verbas da Reitoria, que não exprimem custo direto do ensino — chega-se à desejada posição de confronto. Esta, no orçamento, assim se expressa: ensino primário, 3.661 milhões; ensino médio, 1.513 milhões (secundário, normal e profissional); ensino superior, cerca de 800 milhões (institutos da Universidade e escolas superiores isoladas). Calculado, pois, em tórno de 6 bilhões de cruzeiros — o custo direto dos vários graus, na proporção dessas parcelas, apresenta a seguinte relação percentual aproximada: ensino primário, 61% — ensino médio, 25% — ensino superior, 14%.

Este quadro, por força da extrema dificuldade na seleção rigorosa das verbas, talvez não reproduza o retrato absolutamente fiel da situação, que se revela, contudo, numa imagem por si só bastante expressiva. Aí se projeta a desejada pirâmide, que deve prevalecer na distribuição escalonada do ensino, assentada em vigorosa e difundida educação primária. Estreitar-lhe as bases, em benefício das secções superiores, levaria à figura do obelisco, conjecturada pelo Diretor do Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos, para simbolizar a hipertrofia do ensino de 3.º grau, nos orçamentos da União (25).

(25) Anísio Teixeira, Conferência no Clube de Engenharia, Rio, 1957.

Laboratório de apuramento da cultura do povo, a Universidade não pode prosperar na carência do seu primeiro e mais rico material de trabalho — as inteligências preparadas nos gráus inferiores do ensino. E não há universitário que, vislumbrando o futuro, deseje fortalecer a Universidade, à custa e em detrimento das escolas médias ou primárias, cujos orçamentos ainda não satisfazem, como é notório, algumas de suas mais prementes necessidades.

Se, no plano administrativo, a Universidade está cercada por fronteiras orçamentárias intransponíveis; se, por isso, não conta com o crescimento dos meios financeiros, necessários à expansão da pesquisa e de outras atividades científicas — resta saber se uma nova estruturação de sua autonomia administrativa, com maior liberdade de ação, resolverá, por si mesma, o cruciante problema. Ou examinar, pelo prisma de vida autárquica, se, mantida a paraestatalidade, a solução estará no ingrediente da autonomia. O que provoca a terceira questão.

Pode a Universidade, no limite dos recursos providos pelo Estado, melhorar sua atividade de investigação e ensino das ciências, mediante simples reorganização administrativa?

O orçamento geral da Universidade, deduzida pequena verba da Cidade Universitária, apresenta total aproximado de 1 bilhão de cruzeiros, dividido em duas grandes verbas: a de “pessoal”, com 660 milhões, e a de “materiais e serviços”, com 340 milhões. Desta última, entretanto, para chegar-se à exata realidade dos fatos é preciso deduzir: 1.º a parcela de 200 milhões, correspondente a contribuições de terceiros, considerada receita extraordinária, cuja aplicação o próprio decreto orçamentário condiciona à eventualidade do recebimento (26), reduzindo-a, pois, a mera e, quiçá, vã expectativa; 2.º a parcela de cerca de 40 milhões, que, formada por gastos em aquisição de próprios para o Estado, não representa custo de manuten-

(26) Decreto estadual n.º 30.707, de 18/1/1958, art. 3.º.

ção. Expurgada, assim, de 240 milhões, a verba global de “materiais e serviços” se reduz a 100 milhões, que se juntam aos 660, da verba de “pessoal”, para dar, ao orçamento de manutenção da Universidade, o montante total efetivo de 760 milhões de cruzeiros, divididos na seguinte proporção: “pessoal”, 87%; “materiais e serviços”, 13%.

Não é de estranhar-se esta alta e absorvente percentagem da verba de “pessoal”, visto como o ensino é, antes de tudo, ação e trabalho humanos, que pedem remuneração. Nem se poderia pretender reduzi-la, porque a Universidade tem pouca gente e a gente que tem, tem pouca paga. O que a todos angustia é pensar na investigação e experimentação científicas, pois a pesquisa exige — além do homem — laboratórios, materiais, instrumentos, máquinas, espaço. E aqueles pobres 13%, de “materiais e serviços”, consumidos na maior parte pelas corriqueiras despesas de rotina, não comportam qualquer remanejamento substancial e proveitoso.

A análise percentual das contas da sua administração demonstra que a Universidade de São Paulo podia conquistar, como conquistou, renome internacional, no campo do ensino; porque, neste, a deficiência dos números absolutos, expressa nos salários individuais, é suprida pelo devotamento, cultura e inteligência de cada um de seus homens. Mas demonstra, também, que no campo dos recursos para exploração da técnica e da ciência, está, ainda, a engatinhar nos seus primeiros passos.

Em consequência e em resumo — estas respostas negatórias, examinando aspectos financeiros ou supondo maior auto-determinação, mostram que o caso não se decide no tema da autonomia administrativa da Universidade. Voltemos, portanto, a atenção para matéria exclusivamente de finanças, concentrando nosso exame sobre a terceira modalidade da autonomia universitária, sugerida pelo projeto de lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A autonomia econômica

A autonomia financeira, ali concedida, somente produz a almejada liberdade quando, por sua vez, a fonte dos recursos também é autônoma. A independência financeira é quasi nada, onde não há independência econômica, que é quasi tudo.

O legislador paulista, ciente dessa verdade, não deixou de consigná-la, antevendo uma conquista a ser obtida no futuro. Para isso, o estatuto universitário de São Paulo lança o brado de esperança, ao prever que “a autonomia da Universidade será também econômica, quando dispuser de bens com a renda dos quais possa manter-se” (27). Terá chegado, para nós, o momento de fazer, dessa esperança, uma realidade?

Conforme foi visto, a manutenção do ensino superior (institutos da Universidade e escolas superiores isoladas) custa, anualmente, cerca de 800 milhões de cruzeiros, aos quais, num regime de autonomia econômica, seria acrescentado, forçosamente, o que o Estado gasta, fora do orçamento desse ensino, por encargos diversos, como aposentadorias e outros. Acrescentem-se novos dispêndios, decorrentes da própria administração em tal regime, e chegaríamos, provavelmente, a 1 bilhão por ano. Considerando, de outro lado, que o patrimônio a ser aplicado na produção de receita equivalente, não alcançaria, por força da estabilidade exigida pela instituição, renda superior à casa dos 5 ou 6%, será fácil concluir que aquêle patrimônio haveria de atingir a ordem de 20 bilhões de cruzeiros.

Tudo isso, para o fim limitado de manter, pura e simplesmente, o parcimonioso estado atual da Universidade, faminta de recursos para desenvolver a pesquisa. Não obstante, onde estariam aquêles bilhões, ou, na moeda antiga, aquêles 20 milhões de contos de réis? Quem os doa-

(27) Citado decreto federal n.º 39, art. 42, § 1.º.

ria à Universidade? Mecenas anda muito ocupado consigo mesmo! .

Reconheçamos que a autonomia econômica da Universidade ficará, por largo tempo, na situação em que a deixou a lei — o enunciado de uma remota promessa.

A pesquisa científica

A investigação científica compete aos homens de ciência e estes se acham unidos pelas Universidades. Entretanto, como se acaba de ver, as autonomias universitárias não lhes oferecem meios bastantes para cumprimento daquela missão. É certo, ainda, que o êxito da pesquisa está condicionado, não só à independência de ação do pesquisador, como também, à existência de recursos livremente disponíveis para tal fim. Cabe, portanto, adotar fórmula que, conciliando os termos da questão, abra caminho para o progresso da técnica e das ciências, cuja importância nada supera, nem é preciso enaltecer. Nos dias atuais, qualquer do povo sabe que nêle repousa a felicidade das nações, senão a sua própria sobrevivência.

Para colimar tais objetivos, não fiquemos parados, a malhar teimosamente no ferro frio da autonomia universitária. Caminhemos para diante. E encontraremos logo, pela frente, uma porta que não é preciso arrombar, porque está aberta — a da pesquisa científica autônoma. O legislador constituinte de São Paulo, vencendo a confusão entre os conceitos de independência universitária e liberdade de investigação, e, assim, removendo as dificuldades daí decorrentes, colocou, na Constituição estadual, a chave do problema:

“Art. 123 — O amparo à pesquisa científica será propiciado pelo Estado, por intermédio de uma fundação organizada em moldes que forem estabelecidos por lei.

Parágrafo único — Anualmente o Estado atribuirá a essa fundação, como renda especial de sua privativa administração quantia não inferior a meio por cento do total da sua receita ordinária”.

Louvemos a Constituinte Paulista, de 1947, pela sabedoria do preceito, que reúne todos os componentes adequados ao êxito e à magnitude da iniciativa. Por isso mesmo, preocupemo-nos com a inércia do Estado, omissos perante o texto constitucional, não obstante sua vigência há mais de dez anos. E como o postulado enche de luz as escuridões da matéria, vejamos a riqueza de seus efeitos.

Fundação de pesquisa

No direito brasileiro — diversamente do que ocorre em outros ordenamentos, conforme ficou assinalado na monografia com que alcancei esta cátedra — o ato criador da fundação é autorizado em forma geral, por disposição normativa, e acarreta o nascimento de um sujeito de direito, que se liberta definitivamente do fundador, em virtude da irrevogabilidade do negócio fundacional (28). Por outro lado, a lei que instituir a fundação de pesquisa deverá reservar-lhe “a privativa administração” dos fundos providos pelo Estado. Bastam êsses traços, essenciais à sua estrutura, para revelar a superioridade da autosuficiência de governo da fundação, sôbre a autonomia administrativa da Universidade. Isenta de subordinação e usufruindo plena independência jurídica, só a fundação é capaz de realizar o ideal da completa autonomia das pesquisa e dos pesquisadores.

(28) Sylvio Marcondes, Limitação da responsabilidade de comerciante individual, São Paulo, 1956, ns. 58 a 66.

Mas não é só, nem bastaria. A par dessa aptidão, pode ainda a fundação ganhar vitória, não lograda no campo da autonomia universitária — a conquista dos suficientes recursos econômicos e financeiros, condição primordial do sucesso na investigação técnico-científica.

Começemos logo pelo próprio Estado, a quem o imperativo constitucional, para propiciar amparo à pesquisa, impôs o dever, não só de criar a fundação, mas, ainda, o de atribuir-lhe, anualmente, “quantia não inferior a meio por cento da sua receita ordinária” Esta receita, no orçamento em vigor, supera o montante de 38 bilhões de cruzeiros. Dêles, aplicada a taxa constitucional, resultaria, de início, em favor da fundação, uma receita anual de 190 milhões de cruzeiros, quantia igual a 25% do atual custo de manutenção da Universidade. O que parece, por si só, um bom começo de vida. Diga-se começo, porque, se o legislador ordinário tivesse dado cumprimento imediato à Constituição, a pesquisa científica independente já se teria beneficiado, nestes últimos dez anos, com recursos no valor aproximado de 630 milhões de cruzeiros, em moeda, aliás, de valor bem menos inflacionado que o atual (29). E o fato do Estado promover, como promove, pesquisa subordinada a vários setores da administração, não pode escusá-lo do preceito que ordena sua contribuição para a pesquisa científica autônoma.

A esta, montada com aquêles apreciáveis recursos iniciais, não faltaria apoio federal. Imune das limitações que a Universidade, na disputa de verbas do Ministério da Educação, sofre pela concorrência de suas congêneres, a fundação, com raros competidores, colheria o auxílio, também de outros departamentos da União, interessados nos resultados das pesquisas.

Ademais, é de crer-se que não ficaria adstrita aos recursos estatais e lograria aumentá-los com as contribuições

(29) 0,5% de 126 bilhões de cruzeiros, soma da receita ordinária nos exercícios de 1948 a 1957.

particulares. Na Universidade, como foi visto, tais contribuições significam mera expectativa, em virtude do interesse indireto e remoto do particular, pelo ensino, e da impossibilidade de intervir na administração dos recursos doados. Na fundação, seria diferente. A sua completa independência facultaria, na medida das conveniências, participação administrativa, maior ou menor, temporária ou permanente, das entidades ou pessoas desejosas de colaborar. Vejamos que estas não faltariam e, ao contrário, constituiriam fonte inesgotável de recursos.

Deixando de lado a idéia da pesquisa totalmente desinteressada, cuidemos, para argumentar, da experimentação movida pelo interesse do homem, lembrando que utilitário não é sinônimo de mesquinho. Pasteur não se acanhou de investigar o bicho da seda, para salvar as fábricas da França.

A moderna indústria é máquina propulsora da ação dos cientistas. Nascida para transformar, em proveito de todos, o produto da inteligência de alguns, assumiu tal importância na economia dos povos, que, de criatura engendrada pela força expansiva da ciência, passou, em seguida, ao papel de sua criadora. Fenômeno exato de simbiose, o aperfeiçoamento industrial depende, necessariamente, do progresso técnico-científico; e este, por seu alto custo, não prescinde do estímulo e apóio da indústria. Na conjugação de ambos, se alicerça a fortaleza das nações.

Tais conceitos não significam proposições apriorísticas, mas resultam da experiência de povos, onde constituem verdades comprovadas. Para ilustrá-los, veja-se o exemplo norte-americano.

A pesquisa científica, nos Estados Unidos, é tarefa cometida principalmente às suas grandes universidades, obra, em boa parte, de benemerência da iniciativa privada. Anotando, desde logo, que muitos dos fundadores são figuras destacadas da grande indústria, como, entre outros, Rockefeller e Carnegie, cumpre observar o modo pelo qual

são mantidos êsses famosos centros de investigação. Realmente, embora fundados com doações vultosas, que lhes asseguram autonomia, grande parcela dêsses valores se imobiliza em enormes instalações, exigindo, assim, contínuos e novos suprimentos para seu funcionamento. É aí que a pesquisa entra a revelar sua capacidade de auto-suficiência econômico-financeira. Produzindo ciência, por solicitação da indústria, sob encomenda, não só dos industriais, como do próprio Estado, para as Fôrças Armadas, realiza os projetos destinados a robustecer o poderio econômico e militar da nação. Ao mesmo tempo, remunerada de forma compensadora, a produção científica pode prover a Universidade dos meios bastantes ao desenvolvimento das ciências e do seu ensino.

O vigoroso surto industrial, que ora se manifesta no Brasil, pela instalação da indústria de base e das grandes indústrias de transformação, é o toque de alerta para seguir o exemplo. A ciência e a economia estão aqui preparadas para realizar aquela vida em comum, que os paulistas já pressentiam, quando montaram os institutos de pesquisas tecnológicas, agrônômicas, biológicas, e outros. E não ponhamos em dúvida que a investigação técnico-científica autônoma teria, na fundação preconizada pelo legislador constituinte, campo aberto para receber a cooperação crescente dos particulares interessados. Pois não estamos em São Paulo, “o maior centro industrial da América Latina”?

Conclusão

Senhores — universidade e pesquisa são fôrças paralelas, irmanadas na direção do mesmo e superior destino. Por congênita e perene a sua intimidade, é que o ideal do livre desenvolvimento da investigação científica vem procurando realizar-se pelo instrumento da autonomia universitária. Esta, contudo, só tem eficácia na medida de sua extensão e significado jurídicos, explicando-se,

assim, que viessemos estudá-la, nesta aula de abertura anual dos cursos de Direito, como subsídio universitário da Faculdade, não obstante os acanhados limites da dissertação.

A Universidade de São Paulo, união profícua de afa-madas escolas, antigas e novas, é o monumento erigido, pelos paulistas, em prol do ensino científico. Em sua independência, entretanto, não há poder econômico e jurídico bastante para dilatar, em longes distâncias, os horizontes da livre pesquisa. Cumpre, portanto, a nós todos, universitários, edificar, a seu lado, a coluna maciça da investigação autônoma, a fim de que, uma e outra, sustentem o arco de nosso triunfo técnico-científico.

E vós, acadêmicos, juventude assentada, agora, nos bancos escolares, lembrai-vos de que, amanhã, respondereis, com vossa geração, pelo progresso da Universidade. Preparando-vos, desde já, para resgatar vossa dívida universitária, pensei na preleção de hoje, como ponto de programa destinado a ajudar São Paulo, na conquista da sua fundação de pesquisa científica autônoma. Herdeiros das glórias de tantas campanhas vitoriosas, fazei marchar, do Pátio histórico, esta nova cruzada, que vos colocará entre os pioneiros da mais alta das liberdades do homem de espírito — a real e efetiva liberdade da ciência!

REFORMA DO ENSINO JURÍDICO.

Uma carta do prof. Braz de Sousa Arruda

“Meu caro amigo e distinto colega Prof. H.T.”

Escrevo-lhe esta carta para lhe dar o meu ponto de vista sôbre a reforma do ensino jurídico.

Duas vêzes estudei o problema entre nós. A primeira foi em 1929, no trabalho publicado na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, volume 25.

Não havia então ainda a Universidade de São Paulo.

Pela segunda vez, no trabalho publicado na mesma Revista da Faculdade de Direito, volume XLI de 1946, em artigo sob título “A Faculdade de Direito, a Universidade e os problemas do ensino”.

Vejamos agora os pontos capitais, segundo minha opinião, para uma reestruturação do nosso ensino jurídico.

Parece-me que não devemos deixar de levar em consideração a nossa experiência. Copiar sistemas estrangeiros sem maior cuidado é, segundo creio, perigoso. Ficarmos na mesma, inútil.

Devemos avançar cautelosamente, lembrando-nos sempre da lição de EISENMANN, no seu precioso trabalho “Les Sciences sociales dans l’enseignement supérieur du Droit” (Unesco), pág. 10.

Diz êle: “L’enseignement du droit a noué des lieux trop étroit avec les formes culturelles existantes, et il est trop bien enraciné dans les traditions, pour qu’il soit possible d’envisager des transformations radicales dans les pays ou cet enseignement existe depuis longtemps”

Vejamos como organizaria os cursos de bacharelado e de doutorado.

Bacharelado

I.

1. Introdução à Ciência do Direito (aulas diárias).
2. Direito Público e Constitucional (Seminário de técnica Legislativa).
3. Direito Civil.
4. Economia Política.
5. Ciência das Finanças.

II.

1. Direito Civil.
2. Direito Penal.
3. Direito Constitucional Brasileiro (Seminário de Hermenêutica).
4. Direito Social.
5. Direito Judiciário (Teoria Geral).

III.

1. Direito Civil.
2. Direito Penal.
3. Direito Comercial.
4. Direito Judiciário Civil.
5. Direito Administrativo.

IV.

1. Direito Civil.
2. Direito Penitenciário.
3. Direito Comercial.

4. Direito Judiciário Civil (Seminários de Deontologia e Psicologia Judiciária).
5. Direito Internacional Público.

V.

1. Direito Judiciário Penal.
2. Direito Internacional Privado.
3. Medicina Legal.
4. Prática do Processo (Seminários de Tática e Prática Judiciária).
5. Filosofia do Direito.

Cada uma das cadeiras do curso do Bacharelado deverá ter um *Seminário*, dirigido por tantos assistentes quantas forem as turmas de cinquenta alunos. Os assistentes serão obrigados a dar, no mínimo, três Seminários diariamente, sob orientação e responsabilidade do Professor Catedrático.

O curso do Bacharelado tem caráter eminentemente profissional.

Devemos esclarecer que o *profissionalismo* deve assentar em uma base eminentemente científica (Palacios — La Democratización de la enseñanza. José Lo Valvo — El problema universitario del profesionalismo y la investigación. Contra Cossio — El plan de estudios de Abogacía, que sustenta que a base do profissionalismo deve ser técnica e não científica.

Mudando sua orientação primitiva (La Reforma Universitaria, p. 50 e 147).

A luta contra profissionalismo é a luta contra técnica.

O espírito está unido à obra artística, mas esta depende da técnica.

A arte é uma técnica para produzir determinados estímulos estéticos (Barrenechea — Un idealismo estético, p. 175-176).

Técnica e espírito se entrelaçam. Isto é evidente quando se considere a profundidade do pensamento de Pascal e seu estilo admirável.

A técnica não é a máquina, é a tática da vida, como dizia Spengler (*El hombre y la tecnica*), existindo numerosas técnicas sem ferramentas, técnicas espirituais como o marxismo ou a técnica diplomática.

Queremos dar ao Bacharelado um caráter de formação profissional, sem prejudicar a formação cultural dos alunos.

A função principal do auxiliar do ensino é justamente trabalhar com os alunos no Seminário para que não tenha o ensino um caráter passivo, mas sim ativo.

Além disto, será necessário que se desenvolva o amor ao estudo e à pesquisa. Para isso é de grande conveniência orientar os alunos para a *leitura na biblioteca*, obrigando-os à leitura de certos livros fundamentais, como é usual na Grã-Bretanha, na Suécia, na Iugoslavia e na Faculdade de Direito da Universidade de Istambul na Turquia.

O aproveitamento, *eliminadas as provas parciais*, será verificado por uma prova escrita, outra oral e pelos trabalhos práticos e de Seminários. Será *um exame final único* em que se levarão em consideração os *trabalhos práticos*, os *estudos de Seminários* e *leitura na Biblioteca*. É por isso que pleiteio a criação de uma *Biblioteca Circulante* em todos Institutos de ensino.

Eliminados os exames parciais, teríamos aumentado o ano letivo podendo dedicar um mês a *trabalhos exclusivamente práticos*.

E' pouco mais ou menos o que faz na Escola de Prática Jurídica em Madri.

O nosso *ano letivo* seria organizado assim:

1. Inscrição ao Concurso de Habilitação	2 a 15 de janeiro.
2. Concurso de Habilitação	1 a 28 de fevereiro.
3. Exame de 2. ^a época	1. ^a quinzena de março.
4. Início dos cursos	1. ^o de março.
5. Períodos letivos	1. ^o de março a 30 de junho. 1. ^o de agosto a 30 de setembro (aulas teóricas) mês de outubro (trabalhos de seminário).
6. Férias escolares	mês de julho e janeiro /fevereiro.
7. Exames	2. ^a quinzena de novembro: escritos; mês de dezembro: orais.

1 — *Quanto às inscrições ao concurso de habilitação.*

Atualmente são feitas de 2 a 20 de janeiro, sendo que as provas do concurso começam na 2.^a quinzena de fevereiro.

Dever-se-ia reduzir o prazo de inscrições em 5 dias, o que possibilitaria que se iniciassem as provas em 1.^o de fevereiro e não depois do dia 15.

Essa alteração faria com que fôsse possível começar o ano letivo rigorosamente em 1.^o de março (aliás como a lei atual exige), e não em abril, como se tem feito, pelo menos na Faculdade.

Êsse mês ganho poderia ser dedicado aos trabalhos de seminário, que deveriam ser realizados no mês de outubro, após o encerramento dos trabalhos teóricos.

Quanto aos quinze dias, de junho, correspondentes ao período das provas escritas parciais, que serão abolidas, ganhos para a explanação de teoria, poderiam ser dados aos alunos na primeira quinzena de novembro para que

pudessem preparar-se para os exames, que se iniciariam em 16 de novembro.

Poder-se-ia mesmo estabelecer que os concursos para a cátedra e livre-docência fôsem sempre realizados nessa primeira quinzena de novembro, do que resultaria não serem as aulas suspensas para concurso.

Seminários

Durante o ano letivo seriam realizados pelo auxiliar de ensino, orientados pelo catedrático.

Entretanto no mês de outubro seria o catedrático que estaria à frente do seminário, não dispensada a cooperação do auxiliar de ensino.

O principal é o Professor orientar os alunos, ensiná-los a trabalhar e desenvolver o amor à leitura e a pesquisa.

Um plano de estudos nada significa por si mesmo. O que é fundamental é o método. Não devemos transmitir mecânicamente um conjunto de conhecimentos já elaborados. Precisamos é de disciplina mental, desenvolvimento de aptidões, exercício da inteligência e da vontade, elevação da alma e aperfeiçoamento do coração, para que o aluno, por si mesmo, possa adquirir conhecimentos e opiniões próprias.

O plano de estudo é o coroamento, é um instrumento entregue ao corpo docente.

E' preciso democratizar o ensino, aperfeiçoar os métodos didáticos, e tornar o estudo atraente, moderno e arejado.

O verdadeiro sistema consiste em ensinar ao estudante a trabalhar, criando hábitos de estudo e investigação.

Vê-se que sou favorável aos estudos do Seminário e à pesquisa.

Acho porém indispensável as preleções do Catedrático. O ensino por meio de preleções tem sido atacado injustamente. Reputo-o indispensável. Há uma página admirável que torna claro o meu pensamento. Vou reproduzi-la:

“Quelque importante que soit l'étude personnelle, l'enseignement oral du professeur, dans tous les ordres de science, a toujours été regardé à bon droit comme le meilleur moyen d'apprendre. “Je m'étonne, disait Maldonat aux étudiants de Paris, qu'il y ait (des élèves) qui, animés d'un ardent désir de pénétrer dans cette science, dédaignent de fréquenter les leçons de maîtres habiles qu'ils pourraient entendre, et se jettent avidement, tantôt sur un livre, tantôt sur un autre (libros lectitando et, ut apertius dicam, errando) Cependant. il vaudrait mieux renoncer à tous les autres (moyens d'apprendre qu'à l'assistance aux classes), car les longues explications, les développements du maître, les inflexions de sa voix, son regard, son geste, son action, mettent pour ainsi dire sous les yeux les choses plus difficiles et les plus obscures, ce que les livres ne sauraient faire. Le maître et les livres se servent souvent des mêmes termes pour dire les mêmes choses, mais, sortis de la bouche du maître, qui y joint l'expression de ses convictions, ils nous frappent davantage et se gravent plus profondément dans l'esprit. Dans tout le cours des études, il n'y a pas de temps mieux employé et moins pénible que celui qu'on passe aux leçons du maître. Rien ne se retient et ne se sait mieux que ce qu'on apprend de leurs bouches”. *De ratione studendi theologiae, ad auditores Parisinos*, p. 27. Essa passagem foi traduzida pelo P. Prat, *Maldonat et l'Université de Paris au XVI-e siècle*, p. 274-275.

Vejamos agora o curso de

Especialização e Doutorado

Secção de Direito Público.

I.

1. Direito Constitucional Comparado
2. Direito Internacional aprofundado
3. Teoria Geral do Estado.

II.

1. Política Mundial.
2. Organização e Instituições Internacionais.
3. Técnica Legislativa.

Secção de Direito Privado.

I.

1. Direito Romano.
2. Direito Civil Comparado.
3. Direito Comercial Comparado.

II.

1. Direito Internacional Privado.
2. História do Direito Nacional.
3. Problemas Jurídicos Contemporâneos.

Secção de Ciências Penais.

I.

1. História do Direito Penal.
2. Criminologia.
3. Direito Penitenciário.

II.

1. Direito Penal aprofundado.
2. Direito Penal comparado.
3. Direito Penal Internacional.

Secção de Cultura Judicial.

I.

1. Deontologia Forense.
2. Psicologia Judiciária.
3. Filosofia Judicial.

II.

1. Tática e Prática Judiciária.
2. História do Direito Nacional.
3. Problemas Jurídicos contemporâneos.

A Cadeira de Filosofia do Direito é comum às quatro secções do Curso de Doutoramento.

Evidentemente em cada cadeira do Doutoramento haverá, como no Bacharelado, um seminário especializado.

Para mim, terminado o segundo ano do Curso Jurídico, os alunos do Bacharelado poderão se inscrever em uma das secções de alta cultura do Curso de Especialização e obter um certificado de aproveitamento. É uma maneira interessante de se dar flexibilidade, *ao currículo*. Há um diploma único e certificados de aproveitamento e especialização em uma das secções do Curso de Especialização e Doutoramento. É uma preparação também para a defesa de teses, o que possibilita o título de Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais.

Um longo e saudoso abraço do seu de todo coração.

BRAZ DE SOUSA ARRUDA.



GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA

Genésio de Almeida Moura

Faleceu no dia 12 de julho do corrente ano o Ministro Genésio de Almeida Moura, professor desta Faculdade, em Peruibe distrito de Itanhaem, comarca de Santos, para onde se dirigira a fim de passar as férias em um chalé de sua propriedade, vítima de um enfarto do miocárdio.

Dados biobibliográficos

Nasceu em Botucatu, Estado de São Paulo, a 30 de abril de 1899, como filho legítimo de João Tomás de Almeida e D. Maria Virgínia de Moura Almeida ora falecidos. Casou-se em São Paulo a 3 de abril de 1926 com D. Sarah Araujo de Almeida Moura. O casal teve dois filhos: Dr. Roberto Araujo de Almeida Moura, médico, casado com D. Alba Helena Troppmair de Almeida Moura e Dr. Fernando Araujo de Almeida Moura, advogado, casado com D. Neyde Fiori de Almeida Moura. Era portador das medalhas Rio Branco e Rui Barbosa e também da “Croix de Commandeur”, ofertada pela República Francesa (Oeuvre Humanitaire).

Fêz Curso primário na antiga Nova Escola Alemã de Campinas (1907-1912), formou-se pela Escola Normal (hoje Instituto Caetano de Campos) da Capital em 1914-1923. Bacharelou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1923 onde ingressou, após ter concluído exames parcelados no Ginásio do Estado da Capital. Doutourou-se pela mesma Faculdade em virtude de aprovação em concurso em 1940, tendo feito o Curso de Doutorado dessa Faculdade na Secção de Direito Público em 1933 e 1934.

Iniciou a carreira no magistério primário chegando a Diretor de Grupo Escolar no período de 1919-1923. Vol-

tou depois ao mesmo em 1930 como Assistente Técnico do Diretor Geral do Ensino. Foi catedrático de Língua Alemã do antigo Colégio Universitário em 1934-1947, professor e depois Diretor do Colégio Visconde de Pôrto Seguro (1924-1947), membro do Conselho Universitário como representante dos Livres Docentes em 1946. Secretário de Estado em 1947 ocupou a pasta do Govêrno, e, interinamente a do Trabalho e a da Viação. Advogou na Capital de 1924 a 1947. Livre Docente de Direito Constitucional da Faculdade de Direito em 1940 habilitou-se em concurso para a mesma Cadeira em 1942. Foi Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em 1954 e Regeu a cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Paulo, cuja cátedra ocupou interinamente por longos períodos, vindo a falecer no exercício da mesma. Regeu a cadeira de Teoria Geral do Estado em 1949 e 1950, tendo participado de mesas examinadoras e de outras atividades escolares da Faculdade. Foi reconduzido à Livre Docência, por dez anos em 1950. Ministro do Tribunal de Contas do Estado em 1947, cuja presidência ocupou de outubro de 1952 a dezembro de 1954, foi autor da lei estrutural e do respectivo regulamento, pelos quais se rege essa entidade.

Entre numerosos trabalhos, publicados pela imprensa, da Capital e do Interior, publicou estudos especializados de Filologia e de Direito, êstes na “Revista da Faculdade”, e especialmente: “*A representação profissional*” (1937); “*A representação proporcional e a Carta de 10 de novembro de 1937*” (1939); “*O fascismo italiano e o Estado Novo brasileiro*” (1940); “*A nova territorialidade no Direito Internacional Público e Privado*” (tradução de conferências, feitas na Faculdade, pelo Prof. Dr. Ernest Isay, 1943); “*Anteprojeto de Reforma da Constituição do Estado de São Paulo*” (1951); “*Aforismos para a sabedoria da vida*” (Tradução de Schopenhauer, com estudo introdutório, 1953). *Em preparação* “*Curso de Direito Constitucional*”, “*Plenitude*” (Tradução de Amado Nervo, espanhol para o por-

tuguês); “*Ifigênia em Taurida*” (Tradução de peça teatral de Goethe, do alemão para o português)”.

Homenagens póstumas

Foi alvo de inúmeras homenagens póstumas. Seu falecimento constou com voto de pesar, das atas de quase tôdas as entidades públicas e de muitas das particulares, tanto do Estado de São Paulo como dos diversos Estados do Brasil.

De tôdas as homenagens póstumas que recebeu, salientam-se aquelas prestadas pela Faculdade de Direito e pelo Tribunal de Contas, duas Casas que em vida, o extinto amava com tôda a sua fôrça e dedicação.

A Faculdade recebeu o Prof. Genésio logo após a sua morte, onde ficou em câmara ardente até a hora do sepultamento. Nessa ocasião proferiram comoventes palavras o Prof. Miguel Reale e o Orador do Centro Acadêmico XI de Agôsto.

Oração do professor Miguel Reale

“Genésio, meu mestre, meu amigo

Quiz o inescrutável desígnio da Providência que me coubesse a triste missão de interpretar os sentimentos desta Casa, da tua querida Academia, neste instante em que a vais deixar, na materialidade inerte dos despojos corpóreos, para aqui permanecer a chama viva de teu espírito.

Companheiro de fugazes momentos de alegria e de êxito, bem como de ásperas e longas jornadas de aflições e de amarguras; vivendo intensamente a dor própria, e a dos parentes, e a dos amigos, e a de todos os homens de

inteligência e de coração da terra paulista, que poderia eu dizer que já se não estampasse nas lágrimas que brotam de meus olhos?

“Nem bem nascemos e já estamos bastante velhos para a morte”. Foi esta advertência medieval sombria, mas densa de estranho significado, que me acorreu à mente perturbada pela notícia brutal de tua perda.

Em verdade, ainda há poucos dias, encantava-nos a tua inteligência penetrante, e era um privilégio sentir-mo-nos envolvidos pela luz serena e quente de tua amizade, e já agora a tua personalidade se converte em uma lembrança querida, como se ela se distribuisse entre todos os que te amaram.

Ainda ontem orgulhávamo-nos de tua presença atuante nesta Faculdade, engrandecendo e dignificando a sua Congregação de professores, com o vigor de tua cultura humanística, com a solidez de teu saber de jurista e com a experiência de homem afeito aos altos negócios do Estado, e já agora nos vemos privados de tanta riqueza d'alma!

Ao contemplar-te, no entanto, espelhada no rosto sereno da morte a serenidade de uma grande e bela vida compreendemos todos que foi a nós, aos parentes e aos amigos que te choram, que foi a nós apenas que a morte nos colheu de surpresa; não a ti, que soubeste sempre viver em perene preparação para receber, a qualquer instante, a revelação definitiva e suprema do ser.

Bemaventurados aquêles, diante de cujo corpo inanimado, sentimos o incoercível dever de proclamar-lhes a grandeza da vida! E a tua, Genésio, foi uma existência tôda feita de dedicações renovadas, conhecedor que eras da força espiritual que se resume em tudo dar como forma cristã de receber.

Deste tudo o que possuías, com um sorriso confiante e bom nos lábios. Sabem-no os teus alunos, desde os adolescentes do Colégio Visconde de Porto Seguro, até às su-

cessivas gerações acadêmicas das Arcadas, presas às lições sábias do mestre e cativados pelo encantamento de tua personalidade aliciante.

Foste, em tôda a tua existência fecunda, um educador e um guia, pertencendo àquela família rara de professores que ensinam pela espontaneidade do exemplo, despertando a autoconsciência dos valores próprios como condição primeira do aperfeiçoamento humano.

Professor de Direito, tinhas a limpidez dos conceitos e a precisão das idéias, virtudes amadurecidas na meditação dos livros e no convívio cordial dos homens. Teu saber de jurista foi fruto de uma disciplina rigorosa e metódica, sem a precipitação dos fátuos, mas antes obediente aos valores da tradição, e à crença na continuidade orgânica das criações espirituais. O que mais me encantava em tua formação de jurisconsulto era o senso da medida e de equilíbrio, a fina percepção das realidades sociais, a aguda compreensão dos problemas brasileiros, sempre com um toque vivo de universalidade.

Juiz, não houve processo que te parecesse insignificante, interêsse que fôsse descurado. Não se aponta quem tenha clamado por justiça, sem ter merecido a tua atenção. E quando uma causa te parecia justa, como te rebelavas, como te agigantavas, como sabias multiplicar as tuas forças, transformando a missão do Juiz em um apostolado de amor e de coragem!

Homem público, soubeste dar relêvo a todos os teus atos, sem te deixares mover por interêsses imediatistas, sempre zelando pela dignidade do Poder, para cujo prestígio, todavia, jamais olvidaste as reservas morais da compreensão e da benignidade.

Amigo, conhecias os segredos que entreabrem os corações. Uma palavra, um gesto, uma lágrima ou um sorriso, segundo a coloração festiva ou amarga das horas, sabias transmitir sempre algo de apropriado e de oportuno, tangido pela tua vocação natural de achegar-te aos seres

humanos, de irmanar-te aos que te eram caros. Bem poucos homens terão sabido viver a amizade assim, como forma de incessante participação.

Apaixonado das coisas da Filosofia, fundador que foste do Instituto que tanto amaste, aprendeste com o teu Schopenhauer, que se a Filosofia não nos dá nada, ao menos nos livra de muita coisa. Do supérfluo e da vaidade, do ódio e da tibieza te livraste, para seres aos nossos olhos, não só um grande jurista, não só um admirável professor, não só um juiz impoluto, não só um administrador fecundo, não só um pai amantíssimo, não só um amigo de tôdas as horas, mas, com tudo isto e acima de tudo isto, um *homem*, um homem na plenitude e na inteireza realizadora de tuas virtudes, cuja luz se espalha por esta Casa, que tua será para todo o sempre.

Outras homenagens

Foi prestada ao extinto uma sessão solene em sua homenagem, no dia 22 de agôsto, quando falaram o Prof. José Soares de Mello, o Orador oficial do Centro XI de Agôsto, o Sr. Ministro Vicente de Paula Lima, em nome do Tribunal de Contas e em agradecimento, o Prof. Pedro de Almeida Moura em nome da família.

Na sessão solene realizada em 14 de julho, em homenagem ao Ministro Genésio, na qual falaram o Sr. Ministro Presidente José Romeu Ferraz, Ministro Antônio Feliciano da Silva, Ministro Orlando da Costa Meira e o Ministro Francisco Juruema, -vice presidente do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, foi, por proposta do Ministro Presidente José Romeu Ferraz e aprovada unânimemente por todos os seus pares, dado à sala de sessões, o nome de "*Sala Ministro Genésio de Almeida Moura*", tendo sido colocada na porta principal, a placa que estava na porta da sua sala, onde trabalhou até os últimos dias de sua vida.

Memória histórica de 1948

A. Almeida Júnior

Catedrático de Medicina Legal na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Introdução

Foram os Estatutos de 1854, de Couto Ferraz, que instituíram nas Faculdades de Direito do Império a “Memória histórica”, a ser escrita cada ano por um lente da Casa, designado pela Congregação. Devia o documento conter duas partes: uma referente aos acontecimentos notáveis do ano; outra, sôbre o grau de desenvolvimento a que fôsse levada, no período, a exposição das doutrinas do curso. Fiel ao título, o relato do professor, uma vez lido e aprovado pela Congregação, seria “recolhido à Biblioteca para servir de crônica da Faculdade”. Mas o Regulamento de 1855 ampliou êsse propósito, mandando que o documento fôsse copiado ou impresso, e distribuído aos lentes das duas Faculdades. Inaugurava-se assim o intercâmbio cultural (como dizemos hoje) entre o Norte e o Sul; e, de fato, nas Memórias históricas de São Paulo vemos frequentes alusões às do Recife, ou vice-versa. Das Reformas republicanas, as duas últimas a mencionar a Memória histórica (a de Gonçalves Ferreira, em 1896, e a de Epitácio Pessoa, em 1901) foram autoritárias e restritivas: tornaram obrigatória a aceitação do encargo de redator do documento, e proibiram que neste se criticassem os atos do Govêrno em geral, ou os da Diretoria relativos à parte econômica. Mas como! — pergunta Dário Ribeiro na Memória histórica de 1908-1909. Mas como! — “se a crítica é a alma da história!” E, juntando ao preceito o ato, censura o

citado mestre o Govêrno anterior, responsável pela famigerada Reforma Rivadávia.

Depois da Reforma Epitácio (1901), nenhuma outra lei federal cuidou da Memória histórica. Esta apareceu, mesmo assim, no Regimento Interno da Faculdade de junho de 1915, e no de março de 1929. E foi só. Dai por diante não se falou mais nela, nem no Regulamento de 1935, baixado por Armando de Salles Oliveira, nem no de 1937, convertido em lei pela Assembléia Estadual e vigente até o dia de hoje.

A primeira Memória histórica de nossa Faculdade devia ter sido a de 1855, e supõe-se que Veiga Cabral a tenha escrito, resumindo a vida do instituto desde a sua fundação. Mas Spencer Vampré, que conta isso, não pôde encontrar o precioso trabalho. De minha parte, das 75 Memórias históricas que teóricamente se haveriam produzido entre 1855 e 1930 (se não tivessem ocorrido falhas), consegui localizar apenas 21. As falhas são grandes, mórmente depois de 1878. Com referênciã ao século presente, só encontrei a Memória histórica de 1908-1909, de Dário Ribeiro — suponho que a última que se escreveu.

No fim do ano de 1948, o prof. Ernesto Leme, paulista de velha cepa, e que por isso se sente no dever de estudar e de estimular o estudo das nossas tradições, propôs à douta Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo a ressurreição da crônica instituída em 1854. E sugeriu (ai de mim!) fôsse eu, na qualidade de professor mais moderno da casa, encarregado de escrever a Memória histórica do período que então se encerrava. Passados nove anos — nove anos atribulados, que me levaram a esquecer a incumbência — voltou ao assunto o prof. Ernesto Leme, embora de maneira indireta, como compete a quem, como êle, já andou pela diplomacia. Tive que render-me, e aqui apresento afinal o meu trabalho.

A exemplo de Dário Ribeiro, entendo que uma Memória histórica sem crítica é um documento sem alma. Ouso por isso comentar com franqueza alguns fatos que narro.

E, como nesta matéria cada qual tem o seu ponto de vista, e seria ambição demasiada pretender que a douta Congregação paulista aprovasse tôdas as minhas apreciações, sugiro que, como no passado, a aprovação, que porventura se dê a êste trabalho, alcance apenas a objetividade dos fatos, ou, então, como se dizia outrora — “a sua parte histórica”.

Administração e corpo docente

DIRETORIA E C.T.A. — Foi diretor da Faculdade, durante o período de 1948, o saudoso prof. Gabriel de Rezende Filho; e vice-diretor, o prof. Alvino Ferreira Lima. O Conselho Técnico-Administrativo teve a seguinte composição: profs. A. de Sampaio Dória, Alvino Ferreira Lima, Braz de Sousa Arruda, Noé Azevedo, J. J. Cardozo de Mello Neto e Basileu Garcia.

CORPO DOCENTE — Assim se distribuíram os professôres pelas cinco séries do curso:

1.º ano — 1) Introdução à Ciência do Direito, prof. Miguel Reale, em substituição ao prof. Spencer Vampré, afastado para tratamento da saúde; 2) Economia Política, prof. J. J. Cardozo de Mello Neto; 3) Direito Romano, prof. Alexandre Correia; 4) Direito Civil, prof. Vicente Ráo; 5) Teoria Geral do Estado, livre-docente Cândido Mota Filho, substituindo o prof. J. C. Ataliba Nogueira, eleito deputado federal.

2.º ano — 1) Direito Civil, prof. Lino Leme; 2) Direito Penal, prof. J. Soares de Mello; 3) Direito Constitucional, livre-docente M. F. Pinto Pereira, contratado; 4) Direito Comercial, prof. Soares de Faria, substituindo o prof. Honório Monteiro, que a princípio exerceu o mandato de deputado federal e, depois, o cargo de Ministro do Trabalho; 5) Ciência das Finanças, prof. Theotônio Monteiro de Barros.

3.º ano — 1) Direito Civil, prof. Jorge Americano; 2) Direito Penal, prof. Basileu Garcia; 3) Direito Comercial, prof. Wáldemar Ferreira, substituído a partir de junho, por motivo de licença, pelo livre docente Sílvio Marcondes; 4) Direito Judiciário Civil, prof. B. de Siqueira Ferreira; 5) Legislação Social, prof. A. F. Cesarino Junior.

4.º ano — 1) Direito Civil, prof. Alvino Ferreira Lima; 2) Direito Comercial, prof. Ernesto Leme; 3) Direito Judiciário Civil, prof. Gabriel de Rezende Filho; 4) Direito Internacional Público, prof. Braz de Sousa Arruda; 5) Medicina Legal, prof. A. F. de Almeida Júnior; 6) Direito Penal, prof. Noé Azevedo.

5.º ano — 1) Direito Judiciário Civil — prof. S. Soares de Faria; 2) Direito Judiciário Penal, prof. J. Canuto Mendes de Almeida; 3) Direito Internacional Privado, livre docente Luiz Antônio da Gama e Silva, em substituição ao prof. A. de Sampaio Dória, licenciado; 4) Direito Administrativo e Ciência da Administração, prof. Mário Masagão; 5) Filosofia do Direito, prof. Miguel Reale.

Não mencionamos, em relação às diferentes séries, as substituições de curta duração.

CADEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL — Por motivos políticos fáceis de entender, o decreto-lei n. 2.639, de 27 de setembro de 1940, desdobrara a disciplina “Direito Público Constitucional” em duas, a saber: Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional. Visto que o ensino desta última disciplina interessava vivamente aos homens do Estado Novo, autores da Carta de 10 de novembro, o referido decreto-lei transferiu compulsoriamente o titular da cadeira antiga para a nova, ficando desta forma desocupada aquela — de Direito Constitucional — que nos três anos subsequentes deveria ser provida em caráter interino, ou mediante contrato. Passou, pois, o prof. Ataliba Nogueira a reger o ensino de Teoria Geral do Estado, sendo contratado o

livre-docente Cândido Mota Filho para o Direito Constitucional. E contratado por escolha da Congregação, pois que, em virtude de feliz inadvertência do legislador de 1940, o decreto-lei n. 2.639 não atingiu essa prerrogativa daquêlê órgão da Faculdade. Posteriormente, sobrevivendo a desistência do livre-docente Mota Filho, ocupou o lugar, ainda como contratado, o livre-docente Manoel Francisco Pinto Pereira. Em 1947, já restaurada a legalidade, a Congregação decidiu, por maioria de votos, com base no art. 30 das Disposições transitórias da Constituição do Estado, propôr ao Governô, por intermédio do Conselho Universitário, a efetivação do livre docente na mencionada cadeira. Finalmente, em 6-7-1948, mediante parecer do Conselho Universitário, foi o livre-docente Pinto Pereira considerado *estável como servidor público*, nos têrmos da apostila do Governador em seu título.

À vista da solução oficial, entendeu a Congregação que a cadeira de Direito Constitucional estava vaga e resolveu, portanto, colocá-la em concurso, depois de ouvido o seu antigo titular, prof. Ataliba Nogueira. E com isto se chegou ao fim do ano. O concurso só se realizaria três anos depois, em 1951.

LIVRES-DOCENTES — O corpo de livres-docentes, que compreendia, até novembro, vinte e um elementos, passou a contar vinte e dois a partir do referido mês, pela admissão, no respectivo quadro, da bacharel Esther de Figueiredo Ferraz, aprovada em Direito Penal. O concurso correspondente, realizado de 16 a 20 de novembro, merece comentário especial.

A candidata inscrevera-se no ano anterior, apresentando para isso a necessária tese, cujo assunto era — “A co-delinquência no moderno direito penal brasileiro.” Contudo, por motivos que expôs em carta à Congregação, foi ela obrigada a desistir, antes de chamada às provas. Nessa oportunidade consultou sôbre se poderia usar, em

subsequente inscrição, à mesma tese. Deferido ao c. t. a. o exame da matéria, deixou êste de se pronunciar, pois a própria candidata resolveu, por si, escrever nova dissertação. Outra particularidade do concurso foi a substituição de um examinador — o prof. Basileu Garcia — impedido por luto quando já julgados os títulos da candidata e realizada a prova escrita. Finalmente, como circunstância relevante, — “the last but not the least” — a candidata foi a primeira representante do sexo feminino (e por enquanto a única) a vir pleitear um lugar no corpo docente da velha Academia de São Paulo.

Ao ingressar como aluna no curso jurídico, a doutora Esther de Figueiredo Ferraz trouxera consigo uma sólida bagagem de cultura geral, mais vasta e mais profunda do que a da grande maioria dos calouros. Havia sido, antes, estudante distinta de escola secundária, de instituto de educação e de faculdade de filosofia. Não teve dificuldade, portanto, em manter o primeiro lugar entre os seus colegas, desde o concurso vestibular até o quinto ano, e em conquistar todos os prêmios da Academia. Por fim, ao disputar a livre-docência, seu nome de advogada já estava consagrado nos pretórios da justiça, inclusive no Tribunal do Júri. Sua tese versou sôbre “Os delitos qualificados pelo resultado”; na prova escrita tratou “Da natureza jurídica da ação exclusivamente privada”, e a aula com que demonstrou sua capacidade didática, foi sôbre “As doenças mentais e outras anomalias”.

A comissão examinadora, constituída pelos profs. Noé Azevedo, J. Soares de Mello, J. C. Mendes de Almeida, Siqueira Ferreira e Almeida Júnior (êste último convocado em substituição ao prof. Basileu Garcia), habilitou por unanimidade a candidata, tendo sido o seu parecer adotado pela Congregação, também por unanimidade.

Outro concurso para a livre docência — o de Direito Administrativo — não produziu resultado, por desistência do candidato.

Bibliografia dos professôres em 1948

Damos a seguir, em relação que supomos incompleta, a produção bibliográfica dos professôres e livres-docentes da Faculdade, durante o ano de 1948. Seguimos, na enumeração, a ordem de antiguidade dos autores, na cátedra ou na livre docência. Os trabalhos a respeito dos quais não conste indicação, foram publicados na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. xviii, 1948.

J. J. Cardozo de Mello Neto — *Francisco de Paula Rodrigues Alves*.

Francisco Morato — *A Técnica*.

Waldemar Ferreira — *O Conteúdo Econômico da Constituição Brasileira de 1946*.

Idem — *O Jubileu Magistral do prof. Reynaldo Porchat*.

Ernesto Leme — *Brasília Machado e a Academia*.

B. de Siqueira Ferreira — “*Conscientia duce, comite scientia*” (discurso de paraninfo).

Idem — *Francisco Morato, Jurista e Professor*.

Miguel Reale — *A Doutrina de Kant no Brasil* (conclusão).

Theotônio Monteiro de Barros — *Emenda ao Orçamento*.

A. Almeida Júnior — *Lições de Medicina Legal*, 1.^a ed., 520 págs. Comp. Editôra Nacional, São Paulo. (Assinalo que, depois de 57 anos de funcionamento da cátedra, foi êste o primeiro compêndio que teve).

Idem — *Relatório da Comissão de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*, publ. oficial do Ministério da Educação.

José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos (livre-docente) — *Sugestões para a reforma do Código do Ar*.

Esther de Figueiredo Ferraz (livre-docente) — *Os delitos qualificados pelo resultado*, tese de concurso.

Corpo discente

DADOS ESTATÍSTICOS — O total de matriculados, em 1948, foi de 1.269 alunos, assim distribuídos: 1.º ano, 256; 2.º ano, 295; 3.º ano, 288; 4.º ano, 137; 5.º ano, 293. Do total de alunos, 102 ou (8,0%) eram do sexo feminino, mostrando-se a representação dêste sexo, salvo no 3.º ano, tanto maior quanto mais recente a turma: 34 (13,2%) no 1.º ano; 23 (7,8%) no 2.º ano; 28 (9,7%) no 3.º ano; 6 (4,3% no 4.º ano; 11 (3,7%) no 5.º ano.

GRAU DE ASSIDUIDADE — Foram pouco assíduos às aulas os estudantes de 1948; tanto que em quase tôdas as cadeiras, conforme se apurou no fim do ano letivo, mais de 50% haviam excedido o número de 19 faltas tolerado pelo Regulamento para a prestação de exames. Na cadeira que teve apenas 28 lições numa turma e 22 na outra, a proporção dos que perderam o ano por faltas subiu a 64%. Isto equivale a dizer que 64% dos alunos dessas duas turmas compareceram, no máximo, a 8 aulas durante o ano. Foi uma espécie de retôrno ao regime da frequência livre, que vigorou entre 1879 e 1895, e que tão maus resultados produziu, conforme demonstramos em trabalho publicado em 1956.

A LEI DA FREQUÊNCIA — A propósito da frequência, note-se que a lei a prestigia de tal forma que, mesmo quando consiga “fechar média” com seus exames parciais, o aluno que perdeu o ano por faltas não pode ser promovido. O assunto foi longamente estudado em 1948 pelo prof. Sampaio Dória, em parecer apresentado ao c. t. a. e à Congregação. Recordou Sua Exa. a Lei n.º 7, de 19-12-46, que diz:

Art. 2.º — Para poder ser promovido, o aluno, além de satisfazer às demais exigências regulamentares e regimentais, prestará, nas épocas fixadas em lei, duas provas parciais e uma prova final.

Parágrafo 1.º — A média igual ou superior a sete (7), nas provas parciais, isenta o aluno de prova final.

Dois são, portanto, no texto do artigo (notou o prof. Sampaio Dória), os requisitos básicos para a promoção: 1.º) a satisfação às exigências regulamentares ou regimentais; 2.º) a prestação de exames. E a média igual ou superior a sete, referida no parágrafo 1.º, isenta o aluno tão somente da prestação de prova final, mas não de satisfazer às outras exigências — entre as quais, conforme o art. 103 do Regulamento da Faculdade, está a da frequência, permitidas no máximo 19 faltas.

Pronunciamento de igual data, do prof. J. Canuto Mendes de Almeida, conclui, é verdade, de maneira oposta, visto entender o eminente mestre, em sua interpretação, que “estão dispensados de frequência, por lei, os alunos que obtiverem média sete nas provas escritas”. Discutida a matéria em Congregação, pediu vista de ambos os documentos o saudoso prof. Soares de Faria, cuja benignidade para com os estudantes já se havia tornado proverbial. Pois Sua Exa. reapareceu na sessão seguinte, declarando que estava inteiramente de acôrdo com o parecer do prof. Sampaio Dória. E êste parecer recebeu imediata e unânime aprovação do corpo de professôres.

