





N3-41

REVISTA
da
Faculdade de Direito

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE S. PAULO

DIRETOR

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA

VICE-DIRETOR

DR. LINO DE MORAES LEME

CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO
DR. JORGE AMERICANO
DR. HONORIO FERNANDES MONTEIRO
DR. BASILEU GARCIA
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
DR. MIGUEL REALE

PROFESSORES HONORARIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)

PROFESSORES EMÉRITOS

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

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO, de Economia Política
DR. SPENCER VAMPRÉ, de Introdução a Ciência do Direito
DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Internacional Público
DR. ANTONIO DE SAMPAIO DORIA, de Direito Internacional Privado
DR. VICENTE RAO, de Direito Civil
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, de Direito Comercial
DR. MARIO MASAGÃO, de Direito Administrativo
DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, de Direito Judiciário Civil
DR. JORGE AMERICANO, de Direito Civil
DR. ERNESTO DE MORAES LEME, de Direito Comercial
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, de Direito Comercial
DR. ALEXANDRE CORREIA, de Direito Romano
DR. LINO DE MORAES LEME, de Direito Civil
DR. NOÉ AZEVEDO, de Direito Penal
DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Judiciário Civil
DR. JOSÉ SOARES DE MELLO, de Direito Penal
DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR, 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. BENEDICTO DE SIQUEIRA FERREIRA, de Direito Judiciário Civil
DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito
DR. TEBOTONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, de Ciência das Finanças
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, de Medicina Legal
DR. CANDIDO MOTTA FILHO, de Direito Constitucional

DOCENTES LIVRES

DR. MANOEL FRANCISCO PINTO PEREIRA, de Direito Internacional Público e Privado, de Direito Constitucional e de Direito Civil, estável como funcionário público, de acordo com deliberação do Conselho Universitário.
DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Comercial
DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELLO, de Direito Judiciário Penal
DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS, de Direito Público Internacional
DR. GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, de Direito Público e Constitucional
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA, de Direito Penal
DR. SINÉSIO ROCHA, de Direito Penal
DR. LUIZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL, de Direito Judiciário Civil
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de Direito Judiciário Civil
DR. JOÃO PAPATERRA LIMONGI, de Legislação Social
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO, de Direito Comercial
DR. GOFREDO SILVA TELES JUNIOR, de Introdução à Ciência do Direito
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARAES, de Direito Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de Medicina Legal
DR. LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA, de Direito Internacional Privado
DR. ALFREDO BUZAD, de Direito Judiciário Civil
DR. FLÁVIO QUEIROZ DE MORAES, de Direito Penal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, de Direito Civil
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de Direito Penal
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA, de Direito Romano
DR. ODILON DE ARAUJO GRELLET, de Direito Constitucional
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES, de Direito Constitucional
DR. JOSÉ LOUREIRO JUNIOR, de Direito Constitucional

SECRETÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO

ELÍCIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
da
Faculdade de Direito

1952

VOLUME XLVII



Em homenagem aos professores
SAMPAIO DORIA E VICENTE RÃO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Biblioteca Central

COMISSÃO DE REDAÇÃO

PROFESSORES:

DR. BASILEU GARCIA

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA

DR. MIGUEL REALE

SECRETÁRIO DA REVISTA:

CELINA CHRISTIANO DE SOUSA

O PRESENTE FASCÍCULO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FOI MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DOS SEUS PROFESSORES EM HONRA DOS PROFESSORES ANTONIO DE SAMPAIO DORIA E VICENTE RAO NO VIGESIMO QUINTO ANO DE SEU ENSINAMENTO.



1952
SÃO PAULO



Prof. Dr. Antonio de Sampaio Doria

Nasceu em Monte Belo, então provincia de Alagôas, aos 25 de Março de 1883, filho do major Cândido Soares de Mello Doria e D. Cristina Leite Sampaio Doria.

Após realizar os primeiros estudos em sua terra natal, veio para São Paulo onde, em 1904, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, dedicando-se, desde logo, ao magistério particular, sendo professor, por muitos anos, no Ginásio Macedo Soares. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais em 10 de Dezembro de 1908.

Após a conclusão de seu curso juridico, exerceu a advocacia, sem abandonar o magistério, tendo sido vice-diretor do Ginásio Macedo Soares.

Em 1914, após notável concurso de provas e titulos, foi nomeado professor catedrático de psicologia, pedagogia, e educação civica da Escola Normal de São Paulo, hoje Instituto Caetano de Campos.

No ano de 1920, durante o govêrno do presidente Washington Luís, exerceu o cargo de Diretor Geral da Instrução Pública, onde realizou a reforma do ensino primário. Divergindo, porém, da orientação que o governo desejava impor à instrução no Estado, demitiu-se do cargo.

Continuou no exercício da advocacia e foi eleito diretor-superintendente do Banco de São Paulo.

Tendo sido aprovado em concurso para professor substituto da segunda secção da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1919, foi nomeado docente livre de direito público e constitucional e de direito internacional público e privado. Em 1926, aberta a vaga de professor catedrático de direito público e constitucional pelo ter sido pôsto

em disponibilidade o Prof. Herculano de Freitas, inscreveu-se e obteve o primeiro lugar. Indicado, foi nomeado pelo decreto de 8 de Fevereiro de 1927 tomando posse a 16 do mesmo mês.

Sempre interessado e dedicado ao ensino, fez parte do Conselho Superior do Liceu Franco Brasileiro e, com outros educadores ilustres, fundou o Liceu Nacional Limitada, que instalou o Liceu Nacional Rio Branco, tornando-se mais tarde, o único diretor do então Liceu e, depois, Colégio Rio Branco, um dos mais completos e prestigiosos estabelecimentos de ensino secundário e complementar do país, tendo anexo uma Escola Normal. Foi, também, um dos fundadores e um dos principais obreiros da Liga Nacionalista de São Paulo.

Foi o principal autor do Código Eleitoral de 1932, cujo projeto é de sua autoria, tendo sido o primeiro Procurador Geral do Superior Tribunal Eleitoral, em 1934.

Pelo decreto de 8 de Junho de 1934, foi nomeado professor catedrático de Economia e Legislação Social do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Com a aposentadoria do Prof. Teofilo Benedito de Souza Carvalho, lente de direito internacional privado, o prof. Sampaio Doria, divergindo da orientação imposta pelo govêrno ditatorial ao ensino do direito constitucional, pediu e obteve sua transferencia para a cátedra de direito internacional privado.

Por decreto de 13 de Janeiro de 1939, com os professores Waldemar Ferreira e Vicente Rao, foi aposentado, por ato do governo ditatorial, por terem sido êsses ilustres mestres de nossa Faculdade considerados nocivos aos interesses do regime estado-novista. No entanto, pelo decreto n. 3298 de 22 de Maio de 1941 todos eles foram reintegrados em sua cátedra.

Ao se iniciar o movimento de restauração no país, do regime legal e restabelecimento da Justiça Eleitoral, foi nomeado, em 1945, juiz do Superior Tribunal Eleitoral.

Após a destituição do ditador, em 29 de outubro de 1945, foi nomeado Ministro da Justiça e dos Negócios do Interior, no govêrno do presidente José Linhares, que exerceu durante uma das mais delicadas fases políticas da vida nacional, preparando e assegurando um ambiente de tranquilidade para que o povo brasileiro, livremente, elegeisse o Presidente da República e a Assembléia Nacional Constituinte, que deu ao país a Constituição vigente.

Retornou, posteriormente, à cátedra, da qual se afastou algumas vezes, por motivo de saúde. Por decreto de 24 de Janeiro de 1951 foi aposentado no cargo de professor catedrático de direito internacional privado, por contar mais de 35 anos de serviços públicos, continuando, porém, a exercer o cargo de professor catedrático do curso de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o qual foi restabelecido em 1951.

Valiosa é a bibliografia do prof. Antonio de Sampaio Doria versando problemas jurídicos, políticos e sociais, económicos, cívicos e educacionais, tendo se imposto, também, como um dos grandes cultores do idioma português, no Brasil. Além de publicações diversas, artigos em revistas jurídicas e de outras especialidades, em jornais, etc., podemos salientar os seguintes trabalhos publicados:

*Ensaio*s, contendo a preleção que sôbre a mocidade e o caráter fez na Escola Normal de São Paulo, no concurso para a cadeira de psicologia, pedagogia e educação cívica. Pocaí, Weiss & Cia., S. Paulo, 1915.

Problemas de Direito Público — Teses de concurso. Piratininga, S. Paulo, 1919.

Habeas Corpus — Instituto Ana Rosa, s/d. S. Paulo.

Questões de ensino — A reforma de 1920. Monteiro Lobato & Cia., S. Paulo, 1923.

- *O que o cidadão deve saber* — Manual de Educação Cívica, publicado pela Liga Nacionalista. Olegario Ribeiro & Cia., S. Paulo, 1919.
- *Recenseamento escolar* — Relatório do Diretor Geral da Instrução Pública de São Paulo. Weizflog & Irmãos, S. Paulo, 1920.
- *A questão social* — Monteiro Lobato & Cia., S. Paulo, 1922.
- *O espírito das democracias* — Empresa Gráfica Monteiro Lobato, S. Paulo, 1924.
- *Princípios constitucionais* — S. Paulo Elitôra Ltda., S. Paulo, 1926.
- *Educação Moral e Educação Económica* — Cia. Melhoramentos de São Paulo, 1933.
- *O comunismo caminha no Brasil* — S. Paulo Editora, S. Paulo, 1933.
- *Psicologia* — Lições professadas na Escola Normal de São Paulo. S. Paulo, 1928.
- *Como se aprende a língua* — Tres cursos em tres volumes. Várias edições. Cia. Editora Nacional, S. Paulo.
- *Os direitos do homem* — Cia. Editora Nacional, S. Paulo, 1942.
- *Curso de Direito Constitucional* — 2.^a edição de “Os Direitos do Homem”, em dois volumes. Cia. Editora Nacional, S. Paulo, 1946. A 3.^a edição, em tres volumes, com comentários sobre a Constituição. Brasileira de 18 de setembro de 1946. Cia. Editora Nacional, S. Paulo, 1952.
- *Pelo bem de todos* — Cia. Editora Nacional, S. Paulo, 1948.

Vasta e variada é a contribuição científica do Prof. Antonio de Sampaio Doria em dissertações, artigos, pareceres, etc. publicados, especialmente, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na Ciência do Direito, no Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na Revista do Trabalho, Arquivo Judiciário, Revista da Universidade de Minas Gerais, Revista da Sociedade de Educação, Revista do Brasil, etc.



PROFESSOR DR. VICENTE RÃO

Nasceu o professor Vicente Rão a 16 de Junho de 1892, filho de Nunciato Rão e de D. Raquel Sicília Rão.

Bacharelou-se, em Dezembro de 1907, pelo Ginásio Nossa Senhora do Carmo em São Paulo, em Ciências e Letras.

Matriculado na Faculdade de Direito de São Paulo, recebeu o grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1912, após curso brilhante. Já no ano anterior se graduara pela Faculdade de Filosofia e Letras de São Paulo, agregada a Universidade de Louvain (Bélgica).

Assim preparado enveredou sua atividade para a advocacia e para o jornalismo. Neste ramo foi um dos redatores do Jornal do Comércio de São Paulo e diretor do São Paulo Jornal. Teve aí oportunidade de demonstrar suas aptidões combativas, defendendo sempre as causas mais nobres, sendo um dos esteios dos direitos populares.

Na advocacia, seus pareceres têm sido sempre havidos como bem fundamentados e baseados no que há de mais coerente na ordem jurídica. É advogado de renome nacional, sempre apreciado pela sua cultura, pelo seu grande saber, pela criteriosa maneira de conduzir as causas que lhe são confiadas.

Embora sempre atarefado em sua banca de advogado, teve tempo para preparar suas teses, que defendeu perante a Faculdade na Cadeira de Direito Civil. Aprovado em concurso, como era de esperar, foi nomeado Professor Catedrático por decreto de 4 de Julho de 1927, tendo to-

mado posse no dia 15 do mesmo mês, quando recebeu o grau de Doutor em Direito.

Além de suas atividades na cadeira de Direito Civil no curso de bacharelado, em 1934 foi também professor catedrático de Direito Público no curso de Doutorado.

Foi também Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo.

Aposentado compulsoriamente em 13 de Janeiro de 1939 juntamente com outros professores desta Casa, na vigência do governo ditatorial, foi reintegrado em sua cadeira pelo decreto 3298 de 22 de Maio de 1941.

Não satisfeito com a sua atividade de professor e de advogado, sobrou-lhe ainda tempo para intervir nas questões políticas nacionais e estaduais. É assim que, em 1930 fez parte do governo provisório de São Paulo, e, logo depois, Ministro dos negócios do Interior e da Justiça. Em ambos êstes cargos teve o Professor Ráo ocasião de trabalhar dedicadamente em benefício do Brasil e de São Paulo.

Delegado do Brasil, em 1950, à V Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, deu, com sua inteligência esclarecida, grande brilho a nossa representação naquela Assembléia, tornando o nome de nossa Pátria respeitado.

Publicou, o Professor Vicente Ráo, vários livros, todos referentes a sua especialidade, além de grande cópia de arrazoados e pareceres, colaborando ainda em inúmeras revistas. Dentre suas obras, destacam-se as seguintes:

PARECERES:

Divida de casal — Cobrança contra um dos cônjuges, vários annos depois do desquite e fallecimento dos primitivos titulares do crédito — Omissão dêste nos inventários havidos — Presumpção de pagamento — in Revista dos Tribunais — São Paulo — 1934 — volume 92 — página 272.

Cousa julgada — Pleiteia com nova “causa de pedir” e não usa de méro “argumento” quem pede, em ação ordinária, restituição de

imposto, por isenção, quando no exercício fiscal, somente foi discutido e decidido o direito da Fazenda a receber imposto majorado no curso do exercício — in *Justiça* — Pôrto Alegre — 1940-1941 — volume 18 — página 43.

Conflito de acções divisórias — in *Revista dos Tribunais* — São Paulo — 1927 — suplemento, número 1 — páginas 399 a 416 — Juntamente com José Ulpiano Pinto de Sousa.

Compra e venda mercantil — Entregas parciaes, cada mês, da mercadoria — Estipulação do pagamento adiantado de certa importância por conta de cada entrega — Não entrega da mercadoria e falta do pagamento adiantado — Discussão sobre a interpretação do contracto e sobre a mora em direito commercial — Applicaçõ dos arts. 138 e 205 do Código de Commercio — in *Revista dos Tribunaes* — São Paulo — 1939 — volume 120 — páginas 431 a 437 — Juntamente com Jorge Americano.

Abuso do direito — Seu conceito na legislação civil brasileira — in *Revista dos Tribunaes* — São Paulo — 1930 — volume 7 — páginas 447.

Annulação de casamento — Erro essencial sobre a pessoa — Prazo de prescriçõ de acção — contagem quanto aos actos anteriores à lei n. 13 de 29 de janeiro de 1935 — in *Revista dos Tribunaes* — São Paulo — 1942 — volume 136 — páginas 13.

ARTIGOS E DISCURSOS:

Um esboço de constituição federal — in *Revista da Faculdade de Direito* — São Paulo — 1934 — volume 30 — página 12

O estado de guerra — A suspensão das garantias não alterou a estrutura do regimen — in *Revista Jundiciaria* — São Paulo — 1936 — volume 2.

Azevedo Marques — in *Revista da Faculdade de Direito* — São Paulo — 1943-1944 — volume 39 — página 9.

Congresso nacional de direito judiciário — Discurso — in *Justiça Pôrto Alegre* — 1936 — volume 9 — página 211.

Direito commercial brasileiro — in *Revista de Direito commercial* — Rio de Janeiro — 1931 — volume 1 — página 47.

O direito de familia da legislação soviética — in *Archivo Judiciário-Rio de Janeiro* — 1929 — volume 12 — página 67 do suplemento — Conferência — (publicada também nas outras seguintes revistas: *Revistas de direito* — Rio de Janeiro — 1930 — volume 96 — página 487; *Pandectas brasileiras* — Rio de Janeiro —

1929 — volume sátimo — primeira parte — página 182; Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros — Rio de Janeiro — 1929 — volume VI — página 93; Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1929 — volume 25 — página 255).

Protecção legal ao titulo dos jornaes e revistas — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1919 — volume 31 — página 107.

Projecto do Codigo do Processo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1938 — volume 34 — fascículo III — página 137.

Professor Francisco Antonio de Almeida Morato — Discurso — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — maio-agosto — 1938 — volume XXXIV — fascículo II — página 62.

Os problemas sociaes e politicos — In Syn-Diké — São Paulo — 1936 — número 15 — página 27.

O jubileu literario do conselheiro Ruy Barbosa — Discurso e mensagem — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — volume 28 — página 28.

Nacionalização do direito — A questão do methodo no ensino do direito civil — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1928 — volume 24 — página 185.

Novas formas de reorganização politica — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1933 — volume 29 — página 77.

LIVROS:

Da capacidade civil da mulher casada — Saraiva & Cia. editores — São Paulo — 1922 — Estudo theorico e pratico segundo o codigo civil brasileiro.

Direitos da mulher casada sobre o produto do seu trabalho — Dissertação para o concurso à cadeira de direito civil da Faculdade de Direito — São Paulo — sem editor — sem data.

Posse de direitos pessoas — F. Fragale & Cia. — São Paulo — sem data.

Direito de familia dos Soviets — Cia. Editora Nacional — São Paulo — 1932 — Contendo o Código das Leis do Casamento, da familia e da tutela — traduzido e comentado — 2ª edição.

O Direito e a vida dos Direitos — Max Limonad — São Paulo — 1952 — volume I — tomos I e II.

Possuidor da alta noção de civilismo e democracia, tem sido um combatente de boas causas, e orientador seguro de seus alunos, com suas magníficas preleções, sem-

pre empolgantes. Sua última obra publicada, *O Direito e a Vida dos Direitos*, da qual apenas o primeiro volume apareceu, dá bem uma idéia do profundo pensador e grande mestre de direito que é Vicente Ráo. Desde as primeiras palavras do livro, quando trata da origem, essência e finalidade social do direito, quando faz o estudo dos sistemas de direito positivo em vários países, até o estudo das obrigações, tudo mostra as qualidades do grande professor.

Droit naturel et droit positif (*)

Marcel Sibert

(Da Sorbonne)

Aux dires de certains le droit international se divise en deux branches bien distinctes l'une de l'autre: 1.º) le droit *théorique rationnel naturel* (1); 2.º) le droit *positif* ou *volontaire*.

A) Le premier se déduit de la *raison humaine*; enjoignant plus l'abstention que l'action il commande de

tout temps la vie des Etats.

Il est curieux que l'antiquité païenne en eût eu la nette conscience. Faut-il rappeler que Cicéron au *De Republica*, II, 22 écrivait déjà ces lignes mémorables: "ce droit véritable. est la droite raison conforme à la nature répandue dans tous les hommes, constante, éternelle dont les ordres nous prescrivent le devoir, comme ses défenses nous détournent de toute tromperie. Il est sacrilège d'abroger ce droit et l'on n'en peut rien distraire. Ni le Sénat ni le Peuple ne peuvent nous en exempter et il est à lui-même son commentaire et son interprète. Il n'est pas différente à Rome et à Athènes, autre aujourd' hui de ce qu'il sera demain, mais cette loi unique, éternelle, *immuable* atteindra toutes les Nations et dans tous les temps

(*) *Aula inaugural do curso de extensão na Faculdade de Direito de São Paulo.*

(1) Cf. LE FUR, *Theorie du droit naturel depuis le XVIII siècle et la doctrine moderne.* dans Rec. des Cours de l'Acad. de droit international, 1927, tome III, p. 263-441.

car le législateur unique et universel est Dieu. Dieu est de cette loi l'auteur et le promulgateur: celui qui prétend s'en évader, en réalité devient fugitif de lui-même; il méprise en lui sa nature d'homme et, par là, trouve son châtement suprême, même s'il échappe, comme il y compte, à tous les autres supplices."

Ailleurs (*De la loi*, I. 2) le grand orateur revient sur cette idée que, par la raison, c'est de Dieu que vient la loi: "il faut avant tout que le citoyen soit convaincu de l'existence de Dieu, de la providence de Dieu qui règle tout, de la Puissance de Dieu à laquelle tout est soumis, de la vigilance de Dieu à qui rien n'échappe dans nos actions et dans nos pensées, de la justice de Dieu qui ne voit pas d'un même oeil la piété de l'homme fidèle et l'impiété du méchant. Sans cela nos lois sont sans force et nos plus belles ordonnances ne produiront aucun fruit"... Pendant près de deux mille ans de vie l'Eglise du Christ ne parlera somme toute pas un autre langage, ou par la voix de ses *docteurs* ou par celle de ses *Papes*. (2) *Saint Augustin* nous en donne la preuve dans sa *Cité de Dieu*, (3) quand il résume en ces deux maximes la loi naturelle: ne pas faire aux autres ce qu'on ne voudrait pas qui vous soit fait, rendre à chacun ce qui lui est dû. *Saint Thomas d'Aquin* précisera ce thème: la loi est une ordonnance de la raison promulguée *en vue du bien commun* par le chef de la communauté. Mais en lui apparaît l'annonce d'une distinction qui, en réalité, bat déjà en brèche la prétendue immutabilité du droit naturel. C'est que *Saint Thomas* "distingue un *droit naturel primaire* comprenant seulement les principes fon-

(2) Aussi est-ce bien à tort qu'un auteur aussi estimable que Finch (dans *Academia interamericana de derecho comparado e internacional. Cursos monograficos*, La Habana, 1948, p. 474 et s. en son article *Sources of international law*) voit dans S. Pufendorf le fondateur de "l'Ecole du pur droit naturel."

(3) *Roland Gosselin, la morale de Saint Augustin*, 1925.

damentaux, *immuables* et un droit *naturel secondaire*," susceptible de varier selon les temps et les pays. — Laisant dans l'ombre cette opposition, Vitoria (4), au *de Indis*, insistera, par contre, sur *l'universalité* du droit naturel applicable aussi bien aux Infidèles qu'aux Chrétiens. (5) Jusqu'à la fin du XVI^e siècle deux auteurs semblent bien avoir mis le mieux en lumière a) la *nature* et le *régime* du droit naturel; b) son *contenu* même.

Ecrivant au début du VII^e siècle ses *Etymologies Isidore de Séville* avait dressé un inventaire du droit naturel fort impressionnant puisqu'à côté du droit à l'union des sexes et d'élever ses enfants on y rencontre et le principe de la possession en commun de toutes choses, et la liberté de tous, d'où se déduit la condamnation de l'esclavage, et l'interdiction de l'agression et l'aptitude à repousser la violence par la violence (*légitime défense*) et celle de résister par la force au pouvoir illégal (*droit de résistance*) et le devoir de restituer la propriété remise en dépôt, et l'accomplissement des promesses faites. Tout cela, pour élevé qu'il fût, "ne constituait pas une construction systématique. Ce sera le mérite durable de *Suarez* (6) de nous l'avoir donnée avec toute la rigueur de la discipline propre à l'Ordre que fut le sien... Du droit naturel que "la lumière de la raison humaine révèle à chaque homme" Suarez a précisé le régime. *Perpétuel*, ce droit n'admet contre lui aucune prescription; *immutable* il ne saurait être ni abrogé ni restreint par aucun pouvoir humain, serait-ce le Pape; il échappe à toute dispense. Son empire est *universel*; il s'applique à tous les hommes donc à toutes les Nations.

(4) Mort en 1546.

(5) Cf. A. TRUYOL SERRA, *Los principios del derecho publico en Francisco de Vitoria*. Madrid, 1946, p. 55 et s.; pour plus de détails, *Anuario de la Asociacion F. de Vitoria*, t. VIII, 1947-1948 p. 197 et s.

(6) 1548-1617.

Indiquant ce qui est bon ou mauvais il a pour règles premières l'observation de la bonne foi, le respect de la vérité, celui des promesses (donc des traités), la liberté (ce qui exclue l'esclavage). Si l'énumération est moins riche que celle d'Isidore de Séville du moins annonce-t-elle la sanction: *la nullité de tout acte contraire à ce droit...* Suarez n'a pas ignoré qu'un tel droit ne pourrait pas, à lui seul, pourvoir aux besoins de la communauté internationale; aussi a-t-il eu soin de ne pas nier que des *règles spéciales de droit* (le droit des gens *positif*) fussent nécessaires pour régler les relations inter-étatiques mais, loin de se dresser contre le premier, le second *doit lui être conforme*.

A travers les siècles l'Eglise restera fidèle à ces vues. A la veille de la guerre de 1939, le Pape, dans l'Encyclique *Summi Pontificatus* (20 octobre 1939) rappelait que seules sont licites dans l'ordre international les mesures conformes au *bien commun* et que, si l'Etat a droit et aux biens et au sang et des individus et des familles il n'a jamais droit ni à leur âme ni à leur conscience, qu'il doit contrôler mais non pas détruire les activités privées, qu'il doit *respecter les droits d'autrui* (donc ceux de ses Pairs), (7) que les Nations ont le droit de *mutuelle indépendance*, que les Etats, justifiés à assurer leur propre progrès, doivent toutefois observer la *fidélité aux traités* sous réserve du changement des circonstances et que mieux vaut la *sagesse des arbitres* — pour ajuster les différends — que les armes de guerre. Parce que l'Etat n'a pas droit à l'âme des individus il ne peut leur interdire l'immigration. — Certes, l'ordre naturel établi par Dieu présente-t-il un monde divisé en groupes sociaux, en Nations et en Etats indépendants; ce monde n'en est pas moins uni en une grande *communauté* ordonnée au bien de tous les peuples et réglée par des lois spéciales

(7) Ce qui implique la condamnation de la conquête.

qui protègent son unité et développent sa prospérité. Le *droit au commerce* en résulte avec cette conséquence, la liberté de la mer pour aboutir à l'*équitable distribution* entre tous des biens que Dieu a accordés à l'homme.

La doctrine du *droit naturel* n'a pas été et n'est toujours pas l'apanage des clercs. Dès le début du 17^e siècle des laïcs, à la suite de l'Allemand *Pufendorf*, (8) (professeur à Heidelberg) soutiendront que le droit des gens est simplement une partie de ce droit naturel dont l'empire s'étend à tout le genre humain. — En dépit de la grande renommée qui s'attache communément au souvenir de Pufendorf la confusion et l'obscurité de multiples passages de son *De Jure Naturae et gentium*, semblent justifier la critique que Daguesseau (*Oeuvres* 1759, t. I, p. 295-296) lui adressait d'être "plus propre à discourir longtemps sur une matière qu'à la faire bien entendre." Niant que des traités et usages entre Nations pût sortir une *règle juridique* (9) parce que ces manifestations ne sont pas celles d'une volonté supérieure aux Etats, Pufendorf a entrepris d'appliquer les principes du droit naturel à *certaines* des matières intéressant les relations interétatiques; quelle que soit l'étendue de l'inventaire qu'il en dresse, (10) il s'en faut qu'il en ait tiré un ensemble systématique et complet: (11) le résultat illus-

(8) 1632-1694. Sur cet auteur cf. spécialement l'article de M. Avril dans *les Fondateurs du droit international* par a. Pillet et ses disciples, Paris, 1904, p. 331 et s. cf. l'Introduction par Walter Simons à la trad. angl. de l'édit. de 1688 du *De Jure Naturae et gentium, libri octo dans la collection des Classics of International Law* (Carnegie Endowment).

(9) cf. *De Jure Naturae et gentium*, lib. II, cap. III, § 23 in fine; le passage est un des plus caractéristiques chez Pufendorf.

10) D'une manière très dispersée.

(11) On y trouve successivement examiné le droit applicable aux ambassadeurs, aux alliances, au *passage innocent* sur terre et sur mer, aux droits de transit, à la dérivation des eaux des fleuves, au droit d'entrée et de séjour des étrangers sur le

tre, fort à propos, l'appréciation de Suarez sur l'insuffisance du *seul* droit naturel et la *nécessité d'un droit positif* "*conveniens naturae*".)

A un autre Allemand, Wolf (1679-1754), parti de la théologie et de la philosophie, et passant par les sciences exactes, on est redevable d'un *Jus gentium* dédié (prudence ou ironie?) à *Frédéric le Grand*; répondant à sa dédicace le 22 mai 1740 ce Prince lui écrivait, en le félicitant: "les philosophes devraient instruire le monde *par la raison et par l'exemple*." Par rapport à Pufendorf, Wolf mériterait une place plus haute, ne serait-ce que par cette idée que le Pacte de l'O. N. U. (cf. Préambule), deux siècles après lui, reproduit: "le droit des gens qui tend à dégager la règle du bien et du mal, et rien d'autre, est essentiellement et vraiment démocratique par nature. Il procède de l'idée du *droit égal des Etats*, grands et petits; il le place au-dessus de la force." — Cet acte de foi n'empêcha pas Wolf d'être un adepte *moins exclusif* que Pufendorf de la doctrine du droit naturel. Instruit par la lecture de Grotius (qui paraît lui avoir largement tracé la voie), ce Professeur à Halle n'a pas mis de côté le droit naturel; il n'a pas fermé les yeux à l'inclination de son temps à faire prédominer la tendance positiviste; il s'attacha à tracer la ligne de séparation entre l'un et l'autre. Ompteda (12) devait lui savoir gré d'avoir "formulé en ces matières des distinctions correctes." (13) Il "s' est efforcé d'ex-

territoire (lib. III, chap. III), à la liberté de la Haute mer (livre IV, chap. V) à la prescription acquisitive, à l'émigration, aux traités (dont la distinction en traités égaux et inégaux retient longuement son attention), à la légitime défense, à l'arbitrage, aux justes causes de guerre, à la conquête, aux pactes relatifs à la guerre, aux représailles.

(12) *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Volkerrechts*, 1785.

(13) Pour le détail de ces distinctions cf. l'Introduction par O. Nippold à la trad. en langue anglaise du *jus-gentium methodo sci-*

poser le droit international d'une manière organique et strictement scientifique," dira plus tard de lui, dans un hommage sans réserve, F. G. de Martens, ce positiviste intégral qui oubliait peut-être bien ce passage de la *Préface du Jus gentium*: "les lois civiles ne sont pas pur caprice: le droit naturel lui-même prescrit la façon de les établir; de la même manière le droit des gens volontaire ne dépend pas de la libre volonté des Nations; le droit (des gens) volontaire doit sortir du droit naturel." C'est donc qu'il lui rest soumis.

Ainsi, de Vitoria et Suarez à Wolf, s'avère constante la grande loi, pour les adeptes du jus naturae, de la *subordination à ce droit du droit positif*.

(Wolf disparaît en 1754. En 1758 Vattel, juriconsulte mais diplomate aussi, publie son *Droit des gens ou Principes de la loi naturelle*. Attaché, plus par conformisme dirions nous aujourd' hui que par conviction, à une tradition bien des fois séculaire, cet helvétè, contemporain (à Neuchâtel) de Rousseau (à Genève) devance de quatre ans seulement l'action de l'autre et de son *Contrat social* (1762). Donnant le pas — par souci de la diplomatie — aux droits de l'Etat sur les intérêts de la Communauté internationale, Vattel est déjà bien près en réalité de ce *positivisme juridique qui place dans la rencontre des volontés étatiques la source même du droit des gens.*)

B) Affirmant qu'il existe pour l'homme des droits naturels qui lui appartiennent originairement, *Rousseau* n'a cure de se contredire: en entrant en société — déclare-il — l'homme abdique tous ses droits en faveur de l'Etat.
(14) De telles contrariétés de pensée inclinaient à dis-

entifica pertractatum par J. Drake dans les *Classics of International Law*, tome II., p. XXXIX et s. (Oxford 1934).

(14) *Contrat social*, chap. VI, al. 6: "Ces clauses (du contrat social) bien entendues se réduisent à une seule, *l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté.*"

créditer la doctrine du droit naturel; en fait elles ouvrirent la voie de manière définitive à un *positivisme juridique* qui s'annonçait depuis la fin du XVI^e siècle. A la suite de *Gentilis*, (15) professeur à Oxford, de *Richard Zouch*, successeur dans la chaire de ce dernier, de *Bynkershock*, de *Moser* (16), G. F. von *Martens* prétendra fonder un ordre juridique vraiment obligatoire sur la *simple déclaration de volonté* en soumettant les Etats aux seules règles qu'ils auront créées. — Tout le XIX^e siècle sera dominé par la négation générale du droit naturel: ainsi les positivistes extraient-ils le droit international des *traités* et de la *coutume*; pour eux tout ce droit se ramène en dernière analyse à un réseau tout d'accords, d'engagements conventionnels librement consentis; jusque dans la 5^e édit. anglaise de ses *Principles of international law* (1913) J. Westlake écrira: "dans leurs différends les Etats en appellent-ils à des préceptes déduits de la considération de droits absolus antérieurs à la coutume et à la loi, ou bien à des règles dont on peut démontrer qu'elles ont été suivies dans des circonstances analogues par tous ou presque tous les Etats? (17) L'étude sommaire de l'histoire des relations internationales montrera que la dernière alternative est *la seule* qui ait été presque unanimement adoptée."

Certes, chez les positivistes eux-mêmes des *discordances* allaient surgir: on en a connu de "Purs" à la manière de C. A. Giraud (prédécesseur de Renault à la Faculté de Droit de Paris) se confinant dans l'exposé sommaire

(15) Sur *Gentilis*, cf. spécialement l'introduction par Philipson au *De jure belli tres*, Public. de la Carnegie endowment for Internat. Peace, 2 vol. Oxford, 1933.

(16) 1701-1785.