DISCIPLINA — Venho tendo contacto, desde 1929, com os estudantes da nossa velha Academia, e dêles posso ainda hoje repetir aquilo que disse no meu discurso de posse de catedrático, em dezembro de 1941: — “são incomparavelmente mais estudiosos do que o admite a fama, e perfeitos nas aulas” — excetuado o caso endêmico (que ressalvei)

“de dois ou três dorminhocos inofensivos” – vítimas, talvez, de tresnoites habituais, a que se junta a monotonia da preleção. Se fôsem outras as condições da nossa Faculdade, hoje imensamente atingida pela plethora (que tanto prejudica o aperfeiçoamento didático de qualquer escola), estou convencido de que o conhecimento mais íntimo, que então poderíamos travar com os alunos, melhoraria muito o conceito que dêles se faz. A grande maioria é excelente, ao menos no que diz respeito à moralidade; e em seu seio se destacam moços de elevada inteligência e sólida cultura.

O mal está em juntar-se quase todos os anos, na Faculdade de Direito (e talvez em outros institutos), um pequeno grupo de jovens diferentes dos outros — aberrantes de maneiras, turbulentos, inimigos da disciplina, destituídos de curiosidade intelectual, omissos nas salas de aula, avezados à fraude ou reincidentes nas reprovações — e que, segundo parece, ingressam no curso superior menos por desejo de cultivar-se do que para poderem, sob a carinhosa imunidade que a tradição concede aos estudantes, dar vazão aos seus instintos agressivos ou predatórios. São êles os iniciadores na brutalidade do trote, os depredadores dos móveis do estabelecimento, os voluntários da tropa de choque nas greves imotivadas. Foram êles os que, durante anos sucessivos, tentaram converter em espetáculo de circo a cerimônia da colação de grau. E é em tôrno dêles que se organiza o assalto aos restaurantes, bares e confeitarias — a criminosa “pindura” com que maltas de vagabundos, na quase totalidade estranhos à família acadêmica, maculam as festividades do dia 11 de agosto. Não passam, talvez, perigosa. Mas, por sua audácia e truculência, impressionam — quando não arrastam os colegas ingênuos, para de um por cento da matrícula os integrantes dessa “gang” os quais “isso é que é tradição. .” O ruído exterior, que produzem, chama a atenção dos transeuntes e, fazendo crêr que se trata de loucura coletiva, já levou a imprensa a dizer que “é preciso fechar a Faculdade de Direito”.

Em verdade, essa medida radical nunca se tornou necessária — porque a doença, felizmente, só atinge a uma insignificante minoria. Se professôres e funcionários pudessem ir assinalando em cada turma, desde o primeiro ano, os elementos que, por defeitos de personalidade, erros de educação ou repugnância pelo estudo, não se ajustam devidamente à comunidade escolar, e ameaçam constituir-se em agentes crônicos da indisciplina, seriam evitados, por certo, inúmeros aborrecimentos à administração da Faculdade. Uma vês identificados aquêles elementos, procurar-se-ia aplicar, a cada caso, a terapêutica adequada, no propósito de corrigir os desvios de conduta. E, quando se visse que o mal era incurável, recorrer-se-ia à segregação definitiva, único meio de resguardar a saúde moral do instituto.

Em 1948, na véspera do aniversário da Academia, o presidente do Centro Acadêmico declarou, através, de comunicado à imprensa, que a agremiação não se responsabilizaria pelos prejuízos do comércio, “quase invariavelmente causados por elementos estranhos à classe acadêmica”. Como efeito prático, a advertência não logrou senão acautelar um pouco as vítimas ameaçadas e deixar em suspenso a acusação contra a Academia. Valeu, entretanto, de qualquer forma, como principio de reação. Pena é que a previsão do presidente não tenha alcançado o feio episódio de poucas semanas mais tarde, em que foram furtados, no Parque da Água Branca, perús de raça da Exposição Nacional de Animais, os quais, no dizer de importante órgão da imprensa, serviram aos estudantes (?) “para um regabofe ao ar livre”. “Estudantada ou vandalismo?” — perguntou então o jornal (8-10-48). Fique a resposta ao arbítrio de cada um.

Durante o ano, muito próximo ainda do período confuso da ditadura, assistimos a várias manifestações de acadêmicos, perturbadoras da disciplina. Daí algumas punições mais ou menos benignas, aplicadas pelos órgãos

competentes, e cujos atos processuais invadiram o ano subsequente.

A Biblioteca e sua estatística

A Biblioteca da Faculdade de Direito (a mais rica na especialidade, entre as da América do Sul) ficou aberta em 270 dias durante o ano, e teve, nesse período, 14.706 consultas por parte de alunos do estabelecimento. Se todos êsses leitores foram estudantes da casa, o número de consultas dos alunos matriculados em 1948 equivaleu a onze (11) para cada um. Ora, no triênio 1908-1910, êsse quociente, como assinalamos (“Problemas do Ensino Superior”, pag. 182) foi de cinco (5); permitindo concluir que a frequência à Biblioteca melhorara, de então para 1948. Contudo, já havia sido bem superior no triênio 1939-1941, em que chegou a quinze consultas por aluno.

De que assuntos tratavam as 14.706 obras consultadas? Principalmente de Ciências Sociais e Jurídicas (quase 80%); vindo a seguir, por ordem decrescente: Obras gerais, Literatura, Filosofia, Ciências aplicadas, História e Geografia, Filologia. As Ciências puras só tiveram 31 consulentes durante o ano; a Religião, só 5; as Belas Artes, também só 5.

A língua mais lida foi a portuguêsá (70% das obras consultadas). Aparecem depois, ainda em ordem decrescente, o francês, o italiano, o espanhol, o latim. Em último lugar ficou o inglês, apesar de relativamente rica a Biblioteca em livros nessa língua. Das duas uma: ou o nosso estudante de direito, apesar da preferência que dá, em vestibular, ao Inglês, não se sente capaz de estudar nessa língua, ou então não o interessa muito o direito inglês ou norte-americano.

Trabalhos letivos e exames

EXAMES VESTIBULARES — Efetuado em fevereiro o concurso vestibular para preenchimento de 200 vagas, foram

habilitados 185 dos 363 inscritos (reprovados 49,1%). Restando 15 vagas na 1.^a série, entendeu conveniente o c. t. a. que, nos têrmos do Decreto-lei n. 9.154, de 8-4-1946, se abrisse nova inscrição para um segundo concurso. Dos 108 candidatos que então se inscreveram, 55 foram aprovados (reprovados 49,1%). Decidiu o c. t. a., ainda, que se admitissem à matrícula os 240 candidatos aprovados, divididos em duas turmas, como já se vinha fazendo desde 1935.

Breve inquérito efetuado em abril, e que abrangeu 74 dêsses novos alunos, permitiu apurar, entre outros, os seguintes informes a respeito dêles: 1) *idade* — menores de 21 anos, 58%; de 21 a 24 anos, 32%; de 25 anos para mais, 10%; 2) *estado civil* — solteiros, 96%; casados, com filhos, 3%; casados, sem filhos, 1%; 3) *nacionalidade* — brasileiros, 99%; estrangeiros, 1%; 4) *lugar de nascimento* — Estado de São Paulo, 88%; outros Estados, 11%; Estrangeiro, 1%; — 5) *residência* — com a família, 73%; em pensão, 15%; outras formas, 12%; 6) *manutenção no estudo* — assegurada pelos pais, 62%; pelo trabalho, 18%; pelos pais e pelo trabalho, 18%; por outros e pelo trabalho, 1%; não informou, 1%; 7) *profissão dos pais* — profissão liberal, 28%; funcionário público, 23%; comércio, 22%; agricultura, 5%; indústria, 3%; outras profissões, 10%; não informaram, 9%. Êstes dados terão maior interesse quando fôr possível confrontá-los com outros, de épocas diferentes.

AULA INAUGURAL — A aula inaugural dos cursos foi proferida em 15 de março, pelo professor emérito Francisco Morato. O grande mestre de Direito Judiciário Civil — que iria falecer daí a dois meses — estava então com oitenta anos, e, dez anos antes, fôra aposentado por impedimento de idade. Na véspera da aula inaugural veio à Faculdade examinar a sala em que falaria. Escolheu o salão de festas destinado às grandes solenidades: será

(escrevera êle antecipadamente) “a segunda das lições que se prelecionam neste salão nobre, nesta Magna Aula, inaugurada na data aniversária da fundação dos Cursos Jurídicos, a 11 de agôsto último...” Mas não foi no salão nobre. No dia seguinte preferiu o mestre a sala “João Mendes”, mais acessível, mais singela e de melhor acústica.

O assunto escolhido foi “A Técnica”. “Que é o que é a técnica?” — perguntou. “Que é o que se há de rigorosamente chamar de técnico?” A seguir, através de sábia dissertação, chegou ao conceito final: “Do que temos exposto e do estudo aprofundado da matéria, deduz-se que, conquanto variem os ofícios ou profissões, a técnica é sempre a mesma arte: a habilidade, o jeito, a finura com que o profissional, instruído e experimentado na sua profissão, com meios e em circunstâncias adequadas, pratica a matéria de seu officio”.

Era Francisco Morato contrário (para não dizermos hostil) aos discursos lidos e não deixou de adverti-lo enfaticamente em sua lição solene, quando se referiu à decadência na técnica da Retórica: “Os discursadores e conferencistas, além da negligência da forma e da terminologia, não falam nem oram: leem — o que é um hábito vilão, contrário à natureza das coisas, repugnante às leis da Eloquência e condenado desde a mais remota antiguidade; vilão, repugnante e condenado sobretudo para os professôres. ” Coerente com essa afirmação, falou êle, sem ler nem consultar qualquer nota, durante quase uma hora. Não excedeu de uma hora, de caso pensado; porque, como acreditava (e afirmou então), “não há orador ou tribuno, por mais eloquente que seja, que consiga manter a atenção do auditório por mais de uma hora”.

O velho mestre falou em pé, sempre ereto, com voz firme, sublinhada por gesticulação peculiar, rígida e angulosa. Não teve vacilações, e apenas um “lapsu linguae” — “1848” em lugar de “1948” — poderia levar-se à conta da idade. Sentou-se, afinal, sob o emocionado aplauso da

assistência que lotava inteiramente a sala “João Mendes”; e, logo após, estando eu a seu lado, retirou do bolso e passou-me às mãos o texto original de quanto dissera, prevenindo-me: “É para o próximo número da Revista...”.

Assim se despediu Francisco Morato desta Faculdade, que tanto amou, e onde durante trinta anos deu à mocidade acadêmica as melhores lições de sabedoria jurídica, juntamente com os mais altos exemplos de integridade moral. Foi êle, por seu trato afidalgado, seu estilo de sabor clássico, sua oratória, sua vasta erudição nos domínios da latinidade, seu espírito público e sua firmeza de caráter, não apenas um professor notável, mas também um grande cidadão, a evocar as mais nobres figuras do segundo Império.

NÚMERO DE AULAS — O desdobramento de turmas, o regime de dois concursos de habilitação (inaugurado em 1941 e tornado permanente em 1946), a facilitação das transferências (que em 1948, limitadas à 2.^a série, elevaram, nesta, a 260 o número de alunos) a demora nos vestibulares e nos exames de segunda época, foram circunstâncias que, como de costume, impediram, em 1948, que as aulas se iniciassem a 1.^o de março, dia marcado pela lei. Começaram “oficialmente” a 29 dêsse mês. Por isso, como também em virtude de outros motivos, estiveram elas longe de alcançar, em cada cadeira, o número máximo que o calendário escolar comporta, próximo de 75 para as cadeiras de três lições por semana, e de 150 para a de aulas diárias. Naquelas o total variou entre 22, que foi o mínimo, e 61, que foi o máximo, situando-se de regra em torno de 50 por turma. Nesta, de aulas diárias, alcançou a 66. Para o estudo crítico do problema, reporto-me ao trabalho que, sob o título de “Férias em demasia”, já publiquei em livro. — (“Problemas do Ensino Superior”).

MATÉRIA LECIONADA — Não encontrei nenhum registro da matéria lecionada nas diferentes cadeiras, nem seria

possível obter agora, passados nove anos, que os srs. professôres preenchessem de memória aquela lacuna. Parece-me conveniente que de futuro se corrija essa falha de nossa documentação didática, escriturando-se no livro de chamada, que para isso tem lugar apropriado, o assunto de cada aula.

EXAMES PARCIAIS E FINAIS — Efetuaram-se com regularidade os exames parciais, escritos, de junho e de novembro. Não sucedeu a mesma coisa, entretanto, com relação aos exames finais, orais, em dezembro: tôdas as bancas de professôres estiveram a postos nas respectivas salas, tanto em primeira como em segunda chamada (ainda havia, então, a torturante segunda chamada); mas os alunos não apareceram, impedidos de fazê-lo por determinação do Centro Acadêmico. Uma só aluna — e esta do 3.º ano — conseguiu da Diretoria do Centro autorização para apresentar-se a exame oral, alegando viagem ao estrangeiro, que lhe não permitiria estar de volta para a segunda época. O motivo da greve vai exposto nesta Memória, no tópico dedicado ao abono de faltas.

Os exames só se ultimaram em fevereiro de 1949. E não podemos registrar aqui os seus resultados, matéria por matéria (como conviria), pois essa apuração não foi feita. Parece-nos de grande vantagem que se restabeleça sistematicamente êsse tipo de tomada de contas do trabalho didático, usual outrora, e que é o único aproveitável para estudos comparativos.

CONTRA A FRAUDE ACADÊMICA — Em trabalhos já publicados, sôbre a vida acadêmica brasileira, aludi à fraude na frequência e nos exames, que vicejava no século passado à sombra da complacência de mestres e funcionários. A propósito dos incidentes de 1948, deflagrados pela questão do abono, o jornal “O Estado de São Paulo”, que tanto honra a imprensa nacional, colocando-se embora inteiramente ao lado da Congregação, aproveitou o ensejo

para censurar a Faculdade por não procurar coibir aqueles vícios. “Os fatos atuais (escreveu o jornal), se alguma lição encerram, será a de livrar a tradicional escola, definitivamente, de um certo número de “facilidades” que nela sempre se verificaram”. Estariam entre as “facilidades”, no dizer do respeitável órgão, a compra da frequência e a escamoteação no sorteio do ponto de exame oral (“O Estado de São Paulo, 1-1-49).

Em carta ao jornal, publicada quatro dias depois, o prof. Gabriel de Rezende Filho descreveu minuciosamente as precauções postas em prática pelos professores da casa, tendentes a prevenir as apontadas irregularidades, as quais, na pior das hipóteses, não se praticariam “de modo habitual” (Estado, 5-1-49). Em verdade, se casos ocorriam, que justificavam a advertência publicada, as cautelas mencionadas pelo saudoso diretor de 1948 generalizavam-se cada vez mais, tornando o ambiente escolar dos novos tempos muito mais sadio que o de outrora.

Releva notar, entre as medidas preventivas, a que propôs o prof. Soares de Mello, e que a Congregação aprovou em sua reunião de 5 de novembro de 1948. Sugeriu S. Exa. exigir-se do aluno do curso, no momento do exame, a apresentação de documento de identidade. A providência vinha realmente se impondo cada vês mais, à medida que crescia o número de estudantes. Seis anos antes, por proposta minha ampliada pelo prof. Ernesto Leme, a Congregação já havia decidido recomendar aos srs. professores a mesma precaução, tanto nos exames do curso como nas provas vestibulares (sessão de 3-3-42).

ENCERRAMENTO DO CURSO — A sessão solene de encerramento do curso de 1948 realizou-se no dia 13 de novembro, às 10 horas, no salão nobre. A preleção esteve a cargo do prof. Theotônio Monteiro de Barros Filho, que dissertou sobre o tema — “A regulamentação do Comércio Internacional”.

Solenidades, comemorações e conferências

Das duas solenidades de 1948, a primeira, ocorrida a 14 de janeiro, destinou-se à colação de grau dos bacharéis do ano anterior. Realizou-se no Teatro Municipal, e nela falou, na qualidade de paraninfo, o prof. Siqueira Ferreira. Foi esta a última festa de colação efetuada fora da Faculdade, pois em 8 de abril seguinte, resolveu a Congregação de Professôres que daí por diante a cerimônia se fizesse no salão nobre.

A segunda solenidade teve por objeto homenagear o prof. Honório Monteiro, nomeado Ministro do Trabalho. Deu-se a 27 de outubro e orou na oportunidade, em nome da Congregação, ainda o prof. Siqueira Ferreira. O prof. Honório Monteiro pronunciou uma conferência sôbre o tema — “Ideal Social na Democracia”.

Aç comemorações do ano foram quatro. Na primeira — a festa tradicional de 11 de agosto — proferiu o discurso oficial o prof. Miguel Reale que dissertou sôbre as relações entre o desenvolvimento das ciências e a evolução do direito. Duas outras solenizaram centenários de nascimento: o do Conselheiro Francisco de Paula Rodrigues Alves (1-7-48), e em que a personalidade do grande brasileiro foi estudada pelo Prof. Cardozo de Mello Neto; e o do prof. Brasília Machado (4-9-48), tendo havido, pela manhã, inauguração do retrato do antigo catedrático de Direito Comercial, e, à noite, conferência do prof. Ernesto Leme.

Também se comemorou o cinquentenário professoral de Reynaldo Porchat (23-10-48). Após a saudação do prof. Waldemar Ferreira, respondeu o homenageado.

Na comemoração do trigésimo dia da morte do prof. Francisco Morato, o panegírico do mestre esteve a cargo do prof. Siqueira Ferreira.

Houve, afinal, durante o ano, cinco conferências sôbre temas jurídicos, proferidas por eminentes professôres es-

trangeiros. Ei-las, a seguir, na ordem em que se realizaram: — 1) Francesco Carnelutti — Método e Ciência do Direito; Direito e Processo; Direito Processual Civil e Direito Processual Penal — respectivamente nos dias 28, 29 e 31 de maio; 2) Mario Rotondi — A autonomia do Direito Comercial na reforma dos Códigos e “La teoria dell’azienda nella nuova dottrina italiana”, respectivamente nos dias 19 e 21 de agosto; 3) Vincenzo Arangio Ruiz — Adaptação do Direito Romano às exigências jurídicas do Império, no dia 27 de agosto; 4) Salvador Dana Montana — A Justiça Social como princípio constitucional, em 1.º de setembro; e 5) — Guido de Ruggero — Conceito de Nação, seu desenvolvimento e suas deformações, em 6 de outubro.

Registremos, por fim, neste capítulo, a homenagem que, a 16 de junho de 1948, foi prestada pela Ordem dos Advogados de Portugal ao prof. Waldemar Ferreira, quando S. Exa. ali proferiu uma conferência. A notícia da cerimônia está no Vol. XLIII da Revista da Faculdade.

Episódio grave: — o abono de faltas

GÊNESE DE UMA REIVINDICAÇÃO — O mais ruidoso episódio acadêmico do ano foi o que resultou do pedido de abono de faltas, em novembro, pelos estudantes. Recapitularemos sumariamente a gênese distante ou próxima do acontecimento, assim como seus lances principais.

O regime da frequência livre constituiu, ao tempo do Império, constante reivindicação dos estudantes brasileiros, os quais, para fazerem seu ponto de vista mais aceitável ao liberalismo romântico da época, lhe deram o rótulo enganador de “ensino livre”. A obrigação de assistir às aulas (diziam eles) é coisa fastidiosa, inútil e obsoleta: pleiteamos por isso a sua abolição. “Estude cada um com quem quiser .” Um professor desta casa, Leôncio de Carvalho, defendeu a mesma idéia na memória histórica de 1871,

e, quando mais tarde chegou a Ministro do Império, pôs em prática a inovação, que constituiu o núcleo da sua Reforma. Vigorou durante dezenove anos a infeliz experiência, graças à qual se despovoaram as quatro Academias do Brasil de então. Porque, na realidade, os alunos abandonaram em massa as salas de aula, as lições e os livros. “Estudar com quem quiser” traduziu-se para eles em “não estudar”. E como a barreira dos exames (em que tanto confiava o reformador) se enfraqueceu ainda mais, o ensino superior brasileiro andou às portas da falência. Verificado isso, foi a frequência obrigatória restabelecida, primeiro para os cursos jurídicos (lei n. 314, de 30-10-1895), depois para as demais faculdades (Reforma Epitácio, de 1901). O germe da reivindicação, entretanto, não morreu, e de vês em quando se reanima, especialmente quando os abalos políticos ou sociais sacodem o País.

Ora, o regime ditatorial em que permanecemos de maneira quase contínua de 1930 a 1945, forneceu ambiente propício a tôdas as reivindicações acadêmicas tendentes à facilitação do curso, — desde a supressão dos exames até a abolição da frequência. No tocante a esta, já em 1934 o prof. Waldemar Ferreira, então diretor da Faculdade, assinalando o declínio na assiduidade às aulas, dizia: “contam os estudantes com a munificência de uma dispensa ministerial, à véspera dos exames, como tem acontecido”. O dever de comparecer permanecia na lei; mas, qual a fôrça da lei ordinária, quando a própria Constituição fôra suprimida?

A CONGREGAÇÃO E A LEI — A Faculdade de Direito ora se opusera à pressão da juventude, como sucedeu em 1934, 1943 e 1945; ora cedera, como em 1944 e 1946. Contudo, à medida que se reorganizava a vida constitucional, crescia no seio da corporação docente a resistência às facilitações ilegais. Em 1947 a petição de abono foi, um dia, repelida por 12 votos contra 11, para vencer dias depois, pela inversão do mesmo — “quorum”. Em 1948, afinal,

confiantes na estabilidade constitucional do País, os professores tomaram a cautela de prevenir os estudantes, desde o princípio das aulas, de que cessara o período das concessões em matéria de frequência. Houvessem os moços escutado essa advertência, e o desagradável episódio não teria ocorrido. Mas não escutaram, pois deveres mais imperiosos os chamavam à praça pública. Tanto que, no fim de outubro, publicada pela Secretaria a lista geral de faltas, verificou-se que era elevada a proporção de alunos sem frequência para a prestação de exames: — 50%, em média, em relação a cada cadeira. A costumeira reação não se fez esperar, sob a forma igualmente usual de requerimento para o abono.

Por que haviam deixado os moços de comparecer às aulas? Que motivos especialísimos os desviaram de sua obrigação fundamental, prescrita na legislação do ensino? Foram três as alegações: 1.º) a greve contra o projeto Pedroso Júnior (de legalização do título de prático em farmácia) — greve deflagrada pelas Escolas de Farmácia, e a que a Faculdade de Direito entendera necessário aderir; 2.º) as Olimpíadas Universitárias, realizadas em Curitiba em pleno período escolar — num país em que o ano dos institutos superiores orça em 120 dias letivos; 3.º) o movimento popular em favor da exploração nacional do petróleo. Independentemente do exame dessas alegações, e admitindo mesmo, contra toda a evidência, que elas pudessem constituir força maior, capaz de justificar a deserção das aulas, resolveu a Congregação, reunida em 5 de novembro, indeferir o requerimento, com fundamento na preliminar de que faltava ao referido órgão competência para alterar a lei. A lei, no caso, era (e continua a ser) o art. 103 do Regulamento aprovado em 1937 pela Assembléia Legislativa do Estado.

ATITUDE DO CONSELHO UNIVERSITÁRIO — Da decisão dos professores houve, dias depois, recurso para o Conselho Universitário, proposto, aliás, de maneira menos regular.

Pouco importa êste pormenor. O fato é que, sem o ponderado exame que a matéria reclamava, e por 14 votos contra 6 (abstendo-se de votar os profs. Gabriel de Rezende Filho e Ernesto Leme, respectivamente diretor da Faculdade e representante da Congregação), o Conselho Universitário concedeu o abono requerido, invalidando, assim, a decisão da Faculdade.

Isto foi a 19 de novembro. No dia seguinte reuniu-se a Congregação e designou, para estudar o assunto e propor o que parecesse acertado, uma comissão constituída pelos profs. Vicente Ráo, Noé Azevedo, Siqueira Ferreira e Almeida Júnior, ficando desde logo convocada, para o dia 25, nova sessão, em que se tomaria a decisão final.

A CONGREGAÇÃO RECORRE AO MINISTRO — Na reunião do dia 25, a comissão acima (de que tive a honra de ser o relator) apresentou o seu trabalho, concretizado em longo parecer, que a Revista da Faculdade publicou em seu número de 1948. Depois de minuciosa exposição dos fatos, entra o documento na análise da legislação, quer estadual, quer federal, em que se baseou o indeferimento do pedido dos estudantes, e mostra a completa ilegalidade do ato do Conselho Universitário. “Mandando cancelar, para o efeito da inscrição em exame final, as faltas dos alunos da Universidade (diz o parecer), o Conselho Universitário de São Paulo revogou um dispositivo legal que regula o regime escolar da Faculdade de Direito. Exorbitou com isso da sua competência. Desconheceu leis estaduais. Desatendeu a leis federais. Contrariou tendências manifestas do legislador brasileiro e da alta administração do ensino nacional. Contrariou (podemos acrescentar) os interesses da juventude e os da sua formação cultural e profissional”. Isto pôsto, e considerado ainda que, se obedecessem à decisão ilegal do Conselho, os cursos universitários paulistas incorreriam certamente nas sanções previstas pela lei federal, a comissão advertiu: “É a Fa-

culdade de Direito de São Paulo, pela precedência cronológica, a primeira escola da Universidade, e representa, no Brasil, a célula-mater da cultura jurídica. Cabe-lhe, pois, o dever de apelar para o poder competente contra o desrespeito à lei e, do mesmo passo, o de resguardar das consequências dêsse desrespeito a agremiação universitária a que pertence”.

Daí a proposta com que se encerrou o parecer: “Tudo considerado, a Comissão propõe que a Congregação, por intermédio da Reitoria da Universidade, recorra ao sr. Ministro da Educação e Saude, da deliberação do Conselho Universitário de São Paulo, de 19 do corrente, pela qual foram abonadas as faltas dos alunos desta Faculdade, dadas durante o ano letivo de 1948”. Essa proposta foi aprovada por 18 votos contra 1.

DECISÃO DO MINISTRO — Finalmente, com data de 22 de dezembro de 1948, o sr. Clemente Mariani deu provimento ao recurso da Faculdade. Do seu longo despacho constam, entre outras, estas considerações: “Não há negar que os maus hábitos, implantados durante o regime ditatorial, criaram no espírito dos estudantes a impressão de que ainda seria possível a solução, por atos de benignidade, de situações ilegais. Contra essa falsa impressão, porém, vinham sendo advertidos, desde o princípio do ano, pelos professôres da Faculdade de Direito, e, em junho, por ocasião do movimento contra o projeto Pedrosa Júnior, pelo próprio Ministro, em telegrama circular aos reitores, inclusive o de São Paulo. E de qualquer modo, o que não é possível é que o Conselho Universitário ou o Ministro façam tábua rasa da lei para estabelecer o regime de frequência livre onde ela o não admite.”

Foi êsse, até hoje, o último movimento dos alunos desta Faculdade, em favor de medidas facilitadoras do curso.

O nacionalismo no ensino universitário

Para finalizar, refira-se o elevado debate — brilhante e erudito — travado no seio da Congregação, a propósito do contrato de um professor estrangeiro. Os institutos de ensino superior de São Paulo têm tido, desde o século passado, a colaboração valiosa de professôres das mais diversas nacionalidades — portugêses, italianos, espanhóis, franceses, alemães, austríacos, inglêses, norte-americanos — que aqui instalaram cátedras universitárias, organizaram laboratórios de pesquisas ou lecionaram em caráter permanente, prestando com isso, à nossa cultura e formação profissional, serviços inestimáveis. No ensino jurídico, postos de parte os quatro lentes portugêses do século passado (português, entre nós, é brasileiro!) podemos lembrar o exemplo recente de dois italianos ilustres — os profs. Tullio Ascarelli, da Universidade de Bolonha, e Enrico Tullio Liebman, da Universidade de Parma — que mantiveram na Faculdade de Direito cursos de especialização, respectivamente de Direito Comercial e Direito Judiciário, com grande proveito para os que os frequentaram, tendo sido os dois eminentes juristas, em consequência, galardoados com o título de doutores honorários pela Universidade de São Paulo.

Parecia, portanto, à Congregação, em sua reunião de 8 de abril, que o contrato do prof. Caetano Sciascia, da Universidade de Camerino (Itália), para o cargo de auxiliar da cadeira de Direito Romano, proposto pelos profs. Alexandre Correia e Waldemar Ferreira, iria ser aprovado sem oposição. Tal não aconteceu, entretanto. O saudoso prof. Siqueira Ferreira, titular de Direito Judiciário Civil, tão zeloso e profundo na cátedra quão radical na defesa das teses por que se apaixonava, se insurgiu de forma veemente contra a proposta. “Entendo pernicioso, e muito, o contrato de um professor estrangeiro” — declarou o emi-

nente mestre, referindo-se, evidentemente, ao ensino do direito. “Para mim, Direito é tradição” e “muito peculiar é a nossa tradição jurídica”. “Foi Portugal (continuou S. Exa.) a primeira Nação européia a cristalizar o direito romano, canônico e bárbaro em um código, as “Ordenações Afonsinas”, que datam de 1446 ou 1447...” Nestes 500 anos que já de então para cá decorreram, vem esse direito genuinamente nosso se aperfeiçoando, aprimorando-se pela obra dos praxistas, pelo debate forense, pelas especulações doutrinárias, sob os influxos da consciência nacional; e de tal modo a êle nos afeiçoamos, nós, brasileiros, que aqui continuou em vigor o Código Filipino depois de ter sido revogado em Portugal”. O prof. Siqueira Ferreira cita Cogliolo: “é infeliz o povo que pode adaptar-se à legislação estrangeira”. “Conservemos, pois, (continua), a nossa tradição, a nossa própria cultura jurídica..” Admitia o saudoso mestre que um professor estrangeiro pronunciasse aqui algumas conferências: “Se mais como uma homenagem, do que como necessidade nossa, possamos confiar uma cátedra a um grande mestre estrangeiro para uma série de conferências ou rápidos cursos monográficos, em sua própria língua ou em idioma que domine, não me parece que a cátedra, e muito menos a do primeiro ano, que pertenceu a êsse magnífico orador, que é Reynaldo Porchat, seja o lugar adequado para se desnacionalizar o vernáculo, se abastardar o idioma, se poluir a linguagem...”

Nesse teôr, e através de longa e estudada declaração de voto, de que transcrevemos apenas uma pequena parte, argumentou o prof. Siqueira Ferreira, sem que, entretanto, conseguisse convencer a Congregação, que, por 11 votos contra 3, entendeu conveniente contratar o jovem universitário italiano. E os excelentes resultados da colaboração do prof. Caetano Sciacia mostraram o acêrto dessa decisão final.

Conclusão

Chegado o fim, convém resumir. Foi 1948 um ano difícil, quase tormentoso. Os trabalhos docentes tiveram a embaraçá-lo agitações estéreis, de origem exógena; não primaram os estudantes pela assiduidade aos exercícios escolares; os exames se procrastinaram por um conflito de atitudes entre a Faculdade e o Conselho Universitário. Ano de crises, portanto. Nem por isso deixou de haver saldo a favor do instituto. Frustrou-se uma improcedente reivindicação dos alunos, contrária à lei; e foi tão salutar a reação, que hoje, transcorridos nove anos sem reiteração da tentativa, pode-se admitir que em 1948 se encerrou o longo ciclo de movimentos juvenis, vindos desde o Império, tendentes a obter facilidades escolares; e que, por seu lado, a comunidade acadêmica principiou a compreender a importante função construtiva que lhe cabe no aprimoramento das atividades universitárias.

Lá fora, as forças políticas prosseguiram em sua tarefa de consolidar o regime legal. Aqui dentro, refletindo a evolução externa, reagíamos contra pressões opostas — de cima e de baixo — e lutávamos pela nossa constitucionalização interior, pelo restabelecimento definitivo da ordem, da disciplina e da seriedade na vida escolar — condições imprescindíveis ao êxito de qualquer ensino.

Tal foi, em síntese, a significação do ano letivo de 1948 nesta Faculdade.

Luiz Nicolau Fagundes Varella

Vicente de Azevedo

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

Primeiro professor de Processo civil e criminal. Primeiro Secretário da Academia de Direito de S. Paulo

Repetiu o poeta o nome do avô paterno, Luiz Nicolau Fagundes Varella.

Escassos os informes a respeito do homônimo. De sua vida, livros e arquivos pouco revelam. Justificado esquecimento?

Colou grau de doutor em direito na Universidade de Coimbra. Oriundo da Província do Rio de Janeiro, o ter sido enviado a ler códigos e leis na douta Coimbra, é índice de que provinha de gente de prol.

Munido do sêzamo que lhe abria tôdas as possibilidades para a vida pública, retornou aos seus lares e exercia o ministério público da advocacia na metrópole do Reino do Brasil, quando D. João VI abalou para Portugal.

Não tardou se cuidasse de eleger os representantes do Brasil perante as *Côrtes gerais* que deveriam discutir a Constituição e dar a Portugal o novo regime político. Entre os indigitados para deputados, figurava o advogado na Província do Rio de Janeiro. Nele depositavam os eleitores vivas esperanças de que pugnaria por seus direitos e seria o amparo de seus ideais. Eleito, satisfez as aspirações do eleitorado? Correspondeu ao que dêle se esperava? Não, responderá a noticia dêste período da história do Brasil, que tão de perto diz com a de Portugal, a ponto de com ela se confundir. Poderão apreciá-lo os

leitores das páginas documentadas de Gomes de Carvalho, M. E. *Os deputados brasileiros nas Côrtes gerais de 1821*". (Porto, liv. Chardron, 1912).

S. Paulo teve representação que exprimia o vigor da terra e de sua gente: Antônio Carlos, o orador máximo de seu tempo; Feijó, o grande Feijó, o engeitado da rua da Freira, que chegou a regente do Império; Vergueiro, português de nascimento, paulista de coração, uma das figuras políticas de maior complexidade; Fernandes Pinheiro, para só citar alguns, representação ilustre, que, no dizer de Tarquínio de Souza, nenhuma outra sobrepujava, e que resguardaria com denodo, o pundonor brasileiro. Altiva e corajosa, não conseguiria, entretanto, impedir o inevitável. No fragor dos debates, quando era vaiada nas ruas e no próprio recinto das Côrtes, quando, aos gritos e apupos se pretendeu abafar a voz potente de Antônio Carlos, foi que, impávido, desafiando a tempestade de improperios, o santista ilustre bradou a apóstrofe que podia ter saído dos lábios de Mirabeau: "Do alto desta tribuna, até os reis hão de me ouvir!" Fernandes Pinheiro declarou em sessão que não assinaria a Constituição prestes a votar-se, "por estar em manifesta contradição com a vontade de sua província." Apoiaram-no, na sessão seguinte, Antônio Carlos, Silva Bueno e Costa Aguiar. Em carta dirigida às Côrtes, num estilo que revelava bem o seu caráter, Feijó declarou que só juraria a Constituição "obrigado, violentado e arrastado."

Tímido por índole, não recebeu o advogado fluminense com ambas as mãos e com entusiasmo a idéia da deputação. Resistiu. Condescendeu.

Por circunstância fortuita, residentes, então, em Portugal eram quase todos os demais deputados pelo Rio de Janeiro: o bispo de Coimbra, D. Francisco de Lemos; o bispo d'Elvas, D. José J. da Costa de Azeredo Coutinho, o bacharel Luiz Martins Bastos; e como suplentes, ou substitutos: o médico Custódio Gonçalves Ledo e o bacha-

rel em matemáticas Francisco Villela Barbosa, afastado êste, há perto de trinta anos, da pátria. O futuro primeiro marquês de Paranaguá deixara a marinha de guerra para dedicar-se ao magistério. Pertencia à Real Academia de Ciências de Lisboa, e foi, no parecer de Gomes de Carvalho, incontestavelmente, o mais notável membro da representação fluminense; o único, talvez, que dignamente se portou.

Tomaram assento nas Côrtes de Lisboa, os representantes fluminenses no dia 10 de Setembro de 1821. Varella e Lemos Brandão acabavam de chegar do Rio de Janeiro pela charrua "*Gentil americana.*"

A morte privou de improviso, logo no dia seguinte, a deputação da figura veneranda do insigne prelado Azevedo Coutinho. O outro bispo, mais que octogenário, limitou-se a receber o diploma. Não compareceu, nem prestou juramento. Só ao cabo de um mês é que reconheceu a impossibilidade de cumprir suas obrigações de representante do povo e desistiu do mandato. Para substituir o prelado falecido, foi convocado o primeiro suplente, Custódio Ledo, residente no Pôrto. E em lugar do antístite, venerando e inválido, na qualidade de suplente, Villela Barbosa.

Provinda da Revolução chamada *Regeneradora*, qual o ânimo das Côrtes de Lisboa em relação ao Brasil? Quais as suas disposições?

De princípio, apenas mal querença, a ciumeira mal contida, de haver Portugal vivido de 1808 a 1821 em situação de verdadeira inferioridade. Aqui, no Brasil, a sede do govêrno, a paz, o progresso. Lá a humilhação, a miséria e, administrativamente, a condição paradoxal de província do Brasil. Dêste estado de espirito nasceram os desígnios ocultos, e logo manifestos, de reduzir novamente o Brasil à condição de colônia, como se fôsse possível deter e fazer retroceder o curso da história...

Um dos primeiros atos foi a determinação da retirada das forças militares. A seguir, a Comissão de Constituição, composta dos “*regeneradores* de primeira grandeza”, Borges Carneiro, o grande juriconsulto, Moura, um dos maiores oradores da assembléia, e Fernandes Thomaz — propôs a supressão da Casa de Suplicação do Rio de Janeiro e a supressão de todos os demais tribunais criados por D. João VI. Martins Bastos, da deputação fluminense, não titubeou formular vivaz protesto. Acudiu em defesa da moção Fernandes Thomaz. Lançou mão do argumento capcioso da extensão territorial do Brasil e da carência de comunicações. Onde quer se localizasse a Casa de Suplicação, ou instância suprema, haveria sempre descontentamento e queixumes. Aceito para argumentar o fundamento, muito peor era o remédio do que o suposto mal, de vez que os litigantes teriam de recorrer a Lisboa! Não se deteve o deputado que tão mal escondia seus intentos: descobrindo sentimentos que eram seus e que animavam a maioria, opinou francamente pelo restabelecimento da administração do novo reino nos moldes vigentes em 1808, até que se providenciasse nova organização.

Principiava, assim, a obra da recolonização do Brasil, a pretexto de manter e garantir a autoridade da pátria mãe sôbre o novo reino. Como, porém, a maior parte da representação do Brasil ainda não havia chegado a Lisboa, o bom senso, desta vez vencedor, permitiu o adiamento da discussão referente à supressão dos Tribunais. E quando, meses depois, voltou à ordem do dia, Varella alistou-se entre os que concordaram. Manifestou-se até a favor.

Um dos gracejos correntes na época, inventado talvez pelo “*Correio brasiliense*”, era o de que o príncipe regente, apenas chegado ao Brasil, abrira por desfastio o *Anuário de Lisbôa* e copiara a lista das instituições da mãe pátria para reproduzir em sua nova capital, aquelas que aí existiam, sem cogitar das condições diferentes da terra, e sem corrigir os vícios do organismo administrativo de Portu-

gal. Varella repete a facécia e dêste modo testemunha não alcançar a significação e as confluências da medida.

“Estas repartições criadas pelo almanac (disse) é justo que acabem pelo almanac. A extinção dêstes tribunais é muito precisa, é necessário acabar com estas sangue-sugas, que tanto têm arruinado a pátria.” (Gomes de Carvalho, cit., pg. 161.)

Ao citado autor e a todos os leitores de hoje causa assombro a facilidade com que certos deputados ultramarinos concordavam com as medidas vexatórias e prejudiciais ao Estado que representavam. Mormente os representantes do Rio de Janeiro, a capital do país, que mais diretamente sofria. Para Gomes de Carvalho a explicação dessa atitude era: covardia e miopia intelectual. Diga-se logo, como adendo esclarecedor: a representação de S. Paulo não chegara ainda, e Villela Barbosa somente em Outubro tomou posse de sua cadeira.

A supressão dos Tribunais, que seria afinal aprovada, teve, no momento adiada sua discussão. Como discutir e resolver assuntos relativos à América, se a maioria dos deputados americanos ainda não participava da assembléa?

Voltaram, então os *regeneradores* as vistas para o príncipe regente, D. Pedro. E encareceram a necessidade de, fazendo-o voltar para a Europa, aprimorar a sua instrução e polir a sua educação. Convinha que viajasse, que frequentasse as Côrtes européias.. Não percebiam os deputados às Côrtes portugêsas, que isto significava passar público atestado de ignorância e.. ausência de educação ao príncipe herdeiro das coroas de Portugal e do Brasil? Não contentes com decretar a volta do príncipe, timbravam em pisar e meter debaixo dos pés, o seu amor próprio. Atiravam-lhe setas certeiras, e por isso mesmo mais dori-das. Falar em instrução e educação a respeito do príncipe, era aludir a corda em casa de enforcado. Com ou sem intenção, não importa, o fato é que meteram-no a ridículo. “Quando eu saí em agôsto do ano passado do

Brasil (palavras de Fernandes Thomaz, que os *Anais* registram) o príncipe real entre a falta de outros conhecimentos, não sabia falar línguas: começava a falar francês com a princeza, mas era porque esta senhora não tinha tanta facilidade em falar outra língua e via-se o príncipe na necessidade de aprender.”

Ora, se o príncipe não falava francês; se a princeza não tinha facilidade de exprimir-se noutra língua, — como se haviam entendido os jovens esposos? O que lhes valeu foi a linguagem do amor que é universal, não conhece idiomas, nem raças, e neste terreno D. Pedro I não se perdia: era senhor absoluto.

Extraordinário é que os parlamentares portugueses não notassem que faziam o jôgo do Brasil: quanto mais destratassem o príncipe, mais depressa o levariam a abraçar a causa de nossa independência política.

No correr dos debates e no suceder das sessões, iam êles se capacitando de que a questão do Brasil se apresentava muito mais séria e oferecia aspectos muito mais graves. A antiga colônia atingira a maioria política e anciava pela emancipação. A onda de independência que corria pela América era contagiante. Ainda assim demorava os constituintes a possuir aquela verdade que o atilado D. João VI manifestou quando, nas vésperas de partir declarou ao filho que ficava: “Pedro, se o Brasil se separar, seja ante para ti, que me has de respeitar, do que para algum dêsses aventureiros.” (Oliveira Lima, *D. João VI no Brasil*, tomo II, pg. 1125). Otávio Tarquínio de Souza, (*A vida de D. Pedro I*, tomo I) transcreve o texto da carta em que o então príncipe regente recorda ao pai as textuais palavras.

O novo sistema governativo imposto aos brasileiros importava sujeita-los decisivamente a Portugal, uma vez que todos os magistrados, os administradores da Fazenda, e os governadores de Armas ficavam na dependência direta de Portugal e das Côrtes. Cancelava-se dest’arte não só o decreto de 22 de Abril, em que D. João VI encarre-

gara o príncipe real “do governo geral e inteira administração de todo o Reino do Brasil”, como se buscava apagar, no conjunto de seus atos e conseqüências, o que representara para a antiga colônia a transferência da sede da monarquia portuguesa para o Rio de Janeiro. A bem dizer, negava-se a existência do Brasil, confundindo-o no simples conglomerado de províncias ultramarinas, significando, como todo, apenas uma expressão geográfica, e não mais uma entidade política, um povo, uma nação, um reino, em pé de igualdade com Portugal, assim proclamado na carta de lei de 16 de Dezembro de 1815, (Otávio Tarquínio de Souza, op. cit., tomo I, pgs. 314, 315.)

Uma das mais deliciosas ingenuidades das Côrtes constituintes consiste em ignorar o adjetivo patronímico *brasileiro*: eram os portugueses habitantes do Brasil...

E quando os portugueses acabaram por se convencer de que breve o Brasil romperia as amarras da sujeição e, contraproducentes haviam sido as medidas aprovadas pelas Côrtes, intolerável se tornou a permanência em Lisbôa. A retirada era o mais eloquente protesto. Sete representantes brasileiros, quatro paulistas e três baianos, fugiram seguindo para a Inglaterra, sem passaportes sem licença das Côrtes. Chamavam-se: Antônio Carlos, Silva Bueno, Diogo Feijó, Costa Aguiar, Cipriano Barata, Lino Coutinho e Francisco Agostinho Gomes. Dos que permaneceram em Lisbôa, recusaram-se a assinar a Constituição: Vergueiro, Muniz Tavares, José Joaquim de Faria, José Maria de Souza e Almeida. Assinaram-na os demais, e, entre êles Fernandes Pinheiro, que voltou atrás em seus propósitos, a instâncias de seu amigo o deputado português, Trigoso. Assinou-a, explicou suas memórias, “sacrificando-me, e acalmando a cólera que contra nós se exasperava.”

Inútilmente se exasperou a cólera contra os representantes brasileiros: assinada a 22 de setembro de 1822, dezoito dias antes havia a pátria nova recebido o batismo da

independência, a sete de setembro, à margem do rio Ipiranga.

É manifesto que o tímido Varella não possuía a coragem impávida de um Andrada para afrontar o clima do recinto das sessões, das galerias, da arraia miúda. A carta que por aquêles dias escreveu a Antônio Carlos o príncipe D. Pedro, vale mais do que uma grã-cruz, mais do que um dos marquesados tão prodigalisados no primeiro império: “Meu amigo e do meu amigo Brasil. Constando-me que ao Congresso não foram apresentadas algumas das minhas cartas escritas a meu Pai, as quais lhe deviam fazer conhecer os meus sentimentos, amor do grande Brasil e zelo nacional, busco por êste meio, remetendo-lh’as tôdas para que me conheça e os meus pensares, e possa (se as não tiver ainda visto) pedi-las para que se façam públicas. Eu o conheço como o mais digno deputado americano; conheça-me a mim como o maior Brasileiro, e que pelo Brasil dará a última gota de sangue. Resta-me dizer-lhe que se lá não o apoiarem, em lugar de se cansar com debates, volte, que os Brasileiros o desejam cá para as suas Côrtes municipais. Tomo esta deliberação de me expressar assim porque conheço que é um verdadeiro Brasileiro, e de mais paulista, estimado de todos seguramente, e mui particularmente dêste seu amigo. Príncipe Regente.”

O constituinte fluminense Luiz Nicolau Fagundes Varella, aterrado, encolhido na poltrona, passou a acompanhar a maioria, concedendo, por vêzes, mais do que ela pretendia, como em relação às causas pendentes de julgamento, na Casa de Suplicação. Colheu o prêmio de seu panurgismo: elegeram-no presidente das Côrtes. Efêmera glória, que servia para diminuir o prestígio de seus colegas de representação do Brasil.

Como repercutiu esta atitude no Rio de Janeiro? Tenha a palavra o cronista:

“Divulgados no Rio os debates, o povo indignou-se contra Varella, a tal ponto que o pobre homem, corrido e desorientado, não mais tomou a palavra nas Côrtes, con-

Teria Varella pretendido permanecer em Portugal e ali fixar residência? Afirma-o o autor da carta:

“Assáz notorio hé aqui que V. Excia. enchendo as suspeitas a que deo lugar a venda de todos os seus bens no seo Paiz, a disposição de não voltar mais a elle; tem-se dirigido como tinha premeditado, a, abandonando a causa da Patria, evadir-se a soffrer nella os males de que estava encarregado de deffendê-la; que lastima! e pode encontrar-se em um Brasileiro essa immoral resolução ”

As exprobações se derramam pelas doze paginas da carta, que assim termina:

“Essas reflexões, que são adquiridas no uso da comunicação de um grande numero de individuos, são filhas do entusiasmo que vejo em todos os Brasileiros; ellas apparecerão ahí reproduzidas conforme a linguagem de cada um dos que se propozérem a fazê-las publicas; e eu espero do Patriotismo de V. Excia. que as fará vêr aos outros Senhores Deputados, visto que he desnecessario dirigir-me a cada hum em particular, e que a emolção os fará cooperar com os illustres Deputados de S. Paulo a bem da causa publica do Brasil; e cujas instruções junto envio a V. Excia. que me permitirá assinar-me,

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1821. De V. Excia.
Patricio

afeiçoado,

J. T.”

Desde então o nome do deputado fluminense não mais appareceu no cenário político do país: não participou da Constituinte nacional, nem na Assembléia geral que se lhe seguiu. Mergulhou no silêncio e na mediocridade. Proclamada a independência, viu o País organizar-se politicamente, e galgarem posições justamente os componentes daquela elite que o representara nas Côrtes: Feijó e Araujo Lima, regentes do Império; Antônio Carlos, Villela Barbosa, Vergueiro, Lino Coutinho e outros, ministros de Estado; e quase todos tiveram assento no Senado do Im-

pério, que é um dos nossos mais legítimos orgulhos do passado.

Fundados os Cursos jurídicos de S. Paulo e Olinda pela lei de 11 de agosto de 1827, o primeiro a inaugurar-se foi o de S. Paulo, três meses depois, instalado “interinamente”, como dizem os documentos da época, no Convento de S. Francisco. O primeiro diretor, possivelmente contemporâneo de Varella em Coimbra, doutor em leis, como êle, o tenente-general José Arouche de Toledo Rondon, a quem as neves dos setenta invernos não impediam desenvolvesse atividade no sentido de regularisar as aulas, solicitava ao Governô geral a nomeação dos professôres.

Ao velho Fagundes Varella ao ostracismo político acompanhou o insucesso na profissão. Comprova-o a nomeação a 22 de junho de 1828 para a cadeira de Processo, bem como para secretário na novel Academia. O preenchimento das cadeiras não obedecia ainda ao critério do concurso. Teria requerido o provimento o velho Varella? Certamente. Sabe-se que Bernardo Pereira de Vasconcellos o solicitou e não obteve, recebendo o requerimento o seguinte despacho do Imperador: “Escusado.” É como hoje se dissesse: — “Aguarde oportunidade.” Ou “Não há vaga.” (Otávio Tarquínio de Souza, *Bernardo Pereira de Vasconcellos* e seu tempo, Rio, 1937, pgs. 57 e segs.) O curioso é que o candidato, desembargador em disponibilidade no Maranhão, combatera no parlamento a localização dos cursos jurídicos no interior do país. Queria-os no Rio de Janeiro.

Transcreve Almeida Nogueira do arquivo da Faculdade officios do diretor Arouche Rendon a respeito dos dois lentes, Silva Lisbôa e Fagundes Varella. Formavam, aliás, êstes dois integrantes da primeira Congregação, uma perfeita parelha, empregado o termo no bom sentido.

Do Dr. Balthazar Lisbôa, lente de direito Eclesiástico, deixou testemunho um seu aluno, José Christiano Garção Stockler, mineiro de S. João del Rei, “*Memórias estudantinas.*” Era um pobre velho doente, pusilânime, de uma

covardia que causava dó. Tinha medo da própria sombra. Pele escura, de um tom carregado, tão carregado que chegava a ser eufemismo dizê-lo moreno; alto, magro, calvo, gago, usava óculos. Falava para dentro, em voz baixa, comendo as palavras. Uma cartola desbotada cobria-lhe a cabeça, quando andava pela rua. Queixando-se ao director da falta de respeito dos alunos, propoz que adotasse o uso da palmatória. Solteiro, morava no mosteiro de S. Bento. O Dr. Avelar Brotero, outro lente da época, e que substituiria Fagundes Varella na secretaria disse em aula, referindo-se ao colega Lisbôa: “O lente de direito Eclesiástico é um tratado completo de ignorância, covardia e bajulação.” Praticou a imprudência de jogar as cristas com este colega, Dr. Brotero. Ora, o lente de direito natural não era homem de meias tintas: desancou-o em tremendo descomponenda. Nem sequer empregou figura de metáfora, como o fêz muito mais tarde outro lente, não menos violento, porém mais espirituoso: “Nas razões do ex-adverso encontro o vestígio de mais pés do que possui a espécie humana..” Brotero chamou-o burro com tôdas as letras e o pobre homem recolheu o insulto sem um pio.

É de crer tenha obtido a cátedra por influência de seu irmão, o visconde de Cayrú, este sim, vulto superior, cujo *Direito mercantil* foi, por muitos anos, o Código commercial, tal a sua autoridade. (Clovis Bevilacqua, *Historia da Faculdade de direito de Recife*, 1.º vol. pg. 18.)

O Dr. José Maria de Avelar Brotéro, português de nascimento, completava o trio dos primeiros professôres. Flagrante contraste fazia com os colegas. Assim registra o mesmo cronista mineiro:

“Brotero era moço, tinha família, sendo casado com uma senhora ilustrada, bonita, elegante; vestia-se bem; era alegre; reunia os amigos em sua casa para jantares; dava bailes todos os meses, com o comparecimento das famílias importantes da cidade tinha ótima biblioteca, era competente, fazia bons discursos, dava aulas com desembaraço,

era altaneiro, corajoso, sincero nas suas manifestações; ultra-liberal, era quase (*sic*) ateu; enfrentava com coragem e altivez o bispo, o Presidente da Província, o diretor da Academia. Tratava os alnos com bondade e justiça, mas exigia dêles o mais rígido respeito, sendo estimado e respeitado. De estatura meã, compleição forte, revelando saúde. De rosto corado, olhos azuis, cabelos loiros, penteados para trás, parecia um alemão. Era o melhor advogado de S. Paulo, e o mais procurado.”

A Fagundes Varella, o professor, a idade trouxera todo um cortejo de achaques. Sofria da bexiga, tão ruim era sua letra, que o Diretor Arouche Rendon se viu obrigado a continuar a enviar manuscrita de seu próprio punho, tôda a correspondência oficial: “Chegou o Varella, e vi-me na necessidade de continuar no mesmo trabalho, por vêr que é um homem velho, doente e de muito má letra.”