(17) Dans son *Précis du droit moderne des gens de l'Europe* (publié en 1788), G. F. von Martens ne répudie pas complètement le droit naturel mais il ne l'admet qu'à défaut de règles à tirer de la coutume ou des traités.

de l'histoire des traités et, plus tard, à la veille de la guerre 1914-1918, comme Anzilotti, qui tout en répudiant rudement le droit naturel, accepte de soumettre la norme du droit positif à la critique de l'éthique, de la politique, de l'économie, de la technique. (18) Moins regoriste, Louis Renault, d'accord avec le Suisse Bluntschli (19), avait indiqué que la mission du juriconsulte est *d'exposer ce qui est* en indiquant *ce qui devrait être*: ainsi limite-t-on le droit naturel au rôle de *contrôle et de critique du droit positif*. — Par la suite, le courant positiviste allait se diviser en deux grandes branches, *historique* et *positive proprement dite*.

Bien près, en réalité, d'une séparation totale d'avec le positivisme de l'époque classique, les adeptes de *l'école historique* prétendent que le droit des gens découle, à pas lents mais sûrs, de la source primordiale que serait la *conscience* des peuples civilisés. Par malheur, un tel acte de foi dans l'unité des sentiments humains comme dans le synchronisme de leur projection sur le plan de la réglementation internationale trouve un démenti, immédiat et éclatant, dans de multiples doctrines; organiciste, sociologique, biologique, (20) avec lesquelles ou est déjà vraiment fort loin du *jus voluntarium* que Grotius avait fini par mettre en parallèle du *jus naturae*.

(18) cf. *Cours de droit international*, trad. Gidel, p. 18-19. Sur l'école italienne du droit positif dont Anzilotti a été le promoteur cf. les précieux développements de Sereni, *The italian conception of international law*, New-York, 1943, chap. XII, p. 206 et s.

(19) *Introduction à l'étude du droit international*, 1879, p. 14. Le droit des gens. "est l'ensemble des règles pratiquées le plus généralement entre les Etats avec *appréciation* de ces règles du point de vue du *droit naturel*."

(20) On trouve un bref exposé de ces doctrines dans le livre de T. M. Wilches, *Le nouveau droit des gens*, Paris, 1948, p. 10 et s.

C) La conception positiviste du droit des gens était au plus haut quand éclata la *première* guerre mondiale. Au lendemain de la tourmente, une offensive d'envergure s'en prendra à la position dominante de cette doctrine: *le consentement*, condition essentielle pour la validité du droit international. Des auteurs comme Brierly (21), Lauterpacht de (22), de Visscher (23), Kelsen (24), Verdross (25), attaquent avec violence la doctrine de la volonté fondement du droit des gens. En faveur du retour au droit naturel, un vaste mouvement (26) met en avant les arguments les plus divers:

a) aux positivistes ce mouvement reprochera d'être conduits, pour se justifier, à dépenser des trésors d'ingéniosité, "en imaginant la *théorie de l'auto-limitation*, puis celle de la *volonté commu* ou collective." "Au terme de toutes leurs explications," a écrit C. de Visscher, "l'impossibilité subsiste toujours: celle de soumettre l'Etat à une règle dont il serait lui même le créateur. " (27)

b) on accuse aussi les positivistes de ressusciter les *fic-*

(21) Recueil des Cours de l'Acad. de droit internat. 1928, t. III, ch. IX et dans son *Law of Nations*, 1928, p. 36-38.

(22) *The function of Law in the international community*, 1933, p. 407 et s.

(23) *Contribution à l'étude des sources du droit international*, R. D. I., 1933, p. 395-420.

(24) *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, (1920, 2.^o édit. 1928).

(25) *Die Verfassung des Völkerrechts gemeinschaft*, (1926).

(26) cf. dans Garner, *Le développement et les tendances récentes du droit international*, in Rec. des Cours de l'Académie de drt. internat., 1931, t. I, p. 709 et note 3, la longue liste de ses membres et, au premier plan de tous: Th. Haines, *The revival of natural law concepts*, 1930.

(27) de VISSCHER, *Quelques nouvelles tendances du droit international*, dans Pub. de l'Ec. des Sc. philosophiques et religieuses, 2.^o série, n.^o 1, Bruxelles, 1933, p. 5.

tions du contrat social; (28) c) on les accuse de *ressusciter l'omnipotence de l'Etat* qui ne se lie que s'il le veut; de réédifier sa souveraineté absolue, car aucune loi supérieure ne la domine et ne le détermine; *d'exalter l'individualisme nationaliste* et l'isolement en un temps où les techniques et l'esprit orientent vers l'internationalisme et la coopération; on leur reproche de ne jamais aboutir à un dogmatisme élevé, de consacrer, enfin, le divorce de la morale et du droit... N'est-ce pas oublier, réplique-t-on, qu'il est bien difficile de parler d'un droit naturel tiré de la raison humaine quand tant de "raisons" si diverses s'opposent dans un monde fait de heurts et non de nuances, d'un droit naturel immuable à travers les siècles, c'est à dire *statique*, alors que la vie est perpétuel dynamisme, d'un droit naturel apte à révéler toutes les règles, à dicter toutes les solutions, à équilibrer tous les intérêts, alors, que du propre aveu d'un de ses plus chauds défenseurs, (29) "le droit naturel" ne comporte qu'un très petit nombre de principes très généraux"? Sans tenir compte de tant de fragilité on prétend imposer l'empire du *jus naturale* au droit positif et l'on subordonne la validité du second à sa conformité avec le premier, sans se demander si l'on a pour soi la *jurisprudence internationale* (30) qui est la plus décisive expression de cette "conscience mondiale" si souvent invoquée. Au fait, qu'est-ce donc qu'enseignent les sentences des juges? La réponse ne doit naturellement

(28) cf. BRIGGS, *The law of Nations bases, documents and notes*, New-York, 1938, p. 24.

(29) LE FUR, *La théorie du droit naturel*, in Rec. des Cours de l'Acad. de art. internat., 1927, t. III, p. 350.

(30) cf. les exemples donnés par CH. ROSSEAU: *Principes généraux de droit international public*, Paris, 1944, p. 3. (aff. Sambiaggio. Commission mixte Italie-Vénézuéla 1903, adde décision n.º 2 de la commission mixte de réclamations germano-américaine, 1 de nov. 1923.

pas retenir les cas dans lesquels le compromis d'arbitrage en termes exprès, *autorisé* les arbitres à statuer d'après le droit naturel. Là où les arbitres ont été laissés libres se s'appuyer sur les règles aptes à déterminer leurs décisions, à quelles règles ont-ils eu recours? Ont-ils invoqué le droit naturel; s'en sont-ils tenus au droit positif?... Dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique Nord* entre les U. S. A. et la Grande Bretagne (31) les Etats-Unis ont avancé qu'un Etat ne pouvait pas renoncer à un *droit naturel*. Le Tribunal répondit en refusant de donner son assentiment à cette prétention.

Ce fut adopter une attitude nettement positiviste. Encore plus catégorique s'était montrée en 1903 la Commission mixte germano-vénézuélienne (*aff. Kummerow*) quand elle déclarait: "Le droit international repose donc uniquement sur un accord..." (Le même point de vue volontariste se retrouve en 1926 dans *l'aff. Swinney* délibérée par la Commission mixte U. S. A. — Mexique): "le droit international est un droit fondé sur *l'assentiment général des Nations*." A un an de distance, dans l'arrêt du 17 sept. 1927, (*aff. du Lotus*, C. P. J. I. série A n.º 10 p. 18, § 1), la Cour permanente de Justice internationale appuiera de toute son autorité cette affirmation: "Les règles de droit liant les rapports entre Etats indépendants procèdent donc de la volonté de ceux-ci". Après quoi la Cour rappelle que cette volonté est manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit, "qu'elle est établie en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs". — Comment pourrait-on nier, devant ces citations, que le point de vue positiviste l'emporte, dans la jurisprudence, sur celui du droit naturel?

(31) cf. Basdevant dans R. D. I. P. 1917, p. 470 et s.

D) Doit-on s'en féliciter sans réserves? — On en peut douter. Sans le droit positif le droit naturel ne pourrait pas subvenir à la complexité toujours croissante que présentent les besoins juridiques de la Société des Etats: Suarez le disait déjà quand il faisait appel au droit positif qu'il subordonnait aussitôt au *Jus naturale*. — Par contre, abandonné aux initiatives de ses négociateurs le droit positif ne risquerait-il pas de traduire le seul intérêt, changeant et passager, des plus forts?

Où donc découvrir le frein qui en limitera les Stipulations ou les orientera nécessairement?

Vraie en droit des gens, pour la communauté internationale, comme elle l'est au regard du droit interne de chaque Pays, une notion ici surgit, celle de *l'ordre public*, c'est-à-dire d'un ensemble de règles indispensables au maintien de l'ordre et de la paix pour tous. Offrant un contenu variable avec les nécessités du milieu social et avec les époques, de telles règles sont toujours — sans contestation possible — impératives; absolues elles ne tolèrent ni dispositions (ni situations) qui leur soient contraires; la volonté des Parties ne peut ni les mettre à l'écart ni en suspendre l'effet; valables pour le groupe tout entier elles ne peuvent s'accomoder de la présence, à côté d'elles-mêmes, de règles régionales qui s'écarteraient de leur propre contenu. S'il arrive qu'un acte juridique dont on attend des effets de droit méconnaisse la règle d'ordre public l'acte est nul, d'une nullité absolue; tous pourront l'invoquer; rien ne la pourra couvrir: le temps lui-même ne pourra l'effacer; — tout état de cause, sans même qu'elle soit soulevée, le juge — le gardien de la tranquillité — pourra la déclarer.

Qu'il s'agisse de la sphère, limitée, des relations *intra-étatiques* ou de celle, singulièrement plus étendue, des rapports *extra-étatiques*, ces vérités ont également matière à s'appliquer: s'il est déjà indispensable de les respecter

dans les frontières de chaque Etat ne l'est-il pas encore plus de ne pas les méconnaître dans celles de cette *Civitas maxima* qu'est la communauté des Nations, alors que le trouble apporté à l'ordre public risque d'engendrer dans son sein des catastrophes incommensurables?

Sachons donc reconnaître que le droit positif des traités ou de la coutume même, — ce traité tacite — comme Verdross l'a appelé (32), se doivent conformer aux impératifs de l'ordre public international.

C'est là une constatation produite par infiniment peu d'auteurs. Cependant bien plus vaste et digne d'attirer l'attention que ne l'est le domaine du vieux droit naturel, (tout imprégné de théologie, ou de rationalisme), apparaît la sphère de "l'ordre public international;" il est moins haut placé sans doute que le premier dans l'échelle des valeurs spirituelles, il est plus près des soucis quotidiens des hommes, et, pour cette raison, plus apte, peut-on penser à forcer leur conviction.

De cette source féconde de vie juridique qu'est le principe de l'ordre public on peut, à l'heure actuelle, présenter une impressionnante série de corollaires. C'est lui qui commande: a) la *hiérarchie des normes* avec la subordination — si lente à s'imposer — du droit interne au droit international et l'inopposabilité à la communauté des Nations de tout droit national qui en méconnaîtrait les lois; b) l'ordre public international commande aussi *l'égalité de droits des Etats*, sans quoi il n'existe qu'oppressions et révoltes; et, de proche en proche, le désordre général fait de bouleversements politiques et de dérèglements économiques; c) exercé sans juste motif, le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* engendrerait l'instabilité politique et sociale et nuirait plus à la paix entre tous qu'il ne la servirait; mais on la met-

(32) *Règles générales du droit de la Paix*, in Rec. des Cours de l'Académie de droit internat., 1929, t. V., p. 288.

trait singulièrement en péril si l'on prétendait river des groupements nationaux à la règle d'un Etat qui leur refuse le niveau habituel des libertés publiques; d) *le respect des droits fondamentaux de l'homme dans la dignité et la valeur de la personne humaine* est à ce point lié au maintien de l'ordre public international que la charte de l'O. N. U. en a placé le principe tout en tête de son *Préambule*, attestant ainsi qu'elle en fait une infrastructure fondamentale de l'Organisation Mondiale: que ce principe vienne à être méconnu, et la tranquillité collective se trouve directament menacée. On en eut la preuve en février 1949, à l'occasion des poursuites pénales dirigées par le gouvernement de Budapest contre le Cardinal Primat de Hongrie dans des conditions qui ont été un défi à la justice et à la dignité humaines; e) *la libre utilisation des biens* que la nature a mis à la disposition de tous (mer, fleuves, air) intéresse directement la tranquillité générale: aussi tard qu'à la fin du XVIII^e siècle et le début du XIX^e, les pratiques anglaises en matière de guerre maritime ont provoqué les réactions les plus vives des Neutres: (33) au milieu du siècle passé la volonté que la Chine manifesta de demeurer fermée au commerce international aboutit aux coups de canon qui la contraignirent à ouvrir certains au moins de ses ports au commerce européen; actuellement autour de *l'antarctique* et de ses ressources qui devraient bénéficier à tous se développent des rivalités algües et de dangereuses convoitises, à tant d'oppositions l'ordre public international devrait imposer silence par le moyen d'un régime d'internationalisation; f) des nécessités de l'ordre public on déduit la nullité des traités conclus sous la contrainte et la nécessaire publication des conventions internationales; l'histoire a depuis longtemps révélé le rôle

(33) *Déclarations de Neutralité armée de 1780 et de 1800.* cf. Fauchille: *La diplomatie française et la Ligue des Neutres de 1780.* Paris, 1893.

(34) A l'exception des traités de paix.

néfastes pour la paix des *accords secrets*; g) dans la vie interne des Nations *agresser* autrui, s'emparer de ses biens, se rendre, justice à soi-même est contraire à l'ordre public; dans la vie interne des peuples on ne parle plus de guerres privées depuis bien des siècles, et des centaines d'années se sont écoulées après que les individus eurent abandonné à l'Etat l'activité juridictionnelle: la tranquillité de tous est à ce prix. Dans l'ordre international il aura fallu attendre une date toute récente (35) pour qu'au nom de l'ordre public international la guerre soit interdite comme *instrument de politique nationale* et que *l'agression* (et sa *préparation*) fussent tenues pour un crime international. (36) Par contre on attend encore, du moins en Europe, la répudiation solennelle de la conquête et l'affirmation universelle que le recours au juge est obligatoire dans tous les litiges internationaux. (37); h) si les dirigeants — eux-mêmes — auteurs de certains *crimes* internationaux en doivent être tenus pour responsables c'est pour satisfaire à l'ordre public international (38) qu'ils ont le devoir de respecter et de faire respecter. Et parce que, dans le débat entre la *discipline* et *l'ordre public* international, il a paru que les exigences du second dussent l'emporter sur celles de la première, l'art. 8 du Statut de Londres a porté l'ordre suivant: "le fait que l'accusé ait agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un *supérieur hié-*

(35) Pacte Briand-Kellogg, 27 août 1928.

(36) Le verdict de Nuremberg rendu les 30 sept. et 1. oct. 1946 par le Trib. milit. internat. dans le Procès des Grands criminels de guerre (allemands) sur la base du Statut du 8 août 1945 a fait application de ce principe à Göring et à ses séides.

(37) La clause de l'art. 36, al. 2 du Statut de la Cour internationale de justice ne constitue qu'une solennelle objurgation de recourir à la juridiction obligatoire de ce haut Tribunal.

(38) *Sic Statut* précité du 8 août 1945, art. 6, lettre a) alinéa 2.

rarchique ne le dégage pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige.”

Sans doute les exemples précédents ne suffisent-ils pas à délimiter les contours actuels de l'ordre public international; ils apportent la preuve que la notion s'en élabore de manière progressive mais certaine.

Le jour où, dominant le droit positif de toute sa puissance, l'ordre public international aura trouvé sa sphère vraie de commandement, la vieille quarelle du droit naturel et du droit positif n'aura plus de raison d'être.

Prefácio de Mirkine-Guetzevitch

A um curso do Prof. Vicente Ráo

Em setembro e Outubro de 1933, o prof. Vicente Ráo realizou o primeiro curso de extensão universitária desta Faculdade, sobre o tema **NOVAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO POLITICA.**

Esse curso foi, em resumo, publicado no volume **XXIX** desta Revista e deixou de ser integralmente publicado em volume por haver o autor assumido, pouco tempo após, o cargo de Ministro da Justiça.

O eminente jurista **MIRKINE-GUETZEVITCH**, Secretário Geral do Instituto Internacional de Direito Público da Universidade de Paris, conhecedor dos originais, havia escrito, para a publicação que então se pretendia fazer, o seguinte prefácio:

PREFACE

“Mon excellent collègue et ami Professeur Vicente Ráo a bien voulu me demander d'écrire quelques lignes pour présenter son nouveau livre.