Ocorre indagar como se houve êste professor na regência da cadeira. Pela lei de 11 de agôsto de 1827, arts. 4.º e 5.º, o ofício de secretário competia a um dos professores substitutos, o qual, além do ordenado anual de 800\$000 (oitocentos mil réis) percebia a gratificação mensal de 20\$000 (vinte mil réis). Uma vez que acumulava, sua nomeação foi para professor substituto. E mais: pelos Estatutos do visconde de Cachoeira, Luiz José de Carvalho e Mello, mandados observar enquanto as respectivas Congregações não organisassem outros, a cadeira de “*processo civil e criminal*, theorica e praticamente analysados”, estava situado no quinto ano. Compêndio aconselhado: o tratado de Peniz. Ora, nomeado em 1828, o Dr. Varella faleceu em 1831. Conclusão melancólica: não exerceu as funções de secretário, porque sua letra era pior que a do septuagenário Diretor. Terá lecionado apenas a primeira turma de bacharéis formados em 1831. Explica-se: estudantes provindos de Coimbra, onde haviam iniciado o curso, concluíram-no aqui em S. Paulo assim se explica que, abertos os cursos em 1828, já em 1831 houvesse bacharéis.

O entusiasmo do aluno contemporâneo pelo professor Avellar Brotero e os rasgados elogios que lhe faz, não podem passar sem um *granum salis*.

Para não ir mais longe: a congregação da Academia de direito de Recife não aprovou o compêndio de Direito natural de sua autoria, observando, muito discreta: “não lhe sendo todo presente, não podia fazer juízo certo sobre sua doutrina e sistema do autor”; as lições já estavam muito adiantadas; os estudantes iam se remediando com o *Fortuna* e finalmente, o Dr. João José de Moura trabalhava em fazer o seu compêndio. O parecer da comissão de instrução pública da Câmara dos Deputados, 1830, êsse, entretanto, não teve papas na língua: arrazou o *Compêndio de direito natural*. Últimamente o prof. Miguel Reale procurou, hábil e piedosamente, rehabilitar a memória intelectual do Conselheiro Brotéro: *Revista da Faculdade de direito*, de S. Paulo, vol. 50 de 1955.

Quando o velho Fagundes Varella faleceu em 1831, seu filho Emiliano, que seria o pai do poeta, frequentava o Curso Anexo, *o curral dos burros*, ou *dos bichos*, como então era chamado, porque só veio a formar-se em 1836.

Casou-se duas vêzes e das esposas amadas à face de Deus e dos homens, deixou numerosa descendência. Também teve amores face a face e das sementes caídas à beira da estrada, houve um filho natural, com o qual andou às voltas o poeta, quando estudante em S. Paulo.

No campo da inteligência, o filho que mais se notabilizou foi o Dr. Carlos Arthur Busch Varella, bacharel em letras da primeira turma do *Colégio de D. Pedro II*, a 21 de Dezembro de 1843. Orador em nome dos jovens bacharéis, a escolha traçava o seu destino: depois de ganhar fama de orador forense, coube-lhe a palavra nas festas jubilares do Colégio. (Vide *Memoria histórica do Colegio de D. Pedro II.*, de autoria do mestre de historia pátria, Escragnolle Doria, pgs. 52 e 53.)

Neste mundo de enganos e ilusões, nada tão caprichoso como a glória. Não fôsse ela mulher! Celebidades póstumas, homens há que passam pela vida inteiramente desconhecidos. De outros, em número muito maior, se pode dizer que só contemporâneamente gosaram notoriedade e fama: do lustre das posições que ocuparam, do valor que se atribuíam, que lhes concediam os coevos, decorreu a efêmera notoriedade...

Com a morte apaga-se-lhes a memória. Nada mais do que foram é lembrado. Foram. Foram-se.

Da gama infinda destacamos uma variedade, quiçá a mais curiosa: a da celebridade retroativa, ou por fôrça de reflexo. E' o caso do velho Fagundes Varella. O neto não foi professor, nem doutor, nem mesmo bacharel. Não foi deputado, nenhuma posição política ocupou. Emprêgo algum exerceu, de nomeação ou eleição. Não possuiu sequer alguma dessas lantejoulas sociais tão cubiçadas e apreciadas, comendador ou barão. .

Entretanto... Quem immortalizou o nome: Luiz Nicolau Fagundes Varella?

Corriam os dias em que o autor do “Cântico do Calvário” não passava de “*o poeta*”, *o Varellinha*, diminutivo repleto de desprezo e de rancor, — quando pairava nas auras da fama certo homem de letras, orador consagrado no Rio de Janeiro.

O *Teatro Lírico* resplandecia num delírio de luzes. Conferência sôbre “A Caridade”, dedicada ao *Gabinete Portuguez de Leitura*. Por mais extraordinário que pareça, o depoimento é absolutamente autêntico.

“O Sr. F — Minhas senhoras! Meus senhores! “Da caridade e da sua influência nas sociedades modernas”. (Sorrindo e correndo os olhos sôbre a assistência.) “E o meu discurso está feito! E a caridade sois vós!”

A imaginação completa facilmente o quadro: deliciado pela própria palavra, embriagado pela própria voz, o orador alisa os bigodes encerados, enquanto a assistência goza, embalada pelas frases redondas e bem cadenciadas.

Quê milagres faz a poesia! Quem hoje relembra o mimoso orador do *Teatro Lírico*?

Ao passo que o *Varellinha*, êsse, em letras de ouro tem seu nome inscrito por inteiro, no Panteon da Pátria.



Prof. ALFREDO BUZAID, novo catedrático de Direito Judiciário Civil.

Professor Alfredo Buzaid – Novo titular da Cátedra de Direito Judiciário Civil.

O Prof. Alfredo Buzaid nasceu na cidade de Jaboticabal, Estado de São Paulo, no dia 20 de julho de 1914. Fêz o curso primário e secundário no Ginásio São Luiz de Jaboticabal, dirigido pelo Prof. Aurélio Arrobas Martins, bacharelando-se no ano de 1930. Sua inclinação pelas letras despertou cedo. Cursava o quarto ano do ginásio, quando entrou para o corpo de redação do jornal publicado pelo Centro Joaquim Nabuco. No quinto ano ginásial, encerrando o curso denominado de bacharelado, foi eleito orador oficial das três turmas de reservistas, respectivamente do Ginásio, da Escola de Farmácia e da Escola de Odontologia.

Ingressou na Faculdade de direito de S. Paulo em 1931. Prossegue sua atividade de jornalista, escrevendo especialmente para “O Combate” de Jaboticabal e depois para “A Gazeta Comercial”, da qual foi diretor. Concluído o curso acadêmico, advogou dois anos e meio em Jaboticabal, transferindo-se para São Paulo em fins de 1938. Desde então revelara seu interêsse pelos estudos de direito processual civil, publicando em 1939 um artigo sôbre “Despacho Saneador” na *Revista Judiciária*.

Quando Enrico Tullio Liebman iniciou seu curso de extensão universitária na Faculdade de Direito, foi Alfredo Buzaid um dos mais assíduos frequentadores, tornando-se em pouco amigo pessoal do notável mestre italiano.

Em 1943 publicou seu primeiro livro — *Da Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, com que se inicia a Coleção de Estudos de Direito Processual Civil, dirigida pelos professores S. Soares de Faria e Enrico Tullio Liebman. Inscreve-se em 1945, com a monografia — *Do Agravo de*

Petição no Sistema do Código de Processo Civil — no curso à docência livre, tendo sido aprovado e nomeado no dia 17 de agosto de 1946.

Publicou até 1951 os seguintes trabalhos: *Da Apelação Ex Officio*; *Paula Batista* (Atualidades de um velho processualista); e *A Escola de Direito de Beirute*. Em 1952 inscreve-se no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de S. Paulo, apresentando a monografia denominada — *Do Concurso de Credores no Processo da Execução*. Venceu o concurso, obtendo a média 9,9. Foi nomeado e empossado no dia 23 de maio de 1953.

Tem publicado pareceres e artigos de doutrina na *Revista dos Tribunais*, na *Revista Forense* e na *Revista Juridica*. Participou de Comissão Julgadora de concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil nas Universidades de Belo Horizonte, Porto Alegre e do Rio de Janeiro (Universidade do Brasil). Pertence à Associação Italiana de Processo Civil, com sede em Florença e é membro do Instituto Ibero-Luso-Filipino e Americano de Processo Civil, com sede em Madri. É conselheiro da *Revista de Derecha Processal Civil*, editada em Madri; sob os auspícios do referido Instituto publicou ainda a monografia — *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*.

Em 1957 inscreveu-se, na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, vaga com o falecimento do Prof. Benedito de Siqueira Ferreira. Sua monografia se denomina — *Da Ação Renovatória de Contrato de Locação de Prédio Destinado a Fins Comerciais ou Industriais*. Alcançou distinção em tôdas as provas e com todos os examinadores, tendo sido nomeado e empossado na cadeira no dia 8 de maio de 1958, em sessão solene da Congregação.

Saudação do Professor Miguel Reale

Introduzido no recinto pelos professôres Braz de Sousa Arruda, Honório Monteiro e J. C. de Ataliba Nogueira, após as cerimônias de estilo foi o novo professor saudado em nome da Congregação pelo professor Miguel Reale que proferiu a seguinte oração:

“Esta reunião solene da douta Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo tem o significado de uma confirmação, de uma crisma para quem, como V.Exa., já passou, brilhantemente, pelo batismo das provas de concurso. Em alguns casos, o exame para a Cátedra, é uma prova de fogo, ou de iniciação. No seu caso particular ao contrário, não marcou senão o termo final de uma ascensão natural, após terem sido vencidos os obstáculos com perseverança e com método.

O ingresso de V.Exa., laureado, como catedrático, não constituiu surpresa para ninguém.

Já se podia mesmo antever tal resultado no jovem que freqüentava os bancos acadêmicos por volta de 1933 e 1935. Posso, pessoalmente, dar testemunho da seriedade de seus propósitos desde o início de seus estudos. Lembro-me bem quando, juntos, iam ao longo da Avenida Brigadeiro Luís Antônio trocando idéias sôbre os problemas fundamentais da cultura e formulando observações e críticas sôbre as questões basilares da nossa Pátria. Desde logo impressionou-me o caráter severo de sua personalidade.

Numa terra onde se ama tanto a improvisação, onde se confia demasiadamente nos poderes da intuição, V.Exa. preferiu seguir a trilha difícil, mas segura, dos estudos metódicos, da perquirição disciplinada, confiante na ação do tempo, segundo o velho e sempre ensinamento de Leonardo Da Vinci: “A verdade só é filha do tempo”

A seriedade que orna a sua personalidade, meu caro amigo Alfredo Buzaid, é de dúplice natureza, ao mesmo tempo moral e intelectual: moral, pela fidelidade aos prin-

cípios que estruturam o caráter e fazem convergir para critérios constantes de referência o complexo das atitudes; e intelectual, pela fidelidade aos valores do espírito integrando-os em uma síntese racional, indispensável aos homens verdadeiramente cultos.

Na realidade, a cultura não pode ser concebida senão como a vibratibilidade do espírito perante todos os motivos que possam ser de interesse para os homens, desde os mais insignificantes da vida cotidiana, até àqueles que, transcendendo as nossas preocupações imediatistas, nos entreabrem os horizontes da *Humanitas* na história e nos permitem vislumbrar as perspectivas do que se situa além das coordenadas delimitadoras do espaço e do tempo.

Como assinalou o seu mestre Francesco Carnelutti, o jurista que não conhece senão o Direito, é uma pobre e triste coisa. Foi antecipando a este reconhecimento de um cultor da ciência processual, que V.Exa. se dispôs a uma formação metódica, absolutamente indispensável a quem se destina à carreira do magistério.

Inspirado por um dedicado professor de sua querida Jaboticabal, V.Exa., ainda jovem, se afeiçoou aos estudos da Filosofia, da Sociologia e da Política, tornando-se um amante dos clássicos da língua, procurando, assim, paulatinamente, burilar os utensílios indispensáveis às atividades da nobre arte do Direito, expressão viva de uma ciência toda feita de cautelas e de prudências. Esse amor pelas raízes de nossa cultura lusíada ia ter influência decisiva no jurisconsulto que esta Casa hoje festivamente recebe. Se V.Exa. é justamente reconhecido como uma das maiores expressões do Direito Processual em todo o continente americano, e se já se fala hoje, com acerto, na “Escola Paulista de Direito Processual”, isto se deve a uma síntese que V.Exa. e seus companheiros estão sabendo realizar, síntese esta caracterizada pela integração harmoniosa de elementos universais, comuns a todos os processualistas do mundo ocidental, e de elementos peculiares à tradição de nossa Jurisprudência.

O nosso mestre Alberto Torres, sôbre cujas obras tanto meditamos, quando moços, afirmou, certa feita, que tôda a revolução autêntica se inicia graças a uma mudança de atitude em face dos problemas.

Ora, a obra renovadora dos mestres de processo em São Paulo é o fruto de uma mudança de atitude perante as questões sociais e econômicas de nossa época, atitude caracterizada pela conciliação dos ensinamentos dos mestres alemães e italianos, como Wach, von Bülow, Goldschmidt, Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, com as velhas e sempre vivas lições dos praxistas reinóis, e que no Brasil já se produziu de excelente nesta disciplina, com Paula Batista e Ramalho, João Mendes Júnior e João Monteiro.

É nisso que consiste a originalidade de seus estudos, razão pela qual, no velho tronco da robusta tradição jurídica luso-brasileira, se enxertam as contribuições das conquistas mais atuais do pensamento jurídico europeu.

Tudo isto foi possível porque V.Exa. não é o produto de uma especialização prematura. Quando a circunstância ou a vocação inclinaram o seu espírito para o domínio do Direito Processual, a especialização não representou mais do que uma concentração total de energias no âmbito de uma determinada disciplina jurídica. O especialista não é, nem pode ser, o produto de um deformante desdobraimento da personalidade, visto como esta sempre se mantém íntegra, por mais que nosso intelecto se concentre na descoberta ou no desdobraimento de verdades especiais.

Foi com essa orientação, com êsse cabedal de experiência humana, que V.Exa. iniciou as suas atividades, como livre docente nesta Casa, e depois, como catedrático da pontifícia Universidade Católica, conquistando, desde logo, os seus discípulos.

Não há, em verdade, correspondência mais extraordinariamente comvente do que a dos alunos quando se defrontam com um mestre autêntico. Desde as primeiras aulas, os discípulos percebem a presença de um amigo e de um mentor no plano da cultura, retribuindo, em esforço

e em dedicação, o esforço e a dedicação do mestre. Para êste não existe maior paga, nem maior confôrto espiritual, do que sentir que as suas aulas não são um monólogo, mas um diálogo vivo que penetra a consciência e se fixa na memória.

É só dessa forma que se consolidam as reputações culturais e se dignificam os institutos de ensino: pela linha de continuidade intelectual, pelo respeito ao passado, e pela projeção serena no sentido do futuro.

São estas as observações que desejo fazer, neste instante de tanta emoção para ambos, reconhecendo que a sua obra jurídica, professor Alfredo Buzaid, está embebida de sentido histórico, pela vivência do passado como presente, por saber alimentar-se dos modelos das gerações passadas, e à luz dêles, esculpir novas estruturas para o pensamento jurídico.

É a razão pela qual esta Congregação acolhe V.Exa. com entusiasmo e com confiança, na certeza de que a conquista da Cátedra não será o término final de uma jornada, um motivo para tranqüilo repouso, mas, ao contrário, uma razão a mais para a perseverança do trabalho, para novas realizações, para novos progressos, para novas arremetidas do espírito”.

Oração do Professor Alfredo Buzaid

Após a saudação do prof. Miguel Reale pronunciou o prof. Alfredo Buzaid o seguinte discurso de agradecimento:

“Quando há dias tomei da pena para escrever êste discurso de agradecimento, confesso-vos que algo de estranho me invadiu a alma, deixando-me perplexo e confuso, conquanto por mais de um decênio aninhasse, entre os meus sonhos mais ousados, o de ser professor nesta Faculdade, só agora, admitido em vossa companhia, depois de vencer as duras provas do concurso, compreendi que o destino, em caprichoso enléio, me reservara uma surpresa, como que

para agravar a responsabilidade desta investidura. Das três cadeiras de Direito Judiciário Civil, a que me tocou pertencera a João Mendes Júnior.

A ciência do processo refulge em São Paulo, no primeiro quartel dêste século, especialmente na obra de João Mendes Júnior, que cedo procurou libertar-se das regras estéreis da praxe e elevar-se à eminência dos princípios, a fim de construir a dogmática jurídica. O sábio mestre era antes filósofo do que técnico; e, embuído de conceitos aristotélico-tomistas, reestruturou a teoria geral do processo, aplicando-lhe as noções de substância, acidente e movimento. O que inquietava o seu espírito era o desejo de investigar as cousas pelas suas causas e iluminar os institutos pela cuidadosa análise de sua evolução. O historiador completa assim o filósofo.

Sucede-lhe na cátedra Manuel Aureliano de Gusmão. Apesar de ter exercido por pouco tempo o magistério superior, deixou uma obra fundamental — o “*Curso de Processo Civil*”, em que revelou, além de ampla informação doutrinária, a segurança de idéias, expostas com clareza, concisão e simetria. Pouco depois de seu falecimento, ascende à cátedra Francisco Antônio de Almeida Morato. Quem o não conheceu? A natureza foi-lhe pródiga. Dotado de inteligência invulgar, cultivou o Direito Judiciário Civil por largos anos, escrevendo obras em que a elegância da linguagem rivalizava com a profundidade dos conceitos. Aposentando-se pela compulsória da idade, rege a cadeira por algum tempo Noé de Azevedo, penalista de grande renome, que manteve, pela sua ilustração e cultura, o nível alto dos mestres anteriores. Finalmente, em 1940, Benedito de Siqueira Ferreira conquista a cátedra, que ocupou com zelo e dedicação. Sua tese de concurso — *Da Natureza Jurídica da Ação* — aparece no momento decisivo, em que o direito brasileiro se integra na nova corrente de idéias difundidas pela cultura européia, cujos bruxulêios já haviam repontado em obras de mestres desta Casa.

Coincide com êsse fecundo período de intensa inquietação a vinda de mestres estrangeiros, banidos de suas pátrias por perseguição étnica. Um dêles foi Enrico Tullio Liebman. Recebido carinhosamente nesta Escola, foi contratado para reger um curso de extensão universitária, que afortunadamente se prolongou por mais de um lustro. O mestre não se limitou a dar as aulas no curso regular. Tornando-se amigo de um grupo que dêle se acercou, instituiu uma espécie de seminário, que se reunia todos os sábados em sua casa. Participamos do seminário, juntamente com Luís Eulálio de Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Benvindo Aires e Bruno Afonso de André.

Os estudos de Direito Processual Civil, até o advento do mestre, tinham, salvo raras exceções, caráter acentuadamente individualista e auto didático. Os professôres brasileiros eram produtos de esforço próprio. Não criavam escola. Liebman compreendeu logo que a sua missão mais importante era formar um grupo de discípulos que, dominando a moderna metodologia, se tornassem aptos a trabalhar cientificamente. Dentre nós ressaltou-se, em primeiro lugar e por merecimento indiscutível, Luís Eulálio de Bueno Vidigal que, em 1953, conquista a cátedra de Direito Judiciário Civil, com a monografia sôbre “Mandado de Segurança”, que é uma contribuição original do mais alto valor científico. Dêste eminente Mestre pode dizer-se que madrugou para a ciência do processo, pois, ainda jovem, ao escrever, em 1940, sua tese sôbre “Execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade”, revelou, já pela simples escolha do tema, notável maturidade de espírito, e, pelo largo tratamento da matéria, o descortino de um profundo investigador.

O influxo das novas idéias encontra um realizador em Braz de Souza Arruda, que, na Diretoria, sem tardança, funda o curso de Prática Forense, inicialmente frequentado por poucos e em pouco tempo frequentado por muitos, vindo a ser uma sementeira de excelentes frutos. Êste

notável diretor realizava assim um ideal que sonhara vinte anos antes. A continuação desses trabalhos está confiada atualmente ao nosso infatigável colega, José de Almeida Amazonas, expressão de juventude perene, já que o ilustre professor Moacir Amaral Santos assumiu a regência da cadeira, vaga pelo falecimento do querido e saudoso mestre Gabriel de Rezende Filho, de quem fui discípulo e cujas aulas ficaram insculpidas para sempre em minha memória.

Ao assumir, neste ato soleníssimo, a cadeira que os meus nobres antecessores iluminaram com o esplendor do seu saber, recorde, com certo desvanecimento, os meus doze anos de docência livre. O contacto diuturno convosco fortaleceu antigas amizades e fêz nascer novas, de que muito me honra. O período da docência livre é fecundo de lições, porque nele muito mais se aprende do que se ensina. Do convívio com os caros colegas da docência livre, muito fiquei a dever a Alberto Muniz da Rocha Barros, Nicolau Nazo, Dimas de Oliveira Cesar, Marota Rangel e especialmente a Genésio de Almeida Moura, a quem recorri, vêzes sem conta, para dissipar dúvidas de interpretação de difíceis textos alemães.

Sr. Diretor! Peço venia para dizer de meu júbilo ao prestar êste compromisso perante V.Exa.. A vossa vida é um testemunho de trabalho, ordenado sério e diligente. As vossas obras, escritas com elegância e rigor de técnica, revelam a meditação do homem de gabinete, que nunca se divorciou do mundo das realidades.

Ouvi, profundamente comovido, a saudação proferida por Miguel Reale. A êste mestre insigne, que é um dos maiores filósofos do direito na América, estou vinculado por laço fraternal, cujas raízes mergulham nos bancos acadêmicos. Os votos de boas vindas, que êle apresentou em nome desta douta Congregação, não significam para mim uma manifestação meramente protocolar, antes o sêlo de uma velha amizade que jamais se apagará. Eu gostaria, se isso não quebrasse os estilos desta solenidade, de

poder narrar episódios expressivos, que mostram quão profundo é o vínculo que me une a todos vós, e, assim, agradecer a cada um nominalmente. Mas, não sendo isso possível, rogo que aceiteis o preito de minha eterna gratidão, pelo encorajamento na atividade intelectual que, dentro e fora desta Casa, procurei realizar.

Permiti-me, no entanto, que lembre, por considerações especiais, dois civilistas de escol: Jorge Americano, que duas vezes me examinou em concurso à cátedra, aqui e na Faculdade Paulista de Direito; nele vejo o modelo do jurista de fina intuição; e Lino de Moraes Leme, que, em razão de particular afeto, foi mais do que o mestre; o amigo constante, cujas mercês, o livre docente de ontem e o catedrático de hoje, guardará no fundo de seu coração.

Egrégia Congregação! Vós me abristes definitivamente as portas desta augusta Academia. Eu vos abri o meu coração, para confidenciar os amores de um docente livre que esperou doze anos esta hora culminante. Não vos trago um programa. Mas um passado de trabalho intenso já é uma promessa; e só peço a Deus que me dê saúde para não interromper minha dedicação às letras jurídicas, porque nada me humilharia tanto como vir a ser o fundo de uma noite, onde brilha uma constelação de estrelas.

Entregue ao Prof. Emérito Waldemar Ferreira o Prêmio “Moinho Santista de 1958”

Em sessão solene realizada no dia 30 de setembro de 1958, no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, procedeu-se à entrega do “Prêmio Moinho Santista de 1958 Para Ciências Especulativas” ao eminente jurista patricio Waldemar Martins Ferreira. Achavam-se presentes, entre outras pessoas gradas, os srs. Francisco Cunha Ribeiro, representante do presidente da República; Francisco de Paula Vicente de Azevedo, secretário da Fazenda; João Marcellino Gonzaga, presidente do Tribunal de Justiça do Estado; Francisco João Humberto Maffei, vice-reitor da Universidade de São Paulo; padre Artur Alonso, reitor da Universidade Católica do Rio de Janeiro; professor Honório Monteiro, do Conselho Administrativo da Fundação Moinho Santista; Jorge Americano e Manoel Chambers, da direção da Fundação; Dalmo Belfort de Mattos, representante da Universidade Católica de Campinas, e representantes do clero, dos comandos militares aquartelados nesta Capital e de diversas instituições culturais.

Estiveram também presentes, incorporados, os membros do Conselho da Ordem dos Advogados de São Paulo.

Após a execução do Hino Nacional e aberta a sessão pelo desembargador João Marcellino Gonzaga, uma comissão de professores introduziu no recinto o ilustre mestre de Direito, que foi recebido com uma salva de palmas pela numerosa assistência que lotava, literalmente, o salão nobre da Faculdade.

Saudação

Em nome do Conselho Administrativo da Fundação Moinho Santista o professor Honório Monteiro pronunciou o seguinte discurso, saudando o professor Waldemar Ferreira:

“Já tive oportunidade de dizer, não faz mal que repita: tenho minha vida tôda de ex-aluno e de estudioso do Direito, vinculada, por acontecimentos varios, à do egrégio mestre Waldemar Ferreira. Extremamente grato, por isso, ao meu espírito e profundamente sensível ao meu coração, falar nesta solenidade, em que se presta consagração nacional à sua vida de labor fecundo e, ao mesmo tempo, se põe em realce julgamento perfeito e se assinala iniciativa incomum nos meios econômico-financeiros do País.

A iniciativa que se quer assinalar é da Sociedade Anônima Moinho Santista. Seus diretores, embora sujeitos, como sói acontecer, aos entrechoques constantes de interesses materiais, que quase sempre desgastam e materializam os dirigentes das empresas privadas produtoras de riqueza, continuam sensíveis às coisas do espírito, como demonstraram ao tomarem a iniciativa de propor aos acionistas, que logo aplaudiram, a instituição de um prêmio permanente, incentivo e recompensa, aos que, nos vastos domínios dos conhecimentos humanos, devessem, no Brasil, ser apontados e consagrados periodicamente como expoentes máximos. Dessa iniciativa surgiu a Fundação Moinho Santista, que com apenas três anos de existência, distribui hoje, pela terceira vez, o Prêmio Moinho Santista, consistente em um milhão de cruzeiros em dinheiro, uma medalha de ouro e um pergaminho.

Divididas as disciplinas do conhecimento humano, em quatro setores, tocou o prêmio, no primeiro ano, no setor da Biologia, ao entomologista de renome universal — professor Costa Lima; no segundo ano, no setor das chamadas



Mesa que presidiu a entrega do Prêmio Moinho Santista sobre Ciências Especulativas, de 1958, ao eminente jurista brasileiro, Prof. Em. Dr. Waldemar Martins Ferreira.

ciências exatas, ao jovem físico Jaime Tiomno, professor da Universidade do Brasil, sendo que êste ano acaba de ser indicado para recebê-lo, como tributo pelos seus inestimáveis serviços prestados às ciencias jurídicas, o prof. emérito Waldemar Ferreira, da Universidade de São Paulo. A seleção dos nomes é feita, de acôrdo com os estatutos da Fundação, por comissões de especialistas nas respectivas disciplinas, livremente designados pelos reitores magníficos das Universidades Brasileiras, oficiais e particulares, comissões estas que, depois de minucioso balanço e confronto dos méritos dos nomes, selecionados em sucessivas reuniões sigilosas, indicam, ao Grande Juri, em envelopes lacrados e que só serão abertos no momento do julgamento, um nome de cada uma das disciplinas componentes do setor. Êste ano o prêmio se destinava a jurista, ou filosofo ou educador. O Grande Juri é constituído das mais eminentes personalidades do meio cultural do País, como sejam o presidente do Supremo Tribunal Federal, o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que nos dá a honra de presidir esta sessão, o presidente da Academia Brasileira de Letras, o presidente da Academia Paulista de Letras, o presidente da Associação Brasileira de Imprensa, o chefe do E. M. F. A., os reitores magníficos das Universidades, além de outros, todos êles, como membros natos, porque designados pelos Estatutos da Fundação Moinho Santista e ainda de mais cinco membros, com conhecimentos especializados nas disciplinas em causa, êstes eleitos pelo Conselho de Administração da Fundação, que tem como presidente o prof. Jorge Americano.

O Grande Juri assim formado de tão conspícuas expressões da cultura, em julgamento secreto, proclamou competir o prêmio Moinho Santista, no corrente ano, ao professor emérito Waldemar Ferreira “por ter êle realizado, com maior mérito, obra de excepcional projeção nacional e internacional e de inquestionável valor para o progresso das ciências especulativas, grangeando a consideração e o reconhecimento público, por seus relevantes

serviços prestados às ciências jurídicas”, como textualmente se lê no pergaminho que lhe vai ser entregue.

Julgamento perfeito, meus senhores, Waldemar Ferreira representa, em verdade, expressão máxima nacional, do labor ao serviço das ciências jurídicas. No campo do Direito Comercial, que é a sua especialidade e que palmilhou por largos anos, como mestre respeitado e consagrado, ninguém o excedeu entre os juristas que versaram êsse ramo do direito em língua portuguêsã e, talvez, nenhum outro jurista vivo, em país algum, tenha o mérito de personificar uma fase do desenvolvimento do direito comercial no seu País. Sucedendo a Carvalho de Mendonça — de outra feita já o afirmamos perante a Congregação da Faculdade de Direito — não lhe desmereceu a grande obra, antes completou, com seguro cunho próprio, a sistematização de nosso direito comercial. Escrevendo em período tumultuário e de profundas e permanentes perturbações econômicas e de comoções sociais, contrastantes com a serena calma da época em que Carvalho de Mendonça construiu o seu tratado, avulta a ação disciplinadora do mestre Waldemar Ferreira, ao plasmar os novos institutos e ao adaptar os existentes às contingências das condições econômicas, políticas e sociais contemporâneas, que pressionam a atividade mercantil e que repercutem na sua disciplinação, sem se deixar perder, porém, no emaranhado e no exagero de doutrinas exóticas, incompatíveis com a tradição de nosso direito e a sistemática de nossa legislação.

E como se não bastasse êsse primado no campo do direito mercantil, para fixar a sua personalidade de jurista, Waldemar Ferreira percorreu ainda os demais ramos do direito, especialmente aquêles mais sensíveis às mutações sociais. Jurista, com raízes profundas na nossa formação histórica, teve oportunidade de marcar sua passagem pelo parlamento nacional com projetos de leis que bem revelam a sua sensibilidade em captar os fatos sociais e discipli-

ná-los segundo a índole de nossa gente e os princípios informadores de nossas instituições jurídicas.

Sirvam de exemplos os seus projetos sobre o *Casamento religioso de efeitos civis* e o *Loteamento e venda de terrenos a prestações*. Coroando a sua inestimável contribuição para o progresso das ciências jurídicas no Brasil, ofereceu-nos mais o Egrégio Mestre quatro volumes sobre a *História do Direito Brasileiro*, que êle exumou, com labor insano, dos documentos existentes nos arquivos nacionais e estrangeiros e que com admirável sentimento de brasilidade sistematizou; a sua *História do Direito Constitucional Brasileiro* e, por último, o *Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o Signo Pombalino*, que está a sair a lume.

Julgamento perfeito, repito. Ninguém melhor que Waldemar Ferreira fêz jus, pela sua ininterrupta atividade jurídica construtora, pelo sentimento nacional que guardou sempre nas suas produções jurídicas, pelo enraigado amor à pátria que lhe serve de berço e que, pelo seu labor profícuo, tanto tem sabido honrar e dignificar, dentro e fora de suas fronteiras; ninguém melhor que Waldemar Ferreira fêz jus ao Prêmio Moinho Santista. Aplausos sem restrições merecem as comissões selecionadoras e, em particular, o Grande Juri, pelo seu julgamento.

Professor Waldemar Ferreira.

Várias homenagens já vos foram prestadas, em testemunho de alto aprêço em que temos, todos nós, o vosso labor fecundo. A Faculdade de Direito conferiu-vos, em solene sessão, a mais conspícua e dignificante das honras de que dispõe, a de Professor Emérito; a Ordem dos Advogados, juntamente com o Instituto dos Advogados de São Paulo e a Associação dos Antigos Alunos desta Faculdade, de que sois filho dileto, prestaram-vos pública homenagem pelas vossas altas qualidades de professor e jurista, de cidadão e de advogado; o Instituto dos Advogados do Brasil, também em sessão solene, conferiu-vos a medalha de bronze “Teixeira de Freitas”, em reconhecimento dos ser-

viços prestados à cultura jurídica do País. São, em verdade, emérito professor, manifestações que sobremodo dignificam uma vida, pelo seu alto significado cultural, e que corroboram o julgamento do Grande Juri da Fundação Moinho Santista.

Contudo, nenhuma delas, cada qual mais valiosa, tem o sentido nacional de que se reveste a que ora vos é prestada. Foram eminentes professôres de direito do Norte, do Sul e do Centro do País que indicaram o vosso nome, como expressão máxima, na atualidade, da cultura jurídica brasileira; foram os representantes das Faculdades de Direito do Recife e da Bahia, das Faculdades de Direito do Rio Grande do Sul e do Paraná; das Faculdades de Direito de Minas Gerais e da Capital Federal e das três Faculdades desta Capital de São Paulo, que aclamaram e o Grande Juri acolheu com aplausos, o Egrégio Mestre como digno de maior consideração e do reconhecimento público pelos relevantes serviços prestados à cultura jurídica do Brasil.

O destino, professor Waldemar Ferreira, reservou-vos, após longa e profícua caminhada, as homenagens que vos vêm sendo prestadas e que culminam nesta consagração. E' com profunda emoção, mestre querido, que o vosso mais antigo e por certo mais velho ex-aluno, em nome do Conselho de Administração da Fundação Moinho Santista, vos saúda, juntando os seus aplausos ao calor dos amigos todos que aqui vieram para ainda uma vez vos consagrar.

Discurso do professor Waldemar Ferreira

Agradecendo a concessão do prêmio Moinho Santista, o professor Waldemar Ferreira pronunciou a seguinte oração:

“Quiçá porque minha circulação sanguínea um tantinho tarda não me propicia ruidosas exaltações emotivas, antes as traduz em expressões de singeleza, eu me hei deliciado mais com os panoramas dos pôres de sol que com os dos

amanheceres. Se o esplendor dêstes tem ensejado partituras musicais, de majestosa beleza sinfônica, na orquestração de hinos ao sol, a melancolia daqueles tem proporcionado aos poetas sonatas ao crepúsculo, quando expira a surdina das aves e depois, “na sombra, à voz das cornamusas graves, termina a pastoral em lento epitalâmio e a terra desmaia entre o pudor da tarde e a tentação da treva”, como no verso bilaqueano.

Jamais me tomou a melancolia a justificar a minha inclinação emotiva diante dos episódios de uma jornada do sol em de redor da terra; mas quis o meu destino de homem feliz que eu viesse a encontrar mais fortes emoções espirituais nos dias da anciania do que nos da infância ou da juventude. Não me proponho neste instante evocar os feitos desta ou daquela, para não ser castigado pela temeridade de recordações tão longínquas. Recordar é viver, diz-se, e é provável que o seja. Não será demasia, no entanto, asseverar que o viver antes está no envelhecer que no recordar. A recordação é a fonte de rejuvenescimento dos que se comprazem em estacar no tempo, como se êste não tivesse o fadário de transformar-se de minuto em minuto e a virtude de conservar-se sempre o mesmo.

Não há todavia quem dela não se sirva, em certos momentos de êxtase espiritual, para o gôzo do agridoce prazer que ela ministra, por via da saudade. E o viver antes reside, e sem sombra de dúvida, no existir, somando os anos. Porque existo, e logo vivo, não foram, nem são poucas as emoções que o pôr de sol da minha vida me há prodigalizado. Não me julgo ainda no ponto de escrever a sonata do crepúsculo, sobretudo em momento como êste, em que, para gaudío meu, recebo consagração impar, que esmaltará minha reputação, que porfiei por engrandecer.

Aprendi em página de antigo mestre da língua que, sendo o homem nascido para sociedade, se, contentando-se com testemunho de sua consciência, desprezar o comum, será injusto consigo, privando-se da honra devida ao vir-

tuoso; com o próximo, negando-lhe o bom exemplo; e com a virtude, tirando-lhe o meio de se comunicar. Por isto, o homem não é senhor absoluto, mas dispenseiro fiel de sua reputação; pois se a quizer estragar, pelo que lhe toca, a deve conservar pelo que pertence ao público e à mesma virtude, que da fama recebe mais lustre, posto que não receba mais perfeição; e quando seja senhor, as leis proíbem usar mal dos bens próprios.

Servo da lei, algumas vêzes elaborador de leis e em todos os meus dias defensor e aplicador da lei, esforcei-me por não usar mal do meu maior bem próprio, para que pudesse dá-lo como exemplo, como pai, a meus filhos, e como professor universitário, a trinta gerações de moços aos quais transmiti o meu ensinamento jurídico. Ora, nenhum de quantos alimentem a expectativa de ganhos morais, capazes de engrandecê-los diante de si mesmos e no meio social em que prosperam, deixa de, em seus solilóquios íntimos e no cômputo de suas possibilidades, ao menos, antever os que caibam ao alcance de sua ambição, afim de os conquistar. Nada mais natural. Nem mais justo.

Se, para aumento de minha reputação, eu dissesse que, num dos meus devaneios, uma vez me passou pela cabeça que me pudesse vir às mãos o prêmio com que sou agora agraciado, ninguém acreditaria. Nem eu mesmo. E isso pela razão primacial de ser êste prêmio indisputável por quem se considere em condições de o merecer. A ninguém é dado desejá-lo. Cai êle do alto, como a benção do céu, conferido pelo consenso unânime, quando não majoritário, de homens virtuosos e dignos, que funcionam como juizes e até, como no caso presente, revestidos alguns das togas de magistrados. Está nisso sua grandeza, maior ainda pela magnificência desta assembléia, à qual eu rendo o meu reconhecimento, e que o homologa. Eis porque o bendigo. Bendigo-o, mas proclamo que não o recebo como benemerência, embora beneméritos sejam os que o conceberam e o converteram em realidade.

Conceberam-no diretores duma sociedade anônima industrial; e o realizaram sob a forma fundacional, de modo a instilar-lhe a perpetuidade, sem embargo da transitoriedade das coisas humanas. “Por maior” — disseram êles — “que seja a relevância que se possa atribuir à produção da riqueza material de um país, através da ação das suas fôrças econômicas, o que deveras eleva o conceito de uma nação no mundo e perante ela mesma, é aquêlê quinhão com o qual seus filhos contribuem para o acervo de perpétuos valores da humanidade, dignificando-a e melhorando suas condições de vida. São a fagulha do gênio, a inspiração do espírito, a intuição de alma tanto quanto a perseverança metódica de vontades inquebrantáveis que destinam homens singulares à realização de feitos extraordinários. São êstes que, em intermináveis sequências, edificaram, pedra por pedra, culturas e civilizações. No seu pensamento, seu exemplo e suas obras residem as vigorosas fontes das idéias, da moral, da fé, que frutificam e impulsionam a ação humana na sua incansável luta por um ideal de um maior bem-estar”.

Por isso, a empresa, que êles superiormente orientam, dirigem e engrandecem, “durante meio século indissolúvelmente ligada à histórica etapa da industrialização da economia brasileira, reconhecendo também a necessidade de uma solidariedade entre a produção econômica e a criação intelectual que proporcione à coletividade e ao País seguro roteiro de progresso”, se convenceu da inexistência de “melhor meio de comemorar o cinqüentenário de sua fundação do que instituir um prêmio que possa estimular, permanente e eficazmente, todos quantos, tendo em vista o aperfeiçoamento da pessoa e da cultura humanas, enobrecem por seus serviços da mais vasta projeção o nome do Brasil, tanto nas ciências, como nas artes e na literatura, tributando-lhes, simultâneamente, o reconhecimento ao qual farão jus”.

Eis a origem, o sentido e o objetivo do “Prêmio Moinho Santista”, com que acabo de ser contemplado; e dêle me

envaideço. Essa vaidade dimanada da nobreza que inspirou a instituição da mercê insigne, provinda de uma empresa industrial que, tendo iniciado sua atividade nesta terra generosa e fecunda há mais de meio século com êxito surpreendente, bem compreendeu que de outra forma além de seu escopo primacial, poderia contribuir para o engrandecimento do País. Nada significaria tal procedimento pelo materialismo da soma monetária, se não tivesse sido superado pelo sentido de dignidade de que se revestiu, de molde a poder ser recebido com sobranceira por homens da valia científica e da estatura moral dos dois cientistas de primeiro galardoados com êste mesmo prêmio com que sou consagrado.

Aquêle, disse São Paulo na segunda epístola aos Coríntios, que subministra semente ao sementeiro, dará também pão para comer, aumentando a sementeira e multiplicando os frutos da justiça a fim de que, enriquecendo em tôdas as coisas, possa ter abundantemente com que fazer tôda a sorte de liberalidades, que provoquem a graça de Deus. Ajustou-se a êsse versículo do apóstolo o pensamento dos instituidores da fundação, dando-lhe por objetivo não apenas adjudicar anualmente a brasileiro ou a pessoa radicada há mais de cinco anos no País e mais se haja destacado à consideração e reconhecimento públicos, mercê de relevantes serviços no campo das ciências, arte e literatura; como ainda, a favor dos mesmos ideais que inspiraram a instituição daquele prêmio, e desde que os seus recursos isso permitam, dedicar-se ao exercício de atividades assistenciais. Não é insignificante o que neste terreno vêm praticando empresas industriais.

Se, movidas por natural espírito mercantilista, se alargam no espaço, pluripartindo-se em sucursais, filiais e agências, avolumadoras das cifras de seus negócios; se, confederando-se em trustes, fundiram o poderio econômico que lhes deu poderio político internacional; se, ajustando-se em cartéis do mais variado estilo, dominaram os mercados, regulando a produção e o consumo, de molde a

assegurar a obtenção de pingues dividendos — tudo isso não obstou a que elas se humanizassem, de modo a consagrar aos seus operários os mesmos, senão maiores cuidados que os dispensados a suas máquinas e maquinismos,

Embeberam-se do suave humanismo cristão que levou Leão XIII a doutrinar que o que faz próspera uma nação são os costumes puros, as famílias fundadas sobre a base da ordem e da moralidade, a prática da religião, o respeito da justiça, uma tributação moderada e uma repartição equitativa dos cargos públicos, o progresso da indústria e do comércio, agricultura florescente e outros elementos do mesmo gênero, de molde a desenvolver sem aumentar excessivamente o bem estar e a felicidade dos cidadãos.

Adotaram o ensinamento antes mesmo que o Estado, como aconselhou aquêlê sumo pontífice, se servisse daquêlêes meios a fim de se tornar útil a tôdas as classes e, ao mesmo tempo, melhorar grandemente a sorte da classe trabalhadora, usando de todo o rigor de seu direito e sem temer o reproche de ilegitimidade de sua ingerência, por lhe competir a salvaguarda do interêsse comum. Com essa integração da indústria e do comércio no papel de colaboradores da ordem social, vieram as empresas industriais a exercitar função insigne, como autênticos órgãos de colaboração com o Estado, que dela já não mais pode prescindir para sua defesa na ordem interna e principalmente na externa.

Nesta, então, depois da última guerra, a presença das grandes empresas se tornou indispensável, desde que a guerra antes requer mais a técnica dos cientistas do que a tática dos cabos militares, em boa parte ineficiente diante da pujança destrutiva dos inventos industriais.

Nem é possível a prosperidade dessas empresas em nações econômicamente pobres, mais empobrecidas ainda por uma população enfraquecida pelos males sociais e morais. Cabe-lhes quinhão imenso no esforço de engrandecimento dos países em que operam; e não podem ser indiferentes, ao mesmo passo, ao seu desenvolvimento ci-

entífico, cultural e artístico. Ao cumprimento desse dever cívico, e por que não o dizer patriótico?, não fugiram os dirigentes da empresa que instituiu, com a fundação de seu nome, o “Prêmio Moinho Santista”. No ofício que me dirigiram os presidentes do Grande Juri e do Conselho Administrativo da Fundação, disseram-me que aquêlê prêmio me era concedido por haver eu realizado, “com maior mérito”, obra de excepcional projeção nacional e internacional e de inquestionável valor para o progresso das ciências especulativas, obtendo a consideração e o reconhecimento públicos por serviços relevantes prestados às ciências jurídicas”.

Se não fôsse assim, bem poderia eu asseverar que as palavras com que me enalteceu o professor Honório Monteiro, meu antigo discípulo e mestre eminentíssimo que ao depois tive a fortuna de ver ao meu lado em cátedra em que ministramos o ensinamento da mesma disciplina jurídica, tinham sido o ditame de amizade que vem de longos anos. Em face porém do julgamento do Grande Juri, rendo-me, e de bom grado, à irrecorribilidade da decisão.

Sensibilizado e engrandecido, não ousou formular agradecimento que deslustraria a magnitude do prêmio e do julgado que mo adjudicou, tanto mais quanto, por seu significado, êle não me vem como estímulo, senão como dignidade augusta, que brasona de nobreza intelectual minha vida de jurista e de professor universitário.

Mensagem do Presidente do Supremo Tribunal

E’ o seguinte o texto da mensagem enviada pelo eminente presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro dr. Orosimbo Nonato da Silva, ao prof. Jorge Americano, presidente da Fundação Moinho Santista:

“Senhor presidente: Acuso, com prazer, o recebimento do ofício em que v. exa. se digna comunicar haver sido

eleito o professor Waldemar Ferreira para receber o Prêmio Moinho Santista de 1958. Muito grato pela deferência, apraz-me cumprimentar o Juri por haver consagrado, com muita justiça, uma grande vida de cidadão e de mestre do direito e premiado uma brilhante e copiosa obra jurídica que honra a nossa cultura. Prevaleço-me do ensejo para externar a v. exa. os protestos de meu grande aprêço e distinta consideração. (as.) Ministro Orosimbo Nonato, presidente do Supremo Tribunal Federal”.

Mensagem do Presidente da República Italiana

Achando-se em São Paulo no dia em que o Professor Waldemar Ferreira foi galardoado com o Prêmio Moinho Santista, o Exmo. Sr. Giovanni Gronchi, Presidente da República da Itália, dirigiu ao Professor Jorge Americano esta mensagem:

“A Itália e o Brasil se orgulham de suas tradições jurídicas e do intercâmbio que se estabeleceu, faz mais de um século, entre juristas italianos e brasileiros.

É motivo de satisfação verificar que, por ocasião da Visita Presidencial ao Brasil, o Prêmio Moinho Santista é concedido a um eminente jurista brasileiro, o Professor Dr. Waldemar Martins Ferreira, a quem o Brasil muito deve pela projeção que deu às suas letras jurídicas no exterior, elevando o nome da Universidade de São Paulo entre os centros universitários de todo o mundo latino.

Esse acontecimento tem importância não só pelo valor do Prêmio Moinho Santista, um milhão de cruzeiros, a maior recompensa científica da América, mas pela distinção acadêmica que representa.

(Ass.) GRONCHI”

Os termos do diploma

São os seguintes os termos do artístico pergaminho entregue ao detentor do Prêmio Moinho Santista de 1958,

datado de 30 de setembro de 1958, o qual traz a assinatura do ministro Orosimbo Nonato, presidente do Supremo Tribunal Federal e presidente do Grande Juri, do desembargador dr. João Marcelino Gonzaga, presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e vice-presidente do Grande Juri, do prof. Jorge Americano, presidente do Conselho Administrativo da Fundação Moinho Santista, e do dr. Eugenio Belotti, secretario da Fundação Moinho Santista:

“A Fundação Moinho Santista, de acôrdo com seus Estatutos e Regulamento, confere ao exmo. sr. prof. dr. Waldemar Martins Ferreira o Prêmio Moinho Santista de 1958, por ter realizado, com maior mérito, obra de excepcional projeção nacional e internacional e de inquestionável valor para o progresso das Ciências Especulativas, obtendo a consideração e o reconhecimento públicos por seus relevantes serviços prestados às Ciências Jurídicas”.

Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie

Em sessão solene realizada aos 30 de outubro de 1958, na sala Couto de Magalhães, a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie prestou homenagem ao Dr. Waldemar Ferreira, professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por ter sido distinguido com o Prêmio Moinho Santista de 1958.

Presidiu a sessão o reitor da Universidade Mackenzie, professor Flaminio Fávero, presentes os professôres Jorge Americano, diretor da Faculdade de Direito, Alfredo Cecílio Lopes, Camilo Ashcar, Philomeno J. da Costa, José Barbosa de Almeida, Xavier de Brito, Hilário Veiga de Carvalho, Manuel Augusto Vieira Neto, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, José Scaciotta e George Coelho Mendes de Souza. Tomou assento à mesa o Dr. José Ayres Netto.

Coube ao professor Philomeno J. da Costa saudar o professor Waldemar Ferreira, em nome da Congregação.

Inicialmente, discorreu o orador sôbre o significado do Prêmio Moinho Santista e sôbre o critério que preside à outorga do galardão aos escolhidos. Referindo-se depois ao professor Waldemar Ferreira, chamou-o de “príncipe dos nossos comercialistas vivos, advogado pugnaz e juris-publicista do melhor tomo”.

“Se por um processo de eleição das mais altas características — aduziu — se brinda um jurista, se galardoia um mestre, se recompensa um caráter, se laureia um sábio — esta Escola de Direito tinha também que acrescentar o tributo dos seus mais irrestritos aplausos. Engrandecese quem espontânea e cordialmente reverencia os grandes”.

Finalmente, apreciou o orador a obra jurídica de Waldemar Ferreira, fazendo especial menção à sua *História do Direito Brasileiro*, em quatro volumes, e aos seus trabalhos na *Revista de Direito Mercantil*, há oito anos em curso de publicação.

Em resposta, o professor Waldemar Ferreira proferiu o seguinte discurso:

“A glória do homem de bem, na prédica da *Imitação de Cristo*, é testemunha de boa consciência. *Glória boni hominis testimonium bonae conscientiae. Habe bone conscientiam*, nela se advertiu, & *habebis semper letitiam*. Tende boa consciência e sempre possuireis alegria.

Conceitou-se a alegria dessarte como sendo o estado de conformidade de pensamentos e atos com os ditames de boa e sã consciência.

Poderia murmurar de mim para mim, se nesta assentada públicamente não o externasse, ter vivido nesse estado de graça advindo da consonância de meus atos e pensamentos com as diretrizes de consciência tranqüila de operário afeito a trabalho contínuo, nunca prolongado em excessos que levassem à fadiga, nem interrompido por ócios infindos, que o estagnassem no não fazer nada espiritual, gerador do tédio, fonte de tristeza.

Tanto que me iniciei no curso jurídico, vi-me na contingência, para levá-lo a bom pôrto, de fazer-me copista

em oficina de notário, officio modesto mantido durante um quinquênio e só abandonado no momento da investidura do grau, que me ensejaria a tomada de posição profissional, para que me preparara na freqüência assídua ao ensinamento das cátedras.

Nisso assaz me empenhei; e me regosijo com o propósito. Era difficil o aprendizado jurídico, pela ausência, quase completa, de compêndios nacionais pelos quais se estudassem as disciplinas seriadas no currículo acadêmico.

Determinara a lei de 11 de agosto de 1827, instituidora dos Cursos Jurídicos de São Paulo e de Olinda, que os seus lentes adotassem ou, inexistindo, escrevessem compêndios para o ensino de suas disciplinas, contanto que as doutrinas não fôsses desconformes com o sistema jurado da Nação.

Os compêndios, assim escritos, aprovados pelas Congregações dos Lentes, serviriam até que fôsses aceitos pela Assembléa Geral. Se o fôsses, o Govêrno Imperial os faria imprimir e fornecer aos Cursos Jurídicos, competindo a seus autores o privilégio exclusivo das obras por dez anos.

No cumprimento dêsse dispositivo, o primeiro lente do Curso Jurídico de São Paulo submeteu, sem êxito, à aprovação da Assembléa Geral, para servir de compêndio, os seus *Princípios de Direito Natural*. Fulminou-o parecer da Comissão de Instrução Pública da Câmara dos Deputados, ministrado em 1830, concluindo que aquêlê compêndio não fôsse “admitido no Curso Jurídico, devendo-se ensinar o Direito Natural por outro compêndio, que melhor desempenhe a matéria”.

Contribuiu êsse insucesso para que os demais lentes se esquivassem da elaboração de seus compêndios, desde então circulantes clandestinamente, sem aprovação das Congregações, sob a forma de postilas imperfeitamente taquigrafadas e publicadas “sem responsabilidade da ilustrada cadeira”.

Romperam com essa timidez os lentes de Direito Administrativo e de Processo, mantendo os demais o ineditismo que levou Teixeira de Freitas a havê-los “por Papinianos, mas de ciência guardada, só atestada por discípulos que adoram seu mestre e juram em sua palavra”.

Manuseavam-se, no comêço do século, para o estudo do Direito, compêndios e tratados universitários estrangeiros, principalmente franceses e italianos, salvo, bem é de ver, quanto ao Processo e ao Direito Civil, que ainda era o das Ordenações do Reino. Constituíam raridades bibliográficas o *Curso de Direito Civil Brasileiro* do Conselheiro Antonio Joaquim Ribas e os *Direitos da Família* e o *Direito das Cousas* do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, as obras primas do direito privado brasileiro.

Sem declinar dos prazeres de que era pródiga a vida acadêmica de então, que vivi sem desperdício, intensa e mesmo vibrantemente, pois nos cantava aos ouvidos a ressonância do brado de Raul Pompéia de que vibrar era viver, pareceu-me indispensável a presença às aulas com disposição de acompanhá-las atentamente, tomando notas logo depois traduzidas e ampliadas em confronto com os textos e doutrinas referidos, em volumes manuscritos, alguns dos quais andaram de mão em mão até se perderem e outros ainda estantes, como relíquias preciosas, em minha biblioteca.

Com isso, mais o aprendido no meu officio notarial de todos os dias, concluído o bacharelado jurídico, eu me fiz advogado provinciano em minha comarca de origem, fiel ao meu fadário profissional.

Adota-se uma profissão, como então escrevia Emile Faguet, tão em voga no mundo das letras internacionais, por um de dois motivos assaz diferentes: por vocação ou por falta de vocação, todos os dois análogos ao casamento. O primeiro é análogo ao casamento por amor. É o segundo análogo ao casamento de razão ou de conveniência. A vocação, dizia o escritor francês, é amor vivo por officio ou mister que se conhece pouco e com que se sonha muito.

Como o casamento, advertia, apaixonadamente desejado, complacientemente desejado ou simplesmente aceito, a profissão requer adaptação, ajustamento. Tem-se nela maneira inventada para satisfação de necessidades gerais em que se depara qualquer coisa de universal, que cada individuo deve adotar e lhe imprime sua marca inconfundível. O advogado é o homem da lei, defensor e aplicador dela, mas que a lei envolve e absorve ou, para usar da expressão do escritor, “l’homme dont la loi a fait sa chose”.