Je le fais avec d'autant plus de plaisir, qu'il s'agit d'un remarquable ouvrage de droit public écrit par un des plus distingués juristes du Brésil, ce grand pays, dont je suis avec attention l'évolution juridique. J'ai encore d'autres raisons scientifiques pour être particulièrement heureux de préfacer le nouveau livre du Professeur Vicente Ráo: plusieurs de mes conceptions du droit constitutionnel moderne, ma théorie de la rationalisation du pouvoir, ma conception générale de la démocratie moderne, de la technique de la liberté que je mets à la base

du droit constitutionnel, avaient influencé le bon travail de mon collègue M. Vicente Ráo. C'est une agréable satisfaction scientifique pour moi, de constater qu'un juriste aussi distingué que M. Ráo, reprend mes théories, en les développant et en les appliquant aux phénomènes du droit public de son propre pays.

M. Ráo, avec sa bonne méthode, documentaire, précise et consciencieuse, a entrepris une tâche aussi difficile et nécessaire.

La technique de la liberté, que je considère comme le but, comme le postulat, et comme la base du droit constitutionnel moderne, nous oblige — à l'époque actuelle — à reconstruire la méthode de l'enseignement et des études du droit constitutionnel. L'Europe actuelle traverse une crise sans précédent. En dehors de la crise économique, financière et sociale, la *crise du droit*, la crise de la démocratie est arrivée à son point culminant. Une partie de l'Europe ouvertement, franchement, renonce aux principes légués au monde par la Révolution Française de 1789. Toutefois il s'est introduit dans ces dictatures un élément nouveau, qui n'a pas échappé à M. Ráo et qu'il a parfaitement mis en relief : les dictatures européennes modernes ne sont pas comparables aux despotismes anciens où la force brutale régnait seule, sans aucune base idéologique. Ce qui constitue le grand danger des dictatures européennes actuelles, c'est qu'elles sont basées sur certains principes idéologiques et ont une conception spéciale de l'Etat. Trois grandes dictatures : la Russie, l'Italie et l'Allemagne ont chacune leur théorie de l'Etat, leur théorie du droit public. La dictature du parti communiste en Russie soviétique, la dictature du parti fasciste en Italie, la dictature du parti national-socialiste en Allemagne ; trois négations de l'Etat démocratique, trois tentatives de créer un système de droit public construit sur d'autres bases, que les bases habituelles de l'Etat libéral et démocratique.

J'ai eu l'occasion dans mes travaux d'étudier la dictature soviétique et la doctrine fasciste de l'Etat. M. Ráo en consacrant une partie importante de son ouvrage, au droit public allemand actuel, a enrichi l'étude de la pathologie constitutionnelle.

Un des grands mérites du savant ouvrage de M. Ráo, est d'avoir commencé par l'étude comparative des dictatures européennes. Dans une construction de la théorie du droit public, on ne peut négliger ces théories de violence. M. Ráo expose les doctrines des Etats soviétique, italien et allemand, il énumère les institutions de ces régimes; et il a compris le sens politique et constitutionnel de ces dictatures; il a compris que dans ces trois dictatures, différentes par façades, leurs théories, la réalité politique est similaire: c'est la négation de la liberté individuelle et l'omnipotence d'un groupe de gouvernants qui exerce le pouvoir sans contrôle. Pour approuver ce pouvoir illimité d'une poignée d'hommes, les théoriciens soviétiques, allemands ou italiens ont présenté des formules, des théories, des constructions idéologiques, mais pratiquement, et là est le point important pour un juriste-sociologue, la véritable base de tous ces régimes c'est la négation de la liberté; cette négation est établie au nom de trois principes différents, elle est accompagnée de théories artificielles différentes, mais au point de vue historique et sociologique, cette négation de la liberté est similaire.

Après une étude comparative des dictatures européennes, le professeur Ráo passe à l'étude du droit public démocratique. Avec une maîtrise théorique, il établit le système de la démocratie, les rapports entre les pouvoirs, les différents éléments constitutifs de l'Etat démocratique. Et, je répète, j'ai eu la grande satisfaction de retrouver dans plusieurs chapitres de cet ouvrage l'influence de mes propres théories que j'ai exposées, notamment dans les *Nouvelles Tendances du Droit constitutionnel* qui vient d'

être récemment traduit en langue portugaise, et édité au Brésil. M. Ráo s'est montré en accord avec moi notamment au sujet de l'évolution du régime parlementaire, au sujet de la rationalisation du pouvoir, au sujet du phénomène que j'appelle la primauté politique de l'Exécutif dans l'Etat parlementaire.

Je n'ose pas me prononcer sur la partie qui concerne les problèmes purement brésiliens. J'ai étudié l'histoire constitutionnelle de votre beau pays, j'ai consacré au Brésil une partie de mon ouvrage *Les constitutions des nations américaines*, mais il m'est difficile de donner un avis sur les problèmes purement locaux, vu qu'ils nécessitent non seulement des connaissances livresques, mais l'observation et la connaissance du pays, qui malheureusement me manquent. M. Ráo, juriste fin, instruit et distingué, est en même temps un homme politique, un observateur attentif, et je suppose que la partie de son ouvrage consacrée à la vie constitutionnelle de son pays, est faite avec le même talent que les chapitres consacrés à l'Europe et aux principes généraux du droit constitutionnel; je ne doute pas qu'en traitant les problèmes du droit constitutionnel brésilien, il n'ait apporté à leur solution, le même esprit sain, libre et éclairé, qu'il apporte dans l'étude des problèmes européens. M. Ráo étudie le droit constitutionnel non seulement avec l'esprit d'un savant, mais avec l'esprit d'un homme libre qui croit à la nécessité de la liberté politique, à la vérité historique de la démocratie, à la force incontestable du gouvernement libre pour les peuples libres.

Grâce à cet esprit libre, à cet esprit scientifique mis au service de la technique de la liberté, le Professeur Vicente Ráo, a enrichi la littérature et la science du droit public de son pays, d'un excellent ouvrage dont la lecture sera utile à tous ceux qui s'intéressent au grave problème de l'organisation politique de la société moderne."

Monopólio do Câmbio

A. de Sampaio Doria

Pode o exportador ser obrigado a vender, pelo preço que o comprador imponha, as cambiais adquiridas com o que exporta?

I

O Problema

Hoje, o exportador de mercadorias está sujeito a duas obrigações:

1.º) Vender, para obter guias de embarque, as cambiais correspondentes às mercadorias que vai exportar.

2.º) Receber, em pagamento das cambiais que vende, não preço ajustado, mas o preço fixado pelo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito.

Ora, pelo § 2.º do artigo 141 da Constituição: “Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Qual a lei, em virtude da qual o exportador é obrigado a vender por preço que não ajusta, as cambiais que adquire com o que exporta?

Separaremos, em duas fases, as leis, os regulamentos, as instruções, as circulares e os avisos, que estão sendo aplicados no mercado de câmbio: 1.ª) — a anterior, e 2.ª) a posterior a 18 de setembro de 1946, quando foi promulgada a nova Constituição da República.

II

1.^a Fase: leis anteriores

Da legislação anterior, considere-se, apenas, a parte que está sendo aplicada em matéria de câmbio, e, particularmente nesses três factos:

1.º) — A obrigação, imposta ao exportador, de vender, como condição de embarque, as cambiais que adquire com o que exporta.

2.º) — O monopólio oficial para a compra de cambiais.

3.º) — O preço das cambiais.

1.º) — A *obrigação ao exportador de vender as cambiais* foi legislada no parágrafo único do artigo 2.º do decreto-lei n.º 1.201, de 8 de abril de 1939. Reza este parágrafo:

“A Fiscalização Bancária só fornecerá guias de embarque, mediante prova fornecida pelo exportador, de que vendeu o câmbio respectivo, na forma prescrita neste decreto-lei.”

O embarque das mercadorias exportadas ficou, até hoje, mercê deste decreto, condicionado à venda previa das cambiais com que são trocadas. O exportador não pode embarcar o que pretenda exportar, sem primeiro vender o câmbio respectivo.

Isto é o que está sendo aplicado desde 1939: o parágrafo único do artigo 2.º do decreto-lei n.º 1201, de 8 de abril de 1939.

2.º) — O *monopólio oficial* para a compra das cambiais se acha instituído no decreto n.º 97, de 23 de dezembro de 1937, nesses termos:

“As vendas das letras de exportação ou de valores transferidos *sómente* poderão ser feitas ao Banco do Brasil.”

O Banco do Brasil, tóda gente sabe, é dirigido pelo govêrno federal, que possui maioria das açõs.

Este monopólio foi atenuado em dois decretos, e na circular n.º 176 da Superintendência da Moeda e do Crédito.

O primeiro decreto é o do n.º 406, de 4 de maio de 1938, que dispoz:

“As operações de câmbio só poderão ser efetuadas por bancos e casas bancárias.”

O segundo é o de n.º 9.025, de 27 de março de 1946, que subordina esta faculdade, outorgada aos bancos e casas bancárias, ás determinações que enumera, e mais:

“As instruções que forem baixadas pela Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, sob a orientação da Superintendência da Moeda e do Crédito.”

A circular número 176, da Superintendência da Moeda e do Crédito obriga os bancos particulares, autorizados a comprar cambiais, e entregar ao Banco do Brasil, cada dia, os saldos das coberturas que não hajam aplicado dentro de 48 horas.

Não é preciso dizer mais, para deixar patente o monopólio oficial na compra das cambiais, antes de 1946. O govêrno federal chamou a si as compras por intermédio do Banco do Brasil. Embora se haja permitido a bancos particulares a compra de cambiais, paralelamente com o Banco do Brasil o govêrno os obrigou, certa época, a venderem ao Banco do Brasil 30% da importância de cada cambial comprada, por força do decreto-lei n.º 1.201 citado; depois os desobrigou, e, por fim, os reobrigou conforme quer a Superintendência da Moeda e do Crédito, baseada no decreto-lei n.º 7.293, de 2 de fevereiro de 1945, que a criou, e lhe delegou poderes de dar ordens, legislando.

O proprietário de cambiais não as pode vender a quem queira, ou a quem maior preço ofereça. Só ao Banco do Brasil, ou a bancos habilitados. Quer dizer: o govêrno monopoliza a compra de cambiais, encarregando o Banco do Brasil e outros bancos de efectuar as compras.

3.º) — Em terceiro lugar, *o preço das cambiais.*

O decreto n.º 7. 293, de 2 de fevereiro de 1945, autorizou a Superintendência da Moeda e do Crédito a baixar instruções, para a fiel execução do que estatua. Armada dêste poder regulamentador da lei, o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, entre outras deliberações, propoz ao govêrno a paridade entre um dólar e dezoito e meio cruzeiros.

Em seguimento, *a 14 de julho de 1948*, o presidente da República aprovou a proposta desta paridade, conforme se publicou no Diarío Oficial da União, Seção 1.ª, pagina 10.669. A fixação do preço do dólar, ou de seu valor em moeda nacional, decorre de compromissos, prometidos na Convenção de Bretton-Woods, e aprovados pelo Brasil no decreto n.º 21.177, de 27 de maio de 1946. Pelo artigo IV desta Convenção, amarrou-se o Brasil ao compromisso de fixar a paridade entre o cruzeiro e o ouro, ou o dólar no valor em ouro, vigente em 1 de agosto de 1944.

No que interessa aos contratos de compra e venda das moedas estrangeiras que os exportadores adquirem com o que exportam, bastam da legislação anterior à Constituição, os decretos citados, e a circular n.º 176 da Superintendência da Moeda e do Crédito.

III

2.ª Fase: A Constituição

A 18 de setembro de 1946, porém, foi promulgada a Constituição, com que voltou o país ao regime da lei, e

ficaram mantidas, sob o regime representativo, a República e a Federação.

De então para cá, deixou de vigorar tudo o que não se concilie com os mandamentos da Constituição.

Daí, em matéria de compra e venda de cambiais, a pergunta: está em vigor a legislação anterior sobre cambiais? Tôda ela, ou, apenas, parte? Ou, ainda, nenhuma parte?

Antes de dar resposta a esta pergunta, entram em cena duas noções básicas em direito público.

A primeira é entre actos revogados, e actos inconstitucionais. As leis ou decretos, hostís á Constituição, ou estão revogados, ou são inconstitucionais. Revogados, quando anteriores à Constituição, pelo princípio de que a lei posterior revoga a anterior em contrário. Inconstitucionais, se posteriores.

A distinção tem interêsse prático, porque, quando inconstitucionais, (determina o artigo 200 da Constituição Federal), só pelo voto da maioria de seus membros poderão os tribunais lhes declarar a inconstitucionalidade, ao passo que, tratando-se de actos do poder público revogados, os tribunais podem declará-los insubsistentes pelo voto de menos de metade de seus membros.

A segunda noção se refere à delegação de poderes. Entre 10 de novembro de 1937 e 18 de setembro de 1946, os regulamentos, as instruções, as circulares, as portarias, os avisos, podiam ter força de lei, porque, naquela época, era permitida a delegação de atribuições. De 18 de setembro de 1946, porém, para cá, fale por nós o artigo 36 da Constituição:

“É vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições.”

E completa o artigo 87:

“Compete... *privativamente* ao Presidente da República” “expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.”

Êste privativamente exclúe das atribuições, até dos ministros de Estado, e, com maiores razões, da Superintendência da Moeda, que é uma repartição pública, e, mais ainda, do Banco do Brasil, que é uma sociedade anônima de economia mixta, qualquer autoridade, para expedir regulamentos, ou medidas eqüivalentes, com que se busque a fiel execução das leis. Exceptuadas as instruções dos Ministros de Estado, qualquer regulamento, ou acto eqüivalente expedidos pelos Ministros, pela Superintendência da Moeda, pelo Banco do Brasil, pela Fiscalização Bancaria, ou pela Carteira de Exportação e de Importação, (se expedidos depois de 18 de setembro de 1946), não têm sequer sombra de fôrça de lei, e, pois, não obriga. Os expedidos antes desta data, continuam em vigor no que estiverem de acôrdo com a Constituição.

Com excepção de resoluções esporádicas, como a lei n.º 156, de 27 de novembro de 1947, que criou a taxa de 5% sôbre transferência de valores para fóra do país, leis posteriores á Constituição, que regulamentem o mercado de câmbio, só nêste fim de 1952, resolveu o congresso nacional decretar sôbre operações de câmbio.

Realmente, institue o artig 01.º da lei. n.º 1807, de 7 de janeiro de 1953:

“Art.º 1.º — Serão efetuadas, por taxas fixadas pelo Conselho da Superintendência da Moeda e do Créditos resultantes de paridade declarada no Fundo Monetário Internacional, as operações de câmbio referentes:

a) — á exportação e á importação de mercadorias com os respectivos serviços de fretes, seguros e despêsas bancárias:

b) — aos serviços governamentais, inclusive os relativos ás sociedade de economia mista, em que a maioria do capital votante pertença ao poder público;

c) — aos empréstimos, créditos ou financiamentos de indubitável interesse para a economia nacional, obtidos no exterior e registrados pelo Conselho de Superintendência da Moeda e do Crédito;

d) — às remessas de rendimentos de capitais estrangeiros registrados pelo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, nos casos de investimento de especial interesse para a economia nacional, de acôrdo com o disposto no art. 4.º.”

Merece resaltar, no que aí se dispõe, dois factos: 1º) a fixação por lei da taxa para as operações de câmbio; e 2º) a delegação de atribuição legislativa ao Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito.

Ao lado do câmbio, expropriado por taxa que o comprador fixa, o artigo 2.º da mesma lei abre horizontes á liberdade restrita nas operações de câmbio:

“Art. 2.ª) — As operações de câmbio, não incluídas na enumeração do artigo anterior, serão efetuadas pelas taxas livremente convencionadas entre as partes, salvo deliberação em contrário do Poder Executivo, por via de decreto em caso de excepcional gravidade, mediante proposta do Conselho de Superintendência da Moeda e do Crédito, vedadas quaisquer discriminações para operações da mesma natureza.

§ 1.º — As operações de que trata este artigo, obedecerão, apenas quanto á forma de sua realização, ás disposições legais que regem as disposições mencionadas no art. 1.º.”

Continua a liberdade no artigo 3.º. Dos artigos exportáveis, poderão alguns:

“ser excluídos, total ou parcialmente, da *obrigatoriedade de realização pelas taxas* de que trata o artigo 1º ”

E isto :

“mediante autorização do Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito”.

Para não deixar nenhuma dúvida sobre o carácter de monopólio da União, em matéria de câmbio, dispoz o artigo 8º desta lei:

“Art. 8.º) — A prática das operações de câmbio de que trata o art. 2º desta lei, é privativa dos estabelecimentos bancários e sociedades de crédito autorizados pelo govêrno na forma de legislação em vigor.

§ Unico — A falta de despacho na petição do estabelecimento interessado, dentro de 120 dias contados da data da sua apresentação, importará na concessão automática da licença.”

Consagra, pois, a lei n.º 1807 de 1953:

- 1º) o monopólio da União sobre as operações de câmbio;
- 2º) a obrigatoriedade de realização das operações bancárias, sobre transferência de cambiais, *pelas taxas* fixadas pela Superintendência da Moeda e do Crédito;
- 3º) a liberdade de convencionarem as partes o preço de compra e venda das cambiais, excluidas da enumeração do artigo 1º da lei n.º 1807 de 1953.