Atraía-me o pretório, desde a infância; e me pareceu a advocatura a condizente com os meus pendores, já então manifestos, para o cultivo das letras: era a vocação que se renunciava.

Advogado sou há cinqüenta anos.

Do pretório não me afastou a política, que nele tem encontrado o seu mais rico manancial de servidores, pois que nele se enfileiram os homens da lei, senão quando, por circunstâncias históricas assaz conhecidas e nunca em demasia lembradas, me desterrou dêstes rincões prediletos para terras longínquas de além mar.

Também das lides forenses não me separou a cátedra universitária, que depois vim a obter, e me alargou os horizontes da ciência jurídica.

São os advogados, em regra, juristas de casos ocorrentes. A prática judiciária é absorvente e complexa; e os afazeres que ela impõe e exige de quantos nela se exercitam, não ensejam a serenidade indispensável para os estudos desinteressados e sistemáticos da ciência jurídica.

Caminhou-se, por isso mesmo, para o sistema da especialização profissional, sobretudo por se ter abandonado o sentido liberal da advocacia, convolada em emprêgo permanente e até entrosado no regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Possui cada empresa o que se tem chamado de o “seu contencioso”, para a solução de seus problemas jurídicos, com compartimentos mais especiali-

zados ainda, em que avultam os setores trabalhistas e os fiscais. Implantou-se a especialização igualmente nos bancos, nas companhias de transportes, nas empresas de seguros ou de navegação marítima e aérea. Verificou-se o mesmo no fôro, em que constituem compartimentos estanques os dos criminalistas e os dos falencistas, cada qual com o seu sistema planetário adequadamente preparado Também no Ministério Público. Até nos Tribunais.

Esse especialismo profissional, que empolgou a advocatura, não é isolado. Mostrou-se entre nós até retardatário. Chegou e converteu-se em realidade, à margem e a despeito do profissionalismo liberal que a transfundira de munus público em sacerdócio. Exprime-se, em verdade, por locação de serviço ou, melhor, por contrato de trabalho. Não que com isso se haja degradado. Nada disso! Modificou-se. Mudou de aspecto, por fôrça das contingências da vida contemporânea.

Pôs Ortega y Gasset sob o ângulo visual da objetiva de sua máquina de fotografia espiritual ao homem especializado, “exemplar dêste estranho homem novo” que intentou definir por uma e outra de suas vertentes e fases. Disse que era configuração humana sem par em tôda a história. Serve o especialista para concretizar enèrgicamente a espécie e divisar todo o radicalismo de sua novidade. Podiam os homens dividir-se antes em sábios e ignorantes, em mais ou menos sábios e mais ou menos ignorantes. Mas o especialista não se pode situar em nenhuma dessas categorias. Não é um sábio, porque ignora formalmente quanto não entre em sua especialidade; mas também não é um ignorante, porque é “um homem de ciência” e conhece muito bem a sua partícula do Universo. Melhor seria havê-lo como “um sábio-ignorante, coisa sobremaneira grave, pois significa que é um senhor que se comportará, em tôdas as questões que ignora, não como um ignorante, senão com a petulância de quem, em sua questão especial, é um sábio”.

É que, concluiu o pensador espanhol, “se o especialista desconhece a fisiologia interna da ciência que cultiva, muito mais radicalmente ignora as condições históricas de sua sobrevivência, isto é, como têm que estar organizados a sociedade e o coração do homem para que possam seguir seus destinos. O descenso de vocações científicas, que nestes anos se observa, é sintoma preocupante para todo aquê que tenha idéia clara do que é civilização, a idéia que sói faltar ao típico “homem de ciência”, cimo de nossa atual civilização”.

Poderei dizer de mim mesmo que me especializei, encerrando-me no âmbito do comercialismo?

Transferindo-me do fôro provinciano para o desta comarca, não tardou que as condições desta imensa praça mercantil me conduzissem a prestar assistência profissional ao seu comércio atacadista, assoberbado por falências que se desfaziam em ruína total e em concordatas que se homologavam em propostas vis. Organizando-se em associação de classe, ao mesmo tempo em que entrou a agir no fôro em defesa dos credores seus componentes, lançou uma revista para maior eficiência daquele propósito, em que se estudassem os problemas jurídico-mercantis do momento. Os trabalhos forenses, que então elaborei, e os doutrinários, que nela escrevi, tiveram que se imprimir em volumes, um dos quais se ampliou em três edições sucessivas.

Com tudo isso, eu me achei, naquela oportunidade, que o destino me proporcionou, em ponto de atender a outro rumo de minha vocação, disputando a cátedra, que afinal alcancei, e ocupei durante trinta anos, de direito comercial na Faculdade de Direito de São Paulo.

Professor universitário, não vi nesse pôsto, apenas um título ou simples dignidade, nem tão pouco simples cargo público, senão, e em verdade, uma cátedra universitária, cheia de encargos, de deveres e de obrigações. Desde o primeiro momento, compreendi que deveria dar tudo quanto meu esforço permitisse, de molde a poder exigir alguma coisa de quantos me frequentassem as aulas. De

ano para ano meu programa de ensino se modificou, depurou e ampliou, a fim de que não se anquilosasse nas postilas clandestinas, para o que elaborei cursos, instituições e tratados, em edições contínuas e sucessivas, revistos, aumentados e atualizados até o dia da impressão da última página.

Foi êsse labôr, que cessará sòmente quando meus olhos definitivamente se cerrarem para a leitura e meu espírito se transmigrar para o outro lado da vida, que justificou o voto do Grande Júri da Fundação Moinho Santista, concedendo-me o seu Prêmio de 1958. Adjudicou-me, dizendo-me haver eu realizado obra de projeção e de valor para o progresso das ciências especulativas no âmbito das ciências jurídicas.

Que êsse nobre gesto me encheu de júbilo, eu não tenho ânimo para ocultar. Confesso-o, sem penitenciar-me, principalmente diante de vós, meus eminentes colegas e amigos reunidos nesta sessão solene da Congregação dos Professôres da Faculdade de Direito da Universidade MacKenzie, a que preside, por coincidência, o jurista insigne, Jorge Americano, que é presidente da Fundação Moinho Santista, e foi reitor magnífico da Universidade de São Paulo, de cuja Faculdade de Direito é catedrático, na qual todos os que aqui nos encontramos congregados recebemos o ensinamento e grau do bacharelado em ciências jurídicas e sociais.

Manifestando-me vosso júbilo, como o fizestes, com requintada galanteria, pela palavra do Professor Philomeno J. da Costa, ao qual me ligam antigos laços de companheirismo e amizade, vós, senhores professôres desta jovem Faculdade de Direito, bem exprimistes o alto grau de vosso espírito universitário”.

Relatório da viagem realizada pelo Prof. A. F. Cesarino Jr., à Europa, em 1958, com o objetivo de: I – assistir à sessão inaugural da 42.^a Conferência Internacional do Trabalho; II – participar do II Congresso Internacional de Direito Social; III – presidir à Assembléia Geral da Sociedade Internacional de Direito Social; IV – visitar as Universidades Escandinavas.

I.

A convite do Sr. C. Wilfred Tenks, Sub-Diretor-Geral do “Bureau” Internacional do Trabalho, assistimos a 2 de junho, em Genebra, no antigo palácio da Organização das Nações Unidas, à sessão solene de abertura da 42.^a Conferência Internacional do Trabalho. Fomos a seguir recebidos pelo Diretor-Geral do Bureau Internacional do Trabalho, Sr. David Morse e a seguir nos entrevistamos com Mme. Figueirôa, Diretora da Divisão de Trabalho de Mulheres, do Bureau Internacional do Trabalho e com o Sr. Alberto Annoni, Diretor da Divisão de Segurança e Higiene do Trabalho, do B.I.T., com quem trocamos idéias a respeito de estudos especializados que temos em andamento e de quem recebemos preciosas informações. Homenageou-nos com um almôço o Presidente Alfred Borel, Membro do Conselho de Estado e Secretário da Educação da República e Cantão de Genebra, na Suíça.

II.

A 8 de junho fizemos parte, como Presidente da Sociedade Internacional de Direito Social e membro de sua Comissão Científica, da mesa que presidiu à sessão solene de instalação do II Congresso Internacional de Direito Social, realizada à tarde, no grande auditório da Universidade de Bruxelas.

Aberta a sessão pelo Prof. Fernand Van Goethem, Presidente do Instituto Interuniversitário Belga de Direito Social, seguiu-se um discurso do Sr. Wohler, Ministro do Trabalho da Bélgica, que representava na solenidade o Primeiro Ministro belga e exaltou a importância do certamen, examinando em seguida a atual política social belga. Seguiu-se-lhe o Sr. De Givry, representante do B.I.T., cuja oração deixou bem claro o interesse da Organização Internacional do Trabalho, não somente pelos trabalhos do Congresso, mas também pela reunião numa só associação, sucessora da S.I.D.D.S., dos estudiosos do Direito Social de todo o mundo. Coube-nos, em seguida, a incumbência de discursar em nome da S.I.D.D.S., havendo proferido a oração de que juntamos cópia. Por último falou o Prof. Paul Durand, da Faculdade de Direito de Paris, que proferiu esplêndida lição sobre a moderna orientação dos estudos de Direito Social, sendo, a seguir, encerrada a sessão pelo Prof. Van Goethem, eleito, por nossa indicação, Presidente do Congresso. Todos os Membros da Comissão Científica, inclusive, portanto, o signatário deste relatório, e mais a Prof.^a Madeleine Gevers, da Universidade de Bruxelas, Presidente da Comissão Organizadora do Congresso, foram eleitos seus Vice-Presidentes, e o Dr. Maurice Cornil, seu Secretário-Geral.

Nos dias seguintes se realizaram as sessões científicas com a particularidade de terem por sede as diversas Universidades Belgas, tendo assim o Congresso um caráter itinerante. Foram estas as cidades em que se reuniu su-

cessivamente o Congresso, para discussão dos diversos temas, a seguir indicados, com os nomes de seus Relatores Gerais: *Gand* — “Relações Individuais de Trabalho” — Prof. Dr. H.C. Nipperdey, da Alemanha; *Antuerpia* — “Relações Coletivas de Trabalho” — Prof. O. Kahn Freund, da Grã-Bretanha; *Liège* — “Segurança Social”, Prof. M. G. Levanbach, dos Países Baixos; *Louvain* — “O Estado e a organização do seguro em matéria de acidentes do trabalho”, Prof. Paul Horion, da Bélgica; *Bruxelas* — “As instituições federais e supranacionais e a legislação social” — Prof. Mário De La Cueva, do México e “As relações de trabalho e a segurança social nos territórios não metropolitanos”, Conde Pierre de Briey (B.I.T., Suíça), esta última sessão sôbre a nossa presidência.

A 15 de junho, no Palácio dos Congressos, se deu a sessão solene de encerramento do Congresso, havendo feito parte da mesa que a presidiu o Ministro do Trabalho, os Profs. Van Goethem, Kahn Freund, Perez Botija, da Espanha, Paul Durand, De La Cueva, Paul Horion, os oradores Profs. Rafael Caldera, da Venezuela e Túlio Ascarelli, da Itália e o Sr. René Dekkers, Presidente da Comissão de Congressos da Exposição Universal de Bruxelas e o signatário dêste relatório.

A seguir se realizou no Palácio da Elegância, no recinto da Exposição, um banquete de despedida, durante o qual usaram da palavra o Prof. Paul Durand, para homenagear o Secretário-Geral do Congresso, Sr. Maurice Cornil, o Prof. Van Goethem, para saudar os países de que provinham os congressistas e o signatário dêste relatório para levantar o brinde de honra à Sua Majestade o Rei dos Belgas.

Na parte social do Congresso se haviam realizado antes um recepção no Palácio da Municipalidade de Bruxelas, um espetáculo “Som e luz”, na Abadia de Saint-Bavon, em Gand e um concêrto no Instituto Nacional de Rádio Difusão de Bruxelas, havendo sido visitada também a cidade de Bruges. Alguns congressistas, entre êles o signatário dêste relatório, foram homenageados com um *garden*

party, pelo Comissário-Geral da Exposição Universal, Barão Moens de Fermig, no Palácio Real de Belvedere.

O Congresso alcançou pleno êxito, não somente pelo grande número de adesões recebidas, cêrca de 350, como pelo valor dos relatórios apresentados, tanto gerais, como nacionais, êstes em número de várias dezenas e pelo calor e interêsse científico das observações dos demais congressistas àquêles relatórios.

De nossa parte, além de havermos colaborado intensamente em sua organização, inclusive nomeando todos os Relatores Nacionais brasileiros e incentivando a adesão das sociedades filiadas e dos Colegas da América como Membro de sua Comissão Científica e Presidente da S.I.D.D.S., elaboramos também, como Relator Nacional brasileiro, o relatório sôbre o tema 4: “O Estado e a organização do seguro em matéria de acidentes do trabalho”

III

Na sua qualidade de Presidente da S.I.D.D.S., coube ao signatário dêste relatório abrir a assembléia geral da S.I.D.D.S., que se realizou num auditório da Universidade de Bruxelas, a 14 de junho.

A S.I.D.D.S., foi fundada a 1.º de março de 1850, tendo sido reconhecida de utilidade pública pela lei federal brasileira n.º 1.391-A., de 10 de julho de 1951. No I Congresso Internacional de Direito do Trabalho, reunido em Trieste, em 1951, sua existência foi oficialmente mencionada (Cf. *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto del Lavoro*, Trieste, 1952, pgs. 558 e 559). Realizou ela em São Paulo, de 8 a 15 de agôsto de 1954, o I Congresso Internacional de Direito Social, com a participação de 19 países, havendo publicado os respectivos trabalhos em 3 volumes (Cf. *Annales du 1er. Congrès International de Droit Social*, 3 volumes, São Paulo, 1955/1957).

Na qualidade de Presidente da S.I.D.D.S., convidado pelo Governo da Venezuela, participamos, em 1955, da V Conferência Interamericana de Segurança Social, reunida em Caracas, lançando as bases para a fundação do Instituto Venezuelano de Direito Social, mais tarde filiado à S.I.D.D.S.. Ainda nessa qualidade, convidados pela Universidade de Concepción, no Chile, aí presidimos à fundação da filial chilena da S.I.D.D.S., e à instalação do I Congresso Chileno de Direito Social.

Havendo o programa do II Congresso Internacional de Direito do Trabalho, que se reuniu em Genebra, de 12 a 14 de setembro de 1957, inscrito como terceiro ponto de sua ordem do dia “a criação de uma associação internacional de direito do trabalho”, enviamos aos seus organizadores, assim como a todos os membros desse Congresso e da S.I.D.D.S., e a todos os professores de quem tínhamos o enderêço, a inclusa circular, concitando-os a uma união de esforços, no sentido da existência de uma única associação para o estudo da disciplina. Como se pode ver, nessa circular declarávamos expressamente, depois de nos havermos prontificado a deixar a presidência da S.I.D.D.S.: “Il semble, donc, que rien ne pourra pas empecher l’unité d’efforts pour le progrès de notre science, n’importe quel soit le nom de son entité internationale representative, son siège ou son personnel dirigeant”.

Recebemos numerosas respostas de apoio à nossa idéia, inclusive dos organizadores do II Congresso Internacional de Direito do Trabalho, Presidente Alfred Borel e Professor Alexandre Berenstein e do Sr. C.W. Jenks, Sub-Diretor-Geral do B.I.T..

Fizemos, em consequência, que a S.I.D.D.S., se representasse no II Congresso Internacional de Direito do Trabalho por uma Comissão composta de seus Diretores, Professores Paul Durand, da França, Otto Kahn Freund, da Grã-Bretanha e Fernand Van Goethem, da Bélgica, dos quais somente o segundo pôde estar presente ao Congresso, nêle sustentando brilhantemente a tese da S.I.D.D.S.. Foi

ela apoiada também de maneira magnífica pelo Sr. Jenks. Disto resultou que o II Congresso Internacional de Direito do Trabalho não criou a projetada associação, mas decidiu entrar em entendimentos com a S.I.D.D.S., sôbre o assunto, nomeando para isso uma Comissão de que faziam parte o Presidente Borel, o Sub-Diretor Jenks e o Professor Berenstein, para com a Comissão acima citada estudarem as bases dêsse acôrdo.

Especialmente convidados por essa Comissão, chegamos a Genebra a 3 de junho e a 4 do mesmo mês, com ela e mais o Sr. Jean De Givry, Diretor de Divisão do B.I.T., elaboramos o projeto dos Estatutos da nova entidade que reuniria os dois grupos de cientistas do Direito Social.

Êste projeto, depois de examinado por uma pequena comissão, durante o Congresso, foi a 14 de junho de 1958, após a última sessão plenária do Congresso, submetido à assembléia geral dos membros da S.I.D.D.S., presentes e a seguir, com a sua aquiescência, a todos os membros do Congresso, sendo aprovado com pequenas alterações.

Ficou assim constituída a Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social (S.I.D.D.S.), com sede em Genebra (Suíça). Foi eleito seu Presidente o Prof. Paul Durand, da França, seus Secretários os Profs. Alexandre Berenstein, da Suíça e Ruy de Azevedo Sodré, do Brasil e Tesoureiro o Dr. Maurice Cornil, sendo ainda eleitos Professôres representativos de grupos regionais ou linguísticos para membros do Conselho Diretor. O Presidente Alfred Borel e o signatário dêste relatório foram eleitos Presidentes Honorários da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social.

IV

Encerrados assim os trabalhos do Congresso e da S.I.D.D.S., o signatário dêste relatório, após breve visita à Holanda, se dirigiu aos países escandinavos, com o objetivo

de visitar-lhes as Universidades. Êste intento, porém, foi grandemente prejudicado pelo fato de se encontrarem as Universidades escandinavas praticamente fechadas, por ser período de férias o mês de junho.

Em Copenhague visitamos a Universidade e notadamente a Faculdade de Direito. Seu Professor de Direito do Trabalho é o Juiz C. Ove Christensen.

A seguir, na Noruega, visitamos também a Universidade, especialmente a Faculdade de Direito, não tendo porém encontrado nenhum Professor.

Na Suécia, onde nos demoramos mais, visitamos notadamente a Divisão do Trabalho da Mulher, onde nos foram fornecidos esplêndidos esclarecimentos sôbre problemas de nosso interêsse.

Visitamos também a Universidade e na Faculdade de Direito, que funciona no mesmo prédio que a Faculdade de Ciências Econômicas, nos entrevistamos com o Professor Jean Ekman Hellner, da Cadeira de Direito de Seguros. O Professor de Direito do Trabalho aí é o Professor Folke Fredrik Schmidt, da Cadeira de Direito Civil, com quem nos havíamos encontrado na Bélgica, durante, o Congresso. Estivemos também na cidade de Upsala, para visitar-lhe a famosa Universidade, a qual, porém, se achava fechada.

São Paulo, 4 de julho de 1958.

A. F. CESARINO JR.

Aspectos criminológicos do problema da prostituição *

Durval Cintra Carneiro

“Prostitution, like poverty, is one of the oldest social problems. It antedates the dawn of history, and in its present manifestation is more difficult to control than ever before” (1).

Importância do Problema.

A prostituição é, sem dúvida, um dos mais angustiosos problemas da criminologia moderna.

Conduta perigosa, semelhantemente à embriaguez e à vadiagem (la prostitución sera una inmoralidad que hall su paralelo en la vida dissoluta del varon, y que, como el alcoholismo, el juego y la vagancia, constituye un estado peligroso) (2) forma núcleo de atração mais forte que o destas, em tórno do qual gravitam formas consagradas de crimes.

Mais do que isto: compõe o “habitat” indispensável à eclosão do lenocínio, dentre cujas modalidades sobressai, por traço mais forte de abjeção, a escravidão branca.

(*) Trabalho referente à Cadeira de Criminologia.

(1) Harry Elmer Barnes and Negley K. Teeters, *New Horizons in Criminology*, 1954.

(2) JIMENEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, tomo I, p. 80, Buenos Aires. 1946.

Basta meditar nisso para se ter presente ao espírito tôda a importância fundamental que ela assume em programa de política criminal, realmente interessado na realização do bem comum.

**Conceito de prostituição. Suas formas primordiais.
Constitui fato social.**

É o modo de vida dos que entretêm relações sexuais promíscuas com fito de lucro. . “es el ejercicio publico de la entrega carnal promiscua, por precio, como médio de vida de una persona” (3)

Existe uma manifestação moderada, clandestina, e outra franca, mais inpuente, que raras legislações punem como crime, enquanto numerosas, sem irem a tanto, regulamentam.

Dai porque alguns especialistas as discriminam paradoxalmente em prostituição legal e extra-legal.

Esta última diluída, dissimulada no meio social, é por isso mesmo, mais perigosa, porque mais incontrolável.

Ambas sempre existiram e têm variado no tempo e no espaço, afeiçoando-se a moldes surpreendentes, numa escala estranha, que vai da consagração religiosa à perseguição como delito.

É incontestavelmente, a prostituição, fato social naturalíssimo. Não se poderia, portanto, senão fugindo à realidade, pretender sua completa abolição.

Assim sendo, a luta contra ela precisa contentar-se com vitória mais modesta: reduzi-la à mínima manifestação compatível com seu condicionamento social e os meios de combate.

Para tanto é indispensável conhecer as causas propiciadoras do seu florescimento a fim de reduzi-las, ou eli-

(3) JIMENEZ DE ASÚA, obr. cit. p. 52.

miná-las, collocando-a em terreno tão estéril quanto possível, para que se estiole e frutifique menos.

Entendimento dos moralistas.

Vejamos, de modo geral, antes de examinar seus factôres, como tem sido encarada pelos estadistas de um lado, e pelos moralistas, de outro.

Êstes têm-na unânimemente em conta de imoralidade.

Os católicos resumem seu ponto de vista no seguinte: “per il suo carattere de indiscriminatezza, la persona che si prostituisce e quella que se ne serve accettano in partenza la possibilità di aver rapporti sessuali anche con persone precedentemente legate dal vincolo matrimoniale, aggiungendo quindi all’immoralità dell’abuso della facoltà sessuale la colpevolezza specifica dell’adultero; la donna che si prostituisce si mette nell’occasione di adottare pratiche anticoncezionali o addirittura abortive, aggiungendo quindi alla malizia dell’abuso sessuale quella espezifca dell’onanismo e dell’aborto; tenendo presente come la prostituzione è preticata, anche dove vige una regolamentazione, la donna si mette nell’occasione e quasi nella necessità di compromettere la própria salute, aggiungendo quindi alla colpa per l’abuso sessuale quella per la propria minora-zione fisica. (4)

Entram em divergência, porém, os próprios católicos, no apreciarem a attitude que o Estado deve assumir perante ela.

Uma corrente tolerante se escuda na autoridade de alguns papas e na de teólogos do tómo de S. Agostinho e S. Tomás, bem como na premissa de que da proibição resultaria mal maior.

(4) Enciclopedia Cattolica, v. X.

Outra, pondo em dúvidas o fundamento baseado na interpretação daquelas autoridades religiosas, e tendo seu mais eminente representante em S. Alfonso, é abolicionista e corresponde melhor à tendência católica moderna, dos moralistas mais recentes, para os quais a regulamentação contribui para debilitar o senso moral; propicia aos fracos a violação das normas de conduta; e torna inevitável a exploração mercantil do abuso sexual e o conseqüente tráfico das brancas.

Atitude do estado: regulamentarismo, abolicionismo e proibicionismo.

A atitude dos estados, manifestada nas leis dos países vanguardeiros, reflete êsse dissídio dos moralistas. Há três tipos de legislação: regulamentarista, abolicionista e proibicionista, que visam, respetivamente: “a) reglamentarla com miras higiênicas y de ordem público; b) abolir la reglamentación y procurar por otros medios la higiene física e moral; y c) declararla prohibida e definirla como delito. (5)

Causalidade dos atos humanos: situações pessoais e sociais mais favoráveis.

As expressões locais da prostituição dependem intimamente dos fatores biopsicológicos, que, por sua vez, são condicionados pelos sociais.

Do acalorado debate entre os que propugnam o predomínio do meio social e os que reivindicam a hegemonia à herança biopsicológica, no tocante à causalidade dos atos humanos, já se impõe a conclusão, pelo menos de que o contingente hereditário, se não prevalece, equipara-se às

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, obr. cit., p. 53.

condições sociais, como força determinante, sobretudo após as conclusões das pesquisas sobre o comportamento dos gêmeos idênticos.

Essa generalidade de causas entremostra o invencível embaraço, que se defronta a quem busca traçar com rigorosa precisão as coordenadas do gesto com que se prosti-tui.

É a mesma dificuldade de apontar as causas da manifestação criminosa, dos atos humanos em geral: “hitherto, the fund of possible explanations invoked by the criminologists has been much too narrow. Ordinarily he is content to trace delinquency in the young to but four or five all-powerful causes sometimes, indeed, to no more than one. Drink, epilepsy, a defective moral sense, some outstanding feature of heredity, or some characteristic of city life, is seized upon in isolation, and made accountable for all. With the same exclusive emphasis, some solitary panacea has been correspondingly put forward. It is as if one should explain the Amazon in its flood by pointing to a rivulet in the distant Andes, which, as the tributary that is farthest from the final outflow, has the honour of being called the source. Dry up the rill, and the river still flows on. Its tributaries are countless, though all stream into one sea. . . A crime is committed only when the right combination of personal and social factors comes into existence to create a specified “crime situation” And, viewed in a merely external fashion, the same “apparent” concatenation of factors might not produce a crime the next time they are brought together. In the particular situation where the crime is committed, it is inevitable outcome of all the elements in the picture as inevitable an outcome as any physical occurrence could possibly be. But external and apparent similarities and repetitions in social situations may not be actual and complete repetitions.” (6)

(6) Harry Elmer Barnes and Negley K. Teeters, obr. cit., p. 118 e 120.

Tem-se, portanto, que limitar à indicação das situações pessoais e sociais mais favoráveis a sua incidência, para, através delas, organizar a campanha contra o mal.

O estado não deve permanecer indiferente. Abolicionismo ou regulamentarismo.

Magnitude dos interesses sociais suscetíveis de lesão pelos crimes que se alimentam na prostituição leva a concluir que o Estado não deve permanecer indiferente a esta.

Qual, porém, daquelas três posições em face do problema, êle deve tomar? Qual a mais adequada ao fim de reduzi-la às mínimas proporções possíveis?

Posto de lado o proibicionismo, geralmente repellido, salvo poucas nações, resta escolher entre o abolicionismo e a regulamentação. Na doutrina como nos códigos domina o entendimento de que a prostituição não é crime: “ormai qualunque sia il punto di vista scientifico da cui si parta, la prostituzione non può annoverarsi fra le azioni delittuose. Difatti, se caratteristica essenziale del delitto è la violazione di un diritto, quel “modo di vita” che costituisce la prostituzione, se può dirsi essere un sistema di condotta immorale, e come tale riprovevole, non può dirsi parimentiche nel campo della funzione sessuale leda alcun diritto nè individuale nè sociale.” (8) “Non può dirsi che nel campo della funzione sessuale leda alcun diritto, nè individuale, nè sociale”. (9) “La *communis opinio* con maioria abrumadora que se acerca de la unanimidad, se pronuncia contra la consideración de la prostitución como delito”. (10).

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, obr. cit., p. 53.

(8) A. POZZOLINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, p. 210.

(9) CORRADO PERRIS, *Lenocinio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, v. VII.

(10) JIMÉNEZ DE ASÚA, obr. cit., p. 64.

Pelo critério regulamentarista, chamado sistema latino, a prostituição é considerada mal necessário, porém, regulamentada, com vistas ao interesse coletivo da ordem pública e da proteção da saúde, prevenção e repressão dos crimes que vivem dela.

Seus propugnadores alegam que o mal não pode ser removido sem o conhecimento de suas causas; que estas não podem ser removidas rapidamente; que a remoção das mesmas reclama sejam as prostitutas localizadas em distritos segregados; submetidas a licença da autoridade mediante inspeção médica; protegidas da exploração dos lenões; e reclama, ainda, educação e medidas de saúde pública. “Our recommendation is — dizem Harry E. Barnes e Negley K. Teeters — to abolish the section of the penal code that makes prostitution a misdemeanor, and then to regulate and control it along more scientific lines... Every effort should, of course, be made to dig up the sources of the profession by attacking the incipient causes.” (11)

Arguições contra o regulamentarismo.

As principais críticas argüidas contra a regulamentação argüem-na de inadequada a seus objetivos: 1) a preservação da saúde pública procurada mediante exames-médicos periódicos das licenciadas, além de illusória, pela superficialidade e intermitência destes, daria falsa e, por isso mesmo, perigosa impressão de segurança aos frequentadores; 2) a atividade parasitária, nociva e exploradora dos lenões seria facilitada pela localização dos prostíbulos; 3) a oficialização destes contribuiria para favorecer o desvio de conduta dos moralmente fracos, além de tornar equívoca, perante a juventude inexperiente e a massa inculta, a natureza nitidamente imoral da prostituição, concorrendo, assim, à corrupção dos costumes.

(11) Obr. cit., p. 98.

A procedência do primeiro e do último desses argumentos se nos afigura incontestável.

Quanto ao favorecimento do lenocínio pela regulamentação, a discórdia é grande.

Há os que pensam que quanto mais disfarçada estiver a prostituição no ambiente social, tanto mais útil a seus clientes será o agenciamento dos lenões; que a dificuldade da oferta sexual, aumentando a procura do serviço dos intermediários, estabeleceria desequilíbrio ideal para os cambionegristas da “carne”.

Ainda que assim fôsse, não haveria negar que tal inconveniente seria bem menor que os males resultantes da regulamentação: em redor dos distritos reservados, estende-se uma rêde complexa de parasitária exploração mercantil da atração e do abuso sexual, altamente rendosa, que os transforma em antros, onde passam a viver legiões de vagabundos, criminosos e desclassificados de tôda ordem; onde operam sob as vistas grossas da oficialização incontáveis lenões; onde se estabelece forma terrível de escravidão feminina, que ferreteia as mulheres com a marca indelevel do registro e da licença, tornando quase impossível sua redenção.

Superioridade do abolicionismo. Principal objeção.

Não obstante o abolicionismo tornar mais agudo o lenocínio, mais árdua a luta contra êle, que, então, se embuça melhor na clandestinidade, julgamos êsse sistema mais acertado, porque mais consentâneo com a moral, sem transigências de princípios; porque mais ajustado ao interesse público da defesa dos bons costumes; porque não compactua, oficializando a corrupção, com uma forma de servidão feminina enèrgicamente condenada, sem discrepância dignas de reparo, em congressos internacionais.

Uma das objeções contra o abolicionismo, também denominado sistema anglo-saxão e germânico, impressiona:

a não regulamentação dispersa os prostíbulos no organismo social, comprometendo os bons costumes com expô-los a contágio generalizado.

A experiência, entretanto, mostra que, no caso, a localização do foco não melhora o estado geral. É que, como acentuamos, um comércio intenso e inescrupuloso envolve a “zona” e ambos — prostituição e comércio — vinculam-se em estreita dependência e recíproco incitamento, de forma a constituírem centro corruptor de forte atração, a cujo poder não fica alheia certa propaganda camuflada e dissolvente.

O argumento tira sua fôrça de persuasão, mais do de-sastre da passagem brusca de sistema regulamentarista para o abolicionista, do que da própria natureza dêste.

A história tem mostrado quanta imprudência há numa mudança dessa ordem sem adequadas medidas preparatórias, tendentes a amparar o impacto de descontentamento com que costumam reagir os interêsses comerciais contrariados e as prostitutas, antes favorecidas, agora colocadas no desamparo do ostracismo e da desadaptação social, sem terem para onde ir nem a quem apelar. Elas, então, em número avultado nos viveiros da regulamentação, dispersam-se com estrépito e escândalo e se entregam a “trottoir” acintoso — escândalo e “trottoir” êsses que o comércio descontente explora em benefício de sua própria reação, à qual nunca falta o apoio dos politiqueiros.

As conseqüências nocivas de tal estado de coisas são conhecidas.

Ainda ontem assistimos a isso em S. Paulo, onde um pugilo de idealistas, tomados de exagerado entusiasmo pela solução, atirou-se a medidas drásticas de abolicionismo, sem preparação adequada à nova ordem, para o que parece ter concorrido, também, o temor de que a descontinuidade administrativa frustrasse o programa traçado.

A consequência foi a repetição de insucessos já experimentados em circunstâncias semelhantes por outras administrações e, até, por outras nações. Eis um exemplo

disto: “about 1912 a wave of puritanical zeal, set of by the investigation of prostitution in Chicago, swept the country. Volunteer committees sprang up in urban cities, gathered information about prostitution, and campaigned against segregated districts. Chicago abolished its red-light district in 1912, and more than 30 cities soon followed, not to mention hundreds of smaller communities. Wiping on the segregated areas simply scattered prostitution, driving it into respectable neighborhoods and increasing streetwalking. . . After stamping out the red-light areas authorities could not effectively control prostitution. It remained informal, desorganized, and more dangerous to public health than ever. (12)

Causas da prostituição: endógenas e exógenas. Os fundadores da escola antropológica e as modernas investigações.

As causas da prostituição tomadas em sua generalidade podem ser classificadas em endógenas (biopsicológicas) e exógenas (meio físico e social).

São dois grupos interdependentes: as do primeiro, constituídas pela herança biológica são potencialidades, que as da segunda, formadas pelo ambiente externo, podem conservar latentes, ou despertar.

Para Alfredo Niceforo os estudos modernos confirmam, em linhas gerais, as conclusões dos criadores da escola antropológica, para a qual havia as prostitutas natas e as de ocasião: hoje ainda se conclui pela existência de dois tipos principais, correspondentes, de certo modo, a êsses: um, dominado pelos fatores bio-psicológicos; outro, em que sobrelevam os ambientais.

Dêsses dois tipos resultam, respetivamente, as duas formas primordiais de meretrício: o baixo, franco, em cujas mulheres prevalecem as causas hereditárias: “diventano

(12) Harry Elmer Barnes e Negley K. Teeters, obr. cit., p. 45.

mercenarie d'amore quelle donne che pur hanno in loro stesse una predisposizione individuale manifestantesi, per l'appunto, con le caratteristiche morfologiche, fisiologiche e psicologiche del triste albero della degenerazione" (13); e o alto, clandestino, em que os fatôres ambientais sobrepairam: "mentre, cioè, alcuni caratteri di inferiorità fisica, e in specie psichica, sono comune alle due classe di-donne, le últimas divergono dalle prime per i carattere de intelligenza, più sviluppata in esse, ma non assistita da un iguale sviluppo del senso morale". (14)

Destacam-se pela importância entre as causas endógenas: a hiperestesia sexual e o homosexualismo; entre as exógenas: a insuficiência econômica, o lenocínio, o abandono de menores, as dificuldades de contrair casamento na idade aconselhável, a exploração do trabalho de menores e da mulher, os crimes sexuais — merecendo atenção especial, dentre éstes, em alguns países, inclusive o nosso, o crime de sedução —, a falta de preparo da mulher para o trabalho, tôdas as formas, francas ou dissimuladas, de sugestão à vida licenciosa, ou de exaltação desta — pela moda, pela literatura, pelo teatro, pelo cinema, pelo rádio e pela televisão —, finalmente, as formas de estabelecimentos mercantis, que auferem lucro da atração sexual: boates, "taxigirls", "dancings" e "cabarets".

Tratamento.

O Estado ao combater a prostituição no terreno das causas endógenas, deve pedir à eugenia e à medicina os meios de luta compreensivos de tôdas as medidas tendentes à melhoria e defesa das condições biopsicológicas da população, desde o exame prenupcial às medidas gerais de assistência médico-social, através da puericultura, da pro-

(13) ENRICO MORSELLI, *Sensualità humana*, apud Alfredo Niceforo, *Criminologia*, 4.º v., *La Donna* et., 1952, p. 197.

(14) ALFREDO NICEFORO, obr. cit., p. 206.

teção à gestante, da fiscalização das condições de trabalho, sobretudo da menor e da mulher, da educação eugênica etc. . É evidente que o desenvolvimento de tal programa depende estreitamente, como, aliás, qualquer atividade estatal, de sua base econômico-financeira. E para ser eficiente deve conjugar-se a outro destinado a sanear o ambiente, removendo as causas exógenas, que condicionam o surto, ou a latência dos fatores internos.

Dentre as predisposições individuais à prostituição, suscetíveis de correção por tratamento endocrinológico e apropriada orientação educativa, destacamos a homosexual, responsável que é por grande contingente de decaídas, as quais nêsse meio encontram enorme facilidade para satisfazerem o desejo transviado: “not a few homosexual women became prostitutes because in this type of live they can most easily and safely gratify their desires with others prostitutes, for prostitutes are often given to homozexual practice”. (15)

Na luta contra as causas endógenas o papel mais relevante cabe à família. É através dela, principalmente, que o Estado age nesse setor.

No tocante às causas exógenas, porém, é que se destacam, pela extensão, pela eficiência e pelo alcance, as possibilidades da ação governamental.

Na liderança destas causas está incontestavelmente a situação econômica das classes menos favorecidas, em cujo séquito de misérias sobressaem as devastações da prostituição, que recruta a maior parte de suas vítimas entre as sacrificadas dos salários de fome, as desajustadas de tôda ordem, bem como na promiscuidade dos cortiços.

Dai a necessidade de todo um programa econômico-político, sadio e enérgico, orientado para corrigir as diferenças sociais incompatíveis com um alto sentimento cristão de justiça e dignidade humanas; de um programa honesto de assistência social verdadeira, de eficiência indiscutível.

(15) Harry Elmer Barnes e Negley K. Teeters, obr. cit., p. 97.

As dificuldades econômicas incentivam a prostituição, outrossim, pelo aumento do número dos seus clientes. É a conclusão que naturalmente surge das observações de Alfred C. Kinsey sobre os motivos que induzem os homens a comerciarem sexualmente com as prostitutas e que são assim resumidos: “a lack of sexual outlets in other directions; it is substantially cheaper than marryng or supporting a girl; they can forget other responsibilities or worries such as fear of pregnancy.” (16)

Isso justifica a necessidade de criações pelo Estado de condições que propiciem casamentos na idade mais oportuna, as quais se ligam intimamente à situação econômica dos jovens e dizem respeito à instituição de salário família digno de tal nome.

Vimos como os crimes de lenocínio, ao mesmo tempo que vivem da prostituição, concorrem ao desenvolvimento dela, semelhantemente ao comportamento de certos parasitas em relação a seu hospedeiro.

Constituem, portanto, uma de suas causas das mais eficientes. Basta, para se inteirar disso, considerar que os lenões mobilizam, em sua nefasta ação corruptora de aliciamento e exploração, fortunas internacionais, servidas por organizações e artimanhas, que desafiam as medidas que lhe são contrapostas no plano interestatal.

O baixo meretrício está quase sempre sob o controle disfarçado deles.

Para auferirem lucros ainda mais invejosos, chegaram em alguns países à perfeição de higienizar os distritos regulamentados, com melhores resultados do que a administração oficial: “se thrift and greed have been able to accomplish more in the way of social protection and the prevention of disease than the moral indignation of reformers.” (17)

(16) *Sexual behavior in the human male*, 1948.

(17) Harry E. Barnes e Negley K. Teeters, obr. cit., p. 95.

Conseqüentemente, o lenocínio sob tôdas as suas modalidades deve ser acossado por medidas preventivas e de repressão do poder de polícia.

Outro capítulo imprescindível a um plano de assédio à prostituição é o de amparo das menores abandonadas com meios preventivos, dentre os quais merecem atenção especial os que objetivam evitar-lhes a degradação moral e assegurar à família base econômica condigna, à altura de sua natureza e seu elevado propósito; com medidas repressivas dirigidas a tôda sorte de crimes sexuais, que se cometem contra elas, e a tôdas as modalidades de exploração delas; e, finalmente, com medidas regenerativas, visando recuperá-las, especialmente através do sistema de colocação familiar, evitando, o mais possível, os abrigos, sobretudo os oficiais, responsáveis que êstes são por numeroso contingente de rameiras.

Afirmam Harry E. Barnes e Negley K. Teeters: “the number of girls who go into prostitution because they have been betrayed in their innocence by irresponsible rakes is very small, despite the popular and romantic notion that most prostitutes enter the profession for this reason”. (18)

Isso não é verdade relativamente a nós. Terrível preconceito sacrifica com injustiça clamorosa grande número de moças. As populações e as famílias, em geral, preocupadas mais com a virgindade física do que com a verdadeira honra feminina, não colocam o problema da sedução no plano do genuíno sentimento da dignidade. Transformam o desvirginamento em sentença inapelável de degradação moral. Quantas jovens, porém, chegam a essa situação por inexperiência, por ocasional fraqueza, por felonía, sem que, entretanto, sejam verdadeiramente indignas, pelo menos de um gesto simpático, que procure redimi-las. Não obstante, repelidas pela sociedade, mais que isso, pela própria família, desesperadas de se encontrarem assim, não vêm outra saída senão a que consuma sua desgraça nos

(18) Obr. cit., p. 97.

lupanares, aonde são empurradas pelo desprezo dos que deviam ampará-las e pela abjeta ambição dos lenões alertados pelo escândalo.

Essa realidade muito nossa, sobremodo das — cidades do interior, onde são reduzidíssimas as possibilidades de iludir o preconceito, constitui outro fator importante de prostituição, merecedor de campanha educacional para minorá-lo, senão corrigi-lo.

Finalmente:

“Tudo não ficará resolvido pelo fato de se aprovar uma lei. Restará desenvolver tôda uma obra de vigilância e de desinfecção moral pelo rádio, pela imprensa, pela televisão, pela publicidade, de modo a reduzir o número de obstáculos à exatidão das idéias e às realizações da vontade. Não se vê por que certas medidas de proteção se impõem aos venenos do corpo enquanto se descurem os do espírito. Tão pouco se poderá dizer que um Estado eliminou sèriamente a prostituição quando, normalmente, a quase totalidade dos jovens não se pode casar na idade conveniente, ou quando uma mulher, restando só não tem por casual encontro de acontecimentos, ou da malícia humana outro caminho a procurar o pão para si e seus filhos senão o furto e a prostituição”. (*Enciclopedia cattolica*, verbete *Prostituzione*).

O fundamento do direito internacional na doutrina de Duguit – exposição e crítica

Moacyr Lobo da Costa

I. *Léon Duguit*, o decano de Bordeaux, elaborou uma teoria geral do direito, puramente objetiva, de cunho científico-positivista e radicalmente antimetafísica, cujos princípios espôs, de maneira magistral, no 1.º volume da 3.ª ed. do monumental “*traité de droit constitutionnel*”, lançada em 1927, um ano antes de sua morte.

Nessa obra Duguit condensou os princípios gerais de sua doutrina, que se encontravam difundidos e esparsos em várias publicações anteriores, notadamente “*l'état, le droit objectif et la loi positive*”, de 1901, “*le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*”, de 1908, “*les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*” de 1912, “*souveraineté et liberté*”, de 1921 e nas edições precedentes do “*traité*”.

Na concepção científico-positiva do direito, partindo da observação dos fatos e só nos fatos procurando justificação para os fenômenos jurídicos, *Duguit* banuiu, por considerá-las metafísicas e irreconciliáveis com a realidade sociológica da vida jurídica, as noções de direito subjetivo e da personalidade jurídica dos grupos.

A sua doutrina tem por característico marcante a negação do direito subjetivo (individual e estatal), como um poder da vontade de se impôr às outras vontades; a negação sistemática da personalidade e da soberania, com os seus atributos de “*dominium*” e “*imperium*” segundo a aceção romana.

Para Duguit, não existe o Estado, como entidade autônoma, como pessoa jurídica de direito público. Mas, apenas, governantes, isto é, homens que exercem o poder e impõem sua vontade aos governados, pela força.

O Estado são os homens que governam. O poder mera questão de fato. Daí a negação da soberania como poder jurídico.

A soberania, como direito subjetivo do Estado é, para êle, uma noção metafísica, sem conteúdo real, assim como a personalidade jurídica do Estado.

Só o homem tem capacidade para o exercício dos direitos.

Só os homens que se encontram à testa do govêrno são titulares do poder de mando, que, apoiado pela força, deve ser exercido de conformidade com as normas do direito objetivo.

A norma do direito objetivo, de formação espontânea, anterior e superior ao govêrno e que se impõe, igualmente, a todos os homens, governantes e governados, surge da solidariedade que entrelaça os homens, vivendo em sociedade, e do sentimento de justiça que a cimenta.

Duguit vai assentar nesses pressupostos doutrinários o fundamento do direito internacional.

No volume primeiro do “*Traité*” (3.^a ed.), nos parágrafos 17 e 67, êle explanou, pormenorizadamente, sua teoria sôbre o fundamento do direito internacional.

Sabe-se que, no momento em que a morte o colheu, Duguit se preparava para proferir uma série de conferências sôbre Direito Internacional, no Instituto de Altos Estudos Internacionais de Paris, nas quais, por certo, haveria de desenvolver, com o brilho costumeiro, os princípios fundamentais de sua doutrina e assentar as necessárias conclusões, com o que teria completado sua teoria a respeito dêsse importantíssimo ramo do direito.

Na falta desses estudos, que seriam o coroamento de sua vasta obra de publicista, vejamos, então, segundo os ensinamentos reunidos no volume primeiro do “Traité”, qual o fundamento do direito internacional.

Exposição

2. A seu ver, em determinadas situações, estabelecem-se relações entre os membros de dois ou mais grupos sociais, nitidamente diferenciados, relações essas que devem ser submetidas a uma norma. Esta norma, porém, se aplica unicamente aos membros dos dois grupos, considerados individualmente, e não aos grupos, tomados como tais e como constituindo entidades reais distintas dos indivíduos que os compõem.

Pois a norma visa às relações que se estabelecem entre os indivíduos e não entre os grupos.

Por outro lado, esta norma não pode ter por fundamento senão a consciência que os indivíduos componentes dos diferentes grupos têm da solidariedade que une não somente os membros de cada grupo, entre si, mas, também, os membros dos diferentes grupos uns com os outros.

Esta norma, de forma rudimentar, é uma norma econômica ou moral.

Existem, de fato, nas relações entre os membros dos vários grupos sociais, regras elementares, de que os indivíduos de cada grupo têm uma consciência mais ou menos nítida, das quais eles sentem a necessidade e às quais eles se submetem.

Essa é uma observação comprovada e indiscutível da sociologia.

Essas regras, econômicas ou morais, em determinadas circunstâncias podem se transformar em regras jurídicas intersociais.

A regra econômica, que regula as relações intersociais dos indivíduos componentes de grupos diferentes, transfor-

ma-se em regra jurídica quando, na massa dos indivíduos desses grupos, se firma a consciência que a observância dessa regra é tão importante para as relações intersociais que a *sanção* da regra deve necessariamente ser organizada e quando, ao mesmo tempo, se impõe à massa dos espíritos o sentimento da justiça dessa sanção.

Isto implica, evidentemente, que as relações entre os membros dos diferentes grupos são frequentes e duráveis, possibilitando o aparecimento dos sentimentos de sociabilidade e justiça que, elevados a um plano supra-individual, se transformam em sentimentos intersociais.

O sentimento que há uma interdependência estreita, não somente entre os membros de um mesmo grupo social, mas, também, entre os de grupos diferentes; o sentimento de justiça intersocial, isto é, que a justiça distributiva e a comutativa, sejam respeitadas igualmente no tratamento das relações dos indivíduos do mesmo grupo, como nas de grupos diferentes.

Quando, na massa dos indivíduos componentes de diferentes grupos se formou uma verdadeira consciência jurídica, a consciência que eles devem agir, uns em relação aos outros, segundo uma certa regra; que, se esta regra fôr violada, produzir-se-á, na massa dos indivíduos pertencentes a todos os grupos considerados, uma reação tendente a promover a sanção efetiva da violação; — surge, nesse momento, a norma jurídica internacional.

Norma que tem por fundamento a consciência coletiva da solidariedade intersocial e da justiça da sanção contra os atos atentatórios ou violadores desta solidariedade.

A norma jurídica internacional tem, assim, por embrião a norma jurídica intersocial que, por sua vez, é um desenvolvimento da norma jurídica social, ou seja, da consciência da massa dos indivíduos que é justo o estabelecimento da sanção contra os atentados ou violações da solidariedade nas relações existentes entre indivíduos, seja de um mesmo grupo (norma social), seja de grupos diferentes (nor-

mas intersociais) seja de grupos diferentes no plano internacional (normas internacionais).

Como a regra econômica ou moral, que é seu substratum, a norma jurídica é social, intersocial ou internacional por seu fundamento, mas individual em sua aplicação.

Ela não se aplica, nem se pode aplicar, aos grupos sociais, como tais, que não têm realidade pessoal, que não têm consciência nem vontade. Ela só se aplica aos indivíduos desses diferentes grupos, indivíduos entre os quais se estabeleceram as relações que demandam regulamentação.

Assim como em todo agrupamento social se impõe uma disciplina, que é o direito objetivo interno, assim, também, quando se formam liames de solidariedade entre indivíduos pertencentes a grupos diferentes, constitui-se, ao mesmo tempo, entre eles, um grupo intersocial que implica na existência de uma disciplina intersocial, ou seja, de uma norma objetiva de direito externo, o direito intersocial que é o embrião do direito internacional.

O fundamento de um direito internacional normativo aparece, assim, claramente.

Colocado sob esse ponto de vista, fácil é afastar a objeção, comumente feita, que não pode haver um direito intersocial porque não existe um poder suprasocial para impor aos grupos subordinados uma lei superior.

A objeção desaparece se admitirmos que a regra de direito não é uma ordem imposta por uma vontade superior às vontades inferiores, mas, uma norma concebida como obrigatória e como devendo ser sancionada, que os indivíduos reconhecem e acatam antes mesmo dela vir a ser aplicada.

Se, de simples agrupamentos primários, com suas relações intersociais elementares, passarmos para o quadro das grandes coletividades, politicamente organizadas e diferenciadas, que se chamam Estados, a concepção do direito intersocial permanece verdadeira e válida.

Liames de solidariedade unem, entre si, não sòmente os habitantes de um mesmo Estado, mas, também, os de Estados diferentes, e, sòbre o fundamento desta solidariedade firmam-se regras morais e econòmicas que se applicam às relações entre os membros dos diferentes Estados.

Essas regras applicam-se não aos Estados, considerados como pessoas de existência real e distinta da de seus membros individuais, mas, tão sòmente, aos indivíduos: seus habitantes e fundamentam-se na consciência que têm êsses indivíduos que, se a elas não se submetessem, produzir-se-ia uma reação internacional que os constrangeria indiretamente a fazê-lo.

Essas regras morais e econòmicas de ordem internacional applicam-se a todos os membros de um grupo estatal e, de maneira tôda particular, aos governantes, isto é, aos indivíduos que detêm o monopólio da fôrça dentro do agrupamento.

Pois são êles que mantêm as mais importantes relações intersociais que devem se subordinar às regras econòmicas ou morais.

Ora, essas regras, em determinadas circunstâncias, podem se transformar em normas jurídicas e isso acontece quando, a massa dos espíritos compreende que, em razão da solidariedade internacional e da premente necessidade de justiça, é necessário que essas regras sejam sancionadas e as violações enèrgicamente reprimidas.

Esta concepção, e sòmente ela, servirá de fundamento para a regra interestatal.

É a consciência dos governantes e dos governados que, por suas manifestações dá a uma norma intersocial o caráter juridico.

É por que a massa dos espíritos está profundamente penetrada da idéia que, ao ser concluído um pacto entre os governantes de dois grupos nacionais distintos, seria perigoso para a solidariedade internacional e contrário ao sentimento de justiça que êsse pacto pudesse ser impunemente violado, é por essa razão que se formou a noção

da regra jurídica internacional segundo a qual tóda convenção é obrigatória para os governantes que a concluíram.

A norma internacional, assim compreendida, como fundada na solidariedade internacional e no sentimento de justiça e aplicando-se, não a entidades imaginárias que seriam as nações e os Estados, mas aos indivíduos, governantes e governados que os compõem, afasta a objeção oposta à existência de um direito internacional pela inexistência de um poder de mando para impôr a norma aos diferentes Estados.

A fôrça obrigatória da norma jurídica não implica necessariamente a existência de uma vontade superior impondo-se a uma vontade subordinada; ela implica, somente, na massa dos espíritos a consciência de seu caráter obrigatório.

A regra do direito internacional não implica a existência de um super-Estado para impôr sua vontade aos Estados subordinados; ela implica, somente, uma consciência jurídica internacional, isto é, a noção, na massa dos espíritos pertencentes a grupos estatais diferentes, que é justo seja uma determinada regra moral ou econômica enèrgicamente sancionada, pela fôrça, se necessário, pelo reconhecimento que o respeito dessa regra é indispensável à manutenção da solidariedade internacional.

Que a fôrça destinada a realizar esta sanção esteja ou não organizada, ou mesmo que não se possa organizá-la, pouco importa.

Há uma norma jurídica internacional no momento em que exista a consciência internacional de que tal regra deva ser respeitada, por ser êsse respeito justo e necessário à manutenção da solidariedade internacional.

Mas, objeta-se, êste direito internacional puramente normativo, admitindo-se que êle exista e que se possa fundá-lo sôbre essa consciência internacional, mais do que problemática, não é, verdadeiramente, um direito; tóda regra de direito é uma regra sancionada ou ao menos ga-

rantida; a norma jurídica interna é acompanhada sempre de regras construtivas que determinam as vias de direito, no sentido geral da expressão, tendentes à sua realização; o direito normativo é sempre acompanhado do direito construtivo; ora, tal não se verifica nas relações intersociais, em geral, e particularmente nas relações interestatais.

Um direito internacional normativo pode existir; ou melhor, u'a moral internacional póde ser reconhecida, mas, um direito internacional construtivo não existe, nem pode ser concebido. Vias de direito, para sancionar as regras de direito internacional normativo, não podem ter existência prática.