Hoje, pois, além da legislação anterior à Constituição de 1946, o que agora se esbarra, como moeda corrente na legislação do país, é a lei n.º 1807, de 7 de janeiro de 1953, regulamentada pelo decreto de 21 de fevereiro de 1953.

Além desta lei, e acima dela, a Constituição da República.

Pelo artigo 65, n.º IX, da Constituição, compete *sómente* ao congresso nacional legislar sobre as matérias que ela atribuiu à União, negando aos Estados e aos Municípios.

Entre estas matérias enumeradas no artigo 5º, consta, na letra k, nº XV, esta:

“O comércio exterior e inter-estadual, instituições de crédito, câmbio e transferência de valores para fora do país.”

De 18 de setembro de 1946 para cá, toda gente sabe que só o congresso nacional pode legislar sobre câmbio. Legislar privativamente. A delegação de atribuições está solenemente vedada no § 2º do artigo 36 da Constituição.

Para expedir decretos e regulamentos com que se execute fielmente a lei, só o presidente da República. Nem os ministros de estado podem regulamentar leis, para sua fiel execução. Quanto mais a Superintendência da Moeda e do Crédito, e, ainda menos, o Banco do Brasil. O que quer que equivalha a regulamento para a fiel execução da lei, não há, entre nós, senão uma só autoridade, para o expedir, com ordens que obriguem como lei, se expedidas dentro da lei. Esta autoridade única é o presidente da República. Lá está no artigo 87 da Constituição:

Compete *privativamente*, (atentemos bem no advérbio *privativamente*, se não quizermos fazer jús à taxa de leviandade) compete *privativamente* ao presidente da República “expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei.”

E a lei, sem a qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer seja o que for, só o congresso nacional pode estatuir.

Como o congresso nacional só agora acaba de legislar sobre câmbio, só resta da legislação anterior o que se conciliar com os mandamentos da Constituição, e não tiver sido revogado pela lei nº 1807, de 7 de janeiro de 1953.

Quais são estes mandamentos, em face dos quais se não de haferir estas duas verdades: 1.ª) o que, da legislação anterior a 18 de setembro de 1946, não foi revogado pela

Constituição, e 2.^a) o que, da legislação posterior, não colidir com imperativos da Constituição?

Dois mandamentos acima de todos: o do § 31 e o do § 16 do artigo 141.

Antes de confrontar a legislação, anterior e posterior à Constituição, com os preceitos com que estes dois parágrafos limitam a intervenção do poder público no “domínio” econômico, ponham-se os pontos nos is, sôbre as comportas que os artigos 146 e 147 abrem á intervenção do poder público na ordem econômica.

O Artigo 146

A versão meio cripto-comunista de que os artigos 146 e 147 da Constituição autorizam o congresso nacional á votação de leis que desfalquem o seu a seu dono, não tem apóio nem na letra em que foram cunhados, nem no espírito que os anime.

Pese-se, palavra por palavra, o primeiro:

“A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico, e monopolizar determinada indústria ou actividade.”

Mas acrescenta:

“A intervenção terá por base o interêsse público, e por *limite* os direitos fundamentais, assegurados nesta Constituição.”

Duas idéias dominam êsse artigo: 1^a) o *monopólio*, que é a ala extrema da intervenção; e 2^a) — o *limite dos direitos fundamentais*, que o artigo traça á intervenção do poder público na órbita econômica.

1^a) *Monopólio*, registra Candido de Figueiredo, reproduzindo Moraes, Adolfo Coelho, e outros dicionaristas, é a “exploração exclusiva de um negócio, de uma indústria. Açambarcamento de mercadorias, para serem vendidas pelo preço que lhes quizer pôr.”

Em termos irreductíveis, *monopólio é a exclusão da concorrência*. O corolário habitual é a imposição do preço ao comprador. A lei que conceda monopólios, costuma fixar, no acto da concessão, o preço máximo, como nos privilégios de transporte, e de força e luz. Sem esta providência da lei, porém, a consequência inevitável e habitual da exclusão da concorrência é a imposição do preço ao consumidor. Então, monopólio seria a *exclusão da concorrência com imposição do preço*.

Monopolizar, que o artigo 146 autoriza á União, consiste em conceder a lei á União o privilégio, ou a exclusividade de uma indústria ou actividade.

2ª) — A segunda idéia que domina o artigo 146, é o *limite* oposto ao privilégio, ou mesmo, á intervenção sem monopólio, do govêrno no domínio econômico.

O limite é constituído pelos direitos fundamentais, que a Constituição assegura.

Que quer a Constituição dizer com a palavra *limite*, cuja extensão se precisa com o restritivo: *dos direitos fundamentais*?

Limite é a linha que demarca terrenos próprios como definem os entendidos. “Fronteiras de um país” ou genericamente, “têrmo extremo”. Têrmo é o marco que limita ou mostra o fim. Limite é a região final, a extrema para além da qual uma cousa deixa de ser ou existir.

Direitos fundamentais, a que se refere o artigo 146, não são todos os que a doutrina haja proclamado, mas os que a Constituição assegura no artigo 141.

O conceito do direito *fundamental* é inequívoco.

Por duas categorias se distribuem os direitos: a dos *fundamentais* e a dos *adquiridos*. A Constituição refere, principalmente no artigo 141, os direitos fundamentais. Os fundamentais não dependem de título aquisitivo, como a compra a herança, a doação. E’ direito fundamental a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência, a in-

violabilidade da casa, o direito da propriedade, o da igualdade perante a lei. São direitos do homem por ser homem.

No artigo 141, a Constituição assegura a inviolabilidade destes direitos.

E os direitos que aí são assegurados, são as fronteiras, as extremas, os pontos terminais, os limites da intervenção da lei no domínio economico. São os confins, além dos quais prescreve o artigo 146, não pode ir a intervenção do poder público. A intervenção autorizada vai até onde começam os direitos fundamentais.

Ora, dos direitos fundamentais, postos por limites á intervenção do poder público, dois assomam como eminências mais altas da mesma cordilheira: *a proibição do confisco* no parágrafo 31, e *a justa indenização* em dinheiro, nas desapropriações, consoante ao parágrafo 16, ambos do artigo 141 da Constituição.

1.º) Proibição de confisco

Examine-se, na Constituição, o parágrafo 31 do artigo 141:

“Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco...”

Ressalva-se, para o confisco, neste mesmo parágrafo:

“a lei disporá sobre o seqüestro e perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, ou por influência ou com abuso de cargo, ou função pública...”

Fora desta hipótese, que, em rigor, nem confisco é, o confisco não é tolerado, nem como desforra de crimes, quanto mais contra pessoas a quem não se imputa delicto ou contravenção.

E como se pode reconhecer a existência do confisco? Quais os sinais evidentes de sua presença?

No ser alguém obrigado a entregar ao fisco, ou a quem o govêrno determine, bens que lhe pertençam, sem o justo pagamento em dinheiro, sinal é certo de se estar em presença do confisco.

Confisco, na definição usual, é adjudicação ao fisco dos bens de alguém. Quando o exportador de mercadorias entrega, por ordem da lei, ao Banco do Brasil suas cambiais, sem receber o justo preço do que perde, o exportador sofre um confisco.

Dir-se-ia que aqui se trata do interêsse coletivo. O uso da propriedade se condiciona ao bem-estar social, e o destino dos dólares, que o govêrno chama a si por preço que impõe, é um imperativo do bem público. Destinam-se á importação de mercadorias essenciaes ao consumo, ao resgate de juros e amortização da divida externa, às despêsas com a representação diplomática e consular, a compras de armas de guerra ao pagamento de juros e dividendos do capital estrangeiro aplicado no país, além de a outros fins, cuja utilidade pública seja patente, como a de misões culturais no estrangeiro.

O argumento foge, porém, ao que se examina. O que se argüe, é o caracter de confisco na venda obrigatória, por preço official, (preço fixado pelo comprador) das cambiais que resultam da exportação. Condicionar o bem público ao confisco, é ignorar a proibição constitucional do confisco, é ignorar a obrigação legal da indenização ao expropriado.

A predominância do bem público aos interêsses de cada um não pode consistir em atropelar os direitos fundamentais. Êstes direitos são, mais que tudo, o verdadeiro bem público, o bem público supremo. Outros casos haverá de bem público. Mas não se condiciona a satisfação de nenhum deles ao jejum dos direitos fundamentais. O sacrificio da liberdade seria *mal público* que se gere, na satisfação do *bem público* que se busque.

Entre nós, taxativamente, o § 31 do artigo 141 da Constituição veda o confisco. A nação soberana, no acto político mais solene de seu destino, houve, por bem público dos maiores, a proibição do confisco, mesmo no character de penalidade.

O limite do direito fundamental, garantido no parágrafo 31 citado, é este: — não pode a União adjudicar ao fisco bens de outrem, no todo, ou em parte; não pode autorizar ninguém a que se locuplete, ou logre vantagem, a custa alheia.

É o que está escrito, e é justo e nobre. É o que foi erigido em limite ao arbitrio legislativo ou administrativo, na defesa dos limites do homem.

2.º) O Direito de Propriedade

O segundo direito fundamental, posto por limite á intervenção do Estado no que denomina “domínio econômico,” é o direito de propriedade. Assim foi este direito garantido no parágrafo 16 do artigo 141 da Constituição:

“É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”

A justa indenização em dinheiro equivale ao justo preço nos contratos de compra e venda.

Por três processos se determina o justo preço, ou a justa indenização em dinheiro.

A primeira regra, é a do artigo 191 do Código Commercial e do artigo 122 do Código Civil. Declara o Código Commercial:

“O contrato de compra e venda é perfeito e acabado, logo que o comprador e o vendedor se acordem na coisa, no preço e nas condições.”

Tem a mesma definição o Código Civil, no artigo 122:

“A compra e venda, quando pura, considerar-se-à obrigatória e perfeita, desde que as partes acórdem no objeto e no preço.”

Eis a primeira regra: o *ajuste das partes*.

A lei recente, nº 1807, de 1953, adota a mesma norma para o *justo preço*, quando, no artigo 2º expõe:

“As operações de câmbio, não incluídas na enumeração do artigo anterior, *serão efetivadas pelas taxas livremente* convencionadas entre as partes. .”

A taxa de câmbio, isto é, o *preço pelo qual serão vendidas as cambiais*, no câmbio livre, paralelo ao câmbio oficial, é *livremente convencionada entre as partes*.

A segunda regra é a do artigo 1.123 do Código Civil, e do artigo 194 do Código Comercial. Permitem ambos que as partes deixem a fixação do preço ao arbítrio de terceiro, ficando, se o terceiro não aceitar a incumbência, sem efeito o contrato, ou ficando a fixação do preço ao critério de arbitradores.

Eis a segunda regra.

A terceira regra é a do artigo 1.124 do Código Civil, que permite:

“Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa do mercado ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar.”

A mesma regra no artigo 193 do Código Comercial:

“Quando se faz a entrega da coisa vendida, sem que, pelo instrumento do contrato, conste preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e lugar da entrega; na falta

de acôrdo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o térmo médio.”

O que repugna á consciência jurídica, é deixar a fixação do preço ao arbítrio do vendedor ou do comprador. No artigo 1.125, o Código Civil tem esta firmeza:

“É nulo o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes acordarem... .. no preço.”

A justa indenização em dinheiro na desapropriação, ou o justo preço da coisa nos contratos de compra e venda, não pode ser fixada pelo arbítrio de uma das partes.

O parágrafo 16 do artigo 141 foi até excessivo na cautela contra o sofisma do confisco. Bastava ter dito que a desapropriação seria mediante *indenização*.

Indenizar é retribuir para emendar; é o ressarcimento do mal causado a uma pessoa contra sua vontade, é reparar, é compensar. Na canotação do térmo, já se inclui a equivalência entre o que o proprietário perde e o que recebe em paga. A Constituição, porém, procurou atalhar a palavra aos rábulas sofistas nas desapropriações.

O direito de propriedade é a soma de três direitos: a posse, o uso ou gôzo, e a disposição dos bens. Ou, como define o artigo 524, do Código Civil:

“A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de rehavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. ”

Quando a Constituição assegura, no artigo 141, § 16, o direito de propriedade, fulminando está de nulidade absoluta a lei, ou qualquer acto do poder público, que privasse o proprietário da posse de seus bens, da utilização de seus bens, da livre disposição de seus bens. Só por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social,

poderá a lei permitir a desapropriação, a perda pelo proprietário da posse do que é seu, a privação ao proprietário do uso e gôzo de seus bens. Mas isto, mediante justa indenização em dinheiro.

Em resumo: a Constituição, no artigo 146, faculta á União intervir, por lei especial, no “domínio econômico”. Mas veda, no mesmo artigo, intervenção que viole o direito de propriedade, que ela assegura. Quando, na intervenção, o govêrno lide, ou esbarre com a propriedade de alguêm, o dever constitucional do govêrno é compensar, com justa indenização em dinheiro, o proprietário a que obrigue entregar bens seus a outrem, ou a si.

É êste o sentido claro do artigo 146.

O Artigo 147

O artigo 147 não destoa. Também se compõe de duas partes. Eis a primeira:

“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.”

E a segunda parte:

“A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Na primeira parte, o que há, na aparência, de perturbador, na redação do preceito, é a frase *bem-estar social*.

A bôa técnica legislativa repele têrmos equívocos. As frases vagas são armadilhas ao direito, e tormento aos juizes.

Bem-estar social será, como supõem alguns, frase ambígua?

O sentido correntio, nos vocábulos de uma lei, é o caminho mais seguro para sua interpretação exacta, ou inteli-

gência honesta. Só se deve desviar desta rota, quando os sentidos naturais das palavras do texto importem contradição, ou iniquidade evidente, quebra do legislado entre os parágrafos e o artigo, ou incoerência do sistema jurídico da lei. Se, porém, os vocábulos, na significação que os dicionários registram, não ficam a preceituar absurdo, *a lei é o que lhe significam as palavras*; não há indagar da intenção do legislador contra o que ficou dito nas palavras sem duplo sentido, de que se serviu.

Na frase *bem-estar social*, nenhum vocábulo tem sentido equívoco, e, no sentido corrente das palavras, não se vai dar em absurdo, contradição, ou desharmonia com outros textos, ou a sistemática da Constituição.

Decompõe-se a frase em duas partes: 1º) *bem estar*, 2º) *social*.

Social vem a ser da sociedade. Bem-estar social o mesmo é que bem-estar da sociedade.

E *bem-estar*?

Eis como vem definido o termo no dicionário de Adolfo Coelho:

“Estado do corpo e do espírito em que nos sentimos bem. Estado de fartura conveniente. (Bem-estar pelo tipo do fr. *bien-être*.)

Em Frei Domingues Vieira:

“Tudo o que contribui para uma existência agradável; situação ou estado normal do corpo e do espírito. Comodidade, prosperidade, descanso, satisfação.”

Ou Candido Figueiredo:

“Conforto, estado em que nos sentimos bem do corpo e do espírito. Haveres suficientes para a comodidade da vida. É galicismo para alguns puristas.”

Littré, em seu dicionário da Langue Française, define:

“État du corp et de l’esprit dans lequel on sent qu’on est bien. État de fortune convenable, douce aisance.”

No dicionário da Língua Espanhola, da Real Academia, outro não é o conceito:

“Comodidade. Vida folgada, ou provida do necessário a passar bem, ou com tranquilidade.”

O lastro significativo do termo se extrata em duas variantes: estado satisfatório do corpo e do espírito, e haveres suficientes à comodidade da vida.

Trasladando-se do uso vulgar ou literário, para a técnica jurídica, os vocábulos que compõem o termo *bem-estar social*, não perderam, nem mudaram a significação susual em tôda a parte. Bem-estar vem a ser *a situação, em que a gente se sente bem, mercê de haveres suficientes ás comodidades da vida.*

Mas como a êste bem-estar, se há de condicionar o uso da propriedade?

Propriedade é posse, é utilização, é disposição dos bens havidos.

O indivíduo poderá usar por três maneiras de qualquer dêsses três direitos:

- 1º) prejudicando,
- 2º) sem prejudicar,
- 3º) beneficiando.

1º) Quando possa prejudicar, mas para que não prejudique, a lei intervém. É o condicionamento em prática do uso da propriedade ao bem-estar social. As servidões do artigo 695 do Código Civil, pelas quais “perde o proprietário do prédio serviente o exercício de algum de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dêle se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante,”

importam em condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social.

2º) Quando não prejudique, nada tem que ver a lei com o uso da propriedade. O dono de um automóvel que nêle transita pelas ruas, sempre na mão, com velocidade prudente, sem atropelar ninguém, nem provocar desastre, não prejudica, com o uso de seu automóvel, direito de ninguém, nem da sociedade. Não se dirá que tal uso da propriedade se oponha ao bem-estar social.