Duguit responde à objeção invocando a Sociedade das Nações, formada em consequência do Tratado de Versailles, cuja missão precípua era garantir as normas do direito internacional, solenemente reconhecido, ante os reclamos da consciência jurídica dos povos civilizados e resolver os conflitos internacionais, impondo o respeito do direito internacional, não pela fôrça material de que a Sociedade não dispõe, mas pelo prestígio de sua autoridade e a grandeza mesma de sua missão.

E interroga — quê nos reserva o futuro? Ninguém o sabe; mas, é certo que, desde o presente, os povos civilizados se inclinam ante a supremacia do direito, embora não se tenha, ainda, constituído um organismo de coação para sancioná-lo diretamente.

Assim, ninguém deve desesperar do futuro.

Na evolução do grupo social, não foi senão lentamente que se organizaram as vias de direito e os meios de coação destinados a garantir a regra de direito que possibilitou a coexistência de fortes e fracos. Entretanto, a regra de direito existia antes que as vias de direito e os modos de coação fossem organizados.

Nas relações internacionais a mesma evolução parece se verificar.

Assim como, no direito interno, as normas precederam, de muito, as regras construtivas, destinadas a assegurar a

sua efetividade e observância por meio da coação social, assim, também, o direito internacional, puramente normativo, no presente, caminha, através de peníveis esforços, para se tornar um direito construtivo, ou seja, no futuro, um direito internacional cujas normas sejam garantidas e sancionadas pela coação internacional organizada.

O direito internacional existe, entretanto, como um conjunto de preceitos normativos que se fundamentam na consciência coletiva da solidariedade internacional e no sentimento de justiça que condena todos os atentados à solidariedade.

Vê-se, da exposição supra, em que procuramos traduzir com a maior fidelidade o pensamento de Duguit, qual o fundamento do direito internacional, segundo os princípios de sua teoria geral do direito.

Crítica

3. Duguit é considerado, hoje, como um dos mais altos e nobres expoentes da cultura jurídica francesa.

A originalidade de seu pensamento, a sinceridade de suas convicções filosóficas, a firmeza de seus princípios, a vastidão de sua cultura jurídica, a energia com que sustentou sua doutrina e o estilo ameno e elegante de seus escritos fizeram dêle um dos juristas mais lidos e discutidos na atualidade.

Ainda aquêles que divergem de sua doutrina, que não aceitam os princípios e fundamentos de sua teoria realista do direito objetivo — e são em maior número que os seus discípulos — são unânimes em reconhecer o merecimento invulgar do eminente publicista na sua luta apaixonada contra o *arbitrário*, sob a forma de direito subjetivo — um poder da vontade de se impôr às outras vontades — quer do individuo, como atributo da personalidade, quer do estado, como atributo da soberania.

A preocupação constante de Duguit, em tôdas as suas obras, foi no sentido de demonstrar que as relações entre os homens, vivendo em sociedade, devem estar subordinadas à norma de direito objetivo, que é anterior e superior à vontade humana e surge espontâneamente da solidariedade e do sentimento coletivo de justiça e se impõe, por igual, a governantes e governados. Instaurar, em suma, o imperio do direito.

A sua teoria sôbre o fundamento do direito internacional teve a maior repercussão nos meios jurídicos.

Ao que informa o acatado mestre Nicola Politis — “Il n’est, aujourd’hui, ni cours ni ouvrage de droit international qui ne fasse de larges emprunts à cette doctrine, soit pour se couvrir de son autorité, soit pour la rectifier ou la contredire. Le nom de Duguit est parmi ceux qui sont le plus souvent cités dans le riche enseignement dont le droit international est depuis dix ans l’objet à l’Académie de la Haye. Dans le recueil des cours qui y sont professés, il n’est presque pas de volume où sa doctrine ne soit évoquée.” (in “Archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique”, nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 70).

Todavia, essa teoria é, na verdade, passível dos mais sérios reparos, como tem sido acentuado por juristas da maior autoridade no campo do direito internacional.

Antes do mais, objetou-se que Duguit, desenvolvendo combate tão cerrado à noção do direito subjetivo, por considerá-la anti-científica e puramente metafísica, por ter a *vontade* como fundamento, quando, “para determinar em que consiste êste poder, esta qualidade, seria preciso conhecer, primeiro, a natureza íntima da vontade humana, o que o homem não pode, nem poderá jamais, pois que há nela um elemento que escapa à sua percepção e à sua observação” (“Traité”, vol. I, pg. 16), foi, entretanto, assentar na “consciência jurídica da massa dos indivíduos” o fundamento do direito internacional; e nada será mais metafísico que a conceituação do que seja “consciência jurídica” da “massa de indivíduos”.

Empregando o melhor de seu esforço por banir a metafísica do campo das investigações jurídicas, Duguit terminou, sem o perceber, por fazer pura metafísica a propósito do direito internacional.

Outro reparo, da maior procedência, feito por um insigne jurista, profundo conhecedor desta disciplina jurídica, o afamado professor Louis Le Fur, é o de que Duguit não distinguiu, como cumpre fazê-lo, em se tratando da solidariedade como fonte do direito internacional, a boa da má solidariedade, pois é inegável que ambas coexistem. Não se encontra na doutrina de Duguit o critério para se fazer essa distinção que é indispensável, eis que o direito internacional não pode surgir da solidariedade para o mal. (*in* “Recueil des Cours de l’Academie de La Haye”, 1927, tome III, pgs. 263-439).

A crítica é irrespondível. No panorama internacional contemporâneo verifica-se a existência de “solidariedade” entre a URSS e os países sob sua ocupação, seus satélites na órbita universal. Solidariedade imposta pela força, não importa, mas que repercute nas votações nas Assembléias da O.N.U. onde êsses países comparecem como nações livres e soberanas.

A solidariedade decorrente das relações entre êsses países e a URSS pode dar origem a *verdadeiras* normas de direito internacional?

Dentro da pureza dos princípios da doutrina de Duguit, sim, porque não há nela qualquer distinção a fazer, qualquer qualificativo a se emprestar à solidariedade como puro fato social.

Todavia, como demonstrou o prof. Louis Le Fur, é mister aferir a solidariedade segundo um princípio moral.

À luz dêsse princípio, a solidariedade existente nas relações internacionais entre a URSS e seus satélites, bem como a que fundamentou o chamado eixo Roma-Berlim-Tóquio, não gera verdadeiras normas de direito internacional por se tratar de uma solidariedade contrária à moral internacional — não há direito contra a moral!

Duguit faz um apêlo ao sentimento de justiça que se arraiga na *massa* das consciências individuais, como suporte jurídico da norma internacional.

Mas, que se deve entender por “massa” de indivíduos?

A simples maioria, dos regimes democráticos, nas eleições e nas votações? A unânimidade subserviente e domesticada do partido único nas ditaduras fascistas e bolchevistas?

O conceito de “massa dos espíritos” é impreciso e, portanto, imprestável para servir de base, em tese, às normas de direito internacional.

Como salientou o eminente mestre *Braz Arruda*, em suas memoráveis e brilhantes aulas de direito internacional, professadas no Curso de Doutorado, nesta gloriosa Faculdade, ao tratar do “consentimento comum”, que: “saber si há, em determinado caso, consentimento comum é um fato de prática e não de teoria. É um caso de observação e apreciação, como a conhecida pergunta: quantos grãos fazem um monte?” (*in* “Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo”, 1938, vol. xxxiv fasc. II, pg. 530).

Assim, carece de valor científico o fundamento proposto por Duguit para o direito internacional.

Na verdade, como o demonstrou exaustivamente o professor *Braz Arruda*, o direito internacional funda-se na *convicção profunda* que os Estados têm de que se devem submeter às normas jurídicas em suas relações. Perguntar, porém, porque os Estados estão convencidos de que o direito internacional é obrigatório, investigar o motivo, a razão de ser dessa obrigatoriedade, é questão que não interessa ao estudo dessa disciplina; é um problema meta-jurídico.

A criminologia de Mezger

Johannes Dietrich Hecht

1. Propus-me consagrar a minha tese ao estudo da criminologia de Mezger depois de haver constatado o prestígio de que êste autor goza atualmente tanto dentro da Alemanha quanto fora dela como tratadista de problemas relativos ao crime. Não há na Europa dos dias que correm congresso internacional de criminologia em que não se faça ouvida a sua voz nem tratado sôbre a matéria que escape de assumir posição crítica em face da sua obra. Ainda recentemente, a *Neue Juristische Wochenschrift*, de 1.º de Setembro de 1951 (ano 4.º, fascículo 16/17), anunciava, no mesmo caderno, a páginas 637, uma sessão de estudos, promovida pela Sociedade de Biologia Criminal, de Viena, “a cuja testa se encontram os professôres Mezger, de Munique, Kretschmer, de Tubinga, Seelig, de Graz, Stumpfl, de Viena, di Tullio, de Roma, e o livre-docente Bellavié, de Graz”, e, a páginas 640, o aparecimento de uma “Criminologia como ciência pura e aplicada”, por Guilherme Sauer, o qual, em mais de um ponto, “diverge da orientação de um Exner ou de um Mezger, nomes exponenciais na disciplina”. Pelo que respeita ao seu “Direito Penal”, afirma o seu tradutor espanhol, Prof. Rodriguez Muñoz, que “logrou desbancar o de Von Liszt”, que “ocupa no momento o lugar até há pouco ocupado pelo outro”. Façanha maior de ninguém se poderia pretender. Foi por isso, que parece pouco mas é bastante, que me propus consagrar a minha tese ao estudo da criminologia de Mezger.

2. Que é criminologia? Mezger não o diz. O fato do nome “criminologia” só admitir uma única definição

lógica talvez explique o seu silêncio. Com efeito, criminologia é a ciência do crime, *nihil aliud nisi scientia criminis*. Que é ciência? Ciência é o conhecimento pelas causas, o conhecimento de grau científico. Que é crime? Crime, do ponto de vista formal (legal), é aquilo que a lei, fração de um sistema qualquer de direito positivo, declara como tal. Mezger, quando faz criminologia, não faz senão ciência do crime, apreciando-o na sua causalidade, primeiro à luz de concepções alheias (a antropológica, a psicopatológica, a biológica e a sociológica) e, afinal, à luz de uma concepção própria (a dinâmica). O conceito formal de crime (Mezger não aceita outro, não pode aceitar outro) suscita de imediato um problema: o da justificação da criminologia. Em verdade, se crime é aquilo que a lei, fração de um sistema qualquer de direito positivo, declara como tal, sabido que a lei varia em função do espaço (de um sistema para outro) e do tempo (dentro dum mesmo sistema), como justificar a existência da criminologia como ciência, ou, por outras palavras, como justificar as pretensões científicas da criminologia? Mezger resolve a dúvida, mostrando que, apesar da biologia criminal e da psicologia criminal (têrmos que usa equivalentes a criminologia) serem “a aplicação aos homens delinquentes de conhecimentos e métodos gerais biológicos e psicológicos”, problemas existem que lhes são específicos. Ademais, não obstante a variedade e variabilidade das “normas postas”, pode facilmente entrever-se um fundo “tipológico” comum a todos os ordenamentos jurídicos, por heterogêneos que sejam. A conceituação formal de crime tem o mérito de situar o jurista defronte da criminologia como “aquêla a quem cabe proferir a última palavra no assunto”. Visto, por um lado, que “o ordenamento jurídico não só determina o âmbito da investigação psicológico-criminal (criminológica), senão representa ao mesmo tempo um fator substancial no campo do sucesso delituoso, desde o momento em que influi da sua parte, de maneira mais ou menos potente, mais ou

menos perceptível, na consciência tanto da generalidade como do indivíduo”, visto, por outro lado, que “aquelas mesmas teorias que se ocupam supostamente tão só da essência e origem dos fatos criminais representam, todavia, uma tomada de posição político-criminal geralmente muito pronunciada e, por isso mesmo, jurídico-valorativa, em frente da futura configuração do direito penal”, não se compreende queira o jurista continuar a desempenhar papel de segunda plana em terreno da sua propriedade.

3. A Mezger repugna-lhe fazer “criminologia pela criminologia”: faz “criminologia pela política criminal”, ou, o que talvez condiga mais com a realidade, “por uma política criminal”. Que política criminal é essa? Ver-se-á quando chegar a vez da concepção dinâmica neste trabalho. O fato complexo continente de outros fatos simples nele conteúdos, que Mezger tem diante de si, é o estado dito “totalitário”. Do estado “totalitário” como entidade de existência incontestável tira os pressupostos e as diretrizes da sua política criminal de raízes criminológicas. Qual é o elemento fundamental do estado? Qualquer tratado de direito constitucional moderno responde: O elemento fundamental do estado é o povo. O estado “totalitário”, exatamente porque “totalitário”, encara o povo na sua totalidade e unidade orgânica. O primeiro ponto de partida ou pressuposto da política criminal de Mezger consiste, pois, na “responsabilidade do indivíduo perante o seu povo”. O segundo, de caráter menos universal, porquanto decorrente de uma ideologia particular, de uma concepção particular do estado “totalitário”, intitula-se a “regeneração racial do povo como um todo”. Assenta na identificação teoricamente estabelecida, mas impossível na prática, de povo com nação (nação no sentido que ao vocábulo empresta o Prof. Ataliba Nogueira, a saber: “A coletividade provinda dos que nascem da mesma cepa, vinculados pelo sangue, língua, usos, costumes, religião, história, sentimentos, tradições e aspirações”). “A ciência de hoje”, proclama Mezger a certa altura, à guisa de fêcho, “consi-

dera que a sua principal e mais elevada tarefa é a de colaborar na edificação e configuração dos valores culturais.” Que se deve entender por “valores culturais”, expressão aqui sinônima de “cultura”? É a “obra”, a projeção total de um povo na história. Em outras palavras: a tarefa principal da nova política criminal, de cunho “totalitarista”, se cifraria em desobstruir dos empecilhos que a atravancam a rota ascensional de um povo; do povo, mais precisamente.

4. A primeira parte do livro dedica-a Mezger ao exame crítico da concepção antropológica do delito, inaugurada por Lombroso. Segundo essa concepção e êsse autor, o delinqüente genuíno, biològicamente falando, constituiria, na natureza, dentro do todo que é o gênero humano, uma verdadeira espécie, identificável por determinadas características ou “estigmas” morfológicos e psíquicos. Enre os morfológicos: certas conformações *sui generis* do crânio (apêndice lemuriano, fronte fugidia, zigomas salientes, fosseta occipital peculiar, protuberância occipital, fossas orbitárias grandes, arcos superciliares pronunciados, desproporção entre o desenvolvimento do cérebro e o da caixa craniana, altura excessiva da mandíbula superior), do cérebro (sulcos e circunvoluções) e de outras partes do corpo (estatura, pêso, comprimento do braço, da mão, do pé, etc.). Entre os psíquicos: infra-sensibilidade, especialmente à dor, agilidade, crueldade, indolência, superstição, etc.. O “criminoso” já nasceria feito, desde o berço marcado para o crime; uma fatalidade atroz pesaria sôbre o ser vindo ao mundo nas condições descritas. As causas externas e sociais, lembradas por Ferri, tais como influxos meteorológicos e climatológicos, cultura, densidade populacional, alimentação, álcool, situação econômica, educação, profissão, influências do cárcere, etc., seriam fôrças desencadeadoras, sem dúvida; a última determinante, todavia, a causa capital seria mesmo “a grande potência da impulsividade congênita”. O “criminoso”, no fundo, não passaria de um selvagem, com o seu retrocesso atávico às

origens da humanidade; ou de uma criança continuada, com a sua ingênua ausência de sentimentos para com os demais; ou de um epiléptico, com a sua afetividade explosiva; em todo caso, de um enfermo e perturbado do espírito. Ao lado do delinqüente nato, admite Lombroso a existência do delinqüente ocasional, daquele que não busca a ocasião, mas deixa surpreender-se por ela; daquele que é levado a perpetrar o delito, movido quase que exclusivamente de causas externas e sociais. Do sumariamente exposto deduz Lombroso as suas conseqüências jurídico-penais e político-criminais. “A delinqüência nata e a *moral insanity* entram uma na outra. Ambas são, na verdade, enfermidades do espírito, mas de tal índole, que o legislador atual não lhes reconhece o efeito de excluir a imputabilidade. No futuro, a situação terá de ser muito outra, a saber: os delinqüentes ocasionais continuarão rigorosamente submetidos às leis, tal como agora sucede; no que concerne aos delinqüentes de nascença, a sua situação mudará: aplicar-se-lhes-á uma detenção perpétua, despida do caráter de pena, e que possibilite uma tutela mais eficaz da segurança pública.” Ademais disso, advoga a individualização da pena; verbera o júri, o indulto, o confinamento presidiário dos anciãos, as penas curtas privativas da liberdade, em lugar das quais propõe penas corporais (duchas frias, trabalho árduo e penoso, penas pecuniárias, repreensões); aconselha o *Probation System* americano em relação aos delinqüentes jovens e aos ocasionais, bem como uma reconciliação, um encontro do humanitarismo com os imperativos da segurança social, mediante a criação de estabelecimentos para loucos criminais; por derradeiro, recomenda, no tocante à segregação perpétua, a equiparação dos reincidentes (delinqüentes ocasionais com um acervo mais ou menos avultado de reincidências) aos delinqüentes natos.

5. Mezger, reconhecendo embora o valor histórico da teoria de Lombroso, a primeira que considerou científico-causalmente o delito e alvitrou a instauração de uma polí-

tica criminal adequada, não deixa de opor-lhe as mais severas restrições, quer do ponto de vista teórico, quer do ponto de vista prático. Assim é que aduz, em meio a inúmeros, os seguintes reparos: que a existência de um delinqüente nato não pôde ser comprovada empiricamente; que os homens determinados para a delinqüência não formam um tipo unitário, antes refletem na sua variedade a variedade dos tipos humanos. E invoca os testemunhos de Baer e de Sommer, o primeiro dos quais chegou a demonstrar que as características corporais e anímicas enumeradas por Lombroso não se acham presentes em todos os criminosos, nem mesmo nos verdadeiros, mas acham-se presentes e revelam-se, bastas vêzes, na população não criminosa. No entender de Sommer, há delinqüentes natos, sim; o que não há, o que falta são características morfológicas seguras que os identifiquem, à maneira de estigmas. Também von Rohden, a quem coube ressuscitar, nas suas linhas mestras, as idéias lombrosianas, nega existam traços morfológicos que denunciem o delinqüente nato, cuja existência, todavia, proclama nestes têrmos: “É indubitável que o delinqüente nato não é uma ficção, mas existe na realidade, ainda que não na forma antropológica suposta pelo seu descobridor, senão como uma entidade psicopatológica”, ou mais explicitamente, uma aparição psicopático-degenerativa, cuja perturbação fundamental reside numa evolução rudimentar da vida afetiva, acrescida de defeitos na esfera ético-caracterológica. Entretanto, mesmo assim pensando, repele von Rohden qualquer concepção unilateral da gênese do delito. Na sua, duas séries causais se dão as mãos: a disposição e o mundo circundante. No seu paralelogramo de forças, verdadeira escala de caracteres humanos, um dos extremos vem ocupado pelo delinqüente que só infringe a lei debaixo do influxo de circunstâncias externas extraordinariamente desfavoráveis (predomínio do fator meio), e o outro, pelo delinqüente nato, cuja funesta predisposição o conduz ao crime com amarga necessidade (predomínio da raiz endógena).

6. A segunda parte do livro dedica-a Mezger ao exame crítico da concepção psicopatológica (melhor dito: das concepções psicopatológicas) do delito. Aqui passa em revista, de início: a) as enfermidades mentais ou psicoses, não menos à luz da sua etiologia (psicoses orgânicamente condicionadas; psicoses tóxicamente condicionadas), que à da sua sintomatologia (psicoses funcionais); e b) as psicopatias, nas suas infinitas manifestações, aliadas sempre a perversões (sadismo, mazoquismo, fetichismo, exibicionismo, homossexualismo, etc.), para concluir, em face da lei (§ 51 do Código Penal alemão), pela inimputabilidade do delinqüente psicótico e pela imputabilidade diminuída do psicopático. Pessoalmente, preconiza Mezger, com referência ao criminoso psicopático, a sua responsabilização total e ilimitada, como regra, colocados os imperativos da saúde e da segurança públicas em plano superior aos da liberdade individual. “A enfermidade anímica”, escreve, “deve ter tratamento médico. Quanto ao criminoso psicopático, não podem as conseqüências jurídico-penais, na hipótese, ser deduzidas do indivíduo e do seu modo de ser individual; antes hão de ter como ponto de partida a totalidade da comunidade jurídica. Quem, em virtude da sua posição social, participa, plena e legitimamente, da totalidade que o povo representa, será plenamente responsável pelos seus atos.” A psicanálise, uma das concepções psicopatológicas depois dêste intróito apreciadas, explica o fenômeno anímico, recorrendo aos chamados complexos, que têm a sua origem na vida anímica infantil. A sede própria da dinâmica anímica que ela elabora é o inconsciente do homem, donde promanam as verdadeiras fôrças motrizes da sua conduta, fôrças essas de índole sexual. O primeiro complexo que aparece é o complexo de Édipo, consistente em ódio ao pai e amor à mãe, de modo que o parricídio e o incesto praticado com a genitora seriam os delitos originários da espécie humana. Em conseqüência do seu instinto delituoso inconsciente e carregado de um preexistente sentimento de culpa, iria o criminoso, através do delito, pro-

curar libertar-se dessa carga, buscando a pena como quem busca alívio para o seu tormento. “Essencialmente, os enfermos neuróticos e os delinquentes neuróticos se equivalem: os primeiros mostram autoplásticamente no sintoma nosológico neurótico a tensão entre as comoções instintivas inconscientes e as forças repressoras; os segundos, pelo contrário, trasladam esta tensão aloplásticamente para a realidade, por intermédio da ação delituosa. O que o neurótico expressa de modo simbólico, leva-o a cabo o criminoso em ações delituosas reais.” A teoria psicanalítica da pena varia conforme os autores: Alexander e Staub são pela impunidade do delinquentes neurótico; mais extremado, Reik exige a supressão da pena estatal, seja qual fôr o caso. A pena, longe de intimidar, estimularia à prática do crime, cumprindo substituí-la por medidas preventivas e profiláticas. Mezger contesta, em termos candentes, a doutrina psicanalítica, assim criminologicamente como político-criminalmente: criminologicamente, porque não a confirmam os fatos; político-criminalmente, porque desarma o braço repressivo do estado, apartando-o da sua missão precípua de tutelar a “cultura”, os “valores culturais” mencionados no comêço. A psicologia individual, finalmente, constrói todo o seu edifício científico sôbre a base de um único complexo — o de inferioridade. A êste complexo, condicionado por fatôres da mais variegada ordem, tais como anomalias corporais (fealdade, adiposidades, delgadeza e, inclusivamente, beleza incomuns), relações sociais e econômicas desfavoráveis, relações familiares desfavoráveis (o indesejável, o filho único, o filho mais moço ou mais fraco, a filha única em frente a vários filhos varões, o nascimento ilegítimo), sexo (recorde-se a influência da menstruação, da gravidez, da lactação, da menopausa nas mulheres; do arrebol da puberdade nos homens), educação (educação de cunho autoritário, sobretudo), a êste complexo procura o indivíduo seu portador furtar-se, mediante supracompenção. O delito não seria senão uma forma de tradução do desalento social, obediente à seguinte marcha ou es-

quema progressivo: inferioridade orgânica ou social — complexo anímico de inferioridade — protesto — supracompensação — delito. “O delito surge como um produto do desalento; é a ação típica de um homem que perdeu a fé na possibilidade de abrir-se caminhos na sociedade, mediante o emprêgo dos meios e recursos que a organização social autoriza. O delinqüente é vítima de erros adquiridos na juventude, erros que o induzem a assumir atitude hostil em presença do mundo circundante. O exame do passado dos delinqüentes revela não terem sido êles conquistados para a causa da cooperação no trabalho e da convivência normal com os demais homens. Entre o delinqüente e o nervoso (neurótico), a despeito do sentimento de inferioridade reforçado e da tendência, tanto mais ardente, à afirmação da sua superioridade, de que ambos igualmente partilham, existe a diferença de que o delinqüente, não obstante o seu desalento, possui ainda ânimo suficiente para dar contornos de realidade aos seus propósitos, ao passo que o neurótico reprime os desejos e impulsos anormais.” A teoria individual-psicológica da pena reclama a substituição desta por uma intervenção social-pedagógica adequada. O delinqüente, cujo ato brotou do desalento social, não deveria ser desalentado mais ainda pela imposição da pena, senão alentado através de outras medidas que a psicologia sugere. Conquanto a opinião pública continue a exigir o castigo dos delinqüentes, a verdade é que os delitos não se originam de uma vontade livre para determinar-se num ou noutro sentido. O que releva fazer é suprimir a intimidação do âmbito do cumprimento e da execução da pena, bem como proceder à ressocialização do delinqüente. Mezger, ao mesmo tempo que aplaude certos aspectos da doutrina exposta, enjeita o que nela se contém de unilateral ou tacanho: a redução de tôdas as causas dos crimes ao complexo de inferioridade supracompensado; o olvido de que a supracompensação pode, não raro, ser a fonte de realizações de alto valor humano; a estreiteza da sua compreensão dos influxos am-

bientais, inspirada no materialismo econômico; o seu desprezo do direito punitivo como um direito de luta em prol da preservação dos valores culturais.

7. A terceira parte do livro dedica-a Mezger ao exame crítico da concepção biológica do delito, em tôdas as suas variantes, desde as suas formulações mais antigas até as mais recentes. Entre as mais antigas agrupam-se duas teorias principais, a saber: a velha teoria dos temperamentos, que os classifica em sangüíneos, coléricos, fleumáticos e melancólicos, com grande intuição tanto da correlação temperamento-estrutura somática quanto da condicionalidade humoral, químico-sangüínea, de um e de outra; e a teoria francesa dos temperamentos, que os aparta em respiratórios, musculares, digestivos e cerebrais, fazendo corresponder a cada um dos tipos distintas propriedades anímicas. Entre as mais recentes merecem destaque e consideração especiais as teorias biológico-constitucional e biológico-hereditária, já que as anteriores perderam qualquer interêsse para a psicologia criminal (criminologia) moderna. A biologia constitucional leva em mira captar a personalidade humana nas suas múltiplas exteriorizações assim corporais (somáticas) como anímicas (psíquicas), para aplicar os resultados colhidos ao estudo do delinqüente. Nela, a tese de uma íntima correlação corporal-anímica desponta como um princípio incontestável; e, a despeito dos seus contraditores objetarem que em matéria de caracterologia não há contar nem medir, não há estatísticas, em suma, a ninguém é lícito increpá-la, aprioristicamente, de falsa. Pontificam neste setor de pesquisas vultos de cientistas do porte de Kretschmer, com a sua bem lavrada teoria da estrutura corporal e do caráter, Ewald, Jaensch, não sendo de menosprezar as contribuições partidas de Jung, Freud e Adler, o primeiro pela colocação do problema da introversão e da extroversão, exacerbado, ao depois, pelo segundo no sentido da extroversão, e, pelo terceiro, no sentido da introversão, como é sabido. Observações sem conto foram realizadas, em várias partes e por espe-

cialistas vários, com base nas discriminações de Kretschmer. Viernstein, em 1923, constatou que, de cento e cinquenta reclusos em Straubing, na Baviera, o tipo de reação esquizotímico apresentava probabilidades menores de melhora e correção que o ciclotímico. Michel, dois anos após, em 1925, examinando duzentos e vinte e cinco reclusos da prisão de Graz, autores todos de delitos graves, verificou que oitenta e nove por cento pertenciam ao círculo morfológico esquizotímico e que só onze por cento denotavam afinidade biológica com a constituição ciclotímica. Von Rohden, em 1926, focalizou, cotejando-os, noventa e um enfermos da mente a par de cento e cinquenta criminosos são, uns e outros originários da Saxônia. Entre os primeiros, a maior parte era constituída de autores de delitos graves, ao contrário dos segundos, que pareciam menos “criminalmente tarados”. E concluiu que “os criminosos mostram essencialmente a mesma distribuição dos tipos de estrutura somática que os esquizofrênicos”; que “os delinquentes normais e os delinquentes enfermos do espírito entre si diferem num só ponto, e que vem a ser a queda maior dos segundos para as displasias”. Recapitulando cinco mil seiscentas e trinta e seis investigações da estrutura corporal, segundo o método kretschmeriano, foi que o citado von Rohden pôde afirmar que entre os criminosos a porcentagem de pícnicos é relativamente baixa; uns oito por cento contra cinquenta e dois por cento de leptossômicos e quarenta por cento de atléticos, catalogados em Nietleben, em 1927; uma gôta de água no oceano. Estudos posteriores, somados aos já vistos, vieram alterar um pouco o quadro acima bosquejado, colocando na vanguarda dos delinquentes os atléticos, em detrimento dos leptossômicos, ficando a retaguarda, porém, firmemente guardada pelos pícnicos — êstes com dez por cento, os leptossômicos com quarenta, e os atléticos com cinquenta. Para Böhmer, os astênico-atléticos e sobretudo os atléticos representam o tipo dos delinquentes autores de delitos brutais e dos reincidentes, contra a pessoa e a propriedade,

revelando-se inacessíveis à eficácia correcional da pena. Os três casos que arrola, o do leptossômico assassino, o do atlético assassino e o do pícnico assassino, põem a nu a maneira diversa de cada um dentre êles perpetrar o mesmíssimo crime: o primeiro age friamente, com cálculo, de comêço a fim; o segundo principia com frieza calculada, para logo a seguir deixar-se arrastar pelo seu temperamento, quando se torna brutal e explosivo, sem o mais mínimo domínio sôbre si próprio; o terceiro, porque de natural passivo diante da vida e do destino, avança impellido pela paixão. Riedl, já agora analisando a questão, relativamente a algumas das infrações mais freqüentes na prática, usando como material duzentos indivíduos autores habituais de lesões, trezentos estafadores habituais, além de trezentos ladrões habituais, quanto à estrutura somática, estabeleceu o seguinte: que os autores de lesões correspondem preponderantemente ao tipo constitucional dos atléticos, com quarenta e três e meio por cento mais ou menos, em frente aos leptossômicos, com dezesseis por cento mais ou menos, e aos pícnicos, com três e meio por cento mais ou menos; que entre os estafadores ocupam o primeiro pôsto os leptossômicos, com quarenta e um vírgula três por cento mais ou menos, vindo em seguida os pícnicos, com dezesseis vírgula seis por cento mais ou menos, e os atléticos, com doze por cento mais ou menos; no tocante aos ladrões, nada de absolutamente indiscutível se pôde positivar. Quanto aos círculos temperamentais, eis o como se logrou distribuí-los, por ocasião da mesma experiência sobredita: entre os autores de lesões, mais ou menos setenta e três por cento de esquizotímicos para mais ou menos vinte e sete por cento de ciclotímicos; entre os estafadores, mais ou menos cinqüenta e sete vírgula três por cento de esquizotímicos para mais ou menos quarenta e dois vírgula sete por cento de ciclotímicos; entre os ladrões, afinal, mais ou menos sessenta e oito e meio por cento de esquizotímicos para mais ou menos trinta e um e meio por cento de ciclotímicos. Em síntese, vale dizer sôbre essa abundância

de dados: o pícnico, mais sociável, mais suscetível de adaptar-se, fornece o menor contingente de criminosos; e é, quando criminoso, fàcilmente corrigível. O esquizotímico oferece uma base mais extensa de atuação criminal: a sua insociabilidade, o seu autismo, o seu egoísmo frio e calculado, a sua excitabilidade característica e outras peculiaridades mais, o predispõem ao crime. Muitas vèzes, porém, o que se afronta não são esquizotímicos ou ciclotímicos puros, senão tipos especiais ou subgrupos. Demais, não basta o indivíduo filiar-se a determinada classe, sendo mister levar em conta as condicionantes exógenas das suas atitudes. Qualquer generalização apressada, adverte von Rohden, deve ser evitada.

8. A biologia hereditária joga com os instrumentais que o mendelismo proporciona (fenotipo, genotipo; dominância, recessividade; regras ou leis da disjunção, da independência e eqüiproportional; e, antes de mais, os dois grandes princípios que assim se enunciam: não é dito que a coincidência fenotípica de dois indivíduos tenha a mesma causa genotípica e, vice-versa, em dois indivíduos genotipicamente iguais o fenotipo, mercê de influxos distintos do meio, não é necessàriamente igual). Derivada para a criminologia, a biologia hereditária ocupa-se, de preferência, com três séries de perquirições: interessam-lhe a teoria da denominada tara hereditária, a teoria psiquiátrica da herança, bem como quanto se relaciona com os gêmeos, fontes que são de preciosas ilações no campo da hereditariedade humana. A teoria da chamada tara hereditária estuda os hereditariamente tarados, ou seja, indivíduos em cuja parentela consangüínea aparecem casos de enfermidades mentais ou nervosas, alcoolismo, delitos, caracteres anormais, suicídios etc.. Pode a tara ser direta, pelos pais; indireta ou atávica, pelos avós e por aí em fora; pode ainda ser colateral, pelas linhas dêste nome. Submetendo a estudos cento e noventa e nove delinqüentes de Zurique, conseguiu Hartmann as seguintes porcentagens: tarados por alcoolismo — vinte e nove vírgula seis por cento; por de-

litos e caracteres anormais — dezenove vírgula um por cento; por enfermidades mentais — quinze vírgula um por cento; por enfermidades nervosas — cinco por cento; por suicídios — um por cento. Dentro dessa tara total de sessenta e nove vírgula oito por cento, a porcentagem de taras diretas era de quarenta e cinco vírgula dois por cento. Mais tarados se contam entre os delinqüentes habituais (setenta vírgula quatro por cento) que entre os delinqüentes ocasionais (sessenta e sete vírgula oito por cento). As taras mais consideráveis dos delinqüentes são, segundo Diem, as por alcoolismo e criminalidade. Runge, Gregor-Voigtländer e Gruhle levantaram cifras de tara total de altura surpreendente em relação a jovens em estado de abandono e recolhidos a estabelecimentos de beneficência e caridade. A teoria psiquiátrica da herança, exatamente porque o crime é algo de sociológico e jurídico, tem dificultada a sua aplicação à criminologia. Com efeito, não parecerá arriscado afirmar que alguém nasça com uma disposição para o crime bem delimitada, bem definida? Stumpffl nota que entre os individuos aparentados com reincidentes se encontram mais criminosos que entre os aparentados com delinqüentes primários, tenha sido análogo ou distinto o ambiente, o mundo circundante dentro do qual se hajam desenvolvido. No tocante aos gêmeos, para terminar: Lange investigou trinta pares, dos quais treze monovitelinos e dezessete bivitelinos. Dos treze pares monovitelinos, em dez o outro gêmeo havia, tal qual o seu companheiro, sido punido; dos dezessete bivitelinos apenas dois registravam idêntica ocorrência. “Os gêmeos monovitelinos comportam-se no delito de uma maneira preponderantemente concordante; o contrário passa com os bivitelinos. A disposição, conclui-se, representa um papel de primeira plana entre as causas do crime. Lange encontra coincidências também qualitativas entre os gêmeos monovitelinos, no desenvolvimento da personalidade, na configuração da existência, no comêço e na espécie do de-

lito, na conduta ante o tribunal e durante o cumprimento da pena”, etc..

9. Em conexão com as teorias biológico-constitucional e biológico-hereditária, encara Mezger o trabalho que vem sendo feito nos múltiplos centros de investigação biológico-criminal disseminados pela Alemanha e pela Áustria. Na Baviera, o interêsse quase inteiro das pesquisas gira em tórno do cumprimento gradativo ou gradual da pena e da classificação dos reclusos; o que se visa é exercer influência sôbre a administração da justiça punitiva, bem assim levantar um inventário biológico-hereditário de um grupo populacional espacialmente circunscrito, visto como é inegável a existência de um liame que liga o individuo ao patrimônio hereditário legado pelos ascendentes. Um questionário que ali se usa estende-se por cinqüenta e um números diferentes: os números de um a vinte e quatro servem à investigação dos troncos dos progenitores. As perguntas versam sôbre embriaguez, criminalidade, posição social e econômica, disposição espiritual e de ânimo, propriedades de caráter, temperamento, instrução, modos de reação e conduta familiar dos pais, assim como dos irmãos e irmãs do pai e da mãe e dos pais dêstes; anomalias observadas no tronco familiar (pauperismo, emigração, filhos ilegítimos, desvios criminais, enfermidades da mente), e, quanto à mãe, a sua posição no trato dos filhos, a sua conduta em face do marido, dos filhos, da vizinhança, as suas qualidades morais e de educadora, a sua queda para disputas, para o enfeite da sua pessoa; quanto ao matrimônio dos pais (parentesco entre os cônjuges, ano do casamento, abortos, existência de filhos anteriores ao casamento, tanto de um como de outro, características das mulheres ou dos homens, respectivamente, com que mantiveram relações, data de nascimento e número dos filhos legítimos, disposições mentais, morais e de ânimo dêstes, anomalias na série filial). Os números de vinte e cinco a quarenta e um referem-se à personalidade do recluso mesmo: educação na casa paterna ou fora dela e influxos da educação

recebidos (religiosidade da família, inclinação a mendigar, furto, consumo alcoólico, disputas entre os progenitores, pauperismo), assistência regular ou irregular à escola, êxitos e fracassos na mesma; escolha de profissão ou ofício (tempo de aprendizagem, resultado da aprendizagem, exame para passar à categoria de oficial, exame para passar a mestre), mudança ou mudanças na profissão ou ofício (elevação ou decesso na escala social), manutenção, esfriamento ou ruptura das relações com a família, viagens (comêço, duração, modo de subsistência durante as mesmas, obtido graças ao trabalho ou à mendicância, paragens, territórios ou cidades visitados), situação e conduta militar (tempo de serviço ativo, arma em que serviu, conduta observada, participação na guerra, na frente ou na retaguarda, citações e condecorações, penalidades, ferimentos, se caiu alguma vez sepultado por ocasião de explosões, se esteve em hospital de sangue, se caiu prisioneiro do inimigo, etc.), desvios de índole criminal (indicações pormenorizadas, criminalidade precoce, categorias delituosas da sua preferência, cumprimento de penas), evolução e situação social e econômica, matrimônio (indicações pormenorizadas sôbre a mulher, a sua origem, a sua ascendência), filhos do recluso (número, etc.; êxito e adiantamento na escola, qualidades de ânimo e espírito, situação social, delinqüência, profissão, etc.), desenvolvimento pessoal juvenil do recluso (indicações sôbre as etapas mais precoces do desenvolvimento: andar, falar, etc., enurese, escrófulas, raquitismo, espasmos e ataques, pavor noturno, enfermidades durante a infância), enfermidades ulteriores, especialmente sexuais, tuberculose, doenças nervosas e mentais, espasmos e ataques, estágios em estabelecimentos curativos, embriaguez (regular, ocasional, em vista das circunstâncias e dos “fundos”, periódica, quantidade de álcool consumido diàriamente), conduta durante a embriaguez (alegre, sonolento, violento), posição pessoal em face do delito (breve descrição do mesmo, confissão, protestos de inocência, motivação do fato, arrependimento). O número quarente e dois

tem por escopo recolher a imagem psíquica do recluso, segundo o esquema belgo-letão (catálogo de perturbações anímicas: perturbações da capacidade de observação, atenção, memória, afeto, consciência, juízo, perturbações psicomotoras e cerebral-funcionais, da linguagem e do instinto; idéias compulsivas, perversões, fobias) e, concomitantemente, segundo o esquema de Ewald, com as suas distinções entre propriedades predominantemente dos astênicos e preponderantemente dos estênicos, entre as que correspondem a uma capacidade de retenção potente e as que aparecem em certos defeitos de retenção, entre as que se dão numa alta atividade psíquica e as que se dão numa pequena atividade psíquica, entre as que se avistam numa alta capacidade de impressão e as que se avistam numa pequena capacidade de impressão, reparando-se, ainda, na existência ou não de acentuação instintiva. Por dificultoso o esquema, foi substituído por outro, inspirado no psicobiograma de Kretschmer: 1) referências somáticas à labilidade anímica (perturbações vasomotoras — nas secreções, no estômago, nos intestinos, musculatura e fenômenos motores, fenômenos subjetivos, tais como pressão na cabeça, intranqüilidade, estado de abatimento matinal, etc.); 2) propriedades anímicas fundamentais (fadiga, curvas do dia, necessidade de sono, profundidade do mesmo, sonambulismo); 3) taras somáticas na evolução do caráter (defeitos sensoriais, defeitos na linguagem, inferioridade orgânica, características anormais na estrutura do caráter); 4) funções da expressão (linguagem, escrita, mímica, gesticulação); 5) desvios anímicos na atividade do pensamento, na consciência, na afetividade, na vontade, etc.; traços epiléticos, traços histéricos; 6) inteligência; 7) temperamento (estado de ânimo habitual, impressionabilidade, ritmo anímico, impulso de exteriorização); 8) atitude e formas de conduta. Atitude com relação ao seu próprio estado de saúde, necessidades somáticas (tóxicos, por exemplo), idéia que faz o indivíduo da sua própria significação (sentimento da própria dignidade, sentimento de inferioridade), a sua po-

sição em face dos superiores, dos companheiros, do trabalho, da família, do cônjuge, do sexo oposto em geral (desenvolvimento sexual, perversões), da política, da religião, etc.; traços dominantes do caráter, etc.. Os números de quarenta e três a quarenta e sete dizem com a tipificação clínico-psiquiátrica (são, psicopata, enfermo da mente), em face da tipificação caracterológica, de Kretschmer, olhos voltados para um prognóstico social provisório (corrigível, incorrigível). Os números quarenta e oito e quarenta e nove realizam uma investigação biométrica minuciosa, acompanhada de fotografias do recluso nu. Os números cinqüenta e cinqüenta e um têm valor descritivo: alcançam o tipo de atitude de Martin, o esqueleto, a musculatura, as adiposidades, a pele, o pescoço, a caixa torácica, o abdômen, a pilosidade espalhada pelo corpo, a forma e a côr dos cabelos, a côr da pele, a forma da cabeça, o contôrno frontal do rosto, o perfil, os olhos, a côr dos ditos, o nariz. Registram ainda: os defeitos e enfermidades dos olhos, dados clínicos dos órgãos e do sistema nervoso, sinais de degeneração, reflexos pupilares e patelares, reação de Wassermann. Seguem-se a isto tudo questões referentes às glândulas endócrinas: tireóide (bócio, falta da glândula, círculo de Basedow, traços mixedemáticos), paratireóides (fenômenos faciais, adormecimento dos membros, etc.), hipófise (sintomas acromegalóides, distribuição da adiposidade, sintomas genitais, etc.), cápsulas suprarrenais (frouxidão muscular, especialmente dos genitais), órgãos sexuais (mamas, pilosidade, timbre de voz, tipo de menstruação, gigantismo eunucóide, obesidade), traços mongolóides. Ao lado de semelhante questionário prevê-se um outro, abreviado, contendo informes psico-sociológicos, cujos elementos podem ser recolhidos pelos não médicos, pelos funcionários ou auxiliares leigos (instrutores, capelães, pastores). Todo recluso, na semana seguinte ao seu ingresso no estabelecimento penitenciário, é obrigado a expor minudentemente o curso da sua vida, detendo-se nos sucessos e vivências interiores que maior influência tenham exercido no

seu desenvolvimento e nos seus desvios criminais. As relações, uma vez completas, são remetidas ao Centro de Recopilação Biológico-criminal do Instituto Alemão de Investigações Psiquiátricas de Munique, onde ficam arquivadas. O Centro, provocado, ao depois, fornecerá laudos periciais. Como se vê, a biologia hereditária, a biologia constitucional, a par da psicopatologia e da sociologia, norteiam tais estudos, tais observações. Ainda na Alemanha merecem menção os centros de Württemberg, da Saxônia, da Turingia (aqui exerce preeminência o ponto de vista pedagógico-educativo), de Baden e da Prússia, muito próximos, em essência, do sistema bávaro. Na Áustria, citado não pode deixar de ser o Instituto de Biologia Criminal da Universidade de Graz, sob a direção de Lenz. O questionário ali utilizado, precedido da história do fato delituoso e do curso do processo, consta de oito números: número um — relações familiares (profissão, colocação, relações patrimoniais, etc. dos pais); a espécie do desenvolvimento (na casa paterna, com pais adotivos, em estabelecimentos de beneficência); as relações na casa paterna, etc. (condições da habitação, defeitos da educação, alcoolismo, imoralidade, influências); a vida anímica na época da meninice, traumas sofridos no curso da evolução, doenças, especialmente dos pulmões e sexuais, lesões, vivências anímicas, defeitos corporais inatos ou adquiridos, especiais estados de sonho, epilepsia, histeria, etc.; a educação escolar e as vivências escolares; a formação profissional; o desenvolvimento (madureza precoce, maturação tardia, perturbações, primeira conjunção carnal, espontânea ou mediante violência, conduta atual, matrimônio, divórcio, prostituição, inclinações anormais, etc.); as relações sociais (determinadas inclinações ou repulsões, no trato com gente situada em posição superior ou inferior na escala social, com pessoas mais jovens ou mais idosas, com vagabundos, com mendigos, com prostitutas, com delinquentes; atividades associadas, idéias e atuação políticas, etc.); o gênero de vida (vencimentos do trabalho, emprego ou aplicação

do dinheiro, ocupação no tempo deixado livre pelo trabalho, falta de serviço); a posição em face dos gozos e dos prazeres da vida (taberna, café, leituras, bailes, teatro, cinema, comércio carnal, álcool, nicotina, cocaína, extensão e efeitos desses prazeres); a posição em face dos deveres que impõe a escola, a profissão, a presença dos pais, da espôsa, dos filhos, conflitos com a ordem social e jurídica estabelecida (polícia, outros funcionários administrativos, tribunais criminais); possíveis vivências configuradoras, tais repúdio, fracassos nos exames, na profissão ou ofício, no amor, injustiças reais ou supostas, acidentes, falecimentos, golpes de sorte, primeiro delito, primeira pena, etc.; a posição do indivíduo em face do caso que motivou a sua atual condenação (negação do fato, motivação, confissão, arrependimento, etc.). Número dois — relações parentais, nos troncos materno e paterno, com os irmãos, com os demais parentes consangüíneos; enfermidades somáticas e do espírito; tuberculose, epilepsia; suicídios, embriaguez, vagabundagem, rufianismo, prostituição, criminalidade; inclinações especiais — manias, homossexualismo, sadismo, mazoquismo, etc.. Número três — a vida na prisão (efeitos sobre a personalidade, favoráveis ou desfavoráveis à sua volta à comunidade social). Número quatro — revisão dos dados obtidos. Número cinco — a investigação somático-patológica e psicopatológica com diagnóstico psiquiátrico. Número seis — dados psíquicos e psicofísicos pormenorizados: a) — estrutura corporal, fisionomia e expressão motora, com destaque da altura, do pêso do corpo, formas e medidas do corpo, especialmente do crânio, pilosidade, atitude corporal, raça, tipo constitucional, masculinismos, feminismos, infantilismos, especialidades dos movimentos de expressão, da mímica, da postura, da marcha, da linguagem, da conduta, da escrita; b) aspecto intelectual, levando em conta a educação, a inteligência, o curso do pensamento, etc.; c) o temperamento segundo a excitabilidade, o humor, o curso anímico, a vivacidade, etc.; d) restantes inclinações da vida afetiva e volitiva, em referência

funcional — segundo o hermetismo ou a franqueza, a direção para dentro ou para fora, a adaptação, o otimismo ou o pessimismo, a sugestibilidade, as inibições, etc. — e de conteúdo — segundo a acentuação do eu, o instinto de liberdade, etc.). Número sete — a personalidade, primeiramente em si, as suas inclinações dominantes, os seus complexos, a sua estrutura conjunta (caráter unitário, dispersão, constância, mudança das inclinações, grau da individuação); segundo a derivação do ato da personalidade, no sentido a) da especial posição do agente no momento do ato (afetos acumulados, efeito do consumo alcoólico, etc.), b) das disposições atualizadas no fato delituoso, tanto no seu aspecto funcional (intelectual, excitado pelo afeto, impulsos razoáveis, etc.), como de conteúdo (frivolidade, agressividade, impulso vital de afirmação, sentimento de inferioridade, egoísmo, cansaço de viver, preguiça, instinto sexual, ambivalência, posição social, política, etc.), e c) da capacidade de discernimento e força de vontade (compreensão do caráter antijurídico do ato, forças de resistência aos impulsos criminais). Número oito — prognóstico do tempo por que deve estender-se ainda a pena, assim como da conduta do indivíduo, pôsto fora do estabelecimento penitenciário. Em Graz, lançam mão complementarmente de testes (1.º — prova de leitura; 2.º — prova de cálculo; 3.º — prova de geografia; 4.º — prova de história; 5.º — perguntas sôbre a experiência; 6.º — prova das sílabas; 7.º — prova do grupo de conceitos; 8.º — prova de cancelamento, de Bourdon; 9.º — prova da distribuição da atenção; 10.º — prova de cancelamento de Bourdon-Sterzinger; 11.º — prova da sugestibilidade da interpretação das raias; 12.º — prova da sugestibilidade das manchas, de Seelig; 13.º — prova do despregamento; 14.º — mudança dos ponteiros do relógio; 15.º — prova das lacunas, de Ebbinghaus; 16.º — prova de associação; 17.º — prova do quadro, de Bobertag; 18.º — continuação de uma história; 19.º — descobrimento de contradições, de Binet-Bobertag; 20.º — diferença dos conceitos, de Binet-Bobertag; 21.º — interpre-

tação das manchas, de Rorschach; e 22.º — prova da probidade).

10. A quarta parte do livro dedica-a Mezger ao exame crítico da concepção sociológica do delito. Inúmeros fatores, de ordem exógena todos, condicionariam, segundo ela, a delinqüência: o clima; as estações do ano (os delitos contra a honestidade e o pudor alcançam o seu máximo em junho e julho; as lesões, as injúrias culminam em agosto, ao passo que os delitos contra o patrimônio e a propriedade se elevam nos meses de inverno), os dias da semana (é conhecida a curva sábado-domingo-segunda das lesões, fenômeno êsse intimamente vinculado ao consumo de álcool mais acentuado nesses dias, o que fêz a Noruega vedar o comércio de aguardente aos domingos e nos dias de festa), o lugar de cometimento do fato (cidade e campo; aqui se computam dados outros que não os influxos puramente territoriais — a índole específica da população, a densidade da mesma, as características troncais hereditárias, as confissões professadas, o alcoolismo, os movimentos populacionais, etc.), a raça (matéria em que é difícil diferenciar complexos causais biológicos de complexos causais sociológicos), o sexo (a criminalidade da mulher não representa mais que um quinto da criminalidade conjunta; certos crimes, como os violentos, vicejam mais entre os homens; já o infanticídio e o abortamento são específicos da mulher), a idade, constituindo no seu todo os fatores naturais. Entre os sociológicos em sentido estrito enfileiram-se mais: as relações econômicas (lembre-se o aumento dos furtos quando sobe o preço do trigo, quando piora a situação econômica), as crises sociais (a guerra, *verbi gratia*, sendo de assinalar que o que opera neste caso não é tanto a guerra senão o reflexo desta nas economias), os traumas sofridos pelo indivíduo na convivência social, o alcoolismo, a criminalidade anterior e as condenações impostas, a sugestão (leituras, cinema, teatro, companhias), da qual convém destacar a sugestão da massa. A concepção sociológica do delito vale-se de alguns métodos específicos de estudo: a

estatística, em primeiro lugar, cujo valor, exagerado por uns, é contestado por outros. Em verdade, a estatística criminal não é a estatística dos crimes, senão a estatística das condenações, pois delitos sem conta há que permanecem encobertos e impunes. Certos autores, entre os quais Exner, consideram necessária uma complementação da estatística pela observação singular, sem a qual ficará em branco o aspecto psicológico do fato. Últimamente, são dignos de nota os *case studies* americanos, da forma como os pratica o psiquiatra Healy, com uma profundidade e objetividade exemplares. Jovens enviados pela família, pela escola, por entidades de fins sociais ou pelo tribunal de menores à *Judge Baker Foundation* são esquadrinhados sob os prismas médico, psicológico, pedagógico e social; revolve-se o seu *background*, a sua evolução, a sua história escolar, as suas vivências na profissão, mormente na época da aprendizagem, etc., chegando-se ao estabelecimento das causas prováveis do progressivamente sucedido, bem como do prognóstico e do tratamento mais consentâneo. Várias escolas existem, apreciando o crime sociologicamente. São elas: a escola sociológico-criminal alemã, de von Liszt, para a qual os fatores sociais têm importância primacial, sendo de ordem secundária os fatores individuais; a escola de Lião, à qual se filia Lacassagne, para a qual o meio social é o caldo de cultura da criminalidade, não havendo culpa por parte do criminoso, senão por parte desse mesmo meio social; e a escola do materialismo econômico, marxista, para a qual o “econômico” é a força que tudo move, a raiz, o substrato de quanto se passa. Do ângulo político-criminal, a concepção sociológica levaria a consequências opostas à biológica: enquanto esta desperta a atenção para o indivíduo e individualiza, portanto, o delinqüente, aquela volta-se para o organismo social, clamando que uma boa política social é a melhor política criminal. Há muito de unilateral aqui e ali. Mezger afirma que o estado “totalitário” exige do indivíduo firmeza diante das múltiplas tentações que o rodeiam; que, no entanto, se o

indivíduo vier a delinqüir solicitado por influxos de alta potência, estando provado que não é mau de índole, sendo de valia para a comunidade, o estado se mostrará benigno e condescendente em relação a êle. Em regra, dentro da comunidade do povo, cada um é responsável pelos atos que praticar, não lhe sendo lícito transferir essa responsabilidade de si para o todo. “A concepção de que todos são culpados menos o criminoso não pode ser aceita. Tal concepção é incompatível com o estado totalitário e com a responsabilidade pessoal por êle proclamada.”