3º) Em terceiro lugar, pode o proprietário dar a seus bens destino filantrópico; usa do que é seu em benefício dos outros, como quando funde e mantenha casa gratuita de saúde, ou educação.

Destas três maneiras de usar a propriedade, só contra a primeira cabe a intervenção do estado. A sociedade tem direitos próprios. São direitos sem titulares individuais exclusivos. Não se pode conceituar pròpriamente que sejam *direitos sociais*, porque, sendo o direito uma relação, todo direito é social. Mas direito da sociedade, que não é a mesma cousa que direito social. São direitos de que não há titulares exclusivos. O titular seria o todo social.

O condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social é um dos direitos da sociedade, a que corresponde uma obrigação aos proprietários. As leis que disciplinam direitos irrenunciáveis por aqueles a quem elas beneficiem, isto é, as leis de ordem pública, são igualmente direitos da sociedade, em benefício de individuos.

Bem considerado, não é só a propriedade que se condiciona ao bem-estar social. Todos os direitos, por mais fundamentais que sejam, se condicionam ao bem-estar social.

Porque, na liberdade de palavra, se proíbe o anonimato, se responsabiliza o caluniador, “nem será tolerada propaganda da guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social”?

Porque, no exercício dos cultos religiosos, não é permitido “o dos que contrariem a ordem pública e os bons costumes”?

É, sem dúvida, porque o uso destes direitos se condiciona ao bem-estar social.

O bem-estar social não é, aliás, uma aspiração apenas de ordem moral: é um imperativo sociológico.

Realmente, nos tempos que correm, a produção das riquezas depende quase necessariamente da conjugação de três factores: o fator do capital, o trabalho do operário, e a cooperação da sociedade. O capitalista entra com a iniciativa, a terra, a casa, o maquinário, a matéria prima, a direção e a responsabilidade do risco; o operário entra com o trabalho actual de suas mãos e de seu cérebro; e a sociedade entra com a ordem jurídica, sem a qual seria impossível a empresa, com providências internas e externas para a produção, transporte e venda dos produtos, e com os mercados de consumo, sem os quais não haveria empreendimentos em grande escala.

A cada um destes factores cabe a parte com que concorre na riqueza produzida: ao capitalista, os produtos; ao operário, salários de vida razoável a si e aos seus; e à sociedade, os impostos na produção, na venda, no consumo, na herança, e, ainda, o uso da riqueza com as limitações dos direitos da sociedade, com que se gere o bem-estar social.

Já o projeto da Constituição do Império, em 1823, prescrevendo, no artigo 258, que o exercício dos direitos individuais não teria outros limites senão “os necessários para manter os outros indivíduos na posse e gozo dos mesmos direitos”, condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social, nesta ressalva:

“Tudo, porém, subordinado ao *maior bem da sociedade.*”

Quando, pois, o constituinte de 1946 lançou como clareiras de novidade, aos quatro ventos o pregão de que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social, não fazia senão reatar a inspiração do projeto da Constituição do Império, elaborado pela Comissão da Assembléia Constituinte. Já também se subordinava o exercício dos direitos individuais ao *maior bem de todos*.

Bem-estar social não é senão o maior bem de todos, ou da sociedade. E o maior bem de todos vem a ser, praticamente, a situação geral em que cada um se sinta bem, mercê dos haveres suficientes às comodidades da vida.

Desde que o uso da propriedade, ainda que não seja em benefício dos outros, seja a indiferença neutra, que não faz bem nem mal, o bem-estar social não está em jôgo. Mas, se, em seu exercício, prejudica os demais, ou lhes impede o exercício de seus direitos, o bem-estar social terá de reagir. A' lei cumpre condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social.

Mas bem-estar social sem atropêlo dos direitos fundamentais, que a Constituição igualmente assegura. No próprio artigo 147, a constituinte advertiu:

“A lei poderá, *com observância do disposto no artigo 141 § 16*, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

Pode-se entrar de cheio na arena socialista, mas sem desapropriação que confisque.

Por maior que seja a latitude que se dê ao conceito do bem-estar social, uma cousa é certa: *não pode ir até a rapacidade*. Uma balisa há, pelo menos, que se pode firmar: o bem-estar social não importa em destruição dos direitos fundamentais, que a Constituição assegura no artigo 141. Se não é tarefa leve precisar até onde vai o bem-estar social, como cousa distinta do interêsse social, ao alcance do todos é a determinação de até onde *não vai* o bem estar

social. *Não vai além do limite dos direitos fundamentais, enumerados no artigo 141 da Constituição.* Não importa nunca em confisco. Admitir, numa interpretação elástica, numa latitude sem limites, que o bem-estar social vá até a rapacidade, seria marear o alto conceito de probidade nas tradições da lei entre nós.

Resvala pela improbidade, quando confisca, quando expropria sem justa indenização em dinheiro. A coacção ao exportador, para vender por preço imposto o que recebeu em troca do que transferiu na exportação, é confisco. Se é obrigado a vender, por preço que lhe é imposto, as cambiais havidas com que exporta, a garantia do direito de posse do que é seu, a garantia do direito de uso e gozo do que é seu, não só do artigo 524 do Código Civil, mas do artigo 141 da Constituição, seria ridícula, promessa vã, pilhéria de mau gosto.

A pressa do leitor inadvertido, no interpretar a lei, explica, talvez, a versão corrente de que os artigos 146 e 147 da Constituição restringem o artigo 141 e seus parágrafos. Leiam-se, porém, êstes artigos com atenção, dando-lhes às palavras os sentidos que têm, pesando-lhes as cláusulas que se entrelaçam no mesmo artigo, e logo se perceberá a homogeneidade e a coerência que os ata na sistemática jurídica da Constituição Federal. Os preceitos da Ordem Económica, que ela consagra, não jogam as cristas com as garantias dos direitos individuais, que ela assegura.

Harmonizados, como estão, e devem estar, no espírito e na letra, a doutrinação da Ordem Económica com os imperativos dos direitos do homem, claro é que *colidirá com a Constituição seja qual for a lei, anterior ou posterior a ela, que subtraia qualquer parcela do seu a seu dono, sem justa indenização em dinheiro.* Uma lei dêste naipe é como se lei não fôsse. Por isso, as circulares, as instruções, os regulamentos, os decretos, as leis solenes, que, obrigando os exportadores, como condição para obterem guias de embarque, a venda prévia de suas cambiais ao Banco do Brasil,

ou bancos autorizados, os constanja a terem por justo preço o preço que o executivo imponha, colidem com o § 16 e o § 31 do artigo 141 da Constituição e, por isso, estão literalmente revogados. O artigo 1º da lei nº 1807 de 1953, envolve duas monstruosidades:

Primeira, expropria impondo taxa para as operações de câmbio, e, pois, sem justa indenização;

Segunda, delega ao Executivo, em um de seus órgãos subalternos, essa atribuição com que obriga, contra o § 2º do artigo 36 da Constituição.

IV

Os Tratados

Anda por aí uma doutrina extravagante, que põe os tratados e as convenções acima da Constituição. Segundo essa extravagância doutrinária, tendo o Brasil assumido, na Convenção de Bretton-Woods, o compromisso de fixar o valor do cruzeiro em dólar, não pode a lei ordinária, (e extranje quem extranhar) nem mesmo a Constituição revogar a paridade que o governo haja, há tempos, fixado. Às Convenções ficam, para esta doutrina, sobranceiras às leis do país, não são revogáveis como as leis, são ungidas de imunidade sagrada: imperam, apesar das leis. E, pois já não é possível quebrar a fixação da paridade, cuja legitimidade assenta no império de uma Convenção, a que a Constituição do país beija as mãos como ancila.

Este argumento maravilha pelo desembaraço, com que abjura o abc do direito público.

A Constituição é a vontade soberana da nação, e, por isso, está acima de tôdas as leis ordinárias, de todos os tratados, convenções, ou seja o que for, que a contravenha. Este é o princípio dos princípios. Para que uma convenção ou tratado, que o presidente da República assine, pudesse prevalecer contra a Constituição Federal, seria preciso que

o Brasil tivesse perdido, ao mesmo tempo, a independência na esfera internacional, e a soberania dentro de suas fronteiras. Se, por força de um destino implacável, não se pudesse conciliar um tratado com a Constituição, por onde fale a nação soberana; ou, na hipótese em debate, se o gênio dos nossos estadistas não dá nem para resolver com acêrto a paridade entre o cruzeiro e o dólar, sem violar a Constituição, imploremos a Deus ajuda, para nos sairmos bem do dilema: ou perder a soberania por amor do Banco Internacional, ou abrir mão do Banco, para que o Brasil continue soberano.

A Constituição, porém, não nos parece ter revogado o decreto que deu por válida a Convenção de Bretton-Woods. O que ela revogou, foi a imposição, pelo comprador ao vendedor, de uma taxa de câmbio, nos contratos de compra e venda de cambiais.

V

Temores Vãos

Nem se tema que a invalidade judiciária desta imposição oficial seja, com o alvoroço dos primeiros dias, a ruína econômica do país.

Pensar-se-à, talvez, que, nos mercados de consumo, as mercadorias exportáveis descerão de preço em dólares, esterlinos, ou francos. E o país terá, com a queda dos preços, menor soma de cambiais, para suas necessidades. Será vender por menos ao estrangeiro a produção nacional. Máu negócio, pois.

Em primeiro lugar, não hão de ser as oscilações dos mercados internacionais motivo para que, no Brasil, não se cumpra a lei. Seria impróprio aos juizes terem os olhos postos na alta ou baixa dos preços, para cumprir a Constituição acima de tudo.

Mas a presságio sinistro não passará de agouro de má nota. Pode ser que, nos primeiros dias, corram, sem contraste fácil, as oscilações do mercado. Isto não é surpresa na movimentação do comércio.

Mas, em contra péso, os benefícios da segurança jurídica, de que a Constituição é o sacrário, serão a primeira consequência, como, ainda há pouco, nos Estados Unidos, cuja Suprema Côrte afirmou, mais uma vez, que o respeito à Constituição é a suprema salvação pública.

Em segundo lugar, o produtor do que se exporte, vai ser beneficiado com a liberação do câmbio. A baixa possível dos produtos no estrangeiros não há de atingir o preço em moeda corrente do país. Por outro lado, esta baixa prevista trará o benefício de combater a concorrência estrangeira nos mercados de consumo. É pela alta forçada nos preços do que exportamos, que os países concorrentes poderão produzir a ponto de termos sobras inexportáveis, ameaçando, com acumular as sobras inexportadas às futuras safras, a repetição da derrocada que, em 1929, quase matou a lavoura do café.

Esta, sim, a hecatombe que precisa ser prevista e temida, para ladeá-la, ou preveni-la. O segrêdo do êxito comercial é a oferta de mercadorias de alta qualidade por preços em conta aos mercados estrangeiros onde a concorrência é de vida e de morte.

A liberação do câmbio que hoje se tema, será, em verdade, o primeiro passo para a estabilidade dos preços compensadores. O desequilíbrio dos primeiros tempos, longe de ser o mal que pressagiam, é apenas poeira da vida, para a redenção ou justiça aos que trabalham na produção do que se exporte.

Os interessados no confisco hão de pintar em côres negras a libertação do câmbio. Deixai-os gritar. O que importa ao país, é a confiança na lei e a confiança na justiça para observá-la.

Se, por hipótese, decorresse do câmbio livre a anarquia financeira, a ruína às portas do Tesouro Nacional, a asfixia da vida aos cidadãos em geral, então o remédio estaria na reforma da Constituição, para, suprimindo o § 31 do artigo 141, permitir o confisco, e, para, modificando o § 16, autorizar a desapropriação, sem justa indenização em dinheiro, sempre que se trate do comércio das moedas, legalizando o esbulho que hoje impera.

O regime do câmbio oficial pelo confisco, êste sim é a grande sangria com que se está matando a produção exportável.

Faça-se a conta: no câmbio livre, o dólar se vende, hoje pelo dôbro da taxa oficial. Eliminada esta, o dólar cairá provavelmente para a casa dos 30 cruzeiros.

Ora, em média, cada saco de 60 quilos de café se exporta por 60 dólares. A Cr\$ 18,38 o dólar, por cada saco se liquida, em números redondos, um conto e cem .

No justo valor do dólar, porém, se receberia por saco exportado um conto e oitocentos, setecentos cruzeiros a mais.

Quinze milhões de sacos que se exporte, representam mais de dez milhões de contos que deixam de entrar, cada ano, para a economia do produtor, e que não entram para o tesouro federal.

Desde 1946 até 1952, a sangria ao pobre produtor orça por mais de 60 milhões de contos que lhe foram confiscados por abuso de poderes.

Para continuar esta calamidade, só reformando a Constituição, para admitir o confisco.

VI

Não Legislar Contra a Constituição

Argumentar-se-á que, podendo o congresso nacional legislar sobre o comércio exterior, as restrições cambiais ou o monopólio do câmbio, não podem ficar de fóra.

Pois que faça, se assim o entender.

Mas porque, na legislação sôbre o câmbio, ha de o congresso, necessariamente, transpor o limite dos direitos fundamentais e, pois, legislar contra a Constituição?

A regulamentação do comércio internacional pode e deve ser feita, mas dentro da Constituição, que a faculta. O gênio dos estadistas, entre nós, não se há de esgotar ou confinar nos paliativos das comissões de preços, das leis de inquilinatos, dos tribunais populares, para baratear a vida.

É preciso ver para além das aparências.

Providências há mais sérias, para o menor custo da vida, como a garantia do preço mínimo na produção agrícola, transportes rápidos aos mercados de consumo, facilidade de importação contra abusos de preço, mil providências que a experiência sugere aos estadistas de pulso.

Na regulamentação do comércio externo, poderá o govêrno, mediante lei, disciplinar a importação com licenças prévias, só as concedendo para o essencial, e jamais para o supérfluo, e, na importação do essencial, sómente até o limite do equilíbrio na balança dos pagamentos, dentro do câmbio sem confisco.

Na exportação, além das providências que facilitem a produção máxima e a melhor, pelo menor preço, o transporte rápido e razoável, silos e armazens para a boa conservação dos produtos, e tudo o que possa concorrer, para aumentar o consumo externo.

Embora pareça não ter contacto com a regulamentação severa do comércio exterior, o equilíbrio dos orçamentos projecta seus benefícios sôbre o comércio exterior. Porque não tornar privativo do presidente da República a iniciativa de emendas que aumentem as despêsas na proposta orçamentária? Poderia o congresso apenas reduzi-las. Estaria aberto o caminho para o equilíbrio orçamentário.

Não se podem isolar os problemas da administração pública.

Para que seja estável a paridade que se estabeleça, entre a moeda nacional e as estrangeiras, porque não aparelhar condições favoráveis á balança de pagamentos, como só conceder licenças de importação, até o limite da oferta de cambiais, a que a exportação dê ensejo? Porque não celebrar convênios que favoreçam a exportação? Com a liberdade de exportação, o financiamento e o preço mínimo na agricultura, o amparo ás indústrias, a exportação será manancial generoso de cambiais, para atender ás necessidades do país.

O que, porém, o congresso nacional não pode, é legislar contra a Constituição. Sua competência está limitada, como a do congresso dos Estados Unidos. Não pode, por exemplo, em lei ordinária, instituir privilégios de classes, contra a igualdade de todos perante a lei; não pode suprimir a liberdade de crença, ou votar leis retroativas; não pode, instituir em lei ordinária a pena de morte, decretar o confisco, ou obrigar alguém a entregar o que possua, sem justa indenização em dinheiro. Se ousar, aí está o Poder Judiciário na estacada do dever para fulminar os inimigos da Constituição, fazendo-a prevalecer sôbre todos os actos que a violem.

A obrigação imposta aos exportadores de venderem, por preço inferior ao do mercado livre, as cambiais adquiridas com o que exportem, é medida contra a Constituição nos §§ 31 e 16 do artigo 141. Priva o proprietário da posse, do uso e gôzo dos bens que lhe pertencem, sem justa indenização em dinheiro.

Logo, medida insubsistente.

VII

O Remédio da Lei

E qual o remédio, para fazer cessar esta coacção?

Não se trata de coacção à liberdade de ir e vir, para caber o *habeas-corporis*.

Mas “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

A liquidês ou a certeza de um direito, (é sabido), não se condiciona á ausência necessária de discussões em tórno dêle. Nêste mundo, tudo se discute, desde a existência de Deus, até a existência de nós mesmos. Não há direito que possa escapar á sina dos sofismas. Direito líquido e certo é o que derive diretamente do império da lei, e de factos cuja verdade dispense provas.

No caso, a lei é o artigo 141 §16 e §31 da Constituição Federal. O primeiro parágrafo assegura ao proprietário que não será, por lei, ou acto do govêrno, despojado da posse do que é seu, privado do uso e gôzo do que é seu, sem prévia e justa indenização em dinheiro. O segundo veda o confisco, adjudicação dos bens de alguém ao fisco, ou a quem o govêrno determine.