11. A quinta e última parte do livro dedica-a Mezger à exposição da concepção dinâmica do delito, por êle defendida. Ao passo que as concepções antropológica, psicopatológica, bioológica e sociológica se empenham na conquista de conhecimentos gerais acêrca do sucesso delituoso, quer construindo um delinqüente-protótipo, um delinqüente-mo-dêlo sempre identificável nos casos singulares, quer atribuindo a *ratio essendi* dos delitos a determinadas enfermidades anímicas, quer vasculhando as causas biológicas e herdadas, bem como as sociais, dos fatos delituosos, a concepção dinâmica, a concepção mezgeriana, partindo do princípio de que todo delito é um acontecimento individual na vida do sujeito e no conjunto da comunidade social, algo que se não repete nunca da mesma maneira, algo que pela sua própria natureza é insuscetível de generalização, “algo histórico no sentido metódico”, repele a criminologia como ciência de uma potencialidade geral, para erigi-la em ciência de uma atualidade individual, voltada, não para simples idéias e possibilidades, mas para atos, realidades. Ato e autor querem ser compreendidos (repita-se: compreendidos, e não explicados) dinamicamente, e não estáticamente, dentro do processo vital. Se umas teorias dão o crime como produto de fatôres eminentemente endógenos e se outras teorias o dão como produto de fatôres eminentemente exógenos, a concepção dinâmica supera êsse entendimento do problema, mostrando que nem mesmo os fatôres disposição e meio são realidades unívocas, mas, isto

sim, imagens complexas, dinâmicas, que, antes de provocarem qualquer efeito atual, influem umas nas outras das mais diversas maneiras. A disposição pode ser herdada, inata e adquirida. É herdada ou germinal a disposição que um homem, em razão da união dos dois plasmas germinais dos seus progenitores, recebe, como conteúdo definitivo, para todo o curso da sua vida, continuação no tempo de vidas anteriores encadeadas. É inata (predisposição) a disposição herdada acrescida de tôdas as modificações e alterações que se deram durante a vida intrauterina do futuro ser. É adquirida (personalidade), num dado momento da curva vital, a disposição que, sôbre a base da disposição herdada, em si encerra todos os influxos e efeitos que, até aquêlo dado momento, alteraram e modificaram, para melhor ou para pior, as disposições herdada e inata. Equivale à totalidade dos fatores vitais endógenos, a que se vão agregar múltiplos fatores exógenos. A disposição, qualquer que ela seja, como potencialidade dada (genotipo) abre caminho a múltiplas possibilidades de repercussão atual fenotípica. Quanto ao fenômeno da criminalidade latente, do delito visto como potencialidade, o seu âmbito também ultrapassa o que de ordinário se supõe. A queda para os atos criminosos não se circunscribe a determinado tipo de homens (delinqüentes natos), mas é universal. Goethe, o sereníssimo, o olímpico, exclamou certa vez: “Quando leio nos jornais referências a delitos da mais variada espécie, experimento a sensação de que seria capaz de praticar qualquer dêles.” Todo homem tem um substrato, uma infraestrutura anímica, carregada de tendências impuras, baixas, malevolentes. Não há, por isso mesmo, entre o delinqüente e o não delinqüente diferença fundamental, quanto à disposição: o que os divide não é a potencialidade latente, é a atualidade manifesta. No tocante às disposições, essencial observar ainda que, em virtude da fusão de dois progenitores distintamente dotados, alberga cada individuo em si massas hereditárias contraditórias, o que tira à biologia constitucional kretsch-

meriana o grau de absoluta: “pode aparecer unido a uma estrutura corporal atlética um temperamento pícnico, ao aspecto exterior pícnico uma direção esquizóide do espírito”. Dessarte, “cada disposição singular do caráter representa uma certa fôrça, é uma imagem dinâmica, e as relações recíprocas das disposições entre si são de natureza dinâmica — os traços singulares do caráter podem unir-se, hostilizar-se, etc.” O fenômeno da supracompensação, da ostentação de propriedades conflitantes com as verdadeiras, põe a descoberto os contrastes de disposições. Sternickel evoca um assassino e ladrão brutal, com o seu terno amor pelos animais. Carlos Drummond de Andrade, em Anedota Búlgara, traça uma figura em que se surpreende com nitidez êsse contraste. Tudo isso vem mostrar que há no homem um processo dinâmico, elaborando constantes transformações no tempo. Com relação, agora, ao meio, também não há negar a sua importância na gênese do crime. À criminologia não lhe interessa, porém, a existência potencial de uma determinada situação do mundo circundante, senão interessa-lhe o influxo atual que um determinado meio exerceu, pelo que chegou a ser causa de um delito. O motivo da diversidade de atitudes em face de circunstâncias externas várias, como outros homens, situações ou vivências, jaz, em primeiro lugar, no mundo circundante, mas também na personalidade, que entra em contacto com o meio de uma maneira própria. Cada homem se porta de modo diverso diante dos influxos do meio. Disposição e meio, assim, sempre comparecem juntos, sendo errônea a sua colocação em têrmos alternativos. Não se pode dizer até que ponto vai o social e até que ponto o biológico. Ambos os dois reinos se interpenetram, se mantêm comunicados. O a que aspiraria, afinal, a criminologia seria a compreender, não a explicar, o delito e o delinqüente, e compreender significa captar o sentido de algo suscetível de valoração. A política criminal daí decorrente leva em linha de conta valores e normas, de caráter legal positivo estas. Mas nem por serem legais positivas

hão de ser rígidas e estáticas, inalteráveis no seu conteúdo, mas hão de viver e mudar. A missão precípua da interpretação consiste em amoldar a lei, fruto do passado, às necessidades e conceitos do presente. A dinâmica histórica governa a política criminal. A esta incumbe-lhe promover a estrutura cultural e assinalar os objetivos culturais observados na evolução. A futura administração da justiça penal, remata Mezger, colocar-se-á a serviço da regeneração do povo, através do restabelecimento da responsabilidade individual perante a comunidade do povo e da eliminação de elementos ao povo e à raça nocivos! A pena retributiva e o desenvolvimento cada vez maior do instituto das medidas de segurança são as conseqüências que das novas idéias se extraem.

12. Um olhar retrospectivo, que fixe uma vez mais os muitos temas abordados por Mezger no seu livro, cabe bem no fêcho dêste passeio. A concepção antropológica, da mesma forma que as concepções psicopatológica, biológica e sociológica, não satisfazem integralmente, deixando virgens e intocadas muitas indagações. São unilaterais, cegas para a realidade total, da qual se contentam em destacar uma fatia, maior ou menor, por isso mesmo que parcial, morta e desfigurada. Acontece com elas o mesmo que acontecia com as concepções do direito, umas tomando-o por um fato, outras encarando-o como um valor, e outras ainda vendo-o como uma norma, olvidadas tôdas de que o direito brota da integração, da unidade dinâmica dêsses três elementos: fato, valor e norma. A afirmação de que todo delinqüente genuíno nasce, revelando-se na exteriorização de estigmas, choca-se frontalmente com a ciência: primeiro que tudo, porque todos nascem com certas disposições para delinqüir, que se atualizarão ou não, o que já elimina qualquer cogitação relativamente a características morfológicas e psíquicas peculiares ao delinqüente. Dizer que todo delinqüente é um psicótico (Mezger alinha exemplos muito freqüentes na prática, a saber: o estado de embriaguez patológico, o estado habitual do bebedor

crônico, a embriaguez alcoólica aguda ordinária) é negar a existência de delinqüentes normais, bem como fugir ao âmbito do direito penal. Pertence à medicina, à psiquiatria o estudo e a prescrição do tratamento de tais casos. O mesmo se diga dos que enxergam no delinqüente um psicopata. A psicanálise, em companhia da psicologia individual, ambas pisam igualmente em falso, arredadas que andam da realidade dos fatos. A consequência das duas levadas ao extremo seria a destruição do sistema punitivo, uma revolução, em suma, nesta matéria, trazendo no seu bojo, quiçá, uma verdadeira inversão de valores. As concepções biológica e sociológica, a primeira atribuindo excepcional importância à disposição, herdada, inata e adquirida, e a segunda não divisando mais que o mundo circundante, o caldo social, a ponto de Lacassagne desclassificar para qualquer coisa que não delito o delito praticado com prevalência dos fatores endógenos, ambas pecam pela estreiteza da sua *Weltanschauung* criminal, pelo seu unilateralismo tacanho e mofino, de esterilidade comprovada. A concepção dinâmica de Mezger, tirante alguns exageros e o sacrifício que faz, quase absoluto, da liberdade individual nas aras do estado todo poderoso, acha-se em dia com os progressos científicos do século em curso, cada vez menos fiel ao liberalismo e individualismo puros dominantes no mundo a partir dos fastos da Revolução Francesa. A sua posição é claramente historicista, culturalista. O que prega vai informado da moderna filosofia dos valores, bebida em Hartmann, em Scheler, em Dilthey. A vantagem que a concepção dinâmica leva sobre as demais está na sua compreensão (e é ela a primeira que compreende o fenômeno crime) da totalidade dos fatos, o que faz procure envolvê-los também na sua integridade. Se estuda a disposição, estuda-a em função do meio; se concentra as vistas no meio, concentra-as sem esquecer a disposição; e a ambas trata-as sempre dinamicamente, como a vida de que fazem parte é dinâmica e movediça, em perpétua fluência.

Os crimes das multidões

“Ubi multitudo, ibi malum” — SÊNECA

Luiz Fernandes Lima

1

O tema que vamos abordar se refere a um tipo de estudo, que não tem preocupado muito os espíritos. As relativamente poucas obras, que temos encontrado, são demonstrativas do quase nulo interêsse que o assunto tem despertado. Na realidade, sòmente alguns autores, dentre êles, SIGHELE, ELIAS DE OLIVEIRA, TARDE, LE BON, têm livros dedicados ao problema da multidão que delinque. Os demais afloram a questão, ao de leve, em capítulos perdidos na imensidão de seus tratados, sem trazerem, no entanto, nenhuma contribuição pessoal à solução do problema. Valem-se das idéias e das luzes dos principais expositores da matéria, e, tão só com isso, satisfazem-se. Foi essa circunstância que nos levou a abordar tal assunto, a par da consciência de que as multidões delinquentes merecem ser estudadas com mais carinho, uma vez que, hoje em dia, em virtude das condições do meio ambiente social, com facilidade surge, num relâmpago, o grupo multitudinário, disposto a tudo, a matar, a depredar bem como a aclamar e aplaudir. A formação de classes trabalhadoras como a dos bancários, dos comerciários, dos industriários, com suas sub-classes, tecelões, metalúrgicos, gráficos, etc., e a constituição dos respectivos sindicatos, como que favorece a rápida organização de coletividades. O homem toma consciência do seu “eu individual” e do seu “eu social”, digamos antes, do seu “eu de classe”. Sabe que pertence a

determinado agrupamento; assume como que tácita obrigação moral de participar dêsse conglomerado de seus pares e quando quer que chamado a comparecer para integrá-lo, desloca-se de onde estiver, atendendo a êsse imperativo de ordem moral. Reina soberana, hoje em dia, a idéia que só a multidão poderá obter aquilo que nem sempre é desejado individualmente: a reinvidicação de classe. Os comícios, arvorados em panacéia de todos os males sociais, proliferaram de tal forma, que a própria lei não pôde desconhecê-los, consagrando-os, inclusive, nossa Carta Magna (art. 141 § XI).

Não é nosso objetivo, absolutamente, criticar esta situação, dizendo se é um bem ou mal. Fazemos tais observações, sòmente para constatar um fato que existe e que não pode ser negado. O que, todavia, nos permitimos é afirmar que a multidão é um caldo de cultura onde o germe do mal prolifera e se desenvolve com rapidez espantosa; onde duzentas, quinhentas, mil pessoas podem pensar e agir como uma só pessoa; onde uma simples descarga basta para eletrizar a turba e fazê-la mais ou menos dócil e obediente ao capricho de uma voz que a orienta e a dirige; uma voz que pode elevá-la aos píncaros do heroísmo, bem como precipitá-la no abismo do crime. “A multidão é um terreno em que o micróbio do mal se desenvolve fàcilmente ao passo que o micróbio do bem morre quase sempre à míngua de encontrar condições de vida.” (SIGHELE, *A Multidão Criminosa*, pág. 58).

A tomada de consciência do trabalhador dêsse “eu de classe” favorece a composição imediata de multidões, mais ou menos definidas, com suas peculiaridades psicológicas, suas idiosincrasias e notas determinantes. Poderíamos dizer, embora pareçamos paradoxais ou confusos, que êsse fenômeno — “eu de classe” — permite a formação de “multidões-individuais”, ou seja, desnecessário se torna que o indivíduo esteja reunido física e corporalmente a seus pares; pode estar sòzinho, isolado de todos e ainda assim agirá da mesma maneira como atuaria se estivesse em

meio à turba enlouquecida, embora a distância do foco atenúe os efeitos da infecção.

Está êle prêso ao mesmo liame psicológico que o torna submisso à vontade do “meneur”. A influência dêste atua à distância atingindo exatamente aquêle indivíduo, dentre outros, para conformá-lo a determinada atitude. Embora à distância, as impressões que a multidão classista recebe, são decalcadas no processo psicológico daquele que se considera participante da mesma, ainda que fisicamente dela não faça parte.

Õ progresso, significando especialização, vai, cada vez mais intensamente, diversificando as multidões classistas, transformando-as em unidades autônomas, com feições psicológicas próprias, imprimindo-lhes tendências definidas. Hoje em dia, dessarte, há grande facilidade de os homens se reunirem em multidão, facilidade erigida inclusive, em garantia constitucional; por outro lado a turba apresenta fecundidade extrema em conceber, no seu ventre, o germe do crime. Não vá nisso nenhum exagêro: nem tôda multidão delinque, mas tôda multidão é condição para a prática dos crimes, cujas raízes procuraremos investigar.

Êste estudo não acalenta, nem de longe, a pretensão de esgotar o assunto. A matéria, sôbre ser vasta, é controvertida porque objeto de ciência ainda recente. A psicologia coletiva, capítulo da psicologia geral, iniciou-se praticamente nos fins do século passado e albôres do atual. Não atingiu, portanto, ainda, aquela maturidade científica em que determinados conceitos são inconcussos e estaqueiam arcabouço garantidor de pesquisas laterais. Quem se proponha a estudar a psicologia das coletividades terá de abrir com os meios que dispuser, uma picada no matagal do desconhecido. Face tais dificuldades, nós, a quem falta mór profundidade de indispensáveis conhecimentos de psicologia geral bem como de sociologia, e ainda êsse pioneirismo de desbravadores, limitar-nos-emos a seguir o caminho aberto por outros, procurando trazer

à tona o que os estudiosos dessa matéria têm de comum, aceitando ou criticando, na medida em que fôrmos capazes de fazê-lo, as idéias de cada um, o que afinal vem ser a característica dêste trabalho: compilação, embora parcial e fragmentária, do que sôbre o assunto se escreveu. Por outro lado, atendendo às exigências do curso a que esta tese se refere, limitar-nos-emos ao estudo da multidão que delinque, deixando de lado quaisquer outros aspectos da psicologia coletiva, que, apesar de interessantes, não se conformariam à feição do trabalho.

II

A imitação, tão magistralmente descrita por — TARDE em seu livro "*Les Lois de l'Imitation*", explica em parte porque uma multidão, apesar da heterogeneidade de seus componentes, heterogeneidade de nacionalidade, de sexos, idades, caracteres, etc., se transforma em um só corpo, animado de uma só vontade, tendendo para determinado alvo comum.

A imitação, tendência nata do homem, revestindo as formas de imitação-moda, imitação-simpatia, imitação-obediência, imitação-educação, etc., destrói a originalidade, esmaece as diferenças, equipara os desníveis, uniformiza os caracteres.

Êste instinto tão atuante no homem isolado, atinge o paroxismo de seu poder nos homens reunidos em multidão. BORDIER em seu livro "*La Vie des Sociétés*", 1808, pag. 76, afirma que — "chaque homme est individuellement disposé à l'imitation, mais cette faculté atteint son maximum chez les hommes assemblés."

A imitação encontra guarida em tôdas as formas de vida e convivência humanas: o filho imita o pai; os fracos, os poderosos; os povos a outros povos. Verifica-se a imitação, na arte, na literatura, nos crimes, nos suicídios. Um

índivíduo que não pintasse imitando a natureza, por certo não seria compreendido e sua obra seria estéril. Obje-tar-me-eis com a arte moderna, em que os quadros são inúmeras vezes incompreensíveis, mas nem por isso dei-xam de ser considerados obras de arte. No entanto, eu vos direi: Ide a uma exposição de quadros dessa natureza e em vez de apreciá-los, contemplai os que a visitam e vereis todos os tipos de máscara humana, menos a de com-preensão, e, sobretudo, a de riso. A tendência do homem médio é repudiar essas manifestações de arte, que êle não compreende, que não lhe fazem sentido. Por outro lado, os chamados pintores modernistas também não estão sen-do originais: são imitadores de outros; imitam, em última análise, um primeiro que teve a “originalidade” de pintar uma tela dêsse tipo. Aliás, MAX NORDAU, em seus “PARA-DOXOS”, já dissera que: “A originalidade não é outra coisa que a primeira representação da vulgaridade”

A psicanálise, com a teoria dos complexos, nos diz que a criança passa tôda a sua infância e puberdade imitando o pai ou a mãe, introjetando o super-ego dos maiores em seu aparelho mental; mais tarde é a influência dos mes-tres, das pessoas a quem o adolescente admira, enfim, da sociedade. O super-ego vai evoluindo, recebendo influên-cias ora de um, ora de outro modêlo; o super-ego vai se diferenciando através da imitação de modêlos vários, até tornar-se cada vez mais impessoal. Portanto, a criança herda um super-ego, pelo processo de identificação, heran-ça essa constituída de inúmeros legados.

Deixamos de nos referir à imitação nos crimes e nos suicídios, em que determinadas formas de matar ou ferir atingem, em certas ocasiões, os fôros de moda. Haja vista a vitriologem, o assassinio a revolver, por mulheres aban-donadas. Tivemos há poucos anos, no Rio de Janeiro, a epidemia de maridos assassinados pelas esposas. Em São Paulo, a onda de latrocínios contra motoristas de táxis; a vaza alarmante de crimes de fundo sexual que assombrou

a cidade. Quanto ao suicídio, a história do lorde inglês que se atirou no Vesúvio, seguido logo depois, por inúmeros conterrâneos. Narra SIGHELE que 15 inválidos se enforcaram sucessivamente, num curtíssimo espaço de tempo, num gancho que havia no corredor escuro de um edifício. (*A Multidão Criminosa*, pág. 39).

Êsse instinto imitativo, que tão fortemente atua sôbre os individuos isolados, cresce de poder na medida do número de pessoas. Quanto maior o agrupamento humano, mais poderosamente influi a imitação. A emoção experimentada por um irradia-se imediatamente para o grupo; as almas trepidam ao sabor do mesmo vendaval psicológico; o raciocínio obnubila-se; a razão é sobrepujada pelos sentimentos; a vaga multidinária escalda na fornalha das emoções e a multidão, enfraquecida a capacidade raciocinante, cega a razão, é juguete do ódio, do amor, da ira, do ardor patriótico. E é neste momento que se cria a chamada “alma coletiva” das multidões. Aquêlê conglomerado heterogêneo homogeniza-se; aquela massa inorgânica organiza-se. Aplainam-se as diferenças, equiparam-se os desníveis, desbastam-se as arestas: eis a multidão psicológica! Multidão psicológica que se não confunde com os agregados humanos em que nada liga seus membros. GUSTAVE LE BON em sua “*Psicologia das Multidões*”, pág. 12, nos afirma que “Em certas ocasiões, meia duzia de homens podem constituir multidão psicológica, ao passo que centenas de homens casualmente reunidos, podem não constitui-la”. É preciso, para que surja a multidão organizada ou psicológica, uma identificação de seus elementos integrantes, através da imitação. Só assim é que se poderão observar aquêles caracteres de que os escritores que tratam do assunto nos dão notícia; a grande *impulsividade* de que as multidões são donas, atirando-se, conforme as excitações, diante da morte, sem estremecer, ou recuando pusilânimes face um perigo aparente; a *mobilidade*, que a faz experimentar tôda a gama dos sentimentos desde o desprendimento generoso até a crueldade requintada; a

irritabilidade que a faz um animal perigoso, onde a menor palavra mal interpretada ferirá seus brios profundamente excitados e a tornará capaz de matar; por outro lado não se esqueça sua *credulidade*, onde não existe o inverossímil e os maiores absurdos e mentiras são considerados possíveis e verdades concretas, exatamente porque sua função raciocinante está obliterada: o *exagero* e a *simplicidade* dos sentimentos das multidões, que vai logo às do cabo quer no ódio, quer no amor. LE BON tem palavras exatas para descrever isto: (pág. 36). “A simplicidade e o exagêro dos sentimentos das multidões fazem com que estas não conheçam dúvidas nem incertezas. Como as mulheres, vão sem hesitar até às últimas extremidades; uma suspeita, apenas enunciada, transforma-se imediatamente em indiscutível evidência; um começo de antipatia ou de reprovação que no indivíduo isolado se não acentuaria, torna-se imediatamente em ódio feroz no indivíduo em multidão”. Padecem ainda as multidões de *intolerância* que bem se pode resumir nestas palavras: quem não está a meu favor, está contra mim. São ainda *autoritárias*, principalmente porque, embora de modo inconsciente, têm noção de sua força e poder. Não admitem a menor dúvida sobre o que lhes pareça, no momento, certo ou errado. É fácil verificar-se este característico, numa reunião pública em que, se um orador rebate pontos aceitos como inconcussos para a multidão, é imediatamente interrompido por vaias, assobios, uivos que poderão degenerar em massacre físico à pessoa do orador, se este insiste em suas palavras, fazendo por desconhecer a irritabilidade do aglomerado psicológico.

Esta é a multidão psicológica; este é o monstro de mil braços e de um só cérebro; esta é a turba que poderá delinquir!

No entanto, não nos basta saber como surge a multidão organizada. Apontamos a imitação como a força catalítica que combina as partes do todo multitudinário. Necessitamos, agora, indagar como atua a imitação.

Várias respostas foram formuladas a esta questão. Entenderam alguns estudiosos que a imitação se transmitia por *contágio moral*. O indivíduo imitaria, uma vez contagiado, da mesma maneira que alguém adquiriria tuberculose, contaminando-se. Transcrevemos estas palavras de JOLY, colhidas em SIGHELE (*A Multidão Criminosa*, pág. 37/38) porque são altamente elucidativas do que seja o *contágio moral*: “A imitação é um verdadeiro contágio que tem o seu princípio no exemplo, como a variola tem o seu contágio no vírus que a transmite; e do mesmo modo que existem na nossa organização, doenças que só esperam para se desenvolverem a mais ligeira causa, assim também há em nós paixões que permanecem mudas no exercício da razão e que podem despertar unicamente por efeito da imitação”.

Com JOLLY, estão de acôrdo outros estudiosos como DESPINE, MOUREAU DE TOURS, EBRARD, etc. (Apud SIGHELE).

No entanto, isto não nos satisfaz. Sabemos que a doença se chama imitação e aceitamos, com êsses autores, que ela é contagiosa. Mas, não vai aí grande mérito. A própria idéia de imitação implica na afirmativa de seu contágio. Não concebemos imitação que não seja contagiosa. Os dois têrmos dessa equação, para nós, são equivalentes. Portanto, cremos que a idéia de contágio moral não veio acrescentar nada ao que sabíamos. Usando de uma imagem imperfeita, mas que esclarece perfeitamente nosso pensamento, diríamos que a idéia de “imitação” está para a de “contágio”, assim como a idéia de “viagem” para a de “locomoção”. Não se pode falar em viagem sem se dizer, implicitamente, que houve uma locomoção, mudança de um lugar para outro. São palavras de idêntico conteúdo ideológico. No entanto, o que está implícito na idéia de locomoção e que não foi dito é que o viajante se serviu de alguma coisa para locomover-se: trem, automóvel, avião. Isto, quando tratamos da imitação, é que verdadei-

ramente interessa indagar. De quê maneira se propaga a imitação? Como atua seu poder contagiante?

Creemos que TARDE e SERGI responderam completamente a estas interrogações. A SUGESTÃO é a responsável pelo poder contagiante da imitação. O veículo, o meio de locomoção da doença imitativa, é a sugestão.

Segundo SERGI (*Psicosi Epidemica*) e TARDE (*Qu'est ce qu'une société?*), a sugestão é um fenômeno físico-orgânico. Qualquer tecido orgânico atua somente através dos estímulos externos recebidos. Um músculo se contrai, se estimulado. Uma idéia é sugerida pela visão de algo externo; um som provoca imagens mentais a êle relacionadas em algum tempo e lugar. Uma palavra irritada nos provoca igual reação irada. Enfim, a sugestão é o estímulo externo que provoca um reflexo idêntico sobre aquilo que atua. Por outro lado, varia o grau de receptividade entre as pessoas: uns são facilmente influenciáveis, outros com mais dificuldade; no entanto, ninguém se pode furtar à sugestão. Dentre os rapidamente sugestionáveis poderíamos apontar os emotivos, os menores, os loucos. Nos primeiros, em que há preponderância da afetividade, as sugestões não censuradas pela razão, que é sobrepujada com frequência pelos sentimentos, provocam imediatos reflexos emotivos. Os menores, em que o fortalecimento da personalidade, entendida esta como conjunto de idéias próprias e definidas, está ainda se verificando, a sugestão torna-os presa fácil dos sentimentos. Nos loucos, os desvios de inteligência e razão possibilitam o incremento súbito das influências externas. Por outro lado deve se notar que a sugestão é fenômeno ambivalente. Recebida a impressão, esta é devolvida ampliada ou não, conforme a capacidade receptiva e reflexiva de cada um, indo influenciar aquêle que primeiro a emitiu. Entre os individuos normais e isolados, a reflexão é fraca porque as emoções recebidas são censuradas pela razão; quando, porém, se trata de emotivos, menores e loucos, êstes, pelo predomínio da afe-

tividade, têm tendências para devolver amplificadas as sugestões recebidas. Nêstes, às vêzes, um estímulo insignificante poderá provocar uma reação exagerada.

Bosquejados sucintamente os característicos da sugestão entre os individuos isolados, podemos passar aos individuos reunidos em multidão. Nêstes, a sugestão atua mais rápida e poderosamente. E isto pelas seguintes causas: a influência do número, a natureza dos membros, a proximidade dos elementos, o nível cultural dos componentes do grupo.

O *número de individuos* tem grande importância se atentarmos para o que acima dissemos: a ambivalência da sugestão. Todo individuo é ao mesmo tempo receptor e emissor de impressões. Por outro lado encontram-se na multidão, caracterizada pela heterogeneidade, aquêles “re-eminentes amplificadores” (permiti-me o termo) que exageram a emoção recebida. Suponhamos uma multidão de 500 pessoas. Cada um de seus membros receberá não só a sugestão daquele que a dirige, como também sofrerá a influência do reflexo das sugestões recebidas pelos outros 499 partícipes. Portanto, a sugestão não será equivalente a 1, mas a 499. O número permite o aumento surpreendente e desmesurado da sugestão. Por outro lado, a *proximidade dos elementos*, permite uma aceleração no processo de recepção e emissão. Os individuos se influenciam uns aos outros instantaneamente. Não devemos esquecer, também, o *fator intelectual* dos individuos agregados em massa. O individuo inculto é mais sugestionável que o culto. Este, pelo maior desenvolvimento da inteligência, tem uma vida afetiva regrada. No entanto, como já fizemos sentir, a formação da chamada alma coletiva oblitera a capacidade racionante, equiparando os desníveis intelectuais, fazendo a sentimentalidade sobrepujar a razão, pelo que o homem culto que, isolado, seria fracamente sugestionável, quando em multidão se torna mais fácil vítima dos sentimentos.

Estudada a formação da multidão psicológica, contudo não respondemos ainda a esta pergunta de capital importância: Porque delinque a multidão? Será suficiente que um indivíduo veja outro matar alguém, para que também se ponha a agir da mesma maneira? A sugestão provocada por palavras que induzem ao crime, ou pela prática de atos delituosos basta para que o sugestionado se ponha a delinquir? Cremos que não.

Alguns autores, como *Sauvergne* e *Barbaste*, entenderam que deveríamos atribuir os crimes da multidão a uma espécie de furor instintivo, a uma disposição homicida primordial. Atribuem, portanto, a responsabilidade dos delitos coletivos somente ao fator antropológico. *Di Tullio* caracteriza de maneira um tanto diferente este elemento: “consideramos que, mais que uma específica disposição homicida, seja oportuno admitir em todo indivíduo a existência de uma disposição instintiva genérica para a agressividade, a qual, sob a influência de estímulos excepcionais, tende a acentuar-se em uma disposição à violência, que, em alguns casos, pode ser também causa de homicídios”, (pág. 274 — “*Tratado de Antropologia Criminal*”, ed. espanhola 1950). Esta é parte da verdade, mas não é a verdade inteira. Além dos fatores antropológicos, podemos responsabilizar também os fatores sociológicos.

O mesmo *Benigno Di Tullio*, em seu “*Tratado de Antropologia Criminal*”, (versão espanhola, pág. 273) acrescenta: “Entre os fatores sociais que mais frequentemente influem em tal sentido, devem ser lembrados, antes de mais nada, os desastres econômicos, as lutas político-sociais, a desordem moral”.

Com efeito, a situação de instabilidade econômica que atravessamos, a insatisfação com os governos, a decadência dos costumes vão tornando o povo descontente, egoísta, preocupado unicamente com seu bem estar individual, desconhecendo e não se apiedando das mazelas de seus pares. É um “salve-se quem puder”, tanto mais cruel porque im-

posto pelas contingências. Vai desaparecendo aquela fraternidade e comunhão de idéias altruísticas, aquela submissão prazerosa aos poderes constituídos. A lei, feita para proteger os homens, torna-se instrumento de coação de uns poucos guindados às alturas. Procura-se violá-la impunemente, de todos os modos, crentes que exatamente para isso foi ela criada. O povo se sente espoliado, iludido, ludibriado, juguete de seus mandatários. O sentimento de revolta vai se enraizando, deitando tronco, enfolhando, derramando frutos e sementes. A onda de descontentamento e insatisfação vai arrebatando tudo e todos. A isto, aliando-se aquêlê crescente poderio das massas, aquela tomada de consciência do “eu de classe”, o reconhecimento de que são uma fôrça social, que difficilmente encontrará diques que se lhe oponham, tudo isto combinado poderá dar uma reação, cujos efeitos serão imprevisíveis, mas indubitavelmente, quaisquer que sejam, serão violentos.

Formada a multidão psicológica em que se pode apontar como característica a alma coletiva, temos o caldo de cultura onde vicejará o germe do mal. Atuando os fatores antropológicos ou biológicos e os sociais, temos a multidão preparada para o crime. No entanto, só isto é insufficiente. A multidão, neste momento, é potencialmente criminosa, mas ainda não delinuiu. Acha-se à fração de centímetro da beira do abismo, mas ainda não se precipitou. Neste instante é que entra em cena o fator “ocasião”. Parodiando aquele dito popular — “a ocasião faz o ladrão”, diríamos — “a ocasião faz a multidão”. E assim é: aquela turba, estimulada até o frenesi, enervada por tôdas as paixões que escondia no sub-consciente e que afloraram à tona, espera somente um gesto, uma palavra que lhe dê determinada forma e a precipite em determinada direção, como uma enxurrada dantesca. A importância dos “me-neurs” avulta neste momento. Dêle depende, na maioria das vêzes, o tornar-se a multidão um pugilo de heróis, ou uma fera assassina. No entanto, saliente-se que às vêzes

a turba consegue subtrair-se a sua influência e operar contra a vontade dêle. Aquela mole humana não conhece meio têrmo e é como uma parêlha de cavalos fogosos contra a qual o pulso do cocheiro luta inútilmente para moderar a velocidade desenfreada, antevendo o abismo que os animais, no furor da disparada, não reparam, indo nele precipitar-se irremediavelmente.

A ocasião, representada por uma palavra, um gesto significativo, dará as diretrizes do comportamento da turba. Os livros que tratam do assunto relatam inúmeros casos em que o fator ocasião foi o principal responsável por acontecimentos lamentáveis.

Se assim é, se o comportamento do grupo multitudinário depende da ocasião, parece que fica invalidada aquela observação que colhemos em SIGHELE de que, na multidão, o micróbio do mal se desenvolve com mais facilidade que o do bem. Todavia, isto não acontece porque é indiscutível que as mais das vêzes a ocasião é má do que boa. E SIGHELE salienta com maestria o característico ativo da maldade e o passivismo da bondade. Esta é humilde, tímida, quase sempre escondendo-se, quando não, manifestando-se numa atitude negativa: não fazer o mal; ao passo que aquela se caracteriza quase sempre por uma ação. E demonstrado ficou que a formação da turba psicológica depende da imitação e da sugestão. Ora imitam-se movimentos, atos, gestos, palavras com muitíssimo maior rapidez que atitudes passivas ou negativas. Sendo a maldade muito mais ativa que a bondade, é evidente que mais rapidamente será imitada, levando-se, ainda, em conta a natural predisposição dos homens para o mal, produto do atavismo que a civilização mal consegue encobrir.

Assim sendo, não é de admirar-se que na maioria dos casos a multidão seja antes execrada que exaltada. Dificilmente os bons conseguirão furtar-se à influência deletéria do grupo e impôr seu ponto de vista. Aliás, ocorre aquilo que SIGHELE chamou de “mimetismo psíquico”.

Procuram os honestos adquirir a côr dos sentimentos do grupo, como uma auto-defesa, porque sabem que se se opuserem, serão esmagados inevitavelmente pela intolerância, pela arbitrariedade da multidão enfurecida.

Deixada de lado aquela predisposição do homem ao malefício, não se esqueça que a multidão é constituída quase sempre de uns poucos bons e honestos; o restante de suas alas é engrossado por vagabundos, criminosos, desequilibrados, semi-loucos e psicopatas de tôda espécie. A contribuição das mulheres, que se encontrem fazendo parte do todo, é também decisiva para fazer inclinar a tendência da multidão para o mal. A literatura a respeito nos dá prova cabal de que o elemento feminino, quando enfurecido, é muito mais cruel que o masculino. A êste, pertence a brutalidade nua; àquele, os requintes da brutalidade.

Formada a alma coletiva, empolgadas as boas qualidades de uns poucos pelo enxurro maléfico de muitos, atuando os fatores antropológicos e sociais, a multidão se precipita num emaranhado confuso e atordoante, derramando-se em desbordamentos que não há conter, praticando tôda a sorte de violências, desde atentados à propriedade, passando à gama dos crimes de perigo comum, até culminar em agressões físicas e delitos mais graves, como o homicídio. A malta enfurecida, rompidos os diques da censura individual e social, desborda, assim, em violações de vários setores do Código Penal. A Justiça estende seus braços, mas só consegue apanhar um ou outro náufrago do turbilhão multitudinário que trazido à flor da vaga espumante é lançado pela ressaca no banco dos réus. Reflui a onda ululante e aquêle destrôço mesquinho, só, cessado o tumulto, pode então avaliar, com horror, tôda a extensão do seu ato. Êle que, isoladamente, jamais teria infringido a lei penal, vê-se apontado como autor de crime atroz, que, devolvida a capacidade de raciocínio e de reflexão, se lhe apresenta como algo hediondo. Êste homem que delinuiu

em meio a uma multidão enlouquecida, que praticou um delito a que chamaremos — crime multitudinário —, como deverá ser punido? Sob que aspecto deverá ser encarado seu crime para que lhe seja atribuída uma punição justa?

III

O legislador penal brasileiro de 1940 entendeu que o crime multitudinário deveria gozar de alguma complacência e estabeleceu para êle a circunstância atenuante do art. 48, VI, “e”: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não pravocou o tumulto, nem é reincidente”.

Subordina, assim, o código, o cabimento da atenuante a três requisitos: licitude da reunião; não ter o autor provocado o tumulto; não ser reincidente.

Seria esta a melhor solução, ou é passível de crítica a atitude do legislador?

SIGHELE, em seu “*A Multidão Criminosa*” (pág. 140), entende que os indivíduos que praticam crimes, sob influência da multidão, devem ser considerados semi-responsáveis, adotando em parte a teoria de PUGLIESE; no entanto, estabelece algumas restrições, pois acha que, se tal teoria fôsse aplicada integralmente, os criminosos natos que praticassem um crime multitudinário seriam considerados semi-responsáveis, o que segundo êle, é um absurdo. Aceitando a crítica que GAROFALO lhe fêz ao livro “*A Multidão Criminosa*”, SIGHELE acha que a pena deverá ser graduada conforme a gravidade objetiva do crime, mas atendendo também à periculosidade de quem o cometeu.

CLOVIS BEVILAQUA escreveu em “*Criminologia e Direito*, 1896, págs. 50/51”, que a responsabilidade é menor nos dominados do que nos dominadores e deve ser limitada, observando-se certa gradação consistente na maior ou menor

perda da individualização em meio ao torvelinho da multidão. Portanto, quanto mais houver adequação entre os objetivos criminosos da multidão e as idéias e tendências do indivíduo, maior será sua responsabilidade, porque a sugestão homicida não precisa atuar muito intensamente para predispor o indivíduo ao crime. Esta teoria não deixa de ser reflexo da de SIGHELE.

EVARISTO DE MORAIS propõe duas soluções: a criação de uma figura criminal “sui generis” em que se comine pena menos grave relativamente àquela em que incorreria o indivíduo se praticasse a mesma ação delituosa individualmente; o outro alvitre é o de se estabelecer uma circunstância atenuante com forte poder atuante na minoração da pena (Apud E. DE OLIVEIRA, págs. 296/297).

Por outro lado, ELIAS DE OLIVEIRA, no capítulo “*Nova Penologia dos Crimes das Multidões*”, págs. 373/405 de seu belo livro “*Criminologia das Multidões*”, propõe a solução que entende melhor, consistente em considerar os delitos multitudinários sob o triplice aspecto: dolosos, preterintencionais e culposos. Entende ser doloso o daquele indivíduo que, estando já disposto a praticar um delito, se incorpora à multidão para que, em meio a ela e por alguma influência dela, possa realizar seu intento. Preterintencional, quando a pessoa, revestido o elemento subjetivo de tôdas as características do dolo, pretenda um resultado menos lesivo do que o que se vem a realizar. Seria crime culposo aquêle da generalidade das infrações coletivas. O indivíduo se incorpora ao agregado voluntariamente, mas vêm a praticar um delito por fôrça das conjunturas que apontamos neste trabalho. Recomenda ainda ELIAS DE OLIVEIRA que se atente para os motivos determinantes do crime e a periculosidade criminal do autor da infração.

Parece-nos utópica a pretensão do citado monografista. Cremos ser impossível na prática verificar-se, com segurança, qual a natureza do elemento subjetivo do agente. A ser aceita a proposta do mesmo, correr-se-ia o risco, exatamente por causa dessa dificuldade, de se verem todos

os delitos multitudinários considerados como culposos, o que viria contra a necessidade da justa retribuição penal. Acresce, ainda, a circunstância de que, se entendermos culposo um delito das multidões, será preciso admitir-se que o agente, ao praticar o ato delituoso, tinha suas faculdades mentais totalmente obliteradas por influência da multidão; estava “moralmente embriagado”, na expressão dos autores que tratam do assunto. Se assim fôsse, seria êle irresponsável, pois tal embriaguês moral equivaleria, por exemplo, à alcoólica fortuita.

Em desacôrdo com a afirmação supra, tem-se aventado exemplo de delitos multitudinários em que é dito verificar-se a culpa “stricto sensu”.

Assim numa greve de motoristas em que, saindo êles com seus carros, viessem eventualmente atropelar ou matar um transeunte, teríamos um delito multitudinário culposo.

Não nos parece admissível tal entendimento se atentarmos para o fato de que num crime culposo, o agente não quer o resultado. Mata por exemplo, “sem querer”. No delito multitudinário, ao revés, o indivíduo “quer” praticar a infração. Mata, sabendo que mata e o faz voluntariamente.

Portanto, temos para nós que o delito coletivo só pode ser doloso, quer seja determinado o dolo, quer indeterminado. O indivíduo se incorpora voluntariamente à multidão e quando, porventura, pratica um delito, o faz também voluntariamente, embora se possa dizer que sua vontade foi destorcida e êle agiu em função da vontade coletiva ou de “meneur”.

Tem-se comprovado que a influência sugestionadora não é tão irresistível como pretendem alguns. Os caracteres diamantinos podem a ela se furtar mais ou menos incólumes. Onde ela atua de maneira arrebatadora e total é sôbre aquêles indivíduos com propensão ao mal. Se assim é, não fica invalidada a nossa tese de que o delito

coletivo só pode ser doloso, porque, punindo-se êsses mesmos agentes a título de dolo, vem-se a reprimir uma tendência que cedo ou tarde se manifestaria, na oportunidade de ambiente favorável. Êste raciocínio é válido, ainda para aquêles casos em que não se pode falar claramente em predisposição criminosa, mas numa imaturidade mental, tomando esta expressão em seu sentido lato, abrangendo a orgânica e a patológica, como é o caso dos menores, emotivos e psicopatas. Não se quer dizer que não deva ocorrer, por exemplo, com o louco, aquela dirimente que normalmente é invocada em tais casos. O que se afirma é que o delito multitudinário não reveste intrinsecamente as características de moléstia mental. A turba-multa alvoroçada está enlouquecida mas não é louca. “Não é certo que as paixões e as emoções da multidão excitada constituam uma forma de enfermidade mental. Êsses fatos, portanto, não valem como elementos de inimputabilidade ou de escusa “(Corte de Cassação de Roma) (Rev. Forense, v. 39, pág. 493) “Trata-se de um estado de exaltação ou sugestão coletiva, e não de enfermidade mental, ocorrendo, pois, a imputabilidade” (Rev. Forense, v. 37, pág. 377, C. Cass. Roma). O delito multitudinário puro, a rigor, deveria ser atribuído inteiramente à multidão, tomada esta como um sêr uno. Todos os partícipes do grupo deveriam ser responsabilizados por ato delituoso que qualquer dos membros praticasse, em função da atividade suggestionadora. No entanto, isto, sôbre ser impossível na prática, acarretaria, pelo mesmo motivo, a necessidade de punição da sociedade, tôda vez que um de seus elementos delinquisse, porque modernamente se reconhece, não só no indivíduo como no meio, a existência das causas geradores dos crimes. Se na realidade não se pune o grupo social, embora gere êste causas de crimes, pelo mesmo motivo não podemos punir a multidão, apesar de se admitir que ela foi a causa do crime multitudinário. Êste raciocínio nos leva obrigatoriamente a admitir uma punição atenuada para os crimes das multidões, uma vez que o fato delituoso foi praticado em

virtude do meio. Para isso, cremos que a solução é uma circunstância atenuante que dê ao julgador a possibilidade de graduar a pena conforme a natureza de cada caso, levando em conta o maior ou menor grau de sugestão que induziu o indivíduo ao delito, e tendo em vista, ainda, a periculosidade ou não do agente. Queremos deixar frizado que esta solução, que entendemos ser a melhor para o crime multitudinário, diz respeito àquela infração praticada por um indivíduo normal que isolado não delinquiria. Outras circunstâncias ocorrentes, como a menoridade, a loucura, etc. são deixadas de lado porque, na realidade, não pertencem à essência da penologia do delito coletivo, uma vez que são genéricas e, portanto, sempre levadas em consideração.

Assim, concordamos com o legislador penal, quando estabeleceu a atenuante do art. 48, IV, letra “e”. O que nos parece digno de crítica é o fato de a mesma ser limitada somente aos delinquentes primários, e ainda desde que não tenham provocado o tumulto e seja lícita a reunião do grupo. Que seja reunião lícita é assunto e examinar-se. Parece-nos que o Código pretende dizer que a reunião deve ser não defesa em lei, deve ter fins lícitos. ROBERTO LYRA a págs. 345 vol. II dos *Comentários ao Código Penal* frisa que: “Quem toma parte em reuniões ilícitas já está fora da lei”. A drasticidade desta afirmação poderá, às vezes, ocasionar injustiças, porque não leva em consideração os adventícios que se reúnem à multidão por curiosidade, arrastados pelo exemplo dos que se agrupam e são contagiados pela sugestão, despersonalizando-se no aglomerado, e agindo em função d’ele, sem saber, as mais das vezes, os fins primitivos da reunião. Note-se, também, a possibilidade de agregação de menores à turba, inconscientes da ilicitude da reunião. Ora, para estes veda a lei se aplique a referida atenuante, o que nos parece injusto. Deveria, a nosso vêr, determinar o Código que o participante do grupo tivesse consciência da ilicitude da reunião para que, então, não lhe assistisse a atenuante.

Por outro lado, a privação, para o reincidente, dessa atenuante, levaria algumas vèzes a resultados injustos. Suponhamos, por exemplo, que o individuo tenha sido condenado por uma contravenção e depois pratique um crime multitudinário. Não seria excessiva punição o descabimento da atenuante para êle? Entendemos até que no caso se verifica infração ao princípio “non bis in idem”, pois que o individuo perde o direito à atenuante, por causa da reincidência e, por outro lado, tem a pena exarcebada em virtude dessa mesma reincidência, que é uma agravante.

O Código não estendeu êsse benefício aos condutores. Cremos que aqui andou mais exato. Com efeito, os incitadores são individuos em geral mais perigosos que os “menés”. Têm consciência do ato que praticam, embora, também, fiquem “embriagados” pelo vinho da multidão. Recebem os reflexos da sugestão que provocam e se deixam contaminar. Contudo, se isto é assim, ainda não se pode desconhecer que, de certa maneira, pretendiam o resultado que sobreveio. Se, às vèzes, a multidão vai além do que êles desejavam, não é de esquecer-se que, pelo menos, assumiram o risco de produzir aquêle resultado.

Isto posto, cremos que a seguinte redação da citada atenuante atenderia melhor aos fins que colima:

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

“e” — ter o agente cometido o crime sob a influência da multidão em tumulto se, licita a reunião ou desconhecendo-lhe o caráter ilícito, não provocou o tumulto”.

Dessa maneira, só não ocorre a atenuante para os “meneurs”.

Para os reincidentes fica ao arbítrio do juiz a applicação da atenuante, o que não gerará injustiça, ainda mais se atentarmos para a agravante da recidiva que lhe dá meios para uma retribuição mais adequada.

Quanto à ressalva do desconhecimento da ilicitude da reunião, poder-se-á dizer que tal alegação sempre será feita, abrindo-se dessarte uma válvula de escape. No entanto, obvia-se êste inconveniente através do exame das circunstâncias materiais que elucidarão perfeitamente o magistrado, o qual com cautela, julgará da veracidade da afirmação, e o perigo será removido. Em todo caso, se dúvida houver, deverá a atenuante ser abonada ao a que alega, pois sempre se dará relêvo àquela humana justificação: “*In dubio pro reo*”.

A crise da prisão e as prisões abertas (*)

Astor Guimarães Dias

Promotor Público. — Presidente da “Sociedade Brasileira de Criminologia e Ciência Penitenciária”.

A história da evolução da pena obedece a várias etapas, no decorrer do século.

No início era a vingança brutal e instintiva exercida pelo ofendido contra o primeiro que encontrasse, ou particularmente, contra o ofensor. É o período da vingança privada, que, se divide em indireta ou direta, conforme a proposta de Steinmetz, indireta se é dirigida contra qualquer um, direta se dirigida especificamente contra o ofensor.

Mais tarde já desenvolvidos os sentimentos de solidariedade familiar, a vingança passa a ser exercida pelo ofendido e sua família, contra o ofensor, que conta com a solidariedade de seus familiares. Resultaram dessas manifestações de solidariedade ao ofendido e ao ofensor, inúmeros conflitos, que ensanguentaram as épocas primitivas e extinguiram numerosas famílias. É o período da vingança familiar.

É nesse estágio do direito penal, que existem o talião e a “compositio”. O talião consagrado no “Êxodo” —

“Reddes animam pro anima, oculum pro oculo, dente pro dente, manus pro mana, pede pro pede, adustionem pro adustione, vulnus pro vulnere, livro pro livre.”

(*) Trabalho aprovado na “IV Reunião Penitenciária Brasileira” — 1955 — Belo Horizonte — 2.º lugar e Menção Honrosa no Prêmio “Oscar Freire” (Criminologia — 1955.)

A “compositio” traduzida na remuneração pecuniária do ofensor à vítima, onde se pode lomigar o germe do instituto da indenização. Eram frases primitivas da pena, mas é oportuno lembrar, que alguns autores, entre êles Azevedo Franco, vêm no talião, um grande avanço para a época, “porque veio estabelecer entre a ofensa e a reação, uma proporção, uma equivalência, que não existia na vingança privada, na fase anterior.” (1)

Aos poucos porém, foi ganhando corpo a idéia de que ao Estado competia a aplicação do direito de punir, exercido como autêntica vingança pública. Entrava a humanidade, criminològicamente falando, na fase social da pena. Durante séculos todavia, essa manifestação do Estado no campo punitivo, se faz sentir de novo violento e cruel. Penas, como o esartejamento, a morte pelo fogo, a decapitação, a roda, eram comumente aplicadas. Os violentos castigos corporais, as amputações, as torturas, encontravam freqüentes aplicações.

É na segunda metade do século XVIII que surge o primeiro grande movimento de humanização das penas, que teve como Biblia, o livro de Beccaria — “*Dei delliti e delle pene*”. Beccaria revolucionariamente pregava a desapareção da desigualdade das penas. Traça regras para preciação das provas dos delitos, combate as penas e cuida da divisão dos delitos. De sua obra, pequena, — mas monumental, parte o grito de humanização das penas, com o qual irão fazer côro inúmeros juristas, entre os quais o illustre Filangieri na Itália, o que motivou a frase de Prins:

“En Italie, Beccaria et Filangieri émeuvent les penseurs par l’accente sincère de leur enthousiasme humanitaire”. (2)

(1) ARY AZEVEDO FRANCO — “Direito Penal” — 1.^a parte, pág. 436 — Ed. ALMEIDA MARQUES.

(2) ADOLPHE PRINS — “Science Pénale et Droit Positif” — pág. 11 Ed. Chevalier Marsq — París, 1899.

É ainda na Itália, que surge, ligada sua origem, à obra de Beccaria, a primeira grande escola do Direito Penal — a Escola Clássica. Foi Carmignani em seu grandioso “Programa del corso di diritto criminale” resumiu os princípios da escola, num estudo imperecível de todo Direito Penal. Na Escola Clássica enfileiram-se penalistas do porte de Rossi, Pessina e Faustin Hélie.

Assentam os clássicos a responsabilidades penal, no princípio do livre arbítrio, e que assenta a responsabilidade, no princípio da responsabilidade social. O homem é responsável porque é imputável, e essa imputação resulta de sua vivência em sociedade. A Escola Positiva dedica ao criminoso, a atenção que a Escola Clássica deixara de dedicar. Foi Cesare Lombroso, o pontífice da Escola Positiva. Sobre sua presença, na ciência penal, colocando-o frente a Beccaria diria o eclético Van Hamel:

“Nos tempos da prepotência e do arbítrio, César Beccaria disse ao homem — Homem, conhece a justiça. Outro César (Lombroso), um século mais tarde, voltando-se à justiça, declarou: — Justiça, conhece o homem!”

Voltando-se para o estudo profundo do homem, criou Lombroso a teoria do criminoso nato, que marcaria época na ciência penal, que seria um dos ramos na árvore classificacional dos criminosos, plantada por Ferri. Ferri e Garófalo, com seus trabalhos imperecíveis seriam dois nomes refulgentes da Escola Positiva.

Conciliando as tendências da Escola Clássica e da Escola Positiva, surgiria na Itália a chamada “terza-scuola”, de Alimena e Carnevali, e ainda numa posição conciliatória apareceria o trabalho de Garraud e Tarde na França, e surgiria a “Escola da Política Criminal”, que apresentaria como nomes estelares Von Liszt, Prins e Van Hamel. Os ecléticos, de um modo geral preferiam o método indutivo da Escola Positiva, ao método dedutivo usado pela Escola Clássica. Ainda em consonância com a Escola Positiva afirmariam a necessidade de investigações antropológicas.

Mas, discordariam de Lombroso, quanto à criminalidade congênita e considerariam juridicamente o delito, à feição da Escola Clássica.

Outras tendências penais, se fizerem sentir entre os juristas, como a tendência idealista, de Croce e Gentile, reagindo contra a Escola Antropológica, a “Escola Penal Humanista”, de Lanza e Falchi, que subordina o Direito Penal à moral; a “Escola Técnico Jurídica” da Manzini e Rocco, que chama atenção para o estudo do Direito Penal vigente o que prega a necessidade da criação de um Direito Penal autônomo; a “Escola Pragmática” de Quintiliano Saldanã, e que procura basear a política criminal nos dados da experiência e a Escola Penal Humanitária, que visava conciliar o tecnicismo jurídico e as novas conquistas da Escola Positiva, e que teve em Sabatini, o seu fundador. (3).

O fundamento filosófico da pena

Questão de relevância, é saber em que se funda o direito de punir?

Qual o fundamento filosófico da pena imposta ao delinqüente?

Três direções, podem ser observadas, nos caminhos seguidos pelos penalistas e filósofos, que procuraram resolver o problema. Primeiro; aquela em que se enfileiraram as chamadas doutrinas absolutas, morais, metafísicas, ou subjetivas.

Segundo; as constituídas pelas doutrinas relativas utilitárias, econômicas, ou objetivas. Terceiro; a das doutrinas ecléticas ou mistas.

Para as doutrinas absolutas, expressas na máxima “punitur quia peccatum est”, a pena é justa em si mesma,

(3) BASILEU GARCIA, “Instituições de Direito Penal” vol. I, Tomo I, Capítulo IV — Ed. Max Limonad, 1.051 — São Paulo.

o criminoso é punido porque pecou. A pena é o justo castigo, a merecida provação que recebe aquêlê que delinqüiu.

Segundo Azevedo Franco, apresentam essas doutrinas três fases:

a) Fase expiatória em que se pune o delinqüente porque pecou.

b) Fase retributiva, desagregação da fase expiatória, mas em que já se tinha uma concepção menos subjetiva, em que o crime não é mais pecado, e que floresce nos fins do direito canônico.

c) Fase intimidativa, em que se atribui à pena um aspecto intimidativo, em que a pena é como uma advertência, tendente a evitar que outros venham a delinqüir.