No caso, o facto é a coação da venda de cambiais por preço fixado pelo arbítrio exclusivo do comprador. Não da venda obrigatória. Mas da imposição do preço.

VIII

Confiança no Juiz

Tôda a confiança está em que os tribunais não hão de falhar em sua nobre missão de fazer prevalecer á Constituição sôbre as leis, os decretos, inistruções, circulares, avisos, que com ela colidirem.

Evidentemente, o de que se trata, é de um caso de desapropriação. O proprietário das cambiais (ordens de pagamento em moeda estrangeira, em troca da mercadoria exportada), é obrigado, para poder embarcar a mercadoria que venda, a entregar a bancos que o govêrno autorize,

as cambiais que lhe vêm às mãos pelo que exporte, saques sôbre crédito no estrangeiro, que lhe é aberto em pagamento da mercadoria exportada.

Logo, o proprietário das cambiais é desapropriado ou expropriado.

A lei da desapropriação, o decreto-lei n.º 3365 de 1941, em seu artigo 27, parágrafo unico, fixa o máximo da indenização ao desapropriado. E a lei n.º 1807 de 1953, delegou ao Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito o poder ou atribuição de fixar a taxa do câmbio nas expropriações das cambiais como condição para expedir guias de embarque.

Ao critério da indenização máxima do artigo 27 e, com iguais razões, ao do preço imposto pelo expropriador ao expropriado se opõe a “justa indenização em dinheiro” do § 16 do artigo 141 da Constituição de 1946.

“O tema declara o Ministro Ribeiro da Costa, em voto no Recurso Extraordinário n. 11.891 do Paraná, não oferece novidade na sua explanação, e esta Côrte, ainda em julgado recente, reiterou o asserto de que a regra do citado parágrafo único do artigo 27 não pode ser aplicada como critério imutável, rígido e absoluto.”

Quanto mais a de um preço arbitrário e arbitrado pelo expropriador.

E porque?

Porque, continua o Ministro Ribeiro da Costa, “a lei não diminui o que a Constituição confere ao cidadão, entendendo-se que o artigo 27, parágrafo unico, do decreto lei n.º 3365, de 1941, estabelece uma regra que deve ser aplicada para o cálculo da indenização, desde que o resultado obtido por esse meio corresponda à justa reparação, que é devida, aos proprietários”.

A reparação ao proprietário das cambiais só tem uma correspondência: o justo preço.

Sempre actuais são estes conceitos do Ministro Orozimbo Nonato:

“Não se justifica que o poder público se locuplete com um valor econômico reduzindo o patrimônio do expropriado mediante exigua indenização, sob o pretexto de que o critério estabelecido no parágrafo único do artigo 27 é intransponível.”

(Revista do Direito Administrativo, v. 1, pág. 106)

Realmente, a desapropriação não pode ser confisco, nem mesmo parcial. A desapropriação é, como já se disse, “um fenômeno de *conversão* e não de *subtração de direito*”. Cede-se um direito e se recebe o equivalente: converte-se. Nunca ceder um direito, e receber, obrigatoriamente, em troca direito menor: *subtração*.

Acima de tudo, é imperioso, e mais claro que a luz do sol, o preceito do artigo 141 §16 da Constituição de 1946: o direito de propriedade é garantido, salvo desapropriação por interesse público, mediante justa indenização em dinheiro.

Quebrem-se os moldes da linguagem honesta e perfeita, se o que aí foi preceituado, não é contra o confisco parcial das cambiais, com ser o exportador obrigado para exportar, a vender, por taxa que lhe é imposta, as cambiais que adquire com o que exporta.

Não. Os tribunais deste país podem errar, pois se compõe de homens.

Mas tanto, não.

O argumento de que o interesse público, apreciado pelos tribunais, deve prevalecer sobre as leis, transformaria o poder judiciário em constituinte revolucionária. Seria confundir os poderes, fazendo-se o judiciário de legislativo. Mas nada há, na Constituição, que outorgue ao órgão judiciário poder constituinte, para emendar ou reformar a Constituição, poder legislativo para não aplicar

a lei, sob a invocação do interêsse público, e, até, de razões do Estado.

“Boa é a lei, ensina Ruy Barbosa, na Oração aos Moços, quando executada com rectidão. Isto é: boa será, em havendo no executar a virtude que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza, e maldade, que encerrem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretendia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má “inexecutada”, ou “mal executada” (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra êle).”

Interêsses públicos maiores, que se imaginem, e, falando com imponência, Razões de Estado, nada justifica que seja a bôa lei sofismada, ou não observada. A boa lei, no caso, é a Constituição.

O salus populi suprema lex esto é marco vencido nos povos de organização constitucional mais ou menos perfeita. As hipóteses de salvação pública são previsíveis e previstas, conjuntamente com os remédios eficazes, nas constituições pelas quais a autoridade é forte a serviço da liberdade e do direito, como a dos Estados Unidos e a do Brasil.

Pelo artigo 141 §11 da Constituição Federal têm todos o direito de reunir-se sem armas; mas pode, em nome do interêsse público, a polícia intervir, para manter a ordem. E' o *salus populi suprema lex*.

Pelo § 15 do mesmo artigo, a casa é o asilo inviolável do indivíduo; mas pode qualquer nela penetrar, mesmo à noite, sem consentimento do morador, para acudir à vítima de crime ou desastre: 'é o *salus populi* como *suprema lex*.

Pelo § 31 do mesmo artigo, não haverá pena de morte; mas, em nome da salvação pública, são ressalvadas as dispo-

sições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

Por todo o artigo 141, a inviolabilidade dos direitos e as garantias individuais é assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país; mas nos casos de comoção intestina com caracter de guerra civil, ou de guerra externa, poder-se-á decretar o estado de sítio, ou suspensão de certas garantias constitucionais, que, em tempo de paz, são invioláveis.

Por estas amostras, se vê que não procede a invocação judiciária do *salus populi*, para não observar a lei. A monstruosidade desta invocação seria, em verdade, em lugar de *salus populi*, a *ruina pública*, a descrença na lei.

Dos poderes, o que menos poderia invocá-la, e o Poder Judiciário, investido na defesa da Constituição em regime federativo. O Poder Judiciário é o amparo, “sobre todos essencial”, “de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão” quando os poderes do Estado são limitados por uma Carta Magna.

Nêstes regimes, sua missão, tão alta quanto seu poder, é ser a fortaleza inexpugnável dos direitos fundamentais, que a Constituição assegure; é ser o amparo dos direitos líquidos e certos pelo habeas-corpus e mandado de segurança, contra coações ou violências, por ilegalidades, ou abuso de poder.

Ora, no caso que se examina, os exportadores estão sendo coagidos a vender, por preço que o comprador impõe, as cambiais adquiridas com o que exportam.

A Constituição e o Código Civil lhes garantem a posse, o uso e o gozo e a disposição destas cambiais, salvo desapropriação, mediante justa indenização em dinheiro.

Logo, estão os exportadores no direito de buscar o amparo da lei, apelando para uma justiça “tão alta no seu poder, quanto na sua missão”. E não pedem mais do que lhes é devido.

IX

Em Substância

Em substância, a União pode, mediante lei especial, monopolizar o mercado de cambiais. Mas esta intervenção *tem por limite* o direito de propriedade. E, por êste direito, o exportador não pode ser expropriado das cambiais ou dos créditos em moeda estrangeira, que adquire com o que exporta, sem receber justa indenização em dinheiro, ou justo preço: ajuste das partes, preço corrente na praça, cotação da bolsa, ou avaliação judicial. Nunca preço imposto pelo comprador.

Não há sair do império do direito, e da verdade dos factos.

O império do direito, na hipótese aqui ventilada, abrange uma preliminar, e leis em aplicação.

A preliminar são êstes princípios:

1.º — A Constituição prevalece sôbre as leis, decretos, ou equívalentes, que a contrariem.

2.º — As leis posteriores revogam as anteriores em contrário.

3.º — Nenhum dos três poderes da União pode exercer, mesmo por delegação expressa, atribuições de outro.

4.º — Todos os poderes estão limitados pela Constituição.

As leis são:

A) — O decreto n.º 1.201, de 8 de abril de 1939, artigo 2.º, parágrafo único, que condiciona as guias de embarque à venda das cambiais.

B) — O decreto sob n.º 7.293, de 2 de fevereiro de 1945, que criou a Superintendência da Moeda e do Crédito, na delegação que recebeu de expedir instruções que obriguem com força de lei.

C) — O decreto n.º 9.025, de 27 de março de 1946, que, restabelecendo a liberdade cambial, autorizou o Banco do Brasil, sob a orientação da Superintendência da Moeda, a baixar instruções que obriguem.

D) — O decreto n.º 21.177, de 27 de maio de 1946, em virtude do qual foi fixado como preço, na compra do dólar, sua equivalência a Cr\$ 18,50.

E, por fim, a lei n.º 1807, de 7 de janeiro de 1953, cuja regulamentação acaba de ser decretada.

E, acima de todas estas leis, decretos e seus derivados, a lei das leis, a Constituição, onde sobranceiam os seguintes preceitos:

1º) — Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

2º) — É vedado ao congresso nacional delegar ao Executivo poder de estatuir normas que obriguem.

3º) — A propriedade é garantida, salvo desapropriação mediante justa indenização em dinheiro.

4º) — É vedado o confisco.

Eis, no caso em debate, o direito que o juiz tem diante dos olhos.

A verdade dos factos é igualmente patente:

1º) — Nenhum exportador pode obter guias de embarque das mercadorias que vende para fora do país, sem haver transferido ao Banco do Brasil, ou a banco autorizado, as cambiais adquiridas com o que exporta; e

2º) — O Banco do Brasil e os bancos particulares, que operam em câmbio, não pagam, pelas cambiais que os exportadores lhes levam à compra, senão Cr. \$ 18,38 líquido, que, com as despesas de doze centavos, perfazem os dezoito e meio cruzeiros, paridade com o dólar.

O exportador está coagido entre as tenazes de um dilema: ou leva as ordens de pagamento do que exporta ao

Banco do Brasil, para que possa embarcar as mercadorias que oferece à venda para fora do país, ou, não podendo embarcá-las, por lhe não fornecerem guias de embarques, não encontra quem lhe compre o que tem para exportar, chumbado á impotência, para exercer a profissão de comerciante exportador.

Mas pelo § 14 do artigo 141 da Constituição, é *livre o exercício de qualquer profissão*. Para algumas, como a medicina, ou a advocacia, a condução de automóveis, ou a pilotagem de aviões, a lei exige condições de capacidade. Para outras como a agricultura e o comércio ou a indústria, a lei dispensa a prova de condições de capacidade.

O exportador tem o direito de exportar as mercadorias exportáveis por lei. O exercício dêste direito está subordinado sómente *às condições de capacidade que a lei estabelecer*, como solenemente adverte o § 14 do artigo 141 da Constituição.

Nenhuma lei, até hoje, estabeleceu condições de capacidade para o exercício da profissão de exportador, como não as estabeleceu para o plantador de cereais.

Logo, qualquer acto do poder público, que impeça o livre exercício da profissão de exportador, é coacção, ou violência, por ilegalidade, ou abuso de poder.

A obrigação de transferir ao Banco do Brasil as cambiais, para que possa exercer a profissão de exportador, é, ainda por êste aspecto, coacção por ofensa, rosto a rosto, ao artigo 141 § 14 da Constituição.

Mas, acima desta coacção, a maior, a mais grave é a imposição do preço, pelo qual é obrigado a vender as cambiais, em choque com os parágrafos 16 e 31 do artigo 141 da Constituição.

A condição de venda das cambiais para o embarque do que exporte, é facto cuja verdade dispensa provas, á público e notorio. E' a imposição do preço por confisco official no decreto-lei nº 1.201 de 1939, com esta energia:

“A Fiscalização Bancária só fornecerá guias de embarque, mediante prova, fornecida pelo exportador, de que vendeu o câmbio respectivo, na forma prescrita neste decreto-lei.”

Estamos, pois, em face:

1.º) Da Constituição, de leis por ela revogadas; e da lei nº 1. 807 de 1953, que a contraria.

2.º) De facto público e notório, confessado em lei, e, pois, sôbre o qual não se suscita contravérsia.

Que mais, para a concessão de mandados de segurança?

O direito é líquido e certo, visto derivar da constituição em termos inequívocos, e de factos cuja verdade dispense provas, por sua notoriedade e obrigatoriedade da lei.

Retrogradaríamos séculos de civilização, com alegar o interêsse público, ou, prudência judiciária, para levar o juiz a não observar a Constituição, para cometer ao Judiciário funções de legislador, contra a indelegabilidade de poderes.

Lembraria tal monstruosidade os endecassílabos do Poeta:

“Arripiam-se as carnes e o cabêlo
A mim e a todos, só de ouví-lo e vê-lo.”

Ou a pregação do Mestre:

“com a lei e dentro na lei.”

Porque:

“fora da lei, não há salvação.”

É para ficar com a lei, e dentro na lei, porque, fora da lei, não há salvação, que valem os mandados de segurança contra coacções, como a sob que, hoje, *obriga* os exportadores a transferirem suas cambiais por preço que o comprador lhes impõe.

Direito Internacional Privado Luso-Brasileiro (*)

A. Ferrer Correia

Catedrático de Direito Internacional
Privado da Universidade de Coimbra.

O tema da minha exposição intitula-se: “Direito internacional privado português e brasileiro”. Mas o que me proponho fazer é tão somente formular, em breve síntese, alguns princípios e directivas capitais do d. i. p. lusitano, em ligeiro confronto com o deste país.

Pensei, meus senhores, que essa pintura, ainda que muito rápida, apenas esboçada, forçosamente incompleta, poderia interessar-vos.

De um lado, por ter eu seguramente alguma coisa para vos dizer — alguma coisa de não inteiramente despidendo, creio. O que vos trago — diria eu, se me não temesse da excessiva responsabilidade — o que vos trago e dalgum modo mensabem do pensamento jusinternacionalista português. Depois, porque o resíduo disso que vos diga, somado a futuras contribuições de mais autorizados juristas dos nossos países, poderá ser talvez o alicerce sobre que se levantará algum dia uma lei de conflitos comum aos dois povos de língua portuguesa.

Neste sector da Jurisprudência, não sei de ideal mais empolgante do que o da *unificação legislativa*. Pois aqui

(x) Conferencia proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em abril de 1952, quando da visita da Missão Cultural Portuguesa a São Paulo.

a própria essência e fins do Direito postulam a identidade das decisões e dos julgados, a harmonia jurídica: não pode a Justiça depender da latitude do lugar — para isso exactamente se constituiu o direito internacional privado, para assinar a cada relação da vida social a sua lei regulada, a mesma em toda a parte.

Mas todo a obra neste sentido estará antecipadamente votada a um malogro fatal se não for enraizada no conhecimento sólido das legislações que se pretenda conciliar. O exame comparado dessas leis, fazendo ressaltar as diferenças e os pontos de contacto, evidenciando a razão daquelas, separando as que são devidas a pura divergência doutrinal e académica das que, pelo contrário, já tocam no interesse vital dos Estados ou no cerne das concepções religiosas e morais da sociedade — essa reflectida análise comparatista, e ela só, permitirá discernir e traçar os caminhos da compreensão e do mútuo acordo. Aos homens das chancelarias pertencerá fazer o resto.

A obra de aproximação, a que me refiro, sempre conveniente, assume nalguns casos proporções de autêntica necessidade. Assim acontece nas relações entre os nossos dois países, pela extensão e a intensidade do intercâmbio recíproco que felizmente mantêm. É verdadeira calamidade e pura injustiça natural que situações jurídicas criadas neste país por nacionais portugueses não sejam reconhecidas como válidas em Portugal, ou que em Portugal, tingidas de uma cor diferente, surtam diferentes efeitos; e às avessas. Que por ex. uma sentença brasileira de desquite de dois emigrantes portugueses, marido e mulher, não seja homologada em Portugal — só porque o tribunal brasileiro se não conformou com as exigências da lei nacional das partes.

Pois se há que fazer voto de mudar as coisas para melhor, aproximando quanto possível as normas de conflitos dos dois países, no interesse dos seus nacionais —

a primeira tarefa a realizar, como dizia, é estudá-las em confronto.

Eu sei que o d.i.p. lusitano hoje em vigor é suficientemente conhecido dos juristas deste país, sobretudo através da obra do grande Mestre MACHADO VILELA. Mas não dodeis conhecer ainda o nosso d.i.p. de amanhã, o nosso direito internacional privado em gestação — aquele sistema de regras de conflitos que se pensa incluir no futuro Código civil, segundo um projecto que eu mesmo elaborei, na qualidade de membro da Comissão revisora e codificadora.

A exposição dalguns princípios e rasgos mais salientes desse projectado sistema — do projecto português — em rápido esboço, é que vai constituir o tema desta conferência.

1. Começaremos por uma questão de técnica legislativa: *a extensão da regra de conflitos*.

Oferecem-se aos legisladores dois sistemas: o das normas bilaterais ou completas e o dos preceitos unilaterais.