Entre as teorias absolutas, não pode ser esquecida a do genal Emanuel Kant. Partindo de sua doutrina filosófica e das idéias de Rousseau, admitia Kant, que a pena é um imperativo categórico, um imperativo que não aceitava condicionalidade, e que visaria espisar o mal pelo próprio mal. A finalidade da pena não é corrigir, mas de expiar o mal pelo próprio mal.

Para as outras doutrinas relativas, o fundamento da pena não residia no elemento moral, mas na utilidade social da pena. A pena é legítima, porque é útil ao agrupamento social. As doutrinas relativas, exprimem-se pela máxima “Punitur ut ne peccetur” e em sua evolução, conforme o citado Azevedo Franco, encontramos três fases — a primeira em que a pena é um direito defensivo da sociedade, a sociedade pune para se defender; a segunda, em que a sociedade pune para intimidar; a terceira em que a sociedade punindo, busca a regeneração do criminoso.

Já Platão e Aristóteles haviam esboçado a doutrina da vantagem social da pena. Para Welcker, a capacidade punitiva do Estado resultaria da necessidade de fazer cessar o alarma decorrente do crime, para Carmignani o fundamento de punir resultaria da necessidade da conservação

da ordem social, doutrina que seria aprimorada pelo grande Carrara. Ainda dentro do grupo das teorias relativas, lembraríamos Hobbes e Ortolan, que fundamentavam a pena na utilidade social, Haus que lhe dava como fundamento a necessidade de manter a ordem social e Bentham, que a fundamentava no interêsse público.

Finalmente, as doutrinas mistas acham que a pena é um castigo, com função retributiva, mas também possui finalidade utilitárias, como a educação, a correção e a intimidação.

É o maior nome dessas doutrinas, Pellegrino Rossi, seguido por Guizot, Broglie, Jouffroy, Cousin e outros, que defendem o que o Estado pune “quia peccatum est est ut ne peccetur”.

A evolução dos sistemas penitenciários

A pena de prisão deve sua origem, conforme a lição de Prins, a dois fatos — a convicção de que as crueldades impostas aos condenados, não diminuíam o desenvolvimento da criminalidade e o desejo de retirar do condenado uma utilidade econômica. A Idade Média, como a antiguidade conhecia lugares de detenção, como os castelos fortes os subterrâneos das hospedarias das cidades. Mas é no século XVI, que surgem as primeiras “maisons de force”, onde eram recolhidos os mendigos, os vagabundos e as prostitutas, obrigando-os ao trabalho. Surgem as “maisons de force”, em Londres (1550), Nuremberg (1558) e Amsterdam (1595). No século XVIII, todavia, são organizados estabelecimentos de detenção, como os Gaols ou Bridewells, na Inglaterra; os Zucht Raspal ou Spinnhauser na Alemanha e Holanda e os Gagnes na França. Esses presídios não se erigem sobre a preocupação de um regime carcerário, não há preocupação de higiene, moralidade ou correção.

Comentando o estado dessas prisões, escreve o citado Prins:

“Les detenus sont entassés pêle-Mêle das une promiscuité révoltante; ils sont soubis³ ao régime le plus dur, subissent des penes disciplinaires corporelles, sont astreins à des travaux punibles. Ils ne recoivent qu’un minimun de nourriture (du pain et de l’eau); ils sont parfois chargés de chaines et le manque d’ais, d’alimentation et des soins élémentaires de propreté est tel que des fièvres infectueuses, se développent à l’interieur des prisons, y déciment la population se propagant au dehors et font des ravages dans la population libre” (5).

A ciência penitenciária ainda gatinhava. Contudo, já a prisão de Amsterdan apresentava boas condições de disciplina, e separava os detentes de noite, e os espíritos esclarecidos e bondosos se preocupavam com a sorte dos presos, sendo bister salientar os esforços de S. Vicente da Paula, em 1619. Em 1677 na prisão de Franci, em Florença, já havia a separação de criminosos; em 1703, sob as ordens do Papa Clemente XI, uma parte do hospício de S. Miguel é destinada ao recolhimento de delinquentes menores de vinte e um anos. Mas o regime penitenciário, na acepção exata do termo, só aparece em 1776 com a famosa prisão de Cand, na Bélgica, onde havia trabalho em comum durante o dia, o silêncio e o isolamento durante a noite, e uma classificação dos criminosos.

O primeiro grande sistema penitenciário surge nos Estados Unidos, em Filadélfia, como consequência da repercussão do livro de John Howard — “The State of Modern Prisons” e tomou o nome de sistema pensilvânico ou filadélfico. Era caracterizado pelo isolamento celular absoluto, não havia comunicação do prêso com o mundo exterior, e o condenado só recebia visitas do capelão, do guarda e do diretor da prisão. Era o sistema de isolamento absoluto, extremamente severo.

(5) ADOLPHE PRINS — Obra citada — pág. 432.

Tendente à amenização do sistema filadélfico, surge posteriormente ainda nos Estados Unidos, o sistema suburneano, praticado na cidade de Auburn. No sistema suburneano, durante o dia havia o trabalho em comum, e a segregação celular só se verificava à noite. I sistema suburneano revivia em suas linhas gerais, o regime penitenciário da antiga prisão de Cand. Entretanto, êsse sistema, tornando obrigatório o silêncio, durante o trabalho em comum diurno, era também rigoroso em demasia para o encarcerado.

Procurando suavizar os rigores dos precedentes sistemas, surgiu na Inglaterra nos fins da primeira metade do século XIX, o sistema progressivo, ou “mark system”, como o chamavam os inglêses. O cumprimento da pena era dividido em três estágios — no primeiro período relativamente curto, applicava-se o regime filadélfico, havendo a segregação diurna e noturna. No segundo estágio era applicado o regime suburneano, com isolamento noturno, e trabalho diurno em comum, debaixo de silêncio. Finalmente, o terceiro estágio constituia a grande inovação do sistema, era o período de liberdade condicional, em que o condenado de bom comportamento, que se manifestasse apto à vida social, viveria em liberdade em lugar determinado e fiscalizado pela policia.

O sistema progressivo, criação de Machonochie foi applicado com grande êxito e mereceu louvores de estudiosos da matéria, como Prins, e Tarde. Na Irlanda Sir Walter Crofton, introduz entre a segunda e terceira fase, do regime progressivo, uma outra, que é a do recolhimento intermediário em penitenciárias agrícolas ou industriais. O sistema progressivo passa desde êsse instante a ser conhecido também, como sistema irlandês.

Na segunda metade do século XIX, surge no Estado de Nova Iorque o reformatório de Elmira, que aperfeiçoa o regime progressivo. O sistema do reformatório de Elmira escreve Cuello Calón é o mais perfeito sistema penitenciário, e está baseado no princípio da ajuda em substi-

tuição ao castigo, no da sentença indeterminada, em vez do prazo fixo e no propósito de reabilitar o delinqüente, em vez de apenas o castigar e intimidar. (6) Com o reformatório de Elmira o regime penitenciário atinge a sua melhor expressão. É essa, em traços gerais a evolução dos sistemas penitenciários.

A crise das prisões

O século XX viu nascer um grande movimento humanizador das penas de prisão, movimento que buscava e busca proporcionar ao condenado, condições mais humanas de existência carcerária, ressaltando a dignidade do prêso, que encarcerado embora, não se anula como homem, e um dia, resgatada sua culpa deverá voltar ao convívio dos homens livres.

Esse movimento crítico e construtivo, a um tempo, ganha hoje, uma notória expressão, e os penitenciaristas conjugam seus esforços visando contemplar os reclusos com um tratamento menos áspero e mais digno.

Já em 1907, João Gonçalves, médico português, lançava o brado — “Há uma grande obra de justiça, de humanidade, a fazer sem delongas: é a de acabar com as Bastilhas penitenciárias”

Na França, a grande voz de Donnedieu de Vabres aponta os malts da pena de prisão, afirmando que ela deprime física e moralmente, e Cremona diretor de um manicômio judiciário na Itália, chama a prisão celular de chaga gravíssima, que ameaça a vida do detento. Ferri, tempos antes pronunciara a frase famosa: —“A cela é uma das aberrações do século XIX”. Ferri atacando dessa forma o regime da segregação absoluta do sistema filadélfico, iniciava uma tenaz campanha contra a cela, campanha que influ-

(6) CUELLO CÁLON — “Penologia” — pág. 121-Ed. Rens, Madrid — 1920.

enciou fortemente o sistema auburneano e repercutiu no sistema de Crofton. As idéias de Ferri influenciaram legislações, o exemplo próximo disso, é o atual Código Penal Brasileiro de 1940, que tem uma forte tendência limitativa do uso da cela.

Na Bélgica, Vervaeck na grande reforma penitenciária de que foi o corifeu, procura reduzir quanto possível o uso da cela, e na Itália, Rocco em seus relatórios ministeriais diz:

“Acreditava-se que a solidão forçaria o homem à meditação e a um recolhimento quase místico, mas teve-se de reconhecer que ela reforçava as predisposições anti-sociais do condenado, tornando mais penosa e mais difícil a sua readaptação à vida social”. (7)

Jimenez de Asúa, não tem reboços em dizer, que a prisão de hoje á mais uma escola de crimes, que uma casa de emenda. Longe de construir, destrói, longe de regenerar, corrompe. Longe de estirpar as tendências criminosas, engrossa-as, desenvolve-as e faz com que os impulsos criminosos recônditos venham à tona, na maré montante da revolta do encarcerado contra a rudeza do regime.

Luís Pinto de Toledo, em excelente trabalho, focaliza os males do isolamento celular:

“O isolamento celular parece agir de maneira mais ou menos semelhante à que Kraepelin assinala em relação aos condenados à longas penas. O prêso sente-se escravo, sem vontade própria tendo apenas consciência da submissão incondicional, debaixo da fôrça do estado onipotente. Sente-se sob um constrangimento que dirige seus atos, e mesmo seu pensamento, dia a dia, por caminhos monótonos, com despotismo inexorável.” (8)

(7) BASILEU GARCIA — obra citada — vol. 1, tomo II, pág. 436.

(8) LUÍS PINTO DE TOLEDO — “As psicôses da prisão”, — in arquivos de Medicina Legal e Identificação “ano — IV — n.º 9, pág. 200 — Rio de Janeiro — 1934.

É êsse constrangimento implacável, duro e frio, que o levará à revolta, e fará com que nêles surjam os estados psicóticos. Êsse constrangimento, que pesará sôbre seu espírito como uma lage bruta esmagará as possibilidades de regeneração, e fará com que êle saia do ergásgulo, mais criminoso do que quando entrou.

Cesar Salgado, com sua autoridade de penitenciariasta esclarecido, criticou de modo candente:

“O regime penitenciário brasileiro, por incrível que pareça, ainda não conseguiu abolir o isolamento celular. Embora se proclamem com ditirambos as excelências de vários de nossos estabelecimentos penais, a realidade é que, em todos êles vigora o regime da segregação celular do prêso.” (9)

Mariano Ruiz Funes, o grande mestre, que ao lado do eminente Benigno de Tullio, nos prolecionou um curso de “Criminologia”, em 1947, escreveu sôbre as crises nas prisões, um livro, que já se tornou clássico no assunto. Estudou a pena sob os mais variados aspectos, examinou o personalismo e o transpersonalismo da pena, contemplou a antropologia criminal penitenciária e o exame criminológico, estudou o tormento do silêncio, e o tormento da solidão. Fêz uma análise minuciosa e profunda de todos os problemas do cárcere, para penúltima página de sua obra notável, concluir decididamente:

“A prisão debilitou a vontade; ensinou a preguiça, dispersou as fôrças dos músculos, tornando-as rebeldes a tôda disciplina; criou uma tendência para o esquecimento, o esquecimento, o esquecimento da sua sucessão de maus momentos, que ataca ao mesmo tempo a memória e a atenção; permitiu com os seus ócios e o seu forçado culto do afã de evadir, os desvios da fantasia; favoreceu os mitos liber-

(9) CÉSAR SALGADO — “O Regime Penitenciário Brasileiro” — Um êrro que permanece” — in “justitia” ano VIII — vol. XIII — pág. 70 — São Paulo — 1952.

tadores; destruiu os afetos; ampliou o campo das indecisões; aniquilou a sociabilidade. Belas perspectivas para o futuro do sentimento de comunidade, ao retornar à vida livre”. (10)

Já muito antes, contudo, em 1918, Anchorana, havia usado a expressão — a crise da repressão — em seu trabalho “La prevención de la delincuencia”.

Noé de Azevedo, em estudo apresentado na “IV Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado”, noticia as críticas de Barnes e Teeters “(New Horizons in Criminal)” e dos Glueck, ao regime penitenciário. (11)

Teodolindo Castiglione e nos dá informes sôbre as críticas de Ataliba Nogueira, Cândido Mendes de Almeida e Plínio Barreto, em trabalho que apresentou na “IV Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado”, realizada em S. Paulo, no ano de 1954. (12)

A dignidade do prêso

A prisão no sentido filadélfico, auburneano o mesmo no progressivo irlandês, está em crise. Crise determinada pela preponderância que ganhou nesses sistemas o aspecto retributivo da pena, em detrimento de aspecto regenerativo. A moderna orientação penitenciária não permite mais que veja a pena primordialmente como um castigo, mas ensina, que a pena é um instrumento de recuperação, o meio de que se servirá a sociedade para recuperar o transgressor,

(10) MARIANO RUIZ FUNES — “A crise nas prisões”, pág. 206, Ed. Saraiva — São Paulo — 1953.

(11) NOÉ DE AZEVEDO — “A crise da prisão e os estabelecimentos abertos” — págs. 2 e 3 — São Paulo — 1954.

(12) TEODOMIRO CASTIGLIONE — “A crise da prisão e os estabelecimentos abertos”, pág. 4, — S. Paulo — 1954.

a trombeta que fará soar o pastor, para que volte ao aprisco a ovelha transviada. A pena longe de se despersonalizar, longe de aniquilar, deve reerguer.

Não pode, sob pena de fugir à sua finalidade, o regime penitenciário rebaixar, diminuir, estigmatizar o prêso. Concepción Arenal, a grande penitenciarista de Madrid, que fêz de todos os encarcerados, sua imensa prole, antes do dealbar do nosso século, já ensinava:

“No obstante, en aquel hombre tan sujeto, al parecer tan abrumado por el yugo de la disciplina, que por todas partes le hace, ver los estrechos limites de su cautiverio, hay una coesa libre, el espíritu” (13).

É no espírito livre que irão repercutir as conseqüências do tratamento penitenciário, fazendo do criminoso um revoltado, enchendo-o de rancores e despertando-lhe uma sêde de vingança assoberbante e incontrolável. Há no fundo de tôda alma, por menos meritória que seja, uma parcela de dignidade indestrutível. É tarefa dos penitenciaristas descobrirem essa parcela, êsse talvez “quantum minimum”, para fazê-lo crescer, avultar, ganhar expressão.

Para os estudiosos desapaixonados dos problemas penitenciários, o livro das peias doutrinárias rígidas, não surpreendeu o excelente resultado conseguido pela audaciosa experiência do ilustre penitenciarista, Dr. João Carlos da Silva Teles, diretor-geral do Departamento de Presídios de São Paulo, em 24 de janeiro de 1955. Permitiu o citado diretor, que naquela data, 51 presos da “Penitenciária do Estado de São Paulo”, usufruissem por 24 horas, da mais completa liberdade, sem vigilância de qualquer espécie. Entre êles se encontravam vários delinqüentes perigosos, condenados a longas penas, e que já haviam tentado fugas, mais de uma vez. Nenhum caso de evasão se verificou. Todos regressaram à Penitenciária. Abordado

13) Concepción Arenal — in “Estudios Penitenciários” Ed. Victoriano Suarez, 2.º Vol., pág. 209 — Madrid.

pela reportagem de um matutino, um dos presos beneficiados, Joaquim de Carvalho, respondeu que: — “fugiu quatro vêzes por revolta, agora porém que pela primeira vez lhe dispensavam confiança, não podia trair essa confiança.” (14)

Era a parcela indestrutível de dignidade, que ganhava expressão, avultava, crescia, impedindo que aquêle que rompera as barras, que escalara os muros para fugir, pudesse violar a palavra empenhada, que poderia nada valer para a sociedade que o encarcerára mas que êle sabia, valia muito para o diretor que lhe permitira um dia de liberdade.

E uma vez mais, foi ouvida a palavra de Concepción Arenal:

“La lección teórica dada al recluso debe ir acompañada de la moral practicada en derredor suyo por él mismo. Como se le enseñara con dureza e que no sea cruel, con injusticia a que sea justo; con desprecio a que sea digno, ni con el odio el amor, nila abnegación con él egoísmo?” (15)

O prêso tratado com dignidade, responderá com dignidade. Haverá casos de irredutíveis e habituais. É questão apenas, de descobrir como acordar a dignidade adormecida. Um tratamento penitenciário humano e justo, evitará que se repita a sátira feita por um prêso, no século XIX, dirigida a outro prêso, e recolhida por Lombroso:

“Adiós, Hector; Aquiles te saluda. El que es pobre paga por todos. Las prisiones celulares son el refinamiento de la barbarie en pleno siglo XIX”. (16)

(14) Jornal “Folha da Manhã” — São Paulo — 26 de janeiro de 1955.

(15) Concepción Arenal — in “Revista de la Escuela de Estudios Penitenciários” — n.º 53 — pág. 3 — Madrid — Agosto de 1949.

(16) Lombroso — Los criminales” — pág. 92 — Editorial Tor — Buenos Aires — 1943.

Nem levará mais, eruditos como Noé de Azevedo, a escrever trabalhos como “O fundo de vingança da Penologia Moderna” abrangendo idéias de Ruiz Funes e de Barnes e Teeters.

**As prisões agrícolas — no estrangeiro — no Brasil. —
Penitenciária de Neves**

A grande campanha lançada por Ferri contra a cela viria fomentar o aparecimento das prisões agrícolas, de trabalho “all’aperto”, na expressão italiana, que representavam um passo em direção às prisões abertas. Ferri, o grande propugnador, achava que o sol era o grande desinfetante físico e moral. Mesmo Crofton aperfeiçoando o sistema Irlandês, pôs a penitenciária agrícola em certa fase do processo recuperativo do criminoso. Achava Crofton, que o prêso depois de haver cumprido parte da pena em penitenciária industrial, deveria, pelo menos por seis meses, ser encaminhado às penitenciárias agrícolas. O trabalho em contacto com a natureza é revitalizante física e moralmente. Esse trabalho, contudo, deve ser um prêmio, conforme ensinava Dvorzak, ao esforço tendente a obter o aperfeiçoamento moral.

Não há penitenciárias exclusivamente agrícolas, tendo tôdas as grandes penitenciárias agrícolas, secções industriais, ensina o mestre das “Instituições de Direito Penal”.

O Código Penal de 1940 encarou a reclusão em estabelecimentos agrícolas como um prêmio e estatuiu em seu artigo 30, § 2.º, que “O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar — I — se já cumpriu metade da pena, quando esta é superior a três anos”. E o art. 5. § único do Decréto-lei n.º 3688 de outubro de 1941, assim dispôs:

“Poderão ser transferidos para penitenciária agrícola, da Ilha Grande, que passa a denominar-se — Colônia Penal Cândido Mendes — os reclusos de bom procedimento que:

— a) já tiverem cumprido a metade da pena, se condenados a reclusão por tempo igual, ou, inferior a três anos: b) — ou dois terços da mesma pena, se condenados a reclusão por mais tempo”

Basileu Garcia, em suas “Instituições de Direito Penal” nos dá notícia das penitenciárias agrícolas. Kellerhals, na Suíça, fêz com que os detentos construíssem sôbre um pântano drenado, a famosa prisão de Witzwill, que se mantém com seus próprios recursos. O exemplo de Witzwill impressionou o mundo todo, e os Estados Unidos copiaram o modelo suíço, edificando o presídio de Indianawitzwill. O mesmo sistema foi seguido pela “State Farm Prisons”.

A penitenciária de Witzwill tem seções industriais, onde são fabricadas as cousas que o recluso necessita-móveis, vestuários, etc. Não é pois exclusivamente agrícola.

A Argentina também decidiu tentar as prisões de trabalho “all’aperto”. Anchorena, impressionado com Witzwill, pronuncia o discurso de inauguração da “Colônia Penitenciária de La Pampa”, primeira penitenciária agrícola portenha, e sôbre cujos resultados, basta transcrever a opinião de B. Gereda:

“La experiencia recogida con el regimen de trabajo a campo abierto es excelente. Durante los nueve años que lleva funcionando el establecimiento no se ha habido un intento de evasión” (17).

Portugal foi outro país que recebeu a lição do trabalho penitenciário “all’aperto”. Na “Colônia Penal Agrícola de Sintra” e na “Colônia Penitenciária de Alcoentre”, repercutte o exemplo de Witzwill. Em Alcoentre, o trabalho é realizado em equipes, e a colônia produz vinho e azeite, dedicando-se também à criação de suínos e bovinos.

(17) B. GEREDA — Un establecimiento modelo: La Colônia de Santa Rosa (La Pampa) — in “Revista de la Escuela de Estudios Penitenciários” — ano V, n.º 51 — Madrid — julho de 1949.

O Brasil também acolheu as mesma idéias, e a “Penitenciária Agrícola de Neves” desde logo se tornou famosa. Em nosso país, várias são as penitenciárias agrícolas. Aurélio Castelo Branco enumerou-as: (18)

1) a “Colônia Penal Cândido Mendes” localizada na Ilha Grande. 2) Em Pernambuco, a “Colônia Penal de Itamaracá”. 3) Na Baía, o Decreto 11.241, de 6 de fevereiro de 1939, criou o “Reformatório Penal Agrícola” para homens, instalado na Fazenda Pedras Pretas. 4) No Ceará existe a “Colônia Penal de Canafístula”. 5) No Rio Grande do Sul, é digna de nota a “Colônia Penal Agrícola General Daltro Filho” 6) A Colônia Agrícola de Taubaté” nascida do idealismo da Acácio Nogueira, que tivemos ocasião de visitar, situada próxima à cidade, confortável e higiênica, onde os detentos cultivam a terra e se dedicam à criação, havendo detentos que residem com suas famílias, em pequenas casas, o que é um passo seguro para a resolução do problema sexual desses sentenciados. 7) A “Penitenciária de Neves” em Minas Gerais, a mais importante de nossas penitenciárias agrícolas, nascido do labor fecundo de José Maria Alkmin. É seu próprio criador quem disse que a singularidade da prisão de Neves, não reside nas extraordinariedades de sua construção, mas nas particularidades de seu funcionamento. A Penitenciária é fundamentalmente agrícola, e nas seções industriais trabalham, apenas, aqueles que exerciam atividades industriais, e os que, oferecem perigos de evasão, laborando em trabalhos agrícolas. O pessoal penitenciário de Neves foi recrutado, entre os presos de melhor comportamento dos presídios próximos. Essas poucas dezenas de condenados destinavam-se a formar uma atmosfera de boa conduta, que se tornasse uma tradição, sem a fôrça ostensiva da vigilância. José Maria Alkmin, com acuidade, não perdia de

(18) AURÉLIO C. BRANCO “Trabalho ao Ar Livre, Colônias Agrícolas e Estabelecimentos Marítimos” — in “Estudos Penitenciários” — pág. 142 — Ed. Imp. Oficial do Estado — S. Paulo — 1943.

vista a dignidade do prêso, e lembrando que o prêso é alguém que deve voltar, percebia que é necessário, criar para o sentenciado, um pequeno mundo, semelhante ao mundo dos homens livres, e por isso dizia, focalizando a orientação de Neves:

“Orientamo-nos, principalmente pelo propósito de fazer do mundo penitenciário, uma miniatura do mundo ordinário. Não será possível preparar o homem para a vida em sociedade, privando-o da prática de todos os atos e costumes habituais na coletividade”. (19)

Em Neves, nos núcleos agrícolas, distanciados da sede, dedicam-se os detentos à lavoura de cereais, à pomicultura e à horticultura. São os detentos levados às fazendas, conduzidos apenas por um feitor, sem nenhuma vigilância ostensiva. A Penitenciária ocupa-se também da pecuária. Em 1943, já residiam em Neves, cerca de trinta condenados com suas famílias. Cumpre dizer, que, quando lá estivemos em 1947, fomos tomados da mesma impressão que Alkmin constatara; a presença da família não diminuía nos condenados a ânsia da liberdade que êles sabiam ser bem mais apreciável. A experiência todavia, como em Taubaté, representavam um passo largo para a solução do problema sexual dos penados. Cumpre ainda relatar, que a penitenciária tem uma importante secção Jurídica, destinada ao estudo da vida pregressa dos condenados, a informação sôbre os detentos ao “Conselho Penitenciário” e a impetração dos recursos de revisão dos processos dos sentenciados. Sôbre a eficiência dêsse serviço de assistência Jurídica, informou José Maria Alkmin, que até 1943, haviam conseguido os detentos deferimento em 281 dos 483 pedidos de revisão dirigidos ao “Egrégio Tribunal de Apelação” O “Conselho Penitenciário” por seu turno, havia

(19) JOSÉ MARIA ALKMIN — “Penitenciária Agrícola de Neves” — in “Estudos Penitenciários” — pág. 203 — Ed. Imp. Oficial do Estado — São Paulo — 1943.

deferido 523 dos 763 pedidos de livramento condicional, feitos pela secção jurídica da Penitenciária de Neves. Por isso tudo, é sem dúvida, a prisão mineira, um dos mais louváveis aspectos do panorama penitenciário nacional.

As prisões abertas (1) noção — característica — o problema da fuga

O grande movimento humanizador da pena, fêz com que surgissem as prisões abertas, cuja característica fundamental é desenvolver o senso de responsabilidade do prêso.

A 2.^a secção do Congresso Penal e Penitenciário de Haia de 1950, definiu as prisões abertas — “Estabelecimento aberto designa um estabelecimento penitenciário no qual as medidas preventivas contra a evasão não são constituídas por obstáculos tais como, muros, fechaduras, grades ou guardas suplementares. A característica essencial de um estabelecimento aberto deve assentar-se no fato de se exigir que os prisioneiros se submetam à disciplina na prisão sem uma disciplina estreita e constante, consistindo o fundamento do regime em inculcar no prisioneiro o sentimento de responsabilidade pessoal.”

Theodolindo Castiglione acha que é condição essencial para a localização do condenado num estabelecimento aberto, o conhecimento da personalidade do criminoso, para que saibam as autoridades penitenciárias se o condenado mere a confiança que nêle será depositada, e se honrará a palavra que empenhou. A essa conclusão chegou aliás o citado congresso de Haia, resolvendo — “dans l’organisation moderne de la justice criminelle, il est hautement désirable, pour servir de base au prononcé de la peine et aux procédures de traitement penitentiaire et de libération,

(1) Os técnicos preferem a expressão-estabelecimentos abertos.

A questão é de nomenclatura, e despida de importância fundamental.

de disposer d'un rapport préalable au prononcé de la peine et se rapportant non seulement aux circonstances du crime, mais aussi aux facteurs relatifs à la constitution, à la personnalité, au caractère et aux antécédents sociaux et culturels du délinquant”.

A seleção deve ser feita rigorosamente, e no caso da inadaptação do prêso ao regime, deve o condenado ser transferido para outro estabelecimento penal diverso. Foi o que decidiu o “Seminário Latino Americano sôbre a prevenção do delito e tratamento do delinquente”, reunido no Rio de Janeiro de 6 a 19 de abril de 1953.

A grande vantagem das prisões abertas, é proporcionar ao prêso condições de vida semelhante às da vida em liberdade, preparando-o melhor para a volta ao convívio social. Além disso, atenua as tensões da vida de reclusão. Uma das críticas feitas às prisões abertas, é que propiciam fugas com muito mais facilidade que as prisões fechadas. É de propriedade transcrever o que, a respeito, ensina Noé de Azevedo:

“O assunto que mais preocupa os estudiosos é o que entende com a fuga. As considerações de James V. Bennett, diretor do Bureau de Prisões dos Estados Unidos, nos deixa inteiramente sossegados quanto a êsse risco. Informa, em primeiro lugar, que cêrca de 405 dos sentenciados a cargo do Govêrno Federal, naquele país, estão alojados em estabelecimentos abertos ou trabalham em equipes encarregadas do reflorestamento, construção de estradas e formação de parques. Diz que nos últimos dez anos passaram pelos estabelecimentos penitenciários federais 175.000 delinqüentes. De tôdas as evasões só não puderam ser recapturados 37. Dêstes, 25 eram estrangeiros que tinham entrado clandestinamente no país e que naturalmente voltaram para a sua terra. Assim, apenas 12 não puderam ser recapturados, dando o índice de 1 fugitivo sem recapturação para 17.000 sentenciados”. (20)

(20) Noé AZEVEDO — obra citada, pág.

Pode parecer paradoxal, mas os conhecedores da alma humana, sabem que, via de regra, a palavra empenhada prende mais que as barras de ferro das lucarnas presidiárias.

As prisões abertas — No Estrangeiro e no Brasil

Nos Estados Unidos o movimento das prisões abertas ganhou amplitude. Em Seagoville, subúrbio de Dallas, há uma prisão aberta com 450 sentenciados. A prisão não possui muros, nem guarda armada, nem grades, e os sentenciados ali se encontram presos exclusivamente por um compromisso de honra. Metade dos sentenciados, está condenada a penas de 5 anos ou menos, cêrca de 100 estão condenados a 10 anos ou mais, e vários estão condenados à prisão perpétua. De cêrca de 2.000 sentenciados, que em 4 anos passaram pela prisão, apenas 6 tentaram fugir. Cinco foram recapturados logo, nas proximidades do estabelecimento, e sòmente a recapturação de um ofereceu dificuldades, sendo afinal o apanhado e recolhido a um estabelecimento fechado.

Em Chino, na Califórnia, em 1947, 750 sentenciados trabalhavam na agricultura e na indústria de carnes e laticínios, presos exclusivamente pelo compromisso de honra assumido.

Na Inglaterra, a idéia teve eco e Leonel W. Fox, presidente da Comissão de Prisões da Inglaterra e do País de Gales, apresentou ao Congresso de Haia um relatório das prisões abertas inglesas, filiando-as às instituições Borstals.

No Brasil, é possível assinalar a existência de prisões abertas. Magalhães Drumond, lembrado por Theodolindo Castiglione, diz a respeito o seguinte: — “A coisa (verifiquei-o em várias cidades mineiras), faz-se com o assentimento, o aplauso e o auxílio de tòda gente. De dia, os condenados em plena liberdade vão onde queiram, assis-

tem a atos de cultos religiosos, freqüentam diversões lícitas, são sem desconfiança, recebidos em todos os lares, e podem assim, sem quaisquer obstáculos, ganhar honestamente com que suprir às deficiências da alimentação e vestuário fornecidos pelo Estado. À tardinha, deixando as suas ocupações habituais acorrem apressados à cadeia, para serem postos debaixo de chave até a manhã seguinte.” (21)

Na “Semana Comemorativa do Duodecênio do Código Penal” realizada no Rio de Janeiro, de 10 a 16 de outubro de 1954, tivemos notícia da prisão aberta de “Canasvieiras”, em Santa Catarina. Em São Paulo, já se encontra em mãos do govêrno, um projeto de construção de uma prisão aberta, com capacidade para 150 presos, e que deverá ser localizada nas proximidades de Campinas, numa fazenda do Govêrno. Essa prisão aberta será um dos centros de observação de estudos do “Instituto Latino Americano de Criminologia”; na cidade de Martinópolis, no interior do Estado de S. Paulo, já se inicia uma experiência de prisão aberta, e no Rio Grande do Norte desde 1948, na cidade de Sant’Anna dos Matos, há uma prisão aberta. Quando escrito êste trabalho, ainda não existiam no E. de S. Paulo, as notáveis prisões abertas de Baurú, Itapetininga e S. J. do Rio Preto. É forçoso, fazer-se uma referência a elas, nêste momento. Convertendo em 18/7/55, Escolas Agrícolas, inoperantes e deficitárias, em Institutos Penais Agrícolas, o govêrno do Estado, deu o mais avançado e largo passo, no sentido da reforma penitenciária. Os Institutos Penais Agrícolas de São Paulo, que são indiscutivelmente prisões abertas, onde se observam todos os requisitos exigidos pelo congresso de Haia, constituem legítimos florões de glória penitenciária, para o Brasil. Neles, a dignidade do reeducando não é esquecida; neles, o trabalho educa e regenera; neles, não se fazem sentir os corrosivos males da cela. Estabelecimentos abertos sem grades, com ferrolhos, nem trancas, colocam-se à altura dos melhores esta-

(21) THEODOLINDO CASTIGLIONE — Obra citada pag. 13.

belecimentos abertos do mundo, dentro deles se realizando diuturnamente, uma obra de recuperação que assombra.

O assunto nos Congressos Penitenciários

O problema tem sido ventilado em Congressos internacionais. Já o “Congresso da Associação Internacional de Direito Penal”, realizado em Bruxelas, em 1926 se ocupava de uma espécie de estabelecimento intermédio entre a prisão fechada, e a que hoje se entende como prisão aberta.

O XII Congresso Penal e Penitenciário Internacional”, reunido em Haia, em 1950, cuidou demoradamente do assunto, tendo chegado a importantes conclusões.

O “Seminário Latino Americano sôbre a prevenção do Delito e Tratamento de Delinqüente” reunido sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, no Rio de Janeiro, de 6 a 19 de abril de 1953, foi teatro de amplos debates a respeito.

A “IV Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado”, realizada em S. Paulo, em 1954, incluiu no seu temário as prisões abertas, tendo dois juristas bandeirantes, Noé de Azevedo e Theodolindo Castiglione pronunciado importantes conferências sôbre a matéria.

O tema ventilado nos congressos, peneirado na batéia dos penalistas, analisado e discutido pelos penitenciãristas, já possui uma expressão de alta importância. É interessante, pois, trancrevermos as resoluções de pelo menos um desses congressos. Assim é que, o “Seminário Latino Americana sôbre a prevenção do delito e tratamento de delinquentes”, decidiu a respeito:

Establecimientos penitenciários abiertos

1 — Los establecimientos penitenciários abiertos se caracterizan por un régimen de auto-disciplina, por el sen-

tido de responsabilidad del propio recluso respecto al grupo en que vive y por la ausencia de precauciones físicas contra la evasión, tales como guardia armada, muros, rejas, cerraduras, etc., régimen que alienta al recluso a hacer uso de la libertad que se le concede sin abusar de la misma. Son estas las características que distinguen las instituciones abiertas de aquellas dirigidas conforme a los mismos principios si bien éstos no son desarrollados totalmente.

2 — El régimen de vida de los reclusos en los establecimientos abiertos debe aproximarse lo más posible al de la vida en libertad.

3 — Los establecimientos abiertos pueden existir bien como instituciones autónomas o como secciones o dependencias de otro establecimiento.

4 — Según los criterios propios de cada país y la clase de delinquentes destinados a los establecimientos abiertos, los reclusos podrán ingresar en ellos, bien desde el comienzo de la pena, o después de haber cumplido parte de ella en otro tipo de establecimiento.

5 — La admisión de delinquentes en este tipo de establecimiento, deberá estar basada en un criterio de selección que tome en cuenta la aptitud de los reclusos para adaptarse al régimen de la institución y la vataja que éste representa, para favorecer la readaptación social de los reclusos, sobre cualquier tratamiento inherente a otra forma de privación de libertad.

Por lo tanto, este criterio no deberá depender exclusivamente de la condición penal e penitenciaria del recluso ni de la duración de la pena.

La selección se hará sobre la base de un exámen médico psicológico y investigación social. En aquellos países cuyos medios lo permiten se recomienda la creación de un instituto u organismo encargado de hacer la clasificación y selección de los delinquentes destinados a los establecimientos abiertos.

6 — Deben ser trasladados a otro tipo de establecimiento o allí donde exista, al instituto mencionado en la regla anterior, los reclusos incapaces de adaptarse al tratamiento en un instituto, digo, en un establecimiento abierto o que observen una conducta que afecte desfavorablemente el funcionamiento del establecimiento o el comportamiento de otros reclusos.

7 — Las condiciones generales de buen funcionamiento de un establecimiento abierto son las siguientes:

a) Cuando el establecimiento esté situado en el campo su aislamiento no debe ser tal que constituya un inconveniente para el personal o un obstáculo a los fines asignados al establecimiento.

b) Aunque el trabajo agrícola es de gran ventaja también se deben organizar talleres industriales y de adiestramiento o vocacional.

c) Dado que la readaptación de los reclusos sobre la base de régimen de confianza, depende de la influencia de los miembros del personal y conocimiento individual que estos tengan del carácter y de las necesidades especiales de cada recluso, el personal deberá poseer una formación técnica especial.

d) Por la misma razón, el número de los reclusos deberá mantenerse dentro de límites que permitan al director del establecimiento y al personal superior tener ese conocimiento de los reclusos.

e) El público en general y más especialmente las poblaciones vecinas, deben ser informados de los fines e métodos de cada establecimiento abierto. A tal efecto, podría ser extremadamente beneficioso obtener la prensa especialmente de local.

8 — Si bien los establecimientos abiertos suponen mayores facilidades de evasión y para hacer mal uso de las relaciones con el mundo exterior, presentan ventajas sobre los otros tipos de establecimientos, por las razones siguientes:

a) Son más favorables a la salud física y mental de los reclusos.

b) La flexibilidad inherente al régimen de establecimientos abiertos, se traduce en una mitigación de las reglas atenía las tensiones de la vida de reclusión y conduce, así, a un mejoramiento de la disciplina. Además, la ausencia de coacción material, o física y las relaciones de mayor confianza entre los reclusos e el personal, tienden a crear condiciones propicias para un sincero deseo de readaptación social.

c) Las condiciones de vida en los establecimientos abiertos, se allan más proximas qua las de ningún otro a las de la vida en libertad. Las relaciones con el mundo exterior pueden ser más facilmente mantenidas creando así en el recluso el sentimiento de que no se halla aislado de la sociedad. En este aspecto y como ejemplos pueden organizarse: -- paseos en grupos, competencias esportivas con equipos del exterior y aún permisos individuales especialmente destinados a mantener los lazos familiares.

d) La misma medida es menos onerosa en un establecimiento de otro tipo, especialmente si se toma en cuenta que los gastos de construccion son, más reducidos y, en caso de exploración agrícola, la producción es más elevada.

La opinión pública debe tener en cuenta que este sistema impone al recluso un esfuerzo moral considerable.

9 — En conclusión, el Seminario Latineamericano, estima que:

a) la aplicación del regimen de establecimientos abiertos al mayor numero posible de reclusos debe ser conforme a las condiciones establecidas en la regla 5 y las concernientes al personal según el inciso c de la regla 7;

b) el sistema de establecimientos abiertos puede ayudar a resolver el problema de las penas cortas de privación de libertad.

c) la formación de estadística permitiría la avalación de la reincidencia y de la readaptación social en los establecimientos abiertos.

Conclusão

O regime das prisões abertas é altamente recomendável, pois não anula a personalidade do delinqüente, nem lhe diminui a dignidade. Trata-o humanamente, estimulando-o á regeneração, não fazendo dêle pasto de vingança, mas vendo-o como um doente que precisa ser tratado compreensivamente. Claro é, que o regime não deve ser aplicado a todos os condenados. Deverá haver uma seleção feita por institutos adequados, dos quais os merecedores do privilégio da prisão aberta. É possível, que no futuro possam todos os estabelecimentos penitenciários serem prisões abertas. Dependerá isso do resultado da experiência, que poderá a muitos olhos parecer utópica, ou, poética, mas que merece e precisa ser tentada, lembrando todos, que só o amor constrói para a eternidade, que o homem é irmão do homem, e que, aquêle que um dia voltará ao nosso convívio, precisa ser convenientemente preparado para êsse regresso.

Dos crimes contra a organização do trabalho. (*)

Aggeu Alves

Ao início do estudo dos crimes contra a organização do trabalho, definidos no título IV, artigos 197 a 207 do Código Penal de 1940, assim como das contravenções relativas à organização do trabalho, previstas na Lei das Contravenções Penais, capítulo IV, artigos 47, 48 e 49, queremos salientar que a tal tentame nos propusemos por dois motivos: o de estudioso que somos da ciência do direito penal e o de aluno que percebe no direito social as largas sendas que está abrindo por entre regiões ainda obscuras de relações jurídicas novas, só explicáveis à luz do materialismo histórico.

A importância do trabalho, como *fator primeiro* na criação da riqueza, se faz sentir além da economia política, transparecendo em tôdas as ciências sociais. O estudo do fenômeno do trabalho é, pois, realizado pela economia, que lhe dá o conceito e a classificação; pela sociologia que o analisa em função de sua significação social, enquanto fato apenas; pela história que o descreve desde a pedra lascada à energia atômica utilizável, de nossos dias; pela religião que o preceitua como exteriorização da vontade de Deus; pela ética que o fundamenta como cerne do dever; pela política que o coordena “in totum”, com a finalidade de melhor dirigí-lo dentro do livre embate de interesses opostos no mundo ocidental ou dentro das pla-

(*) Excertos de um breve estudo apresentado ao prof. Cesarino Jr. no Seminário de legislação social do 3.º ano do Curso de bacharelado em 1956.

nificações administrativas das civilizações marxistas; finalmente, pelo direito, que o regulamenta para o bem comum. A psicologia, por outro lado, tem extraordinária utilidade na adequação do indivíduo à forma de trabalho pretendida ou já escolhida, sendo que o “desajustamento” entre o sujeito e o objeto repercute na execução do serviço, denotando baixa na produtividade. Daí a necessidade de exames psicotécnicos na averiguação da capacidade profissional dos trabalhadores, a fim de serem encaminhados para cargos compatíveis com a própria personalidade.

Como fato humano o trabalho participa, assim, de todos os ramos do conhecimento que se ocupam diretamente do Homem e, indiretamente, do acervo de recursos objetivos das ciências exatas, formando a técnica do trabalho. Esta principia pela “*organização*“, com métodos de racionalização visando a um melhor resultado com um menor dispêndio dos fatores empregados, sobressaindo por entre aquêles os métodos de FREDERICK TAYLOR e HENRI FAYOL. O sistema do engenheiro norte-americano, TAYLOR, conhecido sob a denominação de “*taylorismo*“, foi lançado nos fins do século XIX e consiste, primordialmente, no *aprimoramento do trabalhador no tocante à educação e à técnica de produção*. Com a melhoria das condições técnicas do trabalhador, através de eficiente orientação profissional e, uma vez que se incuta em seu espírito noções de responsabilidade sôbre a tarefa a cumprir, só se pode esperar um resultado promissor em relação ao nível de produção (“*The Principles of Scientific Management*” F. Taylor). Quanto ao sistema de FAYOL, o “*fayolismo*“, tem êle o objetivo primacial de racionalizar a função de chefia na administração de negócios, em consequência do que se obterá uma produção mais eficiente. Assim, partindo da teoria de que o sucesso de qualquer empresa depende, em grande parte, de certos fatores de ordem funcional, FAYOL põe em especial relêvo o papel desempe-

nhado pela função administrativa. Segundo êle, esta função deve ser exercida obedecendo aos seguintes princípios:

- a) formulação do programa de trabalho (é o planejamento);
- b) constituição do duplo organismo — material e social da empresa (é a organização);
- c) hierarquia na direção do pessoal (é o comando);
- d) harmonia na emanação dos atos (é a coordenação);
- e) fiscalização do cumprimento das instruções baixadas (é o contrôle)
("Administration Industrielle et Générale" — H. FAYOL).

Para entendermos o porquê dos crimes contra a organização do trabalho, temos que partir de um ponto zero, em que era ausente da mente humana a idéia de crime. Nessa remotíssima época não se falava em crimes e muito menos de crimes tão específicos. Com o comunismo primitivo — início da sociedade humana — "a aplicação da atividade humana à produção de bens e serviços" recaia, como ainda sucede com os primitivos atuais, sobre mulheres, velhos e escravos (êstes fizeram sua aparição na história do Homem devido à eterna validade do princípio hedonístico, pelo qual o ser humano procura o máximo de prazer com o mínimo de esforço. No caso, a produção de bens e serviços por escravos afastava o escravizante de ocupações cansativas, mesmo penosas, em virtude dos rudimentares instrumentos, dando-lhe, por outro lado, tempo para dedicar-se a outros afazeres, principalmente à caça e à guerra. O escravo onerava de um mínimo a coisa produzida, o equivalente para subsistir). Nesses primórdios da vida social, uma problemática desorganização do sistema de produção, levaria os agentes necessariamente à morte, sem mais considerações. O trabalho escravo per-

siste séculos afora, passando pelas antiguidades oriental e clássica, ingressa pela idade média já sob formas dignas e chega mesmo, em muitos países, a perdurar longamente na idade moderna e na idade contemporânea (v.g. Brasil). Mas foi justamente no comêço desta última, com a grande conquista da Revolução Francesa para a vitória do Homem contra as fôrças várias do obscurantismo, que se deu o canto do cisne para o trabalhador escravo (as reminiscências atuais dessa forma odiosa de trabalho em muitos Estados — URSS e sistemas políticos afins — têm uma “justificativa” para os marxistas: a da mais-valia forçada como medida expiatória para os chamados “delinquentes políticos”). Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem insere em seu artigo 1.º um princípio de conduta norteador de tôda atividade humana, mórmente no âmbito do trabalho:

“art. 1.º Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não se fundam senão sôbre a utilidade comum.”

Êsses direitos são muitos, mas a própria Declaração fêz a devida questão de salientar os que lhe pareciam mais importantes:

“art. 2.º O fim de tôda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Êsses direitos são: *A liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”.

A liberdade, corolário de tantas lutas e desesperos, foi desta forma concebida:

“art. 4.º A liberdade consiste em fazer tudo que não prejudique a outrem. . . .”.

É fora de dúvida que durante todo êsse longo período que precedeu à famosa Revolução e à doutrina consubstanciada na Declaração supra, isto é, entre o despontar das formas de produção, suas fases incipientes, e o marco de sua ERA científica, as infrações cometidas contra a ordem econômica, no plano restrito da organização do trabalho, seriam reprimidas por analogia. Os estatutos repressivos da época não cuidavam da punição dêsses crimes, que hoje são aceitos por quase tôdas as legislações penais modernas. É que, como se sabe, a gênese dêsses delitos está no acirramento da luta de classes. Com a ascensão do capitalismo, a tomada do poder pela burguesia, demos um passo adiante na estrada do Conhecimento, mas, ao mesmo tempo, como antítese desta verdade progressista, grande parte da humanidade ficava entregue ao seu valor como fôrça de trabalho, nada mais. Anteriormente tal não havia, porque as corporações e o escravagismo, representando como entidades de produção as condições materialísticas da fase histórica em que vieram à luz, não permitiam, pelo rigor de sua coação, que se revelasse objetivamente a “spinta criminosa” de escravos, servos de gleba, aprendizes e companheiros. Mas, como vimos, a Revolução liquidou com tôdas essas iniquidades, deixando ao “livre arbítrio” de cada um fazer o que quisesse, desde que não prejudicasse direito alheio. Êsse “livre arbítrio”, de discutível validade filosófica quando se lhe opõe o “determinismo histórico”, iria possibilitar, como assim se deu, que os trabalhadores procurassem por si mesmos as armas com que pudessem enfrentar os descalabros da desigualdade econômica, que a Declaração de 1789, lógicamente, omitiu em profligar, pois a igualdade que os teóricos da Revolução burguesa consagraram foi tão-sòmente a isonômica. Assim é que, embora iguais aos seus patrões perante a lei, os proletários não podiam, como é óbvio, fazer valer êsse princípio enquanto não obtivessem, tal qual em nossos dias, uma certa fôrça que compensasse, em certa medida, o desnível econômico que os

inferiorizava perante os ricos. (De nada vale afirmar que eu tenho um direito defensável, quando nem sequer tenho recursos para vir em juízo, quando a justiça gratuita ainda é motivo de escárneo).

O fato é que, com a vigência por longa data de um proselitismo liberal-democrático de um lado e brutal exploração econômica de outro, começaram a aparecer, no cenário criminal de nossas civilizações, delitos que, pela peculiaridade demonstrada, mereciam, como mereceram, tratamento adequado. “V.g.”: se a greve é uma conquista definitiva para os hipo-suficientes, enobrecendo o postulado liberal-democrático, como justa aplicação da auto-defesa privada à vista de uma opressão patronal, não deixa de ser ela incriminável desde que se efetue mediante violência ou atinja setores da atividade privada de encarecida necessidade pública ou, ainda, que afete os próprios serviços públicos. Tais modalidades grevistas trouxeram enormes prejuízos à ordem pública em geral e alertaram os legisladores modernos, que providenciaram a regulamentação do “direito de greve”, elevado a preceito constitucional por leis magnas de vários Estados, entre os quais o nosso (Constituição Federal, art. 158). Admite-se, pois, êsse resquício de justiça com as próprias mãos, desde que se respeite o mínimo de ordem que o Estado tem o dever e a obrigação de impor. De todos os delitos contra a organização do trabalho é a “*greve violenta*” o que primeiro mereceu a atenção dos penalistas, pois é o mais comum, sendo que os outros, como o “lock-out”, também violento, a invasão de estabelecimento, a sabotagem, a coação à liberdade contratual trabalhista e formas menores, tiveram, igualmente, uma repressão específica, porquanto necessitavam da mesma em virtude sobretudo das conseqüências político-econômicas que engendravam, não podendo ser compreendidos em figuras delituosas análogas. Por conseguinte, o simples constrangimento ilegal do artigo 146 do nosso Código Penal, não poderia bastar, no entender do legislador, como punição ao ilícito do artigo 197-I —

“atentado contra a liberdade de trabalho”. Há um interesse político preponderante em separar as duas modalidades criminosas constantes do nosso Código de 1940. Este diploma penal prima pela influência da Escola Técnico-Jurídica, para a qual se deve procurar, na feitura do estatuto repressivo, uma rígida correspondência entre o fato delituoso e a norma que o define como tal.

A título comparativo vejamos:

o artigo 146 dispõe:

“Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, *a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda*”.

Ora, com isto seria ocioso o disposto no artigo 197-I, já que a censura aqui é a mesma contida no constrangimento ilegal, senão vejamos:

“artigo 197-I: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias”

Para ambos dispositivos a pena é a mesma em relação à quantidade, com a diferença apenas que no constrangimento ilegal a multa é alternativa com a detenção de três meses a um ano, enquanto no atentado contra a liberdade de trabalho ela é cumulativa com a detenção. “Fazer o que a lei permite é ser dono de sua liberdade”, porém ser impedido a tal “*ex vi physica vel psychica*” configura o constrangimento, a coação, elementos materiais do atentado à liberdade de trabalho. Qual, pois, a razão de haver o nosso legislador, seguindo as pegadas de outros em vários países, distinguindo as duas espécies criminais? —

A “ratio legis” no artigo 197-I- é a tutela que se quer dar a uma liberdade específica, inconfundível e mesmo proeminente dentre as demais, qual seja a de aplicar ou não a própria atividade econômica à produção de bens ou serviços. No entanto, a “ratio legis” do artigo 146 é a salvaguarda de toda liberdade, menos a mencionada no artigo 197-I-. Quer isso significar, segundo pensamos, que a liberdade contratual no direito social recebeu um amparo especial porque o objetivo da lei foi o de criar uma figura delituosa autônoma para melhor destacá-la das suas semelhantes, punindo os seus agentes de maneira mais rigorosa. A ordem econômica reclama proteção por demais eficiente do Poder Público e não poderia permanecer sob a guarda de uma norma geral, como reza o artigo 146, pelo fato de *o bem jurídico do constrangimento ilegal ser menos valioso que o do atentado contra a liberdade de trabalho*. Ademais, há todo um interesse político da classe dominante em reforçar a precária garantia individual dada ao trabalho, valorizando o preceito constitucional de “liberdade de iniciativa” (Constituição Federal — artigo 145), que necessita obter, como obteve, através do dispositivo em tela do nosso Código Penal, a devida consagração. Aliás, sendo o nosso estatuto repressivo anterior à atual Carta Magna, esta se limitou a solenizar o princípio de “liberdade de iniciativa” em matéria de trabalho, com o que teve que inseri-lo em seu sistema. A violência, no atentado contra a liberdade de trabalho, é a “vis corpori illata” e, quando ocorre, acarreta pena própria, independentemente da que vem já cominada, que é a detenção de de três meses a um ano e multa de quinhentos cruzeiros a cinco mil cruzeiros. A “vis corpori illata” se traduz pelo crime de lesões corporais, artigo 129 e parágrafos, do Código Penal, ou crime de dano (artigos 163 a 167) quando praticada sobre coisas.

Igualmente, quis o nosso legislador criminal dar maior ênfase à punição de certas práticas ilícitas dirigidas contra a organização do trabalho, particularmente as hi-

póteses delinqüenciais do inciso II do art. 197, arts. 198, 199, 200, 202 (segunda parte), 203 e 204. Sob tôdas essas rubricas nota-se a presença da violência, da grave ameaça, da fraude, o que, conforme já salientamos, faria supor a ociosidade de todos êsses dispositivos que poderiam ser suprimidos pelo relativo a lesões corporais (art. 129) pelo crime de dano, compendiado nos artigos 163 a 167 ou, ainda, pelo esbulho possessório do artigo 161-II- (êste supriria o 202 — invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola) e pelo constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (147). Quanto à fraude, referida nos artigos 203 e 204, poderia ela, ainda conforme a mesma hipótese, configurar um delito autônomo mediante as disposições do artigo 171, não deixando oportunidade a que se elaborassem as normas relativas à frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203) e à frustração de lei sôbre a nacionalização do trabalho (art. 204).

Mas, — repetâmo-lo —, tanto para a hipótese do artigo 197-I, como para as demais acima, houve por bem o legislador em fazer a distinção. A preocupação em assegurar a harmonia social, na parte em que prevalece as relações de trabalho, fêz com que a violência, a grave ameaça, a fraude, o dano, instrumentos comuns à realização de qualquer dolo genérico, servissem como recursos indispensáveis à objetivação do dolo específico nos crimes contra a organização do trabalho.

O título IV do Código Penal tem seu fundamento na paz social, que no regime ditatorial de Vargas representava a preocupação máxima do Govêrno no âmbito interno. Era a “menina dos olhos” do Ditador, uma aplicação crioula das doutrinas nazi-fascistas de aproximação de empregados a empregadores e vice-versa, uma exaltação do nacionalismo trabalhista.

A Exposição de Motivos, em que o Ministro Francisco Campos justifica a inclusão no diploma penal de 1940 dessas novas espécies delinqüenciais, assim se expressa:

“O projeto consagra um título especial aos “crimes contra a organização do trabalho”, que o Código atual, sob o rótulo de “crimes contra a liberdade do trabalho”, classifica entre os “crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais” (isto é, contra a liberdade individual). Este critério de classificação, enjeitado pelo projeto, afeiçoa-se a um postulado da *economia liberal*, atualmente desacreditado, que ZANARDELLI, ao tempo da elaboração do Código Penal Italiano de 1889, assim fixava: “A lei deve deixar que cada um proveja aos próprios interesses pelo modo que melhor lhe pareça, e não pode intervir senão quando a livre ação de uns seja lesiva do direito de outros. Não pode ela vedar aos operários a combinada abstenção de trabalho para atender a um objetivo econômico, e não pode impedir a um industrial que feche, quando lhe aprouver, a sua fábrica ou oficina. O trabalho é uma mercadoria, da qual, como de qualquer outra, se pode dispor à vontade, quando se faça uso do próprio direito, sem prejudicar o direito de outrem”. A tutela exclusivista da liberdade individual abstraía, assim, ou deixava em plano secundário o interesse da coletividade, o bem geral. A greve, o “lock-out”, todos os meios incruentos e pacíficos na luta entre o proletariado e o capitalismo eram permitidos e constituíam mesmo o exercício de líquidos direitos individuais. O que cumpria assegurar, antes de tudo, na esfera econômica, era o livre jogo das iniciativas individuais. Ora, semelhante programa, que uma longa experiência demonstrou errôneo e desastroso, já não é mais viável em face da Constituição de 1937. Proclamou esta a legitimidade da intervenção do Estado no domínio econômico, “para suprir as

deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jôgo das competições individuais o pensamento do interesse da Nação. Para dirimir as contendas entre o trabalho e o capital foi instituída a justiça do trabalho, tornando-se incompatível com a nova ordem política o *exercício arbitrário das próprias razões* por parte de empregados e empregadores.” (Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 — D.O.U. 31.12.1940 — item 66).

A Constituição de 1937 declarava a propósito:

“Art. 139 — Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a justiça do trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum”. (Note-se até que ponto se chegou no “desideratum” de paz social: à criação de tribunais especiais). “A greve e o “lock-out” são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

À vista de tal afirmação, a C.L.T. (Decreto-lei n.º 5.452, de 1.5.1943) e o Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7.12.1940) trataram de impedir que se ofendesse à lei suprema, trazendo em seu bojo normas punitivas a todos “recursos anti-sociais nocivos ao trabalho”, “notòriamente à greve e ao “lock-out”. Destarte, pela Constituição de 1937, não havia cabida em nosso sistema jurídico da greve e do “lock-out” sob quaisquer formas —, pacíficas, violentas, greve “branca”, perlada, de protesto, de solidariedade,

de fins políticos. . Malgrado falem os artigos 722 e 723 da C.L.T. em “prévia autorização do tribunal competente”, dando a entender que com tal autorização seriam possíveis “lock-out” e greves pacíficos, tal não podia acontecer no regime da Constituição de 1937, cujo preceito a respeito era cogente e mesmo porque nenhum tribunal trabalhista autorizaria empregados ou patrões a lançarem mão da providência última, repelida por aquêlê texto constitucional, uma vez que, não havendo acôrdo entre os dissidentes, o presidente do tribunal submeteria, como o faz, até hoje, o processo a julgamento (art. 864 da C.L.T.). A côrte trabalhista decide, então, do litigio, fazendo cumprir o decidido pelas partes, sob ameaça de penalidades estabelecidas nas letras, a, b, c, parágrafos 1.º e 3.º do art. 722, *em se tratando de empregadores*, bem como nas letras a, b, e c do art. 723 e letras a e b do art. 724, em se tratando de empregados ou de entidades representativas dos mesmos. Não havia possibilidade ao juízo paritário do trabalho de autorizar patrões ou empregados ~~sa~~ suspenderem suas atividades, a menos que tal paralização decorresse de motivo de fôrça maior, justificativa de fechamento do estabelecimento pelos patrões, a que se opussem os empregados, ou de interrupção do trabalho por parte dos empregados, no que também dissentissem os empregadores. O Ministro Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal é explícito — : “Atentatória, *ou não*, da liberdade individual, tôda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, *sejam de direito administrativo, sejam de direito penal*. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto é, a trasladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a já referida rúbrica (*crimes contra a organização do trabalho*). Não foram, porém, trazidos para o campo do *ilícito penal* todos os fatos contrários a organização do trabalho: são incriminados, de regra, sòmente aquêles que se fazem acompanhar da *vio-*

lência ou da *fraude*. Se falta qualquer desses elementos, não passará o fato, salvo poucas exceções, de *ilícito administrativo*". (Exposição de Motivos — D.O.U. — 31.12.1940 — item 67). Em nossos dias, porém, a greve e o "lock-out" pacíficos são admitidos, "ex-vi" do disposto no artigo 158 da Constituição Federal de 1946, desde que se processem nos termos do Decreto-lei 9070, de 15.3.46, artigo 9.º e seu parágrafo. (Este Decreto-lei, sendo anterior à Constituição atual, violou frontalmente a de 1937, que a precedia imediatamente e que, como vimos, não admitia paredes, quaisquer que fôsem).

O Direito e a greve

Diríamos direito de greve ou direito à greve, da mesma forma que diríamos direito de revolução ou direito à revolução?

Mas, qual a essência do direito, do direito como ciência, do direito ontologicamente compreendido, enquanto direito apenas? O conceito filosófico do direito é o que contém a sua "summa ratio", por isso que o jurídico e o sociológico não se devem mais aceitar. "*La Ciencia del Derecho es parte de la filosofia. En consecuencia, debe desenvolver desde el concepto, la Idea, como lo que es la razón de un objeto, o lo que es lo mismo, ser espectador del peculiar, inmanente desenvolvimiento de la cosa misma. Como tal parte, la Ciencia del Derecho, tiene un punto de partida, que es el resultado y la verdad de lo que antecede y de lo que constituye la llamada demonstración. El concepto del Derecho, por lo tanto, conforme a su "devenir", cae fuera de la ciencia del derecho: su deducción es aquí presupuesta y el concepto mismo debe admitirse como dado*". (Filosofia del Derecho — G. F. Hegel — pág. 39 — 4.ª edición — 1955 — Ed. Claridad — Buenos Aires). Não é na norma jurídica que se assenta o fundamento do direito, não é a existência do Estado que o justifica, nem a ética, nem a religião, nem o acidental fato da permanência

da sociedade humana no evolver dos séculos. É a filosofia, ou mais precisamente, a filosofia de uma época histórica, a que corresponde um dado sistema de leis, a única capaz de estabelecer *os limites do justo e do injusto, discernindo onde um termina e onde outro começa, segundo os dictames das “condições exteriores”*. Estas residem na infra-estrutura dos organismos sociais, a qual não é outra senão a base econômica dos mesmos, as relações de produção.

A “conceituação jurídica” do direito é formal, ainda que autônoma. “Según el método normal, no filosófico de las ciencias, lo que primero se inquiera y se exige es la *definición*, al menos en nombre de la forma científica exterior. Por lo demás a la *Ciencia positiva del Derecho esto no puede importarle mucho, porque también ella procede principalmente a señalar lo que es jurídico, es decir qué son las particulares prescripciones legales; razón por la cual se dice por advertencia: “Omnis definitio in iure civili periculosa est”*. (Hegel — op. cit., idem).

A conceituação sociológica abstem-se da “summa ratio”. O que a sociologia explica, particularmente em relação ao direito, não é a relação do Homem com o Infinito, mas sua situação num mundo dado, dinâmico, *para o qual os valores culturais criados caracterizam-se pela transitoriedade, falibilidade, corruptibilidade*. Assim o “instituto” da greve, para justificar sua inclusão num sistema jurídico positivo requer várias causas, todas sociais, objeto das ciências respectivas. Mas estas causas são transitórias, falíveis, corruptíveis. A greve pode ser, pois, lícita ou ilícita, conforme alteram-se essas causas; pode ser ou não admitido e reconhecido o “direito de greve”, porém essa alternatividade não esclarece, por si só, se ela é justa ou injusta, se há um direito à greve, — inadmissível paradoxo. *O direito é o “dever ser” impositivo, cuja essência é a equidade* e o estudo desta, sua definição, compete a filosofia do direito. A equidade é uma só; não pode haver duas. De Hamurabí, Manu, até nossa era foi ela a inspiradora de toda norma jurídica. O conteúdo

da equidade repugna a violência e a greve é essencialmente violenta. A violência rompe a razão de igualdade que equivale a êsse conteúdo e não é uma atitude da consciência, porém, um elo obrigatório no desenvolvimento dialético da sociedade. *Portanto a equidade É; a equidade não “deve ser”*: logo, a violência É violência, em todo tempo e espaço e a greve é violência em todo tempo e espaço. Não podendo haver direito à violência, não pode haver direito à greve, em todo tempo e espaço. Isso, quanto às leis científicas do direito.

A nosso ver, o que consubstancia todo instituto jurídico é a sua causa intrínseca, ontológica, associada pela filosofia de uma fase histórica a fatores extrínsecos, a fim de não romper a unidade, o equilíbrio do “jus” Toda vez que uma crise social, devida a fatores externos os mais diversos, surge como uma contradição no processo dialético evolutivo, dá-se a “interpenetração dos contrários”, isto é, a quantidade de elementos negativos e positivos, representando necessidades e tendências opostas, interpenetra-se bruscamente, após longo período de preparação, em que os positivos, mais conformes ao Real, vão crescendo quantitativamente. Os negativos, por isso mesmo chamados por serem menos conformes ao Real, constituem a tese; os positivos a antítese. Do brusco choque surgem elementos qualitativos, inteiramente novos: é a síntese.

Sempre inexistiram um direito à greve e um acessório direito de greve, ou surge êste ocasionado por essas causas exógenas, sem qualquer relação com o seu substrato? — Ambas proposições têm que ser respondidas afirmativamente. O que é justo sempre o será, embora variem as formas exteriores de justiça, já que não se entende o ser relativo em sua análise total, mas só em si mesmo, absoluto, o que o coloca na posição de componente do Infinito e não somente de uma fase dêste. Se considerarmos a essência do direito como relativa, acidental, adaptável ao meio ambiente, a greve, como fenômeno social recente,

revestir-se-á de licitude, de juridicidade, e, portanto, deverá ter acolhida nos sistemas jurídicos da atualidade o instituto adequado. Fica claro que, assim procedendo, admitir-se-á o direito de greve, independentemente do principal, que é o direito à greve, — inadmissível no tempo e no espaço — por ser uma violência, paradoxal à essência do direito: a “equitas”. Quando, pois, o legislador moderno se vê em apuros *com as contradições internas do regime*, êle trata de obter, por meio de preceitos legais com força coercitiva, uma fórmula conciliatória, apaziguadora de um conflito permanente. Ao conceder ao trabalhador a “faculdade” de cessar o trabalho como medida reivindicatória, reconhece êle o direito de greve, *como necessidade histórica*, como providência transitória, acomodável às épocas de intensas lutas sociais. *Mas isso é uma negação da paz social, expressão coletiva do reinado pleno da “equitas”*. Então se questiona: O Direito já se realizou, já é uma verdade também no “dever ser”? A negativa resposta a esta indagação confirma nosso argumento de que não há direito à greve e muito menos, — é claro —, direito de greve. Êste, sancionado pela quase totalidade das legislações modernas específicas é, sob o ponto de vista restrito da filosofia do direito, uma posição antagônica ao conceito último, geral, essencial, do direito, onde não há lugar para violência, coação, desequilíbrio, *desigualdade*. Se esta é uma verdade na realização de “dever ser”, para o qual contribui a norma jurídica estabelecendo disparidade de tratamento entre os homens e, particularmente no caso, entre duas classes rivais congênicas, é ao mesmo tempo o elemento oposto aos que formam a essência do “jus”. O Direito, assim, encarado sob o ângulo de seus fins supremos, só explicados e norteados à luz da sua própria filosofia, *ainda não se realizou, ainda não transmutou ao “dever ser” que lhe diz respeito, isto é, ao direito positivo*, a plenitude de seu substrato ontológico, só compatível e *mesmo possível de transmutação quando, no dia não muito distante, houver início a síntese do ser com o dever ser, da*

realidade em si com a realidade por si, quando houver a fusão do homem, verdade individual —, com o homem, — verdade social. Será, então, a realização mesma da Filosofia, solucionando-se o problema do “devenir” pela emancipação do homem e só por meio desta viável.

A sociedade humana se desenvolveu através das lutas de classe. O fundamento destas reside no processo evolutivo de interesses econômicos divergentes. Assim, na atual fase histórica do Ocidente, o objetivo do capital não é a produção, embora esta seja uma importante consequência direta da ânsia de lucro (êste é a causa final; aquela, a material). Para haver lucro é preciso que se lhe anteceda a produção; mas a recíproca não existe, pois pode, há, e *deve haver* produção sem lucro, êste não sendo senão a “plus-valia” do valor criado, deduzido o valor consumido e que, segundo a ética vigente, deve reverter em benefício *tão só* do empresário, como remuneração, em última instância, pelos riscos que corre com o empreendimento. O lucro é, destarte, o fim perseguido pela classe dominante contemporânea, solidificada no poder político pelo triunfo da Revolução de 1789. Entretanto, o que busca o moderno artífice é o salário, que onera a mais-valia, sem de todo extingui-la.

No desenvolver da infra-estrutura da sociedade humana (relações de produção), desde priscas eras, os que detêm o poder político estipulam coercitivamente normas de conduta (jurídicas), a fim de melhor conseguirem, — sem distúrbios graves, pacificamente —, o desiderato para o qual existem: a riqueza. Nesta se compreende a soma de valores materiais, que levam à *realização do homem*, — entidade social, física e psíquica —, e por meio desta à *realização da Filosofia*, (cf. supra).

Os que sempre venderam a fôrça de trabalho são impelidos a aceitar a norma de conduta pelos plutocratas estabelecida, porquanto têm diante de si a trágica alternativa: ou produzem a riqueza para alguns ou perecem;

a existência dos ilotas atuais é condicionada ao fato de criarem ou não utilidades, cujo *sobre-valor* retorna ao benefício exclusivo dos dominadores.

Ora, qualquer hiato, como a greve, no tempo da produção de utilidades, ou como a sabotagem, desfere um violento golpe na *expectativa de lucros*. Por conseguinte, sob o pretexto de “paz social” —, *que aqui apenas é a necessária tranquilidade para o capital reproduzir-se*, — o poder dominante (escravagista, feudal, aristocrático, burguês), elabora normas jurídicas no intuito de impedir, atenuar ou dificultar a greve. Essas leis tôdas que os parlamentos atuais votam para impedir, atenuar ou dificultar as paredes de operários, constituem regras de direito positivo, cuja infração, por parte de seus conseqüentários lógicos — os trabalhadores — constitui ilícito, administrativo e penal em alguns países como o nosso, salvo as exceções previstas em lei (*greve pacífica em atividade não fundamental, precedida de mediação eventualmente ineficaz dos órgãos competentes da Justiça do Trabalho*). A incriminação do “lock-out” apenas tem valor formal, pois essa paralização da produção por parte dos empresários veio a participar dos fatos sociais como uma represália dos patrões ao movimento paredista dos empregados. Restringindo-se ou eliminando-se, juridicamente, a possibilidade de greve, o “lock-out” desaparecerá tão necessariamente como surgiu.

Está claro, pois, que desde as primitivas formas de organização do trabalho, o direito que sempre as tutelou, fê-lo no interesse de uns contra outros. Quando positivo, o direito serve ao poder político, nas mãos da classe dominante.

Como expressão da luta de classes, o reconhecimento jurídico do direito de greve está condicionado ao grau de intensidade dessa luta. Assim, nas anteriores fases históricas da sociedade humana, o abandono coletivo do trabalho seria ilícito, como o é ainda hoje em alguns países democrático-liberais. É ilícito quando fere a lei que o

proibe ou quando infringe normas regulamentadoras, que se criaram —, verdade seja dita —, para cercear o “direito” que se reconheceu.

O sociologismo jurídico explica e justifica a viabilidade ou não de se acolher “o direito de greve”, abôrto do próprio Direito. O “direito à greve” nunca existiu, nem existirá, mas o que seria seu “acessório”, êste tem sido ou não admitido, conforme oscilam os fatores favoráveis ou desfavoráveis à sua admissibilidade.

Ainda sob o plano do sociologismo jurídico, vê-se que a greve tornou-se “mesmo um fato justo”, não mais apenas lícito, conquanto a violência, manifestação inequívoca da injustiça presida a sua gênese, *como uso arbitrário das próprias razões, abuso de direito*. É que dado o acirramento das forças sociais numa disputa memorável, preferiu-se alargar o âmbito da auto-defesa privada, aceitando-se o gesto extremo de inconformismo à ordem econômica estabelecida, ao possibilitar-se que alguns indivíduos não mais apenas mercadejem a sua força de trabalho, mas possam utilizar-se desta como arma de guerra, pois a greve tem todo caráter de atitude bélica.

A violência, velhíssimo recurso injurídico de obtenção de alguma coisa, só pode ser entendida pela ciência do direito, que a estuda em suas duas formas: a física e a psíquica, “*vis corpori illata et vis animo illata*”. Segundo a doutrina seguida pelo nosso Código Penal de 1940, a cessação do trabalho só constitui ilícito penal, quando fôr seguida de violência contra pessoa ou coisa. Mas a violência a que nos referimos é a que existe só pelo simples fato da interrupção pacífica do trabalho e é justamente esta que afeta todo movimento paredista, seja operário ou patronal, colocando-o no âmbito dos *atos injurídicos por si* só, independentemente de circunstâncias complementares. Com o abandono coletivo do trabalho pelos trabalhadores ou com a paralização da atividade econômica pelos patrões, surge o desequilíbrio na harmonia social. Descumpre-se irreverentemente o contrato firmado para a

produção de bens e serviços, de um lado, e pagamento de salário, de outro. A obrigação de fazer, de um lado, e a obrigação de dar, de outro, sofrem solução de continuidade por serem permanentes, enquanto durar o vínculo contratual. Isso representa duas lesões, ao mesmo tempo, a bens jurídicos diversos: o dos particulares envolvidos diretamente no dissídio e o da coletividade, terceiro interessado mais do que nunca na regularidade de desenvolvimento das relações de produção. Além disso temos que acrescentar a natureza coercitiva do movimento paralizador: êle visa obter da parte contrária aquilo que ela recusa dar ou fazer; é um constrangimento brutal que não pode ser consoante aos *supremos princípios do Direito* por ser simplesmente constrangimento, elemento injurídico, assim categorizado pela própria filosofia do direito. Esta é a razão pela qual reiteramos que não há, nunca houve e nunca haverá nenhum alicerce jurídico-filosófico para os movimentos paredistas. O sociologismo jurídico esclarece, em vista disso, o porquê de se ter aceito no direito positivo moderno mais uma das muitas anomalias que nêle estão encravadas, como a mostrar irrefutavelmente que o *direito ainda não se realizou*. Há “*data venia*”, direito de greve, como consequência dos desastres sociais que serão evitados, “*Deo juvante*”, no decorrer dos tempos futuros, mas não há direito à greve. Tal aberração não encontra guarida nos postulados científicos da ciência jurídica, estabilizada por séculos afora de estudos e observações.

BIBLIOGRAFIA

- MIGUEL FLORES SEDEK, *La legítima defensa en el Derecho Venezolano*, Caracas, 1955.
- ISIDORO MORALES PAUL, *El contrato de fletamento en el Derecho Venezolano*, Caracas, 1956.
- JOAQUIM SANCHEZ — COVIZA HERNANDO, *La vigencia temporal de la ley y el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, 1956.
- LUIS LORETO, *Estudios de Derecho Procesal Venezolano*, Caracas, 1956.
- HUMBERTO CUENCA, *El Derecho Procesal en Venezuela*, Caracas, 1956.
- JOAQUIM SANCHEZ — COVIZA, *La eficacia de las sentencias*, Caracas, 1956.
- RAMIRO ANTONIO PARRA, *Acción de deslinde y otros trabajos*, Caracas, 1956.
- ALBERTO ZOMBRANO VELASCO, *El nuevo régimen francés de quiebra y arreglo judicial*, Caracas, 1957.
- ROBERTO GOLDSCHMIDT, *La ley de fideicomisos de 1956*, Caracas, 1957.

Destaca-se, no momento atual, o vivacíssimo desenvolvimento da cultura jurídica na Venezuela.

Instalando-se em imponente cidade universitária, que rivaliza com a do México, uma e outra ainda em ritmo de construção, pela imponência arrojada de seus edifícios, a Universidade Central de Venezuela não se contentou com ostentar a grandeza de suas instalações materiais.

Valendo-se dêsse impulso, a sua Faculdade de Direito criou uma Seção de Publicações, que se acha em plena atividade.

Se, de um lado, a *Revista de la Facultad de Derecho* se acha em crescente prosperidade, de outro iniciou e vai ampliando a publicação de teses, estudos, monografias e tratados, que dão a mostra do esforço vitoriosamente desenvolvido pelos institutos universitários venezuelanos.

Reunindo, nesta nota bibliográfica, quase uma dezena de publicações feitas nos últimos três anos, outro intuito se não teve a mais do que o de salientar a importância da cultura jurídica venezuelana.

La legítima Defensa en el Derecho Venezolano é tese de doutoramento em ciências políticas por MIGUEL FLORES SEDEK.

Determinando-lhe a publicação, a junta examinadora declarou aprová-la, sem “se fazer solidária com as idéias emitidas pelo autor” mas considerou que tem êste o “mérito de haver tratado com extensão, profundidade e acerto o tema, em que foram estudados os aspectos da doutrina e jurisprudência nacionais”.

El Contrato de Fletamento en el Derecho Venezolano é igualmente tese de doutoramento em ciências políticas por ISIDORO MORALES PAUL.

Desenvolve-se em seis capítulos.

Trata o primeiro do desenvolvimento histórico, generalidades, natureza jurídica e características específicas do contrato e de seus elementos específicos; o segundo, da formação e prova do contrato; o terceiro, do conhecimento; o quarto, das obrigações do afretador; o quinto, das obrigações do fretador; e o sexto da resolução do contrato.

A tese de doutoramento de JOAQUIM SANCHEZ-COVISA HERNANDO em ciências políticas, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, se contém em alentado volume de mais de duzentas e cinquenta páginas compactas.

Dêsse trabalho, disse a junta examinadora ser “trabalho científico de tal qualidade e magnitude, que seus méritos chegam a refletir-se sobre a própria Universidade Central”, de onde ter recomendado ao Conselho Universitário que “premie esta tesis en la forma que estime conveniente”.

Êsse veredito é sugestivo.

Pondo o problema, o autor, depois de assentar o caráter e método do estudo, entrou a delimitar-lhe o objeto, conceituando a lei, estritamente, como norma ditada pelo poder legislativo, passando a objetivar a lei formal e a material, a lei nacional e estadual, a lei como proposição jurídica e como texto formal unitário, a lei geral e a especial, sua vigência temporal e suas fontes legais e sistemática.

Cuidando a seguir da entrada da lei em vigor e de seus requisitos formais, deteve-se no exame de sua vigência em face do direito comparado e no direito nacional.

As causas de perda de vigência da lei pelo seu termo, derrogação ou anulação, levam ao estudo da teoria geral da colisão das leis e ao exame dos conflitos entre leis sucessivamente vigentes, para chegar ao problema da irretroatividade, bosquejando a solução adequada e detendo-se, ao cabo, nos efeitos do direito adquirido como direito atinente a uma situação jurídica individual.

Entre os juristas venezuelanos é de destacar LUIZ LORETO, professor catedrático de Direito Processual, e processualista insigne, de justo renome.

Publicando os seus *Estudios de Derecho Procesal*, fê-lo a Faculdade de Direito, no cumprimento de seu dever de difundir amplamente a cultura jurídica nacional, convicta de “la seguridad en que ellos, por su elevada calidad científica, serán de gran utilidad para nuestros juristas, magistrados, profesionales del Derecho y estudiantes”.

São êsses estudos insignes os que a seguir se enumeram. Estado atual do Direito Processual Civil na Venezuela. O princípio de que “las partes están a derecho” no processo civil venezuelano. Erros de interpretação na teoria da competência territorial. Contribuição ao estudo da exceção de inadmissibilidade por falta de qualidade. Breves considerações acêrca da teoria legal da isenção de custas. A sentença de declaração de simples ou de mera certeza. A sentença constitutiva. Sentença estrangeira de divórcio e solicitação de *exequatur*. Considerações acêrca da instituição da assessoria. A ação e o processo de filiação natural no direito vene-

zuelano. Considerações sôbre a teoria da simulação. A *cita* de saneamento e de garantia. O interdito de amparo e sua função recuperatória. A crítica das decisões judiciais.

“*El Derecho Procesal en Venezuela*”, de HUMBERTO CUNCA, se compõe de diversos trabalhos que devem ser notas ou tópicos, e não poucas notas bibliográficas, publicados em revista e jornais do país.

“*La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*” e trabalho que JOAQUIM SANCHES COVISO, professor catedrático de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito de Caracas, apresentou à Sexta Conferência Internacional de Advogados, realizada em Oslo (Noruega), sob os auspícios da “Internacional Bar Association”

Está a matéria exposta em sessenta páginas, a começar por introdução em que se fixa a situação do direito latino-americano mercê de convênios internacionais plurilaterais. A seguir se enumeram os requisitos materiais da sentença estrangeira de divórcio em face do direito nacional, a fim de entrar no problema do conflito de jurisdições e a determinação do tribunal competente, da lei competente e do contrôle da regularidade do processo, da ordem pública. Por fim se trata do processo de penetração dos efeitos da sentença estrangeira de divórcio.

Acción de deslinde escreveu RAMIRO ANTONIO PARRA, na página inicial, não é para ser lida por mestres, mas pelos estudantes de ciências políticas. É livro elementar sôbre a *actio finium regundorum*, estudada em seus principais aspectos, merecedor dos melhores gabos pela precisão dos ensinamentos.

Completa-se o volume com três trabalhos, um sôbre a *acción de tercera*, outro sôbre a noção de documento público, conferência feita no Colégio de Advogados do Estado Zulia, e o último a propósito da causa das obrigações.

Em pequena, mas excelente monografia, J. A. ZAMBRANO VELASCO fêz exposição sôbre o Decreto de 20 de maio de 1955, cujo contexto traduziu para o castelhano, e que estabeleceu em França novo regime falimentar.

El Nuevo Régimen Francés de Quiebra y Arreglo Judicial é magnífica contribuição daquele professor de Direito Mercantil, de imensa utilidade.

Assumindo a direção do Instituto de Direito Privado, Secção de Direito Comparado, o Professor ROBERTO GOLDSCHMIDT vem contribuindo, de maneira brilhante, para a evolução e adaptação do direito comercial da Venezuela às necessidades contemporâneas.

La ley de Fideicomisos de 1956 contém o texto dessa lei, antecedida de exposição de motivos elaborada pelo autor de seu projeto, que é aquele eminente comercialista.

Por isso mesmo, o opúsculo se reveste de alta importância, mesmo em países, como o Brasil, em que se não tornou necessária a adaptação do *trust* anglo-americano, graças ao evolver da comissão mercantil e do mandato, que constituem a essência daquele instituto, nos países de fala castelhana havido como *fideicomiso*.

JULIO CESAR ACOSTA, *El proyectista y el Legislador en la Reforma del Código de Comercio en el año 1955*, Imprenta Nacional, Caracas, 1956.

ROBERTO GOLDSCHMIDT, *La Reforma Parcial del Código de Comercio de 1955*, Caracas, 1957.

Por lei publicada na *Gazeta Oficial*, de Caracas, de 17 de outubro de 1955, parcialmente se reformou o Código de Comércio da Venezuela.

Não foram muitos os textos suprimidos e os modificados, mas em maior número os que se acresceram, ferindo pontos de omissão legislativa.

Na mensagem, com que apresentou o projeto ao Poder Legislativo, fêz sentir o Poder Executivo não lhe ter escapado a necessidade de modificar fundamentalmente o Código de Comércio, anacrônico em razão do largo período de sua vigência; mas obtemperou que trabalho de tal porte era empresa que exigia exame prolongado. Por isso, tendo em conta as necessidades dos comerciantes, manifestadas por eles diretamente ou por intermédio de suas Câmaras, julgou o Governo de utilidade submeter ao Congresso projeto de reformas de algumas das instituições mercantis, de mais acentuada urgência, sobretudo depois do advento do Código Civil de 1942.

Por via dêste se propôs a revogação da autorização dada ao menor para comerciar, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros: e admitir à mulher casada, maior de idade, o exercício do comércio separadamente do marido, obrigando por seus atos seus bens próprios e os da comunhão casaleira cuja administração lhe caiba, ademais dos comuns, com expresso consentimento do marido.

Novos dispositivos se introduziram quanto ao regime dos livros e sua escrituração, estabelecendo a guarda e conservação dêles e correspondência durante dez anos, a partir do último assento feito naqueles.

Disciplinou-se a alienação do fundo de comércio ou estabelecimento comercial, ou de suas existências, no todo ou em lotes, mediante sistema de larga publicidade, de molde a, durante o lapso desta, poderem os credores do alienante pedir o pagamento de seus créditos ou a garantia real dêle. A inobservância dessa disposição importa na solidariedade do adquirente com o alienante para com os credores dêste.

Considerando mercantis as companhias ou sociedades que tenham por objeto um ou mais atos de comércio, deu a lei caráter comercial às sociedades anônimas e de responsabilidade limitada de qualquer objeto, salvo as dedicadas exclusivamente à exploração agrícola ou pecuária.

Estabeleceu o estatuto da sociedade de responsabilidade limitada e introduziu preceitos condizentes com a administração da sociedade anônima.

Também configurou o crime de emissão de cheque sem fundos, em termos dignos de nota: quem emite cheque sem provisão e não mostra ao sacado os fundos necessários antes da apresentação do cheque; ou, depois de emitido êste, fruste seu pagamento, será

punido, sempre que não concorram as circunstâncias previstas no Código Penal para o crime de estelionato. Quem tenha recebido cheque, ciente de sua emissão sem provisão de fundos, não terá ação penal contra o sacador e será punido com multa até um quinto do valor do cheque ou arresto proporcional.

Para êsses efeitos, o sacado, a requerimento do apresentante, será obrigado a externar no verso do cheque ou em folha adjunta a razão pela qual não faz o pagamento.

Eis, com mais alguns outros dispositivos, em que termos se fez a reforma do Código da Venezuela.

O livro do Professor ROBERTO GOLDSCHMIDT contém o comentário, artigo por artigo, da reforma levada a efeito, e de cujo projeto foi *magna pars* em seu feito; e no livro de JULIO CESAR ACOSTA se encontra a discussão parlamentar da proposição que se concluiu na lei.

Completam-se dessarte os dois livros em que se deparam elementos de primeira mão para o estudo, interpretação e aplicação da reforma do Código de Comércio da Venezuela.

W. F.

VICENTE DE AZEVEDO, *O processo na justiça penal, (Curso de Direito Judiciário Penal)*, Saraiva S.A., São Paulo, 1958.

O dr. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo é um jurista que todo São Paulo conhece e muito admira. Professor de Direito, insigne cultor das letras jurídicas e também das letras em geral, o ilustre mestre já perlustrou, por outro lado, cargos públicos de grande relevo em que deixou a marca indelével de sua forte personalidade. No Ministério Público paulista, onde praticamente iniciou suas atividades jurídicas e forenses, e em que, na verdade, se traçaram as linhas mais frisantes e destacadas de sua figura de jurista — teve luminosa trajetória, alcançando mesmo a chefia da instituição como Procurador-Geral da Justiça. O brilho que deu a tão alta investidura está na memória de todos, prescindível sendo assim que rememoremos a sua passagem naquele espinhoso cargo. O mesmo se diga da sua permanência no Tribunal de Justiça, onde, graças a seus indiscutíveis méritos, veio a ter assento como integrante dos membros que são recrutados, para a composição do quinto constitucional, entre os advogados e componentes do Min. Público.

Agora que está aposentado, sua atividade intelectual é toda dedicada ao magistério universitário, onde também ocupa posto de relêvo como professor de Direito Judiciário Penal em duas de nossas Universidades.

A cadeira que leciona é a que apresenta o mais pobre elenco de obras jurídicas na bibliografia pátria, sobretudo no campo dos livros didáticos. Tivemos, no passado, os trabalhos de Pimenta Bueno, Galdino Siqueira e João Mendes Júnior, todos êles de indiscutível valor científico e excelentes para o estudante acompanhar a matéria no curso jurídico. Tais obras, no entanto, se tornaram superadas para o ensino universitário, embora mantendo seu valor cultural, em virtude da promulgação do vigente Código de Processo Penal. Disto resultou imensa dificuldade para os estudantes acompanharem as lições da cátedra, e, conseqüentemente, a proliferação das apostilas taquígrafadas, com todos os defeitos inerentes a tal gênero de publicações.

Sentindo de perto o problema, atirou-se o desembargador Vicente de Azevedo à tarefa de reunir em compêndio as suas lições, a fim de propiciar a seus alunos uma obra didática e atualizada através da qual, com menor dificuldade, pudessem estudar a matéria.

Surgiram assim as “Apostilas de Direito Judiciário Penal”, cujo primeiro volume veio a lume em 1952. A obra, apesar de incompleta, de há muito se esgotou, dada a grande aceitação que teve. Finalmente, o conspícuo mestre, retomando o trabalho interrompido, publica a segunda edição com o curso completo do Direito Judiciário Penal que a Editôra Saraiva vem de colocar a venda, desta vez em dois volumes.

A apreciação e crítica do primeiro volume, já a fizemos quando saiu a primeira edição. Agora só nos resta confirmar o que então dissemos e tecer os comentários que julgamos oportunos fazer a respeito do segundo volume.

Repetimos aqui o que anteriormente registramos: o professor Vicente de Azevedo ainda se mantém fiel às diretrizes clássicas do processo penal. E embora lhe sejam familiares os modernos autores do Direito Processual Penal, a estruturação de sua obra e dos institutos que analisa ainda guarda a orientação tradicional.

Mas se a sistematização da obra permanece clássica, nem por isso os problemas atuais da justiça penal são ignorados ou afastados. Além de adotar, em alguns pontos, o entendimento científico da moderna teoria processual, o eminente mestre sabe abordar, com muita segurança, questões atuais e em foco como, por exemplo, no campo da prova, as da narcoanálise e do “lie detector”.

O livro é de meridiana clareza e seu estilo vazado com a elegância de quem sabe cultivar a língua e construir a frase com desembaraço e bom gosto. E’ o conteúdo da obra excelente e denso, com lições magníficas e de alto valor cultural.

Os capítulos que mais apreciamos foram os relativos à “prova”, ao “júri”, à “revisão criminal” e, principalmente, aquêlê que dedicou ao instituto, tão mal estudado entre nós, do “writ of habeas corpus”. O estudo dessa garantia constitucional, focalizada no livro em análise, sobretudo no campo processual, é magnífico sob todos os aspectos. Configurou-o o autor, com muito acerto, como “ação penal”, criticando de maneira irresponsável a sua caracterização como recurso. Ao depois, fêz minuciosa apreciação dos casos em que a providência constitucional é cabível, e ainda expôs, com bastante clareza e pormenores, o rito procedimental dêsse “remedium juris”.

Não concordamos, no entanto, com a inclusão, no curso de Direito Processual Penal, à maneira do que fizera Pimenta Bueno copiando autores franceses, da matéria pertinente à extinção da punibilidade. João Mendes Júnior já mostrára o êrro de tal orientação, êrro êsse que agora se agrava em face da conceituação dada pelo Código Penal a institutos como o da prescrição, do indulto, o da “abolitio criminis” e outros.

Se o Código Penal de 1890 falava de extinção da ação penal, por exemplo, o mesmo não se dá com o vigente estatuto penal em que se não repete essa erronia. A prescrição, como o demonstrou Carnelutti, não atinge a ação, e sim o próprio direito subjetivo material, e isto tanto no campo civil como no da justiça penal. Daí falar o Código Penal em vigor em prescrição “antes de transitar em julgado a sentença final” (art. 109) e em prescrição “depois de transitar em julgado a sentença final condenatória” Nenhuma palavra sôbre prescrição da ação penal, o que realmente não existe. Há, assim, prescrição do direito de punir e prescrição do título penal executivo (ou executório).

Vê-se, pois, que não se justifica, sobretudo em face dos mandamentos vigentes do Código Penal, incluir a extinção da punibilidade, que se refere substancialmente ao “direito subjetivo de punir”, entre os institutos processuais. Seria o mesmo, “mutatis mutandis”, que incluir as causas de extinção da obrigação no processo civil.

Também discordamos frontalmente do ilustre professor quando fala, à pg. 115, que para a prisão preventiva “não basta a prova do fato, mas se exige “prova de crime.” Parece-nos, em face dos arts. 311 e 314, que, certo ou errado, o Código de Processo Penal não abraça a nenhuma dessas opiniões, pois o que êle exige é a prova de fato típico e ilícito. No caso de legítima defesa putativa, por exemplo, que exclui a existência de crime, mas não elide a ilicitude do fato típico, o juiz não pode relaxar a prisão preventiva, pois o êrro de fato (onde se insere a legítima defesa putativa) não

está contemplado no art. 19, do Cód. Penal, e não vem mencionado, por isso mesmo, no art. 314, do C. Proc. Penal. O art. 311 fala em crime no sentido de fato típico, porque do contrário seria redundante o art. 314; e como nêste se exclui a prisão preventiva quando o fato típico não é também antijurídico, o que se conclui é que a prisão preventiva só se torna admissível quando há prova de fato típico que também seja ilícito. A respeito da culpabilidade silenciou o Código de Processo Penal, excluindo assim o juízo de reprovação na análise dos requisitos da prisão preventiva.

Concordamos, porém, plenamente, com a crítica do prof. Vicente de Azevedo a respeito da inclusão do art. 235 § 2.º, do Cód. Penal, entre os casos não explícitos de extinção da punibilidade. Essa crítica está primorosa e convincente, e sobretudo, certa. Se o citado artigo fala em inexistência de crime, não há que cogitar de extinção da punibilidade, pois se o crime não existe não nasce o direito de punir, e não se pode falar da extinção de um direito que não chegou a ter vida.

Muito ainda teríamos que escrever sôbre os dois volumes do “Curso de Direito Judiciário Penal”, tal a riqueza de seu conteúdo. É um livro que, sem dúvida alguma, veio enriquecer nossa literatura jurídica e que inestimáveis serviços prestará aos que lidam com o Direito na justiça criminal.

JOSÉ FREDERICO MARQUES

WALDEMAR MARTINS FERREIRA. — *Historia do Direito brasileiro* (Histoire du droit brésilien), 4 tomos, São Paulo, Max Limonad, 1951, 1952, 1953, 1954. 425, 460, 408 et 448 págs.

L'histoire du droit brésilien, public ou privé, demeure pratiquement inconnue. Des travaux anciens, des articles épars, des ouvrages inachevés ne suffisent pas à la retacer. L'enseignement n'en est dispensé dans les facultés de droit du Brésil qu'au titre du doctorat. Un effort est donc nécessaire pour remonter aux sources d'un système juridique qui, issu du droit des ordonnances portugaises, a connu, sous la colonisation et depuis l'indépendance, son propre développement. Cet effort a été tenté, depuis quelques années, par M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, professeur à la Faculté de droit de São Paulo. Les quatre volumes, dont il vient d'assurer la publication régulière, reproduisent les notes d'un cours de doctorat don l'auteur, commercialiste chevronné du Brésil, a eu le courage d'assumer la charge dans les dernières années de sa

carrière universitaire. Ils embrassent l'évolution du droit public brésilien dès les origines de la colonisation aux prodromes de l'indépendance. Il s'agit essentiellement d'étudier comment les territoires brésiliens ont été organisés sous la domination portugaise. Mais M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA ne manque pas d'évoquer également les problèmes posés par l'occupation espagnole et par les incursions françaises ou hollandaises sur les côtes brésiliennes. Il tente d'en dégager l'influence sur la formation progressive de l'Etat brésilien et il ne limite pas ses recherches à l'organisation des pouvoirs publics. Les grandes compagnies commerciales, notamment la Compagnie des Indes orientales et la Compagnie des Indes occidentales, ont tenu dans l'histoire brésilienne un rôle important et leur action sur l'économie coloniale a eu des conséquences institutionnelles.

Les territoires brésiliens ont été soumis à deux systèmes de gouvernement très distincts.

A l'origine, pendant une période de temps extrêmement courte, qui se situe approximativement de 1500 à 1550, les navigateurs, qui se sont installés au Brésil, l'ont fait en vertu de chartes royales leur octroyant des pouvoirs délégués sur les territoires soumis à leur juridiction. C'est ainsi qu'est apparu le système des capitaineries héréditaires qui a constitué une résurrection du régime féodal au milieu du x^v siècle. Il est d'ailleurs connu des historiens brésiliens sous le nom de néo-féodalisme brésilien. Du système féodal, l'organisation des capitaineries héréditaires a présenté les caractéristiques principales: une organisation politique fondée sur des allégeances hiérarchisées dont la première unit le roi du Portugal, souverain suprême, et le capitaine titulaire d'une charte de donation; une entière dépendance du concept de souveraineté politique et de la notion de propriété foncière. La charte de donation constituait la source du droit applicable. Elle se composait essentiellement de deux parties: la lettre de donation, titre fondamental en vertu duquel les droits détenus par le roi du Portugal étaient au bénéficiaire de la charte et les directives selon lesquelles le roi enjoignait à ce dernier d'exercer ces droits.

Le système des capitaineries héréditaires s'est rapidement effondré sous la force centralisatrice de la politique de colonisation. Dès 1548, les capitaineries héréditaires ont disparu. Le régime des gouvernements généraux s'est instauré. Il s'est prolongé jusqu'en 1808, date à laquelle la Cour du Portugal s'est transportée et installée au Brésil, sous la pression des troupes de JUNOT. Le régime des gouvernements généraux s'est développé pendant trois siècles au cours desquels les organes politiques et judiciaires du Brésil colonial se sont lentement perfectionnés. Lorsqu'est venue

l'indépendance, elle a été celle d'un Etat construit et gagné sur la nature, dont les fondements ont été cimentés par l'œuvre commune des pouvoirs publics, des compagnies commerciales et des missions religieuses à travers la colonisation de peuplement du Portugal.

Tous ces éléments de l'histoire des institutions brésiliennes sont mal connus parce que les sources d'information sont rares et confuses. Ils sont dégagés avec précision par M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, qui apporte une contribution d'un prix inestimable à l'étude historique du droit brésilien.

J. B. H.

WALDEMAR MARTINS FERREIRA. — *História do direito constitucional brasileiro* (Histoire du droit constitutionnel brésilien), São Paulo, Max Limonad, 1954, 384 pages.

M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA a complété par une histoire du droit constitutionnel brésilien les études d'histoire du droit auxquelles il a, depuis quelques années, consacré son enseignement et ses recherches. Le développement constitutionnel du Brésil n'est pas sans présenter un intérêt particulier parce qu'il n'est pas sans revêtir une originalité propre. Au lendemain de la proclamation de l'indépendance, le Brésil a été érigé, par un traité de paix du 29 août 1825, en Empire constitutionnel. L'Empire brésilien, ainsi institué, était un Etat unitaire, au gouvernement représentatif de caractère parlementaire. Il est extrêmement significatif de la vie politique brésilienne que les tendances fédéralistes et présidentielistes aient essentiellement inspiré les partis libéraux du xix^e siècle et que la République Brésilienne proclamée le 15 novembre 1889 ait satisfait à ces revendications. Dès sa proclamation, la République Brésilienne est fédérative et présidentielle. Elle le demeure au travers de l'évolution constitutionnelle. Le débat relatif aux avantages et inconvénients comparés du présidentielisme et du parlementarisme n'a jamais dépassé le stade des controverses doctrinales. Il n'a jamais été sérieusement question que le Brésil renonce au régime présidentiel en dépit des attaques que le coup d'Etat de 1937 a valu au système dont il a entraîné la déformation.

Un long chapitre du livre de M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA est consacré à l'étude de la justice politique pendant la dictature de VARGAS. Il ne présente pas pour le lecteur étranger le même

intéret que les chapitres dans lesquels l'auteur étudie l'organisation actuelle de l'Etat brésilien. L'attention est notamment retenue par les développements très complets consacrés à l'organisation judiciaire dans le cadre du fédéralisme. M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA n'a pas été sans ressentir l'inconvénient que la pluralité des juridictions d'Etat peut entraîner sur le plan de l'uniformité de la jurisprudence nationale et il signale comment un remède est apporté à cet inconvénient par le recours extraordinaire devant le Tribunal Suprême Fédéral, gardien de l'unité politique et juridique du pays.

L'étude de M. WALDEMAR MARTINS FERREIRA est une excellente contribution à celle du droit public de l'Amérique latine.

J. B. H. (*)

ANGELO GRISOLI, *La Cambiale in Diritto Inglese*, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1957.

Tem-se neste volume mais uma publicação do Instituto de Direito Comercial Comparado A. Sraffa, da Universidade Bocconi, de Milão, na nova série de Estudos de Direito Privado Italiano e Estrangeiro, dirigidos pelo Professor MARIO ROTONDI.

Prefaciando-o, êste professor exímio salientou o interêsse comparativo do estudo da cambial no direito inglês; e êsse interêsse é bem justificado, principalmente depois que a lei uniforme de Genebra ganhou relativo êxito com a transplantação de seu contexto para o de leis cambiárias como as de França, Itália, Portugal e outros países europeus.

Moldada na lei germânica, a lei uniforme antecipadamente se consagrou no Brasil, que foi o primeiro país da América a filiar-se àquela pelo Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que no último dia dêste ano completará o cinquentenário de sua vigência, o que constitui evento assaz auspicioso.

Dadas as diferenças conceituais da cambial entre as leis filiadas à doutrina germânica e às dos Estados Unidos da América do Norte e da Inglaterra, bem se compreende a importância da magnífica monografia de ANGELO RISOLI, assistente da Universidade de Pávia.

(*) Esta e a anterior notícia bibliográfica se publicaram na *Revue Internationale de Droit Comparé*, de Paris, vol. IX, de 1957, págs. 604 a 606.

As iniciais, que as firmam, são do secretário-geral do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris, JACQUES-BERNARD HERZOG, substituto do Tribunal do Sena.

Rica é ela de observação do instituto cambiário inglês, realizado, não de longe, mercê de consultas bibliográficas, mas de perto, com o propósito de desvendar-lhe os segredos e as particularidades.

Uma introdução com a sua síntese histórica em face do *commercial law* e do *common law*, delimitando-lhe o âmbito, revelando-lhe as fontes, destacando-lhe os caracteres e elementos estruturais, principalmente distinguindo a nota promissória e outros títulos da cambial, prepara o estudo da emissão da cambial e de sua entrada na circulação econômica, seguindo-se-lhe o exame de outros e inúmeros problemas.

Encerra-se o volume com o texto da *Bills of Exchange Act, 1882*.

Por qualquer prisma por que a dissertação seja examinada, ela ministra ensinamentos preclaros e precisos, de molde a facilitar o confronto do direito cambiário inglês com o dos demais países, bem assim, e especificadamente, com a lei uniforme de Genebra.

Realça esta particularidade a utilidade do trabalho levado a efeito pelo autor, com sinceridade, pois que destituído de qualquer preconceito doutrinário. Se a exposição é imparcial, a comparação é por isso lúcida, também porque feita com linguagem clara, que, em verdade se diga, não é muito comum nos modernos juristas italianos.

Eis um livro excelente, que deve ser lido e meditado por quantos se dedicam ao estudo do direito cambiário e à sua prática.

W. F.

ÍNDICE

DOCTRINA

La nueva ley española de lo contencioso-administrativo — Segis- gismundo Royo Villanova	7
O pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus — Gerhard Leibholz	36
Ações que não admitem a reconvenção — Gabriel de Rezende Filho.	59
O direito na península Ibérica — Lino de Moraes Leme	74
Liberdade e valor — Miguel Reale	89
Revogação dos atos administrativos — Fernando Henrique Mendes de Almeida	113

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Aspectos da crise do direito — Alvino Lima	121
A condição jurídica da mulher casada na doutrina e nas legisla- ções — Lino de Moraes Leme	139
Autonomia universitária e pesquisa científica — Sylvio Marcondes Machado	153

REFORMA DO ENSINO JURÍDICO

Uma carta do Prof. Braz de Sousa Arruda	172
--	-----

IN MEMORIAM

Genésio de Almeida Moura	181
--------------------------------	-----

CONTRIBUIÇÃO AS MEMÓRIAS ACADEMICAS

Memória histórica de 1948 — A. Almeida Júnior	187
Luiz Nicolau Fagundes Varella — Vicente de Azevedo	213

CRÓNICA UNIVERSITÁRIA

Alfredo Buzaid — Novo titular da Cátedra de Direito Judiciário Civil	229
Entregue, ao Professor Emérito Waldemar Ferreira , o prêmio Moinho Santista de 1958	239
Relatório da viagem realizada pelo Prof. Cesarino Júnior à Europa.	260

TRABALHOS DO CURSO DE DOUTORADO

Aspectos criminológicos do problema da prostituição — Durval Cintra Carneiro	267
O fundamento do direito internacional na doutrina de «Duguit» — Moacyr Lobo da Costa	282
A criminologia de Mezger — Johannes Dietrich Heht	294
Os crimes das multidões — Luiz Fernandes Lima	322
A crise da prisão e as prisões abertas — Astor Guimarães Dias ...	343
Dos crimes contra a organização do trabalho — Aggeu Alves	370
BIBLIOGRAFIA	390

TABLE DES MATIÈRES

DOCTRINE

La nouvelle loi espagnole sur le contentieux administratif — Se-gismundo Royo Villanova	7
La pensée démocratique comme un principe de structure dans la vie des peuples européens — Gerhard Leibholz	36
Des actions qui n'admettent pas d'action contre le demandeur — Gabriel de Rezende Filho	59
Le droit dans la péninsule ibérique — Lino de Moraes Leme	74
Liberté et valeur — Miguel Reale	89
La révocation des actes administratifs — Fernando Henrique Mendes de Almeida	113

CONFÉRENCES ET DISCOURS

Aspects de la crise du droit — Alvino Lima	121
La condition juridique de la femme mariée dans la doctrine e les législations — Lino de Moraes Leme	139
Autonomie universitaire et recherche scientifique — Sylvio Marcondes Machado	153

RÉFORME DE L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE

Une lettre du professeur Braz de Sousa Arruda	172
--	-----

IN MEMORIAM

Genésio de Almeida Moura	181
---------------------------------------	-----

CONTRIBUTION AUX MÉMOIRES ACADEMIQUES

Mémoires historiques de l'année 1948 — A. Almeida Júnior	187
Luiz Nicolau Fagundes Varela — Vicente de Azevedo	213

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE

Alfredo Buzaid — Nouveau titulaire de la chaire de droit judiciaire civil	229
Le prix «Moinho Santista de 1958» est décerné au professeur émérite Waldemar Ferreira	239
Compte-rendu du voyage que le professeur Cesarino Júnior a fait en Europe	260

TRAVAUX DU COURS DE DOCTORAT

Aspects criminologiques du problème de la prostitution — Durval Cintra Carneiro	267
Le fondement du droit international dans la doctrine de Duguit — Moacyr Lobo da Costa	282
La criminologie de Mezger — Johannes Dietrich Hecht	294
Les crimes des foules — Luiz Fernandes Lima	322
La crise des prisons et les prisons ouvertes — Astor Guimarães Dias	343
Des crimes contre l'organisation du travail — Aggeu Alves	370
BIBLIOGRAPHIE	390

INDEX

DOCTRINE

The new Spanish law on administrative-contentions — Segismundo Royo Villanova	7
The democratic thought as a structuring principle in the life of European populations — Gerhard Leibholz	36
Actions which admit of no re-action against the plaintiff — Gabriel de Rezende Filho	59
Law in Iberian Peninsula — Lino de Morais Leme	74
Freedom and value — Miguel Reale	89
Revocation of administrative acts — Fernando Henrique Mendes de Almeida	113

LECTURES AND SPEECHES

Aspects of a crisis in law — Alvino Lima	121
The legal condition of the married woman in doctrine and legislations — Lino de Morais Leme	139
University autonomy and scientific research — Sylvio Marcondes Machado	153

REFORMATION OF LAW SCHOOLS

A letter from Professor Braz de Sousa Arruda	172
---	-----

IN MEMORIAM

Genésio de Almeida Moura	181
---------------------------------------	-----

A CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

Historical memoirs — 1948 — A. Almeida Júnior	187
Luiz Nicolau Fagundes Varela — Vicente de Azevedo	213

UNIVERSITY CHRONICLE

Alfredo Buzaid — New professor of Civil Processual Law	229
Professor Waldemar Ferreira , winner of the 1958 «Moinho Santista» prize	239
Report of the voyage to Europe made by professor Cesarino Júnior .	260

WORKS FOR DOCTORSHIP COURSE

Criminological aspects of the problem of prostitution — Durval Cintra Carneiro	267
The basis of international Law in Duguit's doctrine — Moacyr Lobo da Costa	282
Mezger's criminology — Johannes Dietrich Hecht	294
The crimes of the crowd — Luiz Fernandes Lima	322
The crisis of imprisonment and open prisons — Astor Guimarães Dias	343
Crimes against the organization of labour — Aggeu Alves	370
BIBLIOGRAPHY	390



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).