Sabem-se as diferenças: num sistema, a regra de conflitos designa a lei aplicável, que tanto pode ser a própria lei nacional como uma lei estrangeira. O fim em vista é habilitar os tribunais a resolver todo e qualquer caso sujeito à sua apreciação, ou seja pelo direito local, ou seja pelo de qualquer outro país. “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família” (Cód. bras., Lei introd., art.º 7.º). Eis um exemplar acabado de regra bilateral: seja qual for a estrutura do concreto, ou a pessoa tenha o seu domicílio no Brasil ou em outra Nação, o juiz brasileiro terá sempre um critério para o resolver — aplicará a lei do domicílio.

Opõe-se a este o sistema da unilateralidade. Agora a regra de conflitos pretende apenas determinar o campo de aplicação do próprio direito local. Dirá, por exemplo: “as leis relativas ao estado e à capacidade das pessoas regem os cidadãos franceses, mesmo que residam no estrangeiro” (Code Napoléon, art.º 3.º).

Evidentemente, a questão não é a de pura técnica: entende com pontos fundamentais da teoria do d.i.p., e antes de mais nada com o problema da medida de liberdade consentida ao legislador interno, em matéria de conflitos de leis, pela ordem internacional. Mas a esse respeito não são legítimas dúvidas. O simples facto da prática geral dos Estados é bem concludente: não há no d.i. geral norma que tolha o legislador interno de estruturar as suas regras de conflitos da maneira que tenha por mais conveniente; não há norma que lhe ordene limitar-se a baliar a esfera de competência da sua própria legislação material.

Certos autores (1) sublinham ainda que esta conclusão é a que logicamente se ajusta à teoria, tão em voga, que vê em todo o conflito de leis um conflito de soberanias e nos sistemas nacionais de regras de conflitos uma delegação da comunidade internacional. Mas aqui há engano. Se o conflito de leis é um conflito de soberanias, uma de duas:

A norma que resolve é superior às soberanias em conflito (primeira hipótese) — o que em verdade só poderia explicar-se pela ideia da delegação. Não há, porém, aqui delegação alguma. Não se concebe que sejam imputáveis à mesma fonte duas regras de competência tão contraditórias como estas: “o estado das pessoas rege-se pela lei nacional” — “o estado das pessoas rege-se pela lei do domicílio”.

(1) V. p. ex. MIAJA DE LA MUELA, na REDI, vol. III, pág. 425.

Logo, é forçoso aderir à tese do carácter nacional das regras de conflitos.

Mas se têm carácter nacional, como pode o seu objecto consistir na resolução de um conflito de soberanias? (2) A única explicação possível (segunda hipótese) seria precisamente concebê-las como regras visando apenas a delimitação da esfera de competência do direito interno local.

É de uma lógica rigorosa e impecável a observação de NIBOYET (partidário; como se sabe, da idêia de que o d.i.p. realiza uma delimitação de soberanias): não pode o juiz francês tomar o lugar do legislador estrangeiro para traçar e circunscrever o âmbito das suas leis. Pois evidentemente que não pode se aquela idêia for exacta.

E por aqui chegaríamos justamente ao resultado inverso do desejado — à teoria da unilateralidade das normas de conflitos, à concepção acreditada em tempos pelo nome de um SCHINELL, um NIEDNER, um NEUMANN, um ENNECCERUS (3).

Simplemente, nada nos obriga a pensar o d.i.p. como tendo por alvo a resolução de um conflito de competências legislativas. É bem possível concebê-lo como um complexo normativo destinado apenas a designar a ordem jurídica interna donde os tribunais locais hão-de tirar a disciplina das relações e dos factos do comércio e do intercâmbio privado internacional; em termos de o direito estrangeiro não ser aplicado como tal no foro, com a autoridade de que já vem revestido, mas como direito nacional.

Nada impede de resolver assim o problema a que se tem chamado da importação da lei estrangeira. E jus-

(2) DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois du XX e siècle*, págs. 11-12.

(3) Cfr. WOLFF, *Private International Law*, 2.^a ed., pág. 9.

tamente assim o deveremos equacionar e resolver — ou por outra forma semelhante — se a tal nos forçar a necessidade de encontrar resposta adequada para a questão de que falávamos: a da estrutura unilateral ou bilateral das normas de conflitos.

Qual é, posto o problema em termos de utilidade e conveniência prática, qual é a este respeito a solução melhor?

A da bilateralidade, sem dúvida. A técnica defectiva da norma unilateral — que a teoria não impõe, como acabamos de ver (e se impusesse, estaria errada) — pelas numerosas lacunas de lei a que conduz, limita-se afinal a transferir do legislador para o juiz o encargo de completar e fechar o sistema. E como é irresistível a tendência dos tribunais para preencher tais lacunas através da extensão analógica das normas incompletas (a prática de tantos países o demonstra com eloquência), bem pode dizer-se que o sistema da regra unilateral transporta nos flancos o germe da própria negação.

Bem sei que esta potencial contradição do sistema pode corrigir-se; porém, só em parte. Vejamos o remédio sugerido por NIBOYER — o moderno campeão da doutrina da unilateralidade — no seu projecto de lei de d.i.p., levado recentemente a uma das sub-comissões da Comissão para a reforma do Código francês. Por um lado, as regras de conflitos do projecto só determinariam os casos de aplicação da lei francesa. Por outro, a competência em França de uma legislação estrangeira só poderia resultar dessa mesma legislação.

No entanto, como resolver se duas leis estrangeiras se considerassem simultâneamente applicáveis? (4) Como regular a sucessão imobiliária de um italiano morto em França, composta de bens sitos na Inglaterra? Tanto a

(4) Em caso de conflito negativo, o remédio estaria na competência de recurso da lei francesa como *lex fori*.

lei inglesa (pelo princípio da competência da *lex rei sitae*) como a italiana (pelo da competência da *lex patriae*) que-riam aplicar-se nessa hipótese. Como decidiria um juiz francês o litígio? Não será arriscado conjecturar que o juiz francês tomaria rumo para o lado da *lex rei sitae*, orientando-se pela norma do seu direito (do projecto NIBOYET) que precisamente submete às leis francesas a sucessão morti-causa, enquanto aos bens imóveis sitos em França.

E assim, o sistema da bilateralidade, expulso pela porta, voltaria a entrar.. pela janela.

Esta orientação do projecto NIBOYET — condenável, sen dúvida, dado o que fica exposto — não foi aceite pela comissão legislativa incumbida de o apreciar. A comissão aprovou um sistema intermediário, sugerido por HOUIN. A idéia da unilateralidade como regra foi expulsa do projecto francês, cujas normas determinam ao mesmo tempo o domínio de aplicação das leis francesas e (em França, naturalmente) das leis estrangeiras. Porém, a lei estrangeira designada por essas normas não será aplicada “contra vontade”; em tal hipótese, aplicar-se-á qual-quer outra legislação estrangeira que se considere com-petente e, na falta, o direito francês.

É (fundamentalmente) o sistema chamado em França da “oferta de competência”, que tão bem se harmoniza, de facto, com a já referida idéia (cara sobretudo aos au-tores franceses, desde PILLET) do conflito de soberanias. Mas a apreciação destoutro sistema arrastar-nos-ia para além do ponto que de momento nos ocupa, pois ele já não contende com a estrutura da regra de conflitos. Vol-taremos a considerá-lo dentro em pouco.

No entanto, desde já se pode dizer — prova-o este mesmo sistema do projeto francês, de recorte tão origi-nal — que a técnica das regras completas ou bilaterais não prejudica de modo algum o respeito, ocasional ou até sistemático, de um d.i.p. alheio à *lex fori*. E assim

se perde a única possível vantagem da doutrina da norma unilateral, que segundo exacta observação de WOLFF (P. I. L., p. 97, nota 3) — e na modelação que lhe deu sobretudo HUGO NEUMANN — se reduz, afinal, a um sistema de normas bilaterais temperado pelo grão de sal de um reenvio automático.

A conclusão do exposto é, portando, a superioridade manifesta da técnica da regra de conflitos bilateral.

Ora, se relancearmos o projecto português logo verificaremos que as suas normas, com raríssimas excepções, estão formuladas segundo a boa técnica. Dizem, por ex., que o estado, a capacidade das pessoas e as relações de família serão reguladas pela lei nacional (art.º 2.º); que pela lei nacional do hereditando se regem as sucessões por morte, seja onde for que se encontrem os bens hereditários (art.º 18.º); e que os direitos reais, quer sobre coisas móveis ou imóveis, são regulados pela lei da situação das ditas coisas (art.º 22.º); etc. etc. Os raros preceitos construídos noutros moldes oferecem todos a particularidade de abrirem excepção a uma regra. Assim é que, sendo a regra que a capacidade de exercício de direitos se determina pela lei nacional, abre-se a excepção em favor da competência da lei portuguesa, quanto aos actos jurídicos praticados em Portugal, no caso de o contratante, incapaz segundo as leis do seu país, ser capaz em face do direito português. Como a justificação deste preceito — cuja estrutura, aliás, é a mesma que nas legislações donde foi importado (Código alemão e italiano, lei polaca de 1926) — reside na necessidade de proteger o comércio jurídico local, daí a unilateralidade do remédio. Nada obsta, porém, à sua generalização, em termos de dever considerar-se capaz, de harmonia com a *lex loci* e mesmo contra a *lex patriae*, todo o autor de um acto jurídico praticado em país estrangeiro — desde que a lei deste país, no seu d.i.p., assim o estabeleça.

Nenhuma dúvida, pois, de que o futuro d.i.p. português, como o brasileiro (não há neste aspecto diferença sensível entre ambos), estará informado pelo princípio da bilateralidade.

2. O d.i.p. actual — todos o sabem — está minado pelo mal do *particularismo nacionalista*. Já pôde ser definido como uma expressão puramente nacional. Em cada país, o sistema das regras de conflitos depende estritamente do direito material (da natureza das suas instituições), das condições económico-sociais, do interesse político do Estado. São esses os factores determinantes do direito internacional privado de cada Nação. E como esta matéria dos conflitos de leis toca tão de perto a soberania do Estado, nem é de esperar do legislador, nem seria de exigir, outra atitude. Há que renunciar à miragem da unificação das regras de conflitos, há que renunciar a esse belo mas impossível ideal da *harmonia jurídica*, tão caro a SAVIGNY e aos grandes homens do outro século.

Por mim, não creio do ideário aprazível e cômodo da escola nacionalista, e é reconfortante verificar que já toda uma brilhante pléiade de juristas da maior ciência e autoridade vêm lutando por desintoxicar o organismo doente do d.i.p. do veneno doce das doutrinas dessa escola. Creio, sim, no ideal da *harmonia jurídica*: algum dia hão-de os povos encontrar-se na adopção de regras de conflitos uniformes — para acabar de vez com os matrimónios claudicantes, os divórcios de efeito limitado, os testamentos florescentes e válidos num país, mas irritos e nulos noutro, e mergulhando aí nas trevas do nada jurídico.

Até lá.. Até lá é preciso lançar mão de todos os expedientes da técnica jurídica — quer fazer das leis, quer no interpretá-las e applicá-las — em ordem, senão a atalhar, a atenuar os males do particularismo.

Vejamos o que a tal respeito tem para nos dizer o projecto português.

I. O novo d. i. p. lusitano não faz profissão de fé de uma absoluta independência; não faz ponto de honra de manter a intangibilidade dos seus princípios em face dos demais sistemas.

Como observa um reputado autor contemporâneo, MELCHIOR (5), os sistemas de regras de conflitos em vigor podem repartir-se em dois grupos: uns caracterizam-se por uma atitude de extrema intransigência e irreductibilidade, outros pela tolerância e o espírito de compreensão. Jac-tam-se aqueles de arquivar nos seus artigos e parágrafos a própria quinta essência do d.i.p.: são orgulhosos da sua pretensa superioridade, oferecem-se aos outros Estados em modelo. Como julgam possuir a verdade, vêem em toda a divergência um erro, em toda a concessão uma traição. Caso típico, o dos dois Códigos italianos (o de 1865 e o de 1942) e também o do Código grego actual. Deste pôde dizer o prof. VALLINDAS (6) que é dominado pelo princípio da independência, ou seja, pela idéia de que em cada país as regras de conflitos devem enunciar os critérios tidos aí por melhores, sem por qualquer forma tomarem em atenção, nem sequer excepcionalmente, as dos outros.

Em absoluto contraste, outros sistemas não hesitam em ceder o passo ao d.i.p. reconhecido noutro Estado, sempre que a isso obrigue alguma razão prática imperiosa. Tal firme orientação da jurisprudência inglesa, tal a que se reflecte em certas normas do Código alemão. Chama-se isto realismo, espírito prático, sã compreensão

(5) Die Grundlazen des IPR., pág. 399.

(6) Cit. por MIAJA DE LA MUELA, na REDI, III, pág. 420 e segs.

dos fins do Direito. Aquela outra atitude envolve, pelo contrário, a deformação e o preconceito escolástico.

O d.i.p. português do futuro terá o seu lugar neste segundo grupo de sistemas jurídicos. Ele não vê os seus princípios como a própria revelação da justiça natural, antes como simples directivas e normas de valor contingente, quer em função do tempo quer do lugar: *plaisante justice, qu'une montagne ou une rivière borne...* E sensível aos males do particularismo regionalista (que aliás se reconhece impotente para estancar), permeável às correntes da época, aberto à suprema aspiração da *harmonia jurídica* — ao isolamento prefere a colaboração, ao exclusivismo a contemporização e o compromisso. Contemporiza (nos termos que já veremos) com o d.i.p. estrangeiro divergente de si.

Este *princípio da contemporização*, do reconhecimento do d.i.p. estrangeiro, exprime-se antes de mais na adopção do expediente do *reenvio*.

Muito se tem discutido à volta da idéia do *reenvio* como princípio ou teoria geral do d.i.p., e não seria este, por certo, o lugar nem o momento asado para renovar a discussão. É porém irrefragável, a meu ver, a plena justificação do sistema, senão como princípio geral, pelo menos como expediente dirigido a possibilitar certas vantagens práticas, designadamente a da uniformidade de julgados.

Simplemente se em Direito os fins justificam os meios, os meios hão-de ser proporcionais e conducentes ao fim em vista.

Se tendo em mente o escopo da harmonia de decisões formularemos apressadamente uma teoria pela qual, sempre que a lei estrangeira designada pela *lex fori* devolver a decisão do caso à procedência, ou a endossar a outra legislação, deverá aplicar-se necessariamente esta última — com forte razão poderemos ser acusados de não estar

pensando com lógica. É com efeito evidente que o resultado em mira só poderá ser alcançado, no caso de retorno à lei do foro, se o *princípio do reenvio* não fôr válido em face do direito estrangeiro designado pela lei do foro. No célebre caso da herança Forgo, os tribunais franceses applicaram o direito sucessório local, considerando que, pois que a *lex fori* definia como competente a lei nacional do hereditando (a lei bávara) e esta a lei do seu domicílio (a lei francesa), à última é que devia pertencer, afinal, a decisão do litigio. Que se passaria, porém, se a causa fosse julgada na Alemanha? A resposta é-nos dada pela não menos famosa sentença do tribunal de apelação de Lübeck aproximadamente da mesma data (de 1861): num caso análogo (sucessão de um alemão domiciliado em França) o juiz alemão applicou o direito do seu país, argumentando com a reenvio da lei do domicílio para a lei nacional. — A teoria do reenvio, na formulação agora em referênciã (a sua formulação clássica) é, pois, uma idéia sem lógica.

Mas não (aparentemente) na sua formulação moderna e britânica. Numa teoria pela qual os tribunais locais deverão julgar a causa como ela provavelmente seria julgada naquele país estrangeiro cuja legislação é tida por applicável — não se divisa o menor ilogismo. O direito francês manda regular a sucessão imobiliária *mortis-causa* pela *lex rei sitae* o direito português pela lei nacional do hereditando. Que lei aplicar em Portugal à sucessão de um súbdito francês que deixou alguns prédios na cidade de Lisboa? A lei francesa, pois os tribunais gauleses, se fossem eles a decidir, aceitariam o reenvio da *lex situs* para a *lex patriae*. Está, portanto, assegurada — graças à utilização pelo juiz português de um duplo reenvio — a uniformidade de julgados.

Bem assim quando a lei estrangeira remeter a decisão do caso para uma terceira legislação. Suponhamos que

o cidadão francês falecido em Portugal possuía bens imóveis na Itália. O direito francês endossa a responsabilidade ao italiano, mas aceita o reendosso que este lhe oferece. Logo, pelas regras do código napoleónico é que nós deveremos, em Portugal, resolver o litigio. E assim, a decisão do tribunal Lusitano coincidirá, ponto por ponto, com a que seria proferida, no mesmo caso, quer na França, quer na Itália.

Simplemente, esta teoria, é também falsa, como teoria geral do d.i.p., por não ser susceptível de generalização. Se todos os Estados a aceitassem — em pura lógica, o problema do conflito negativo de competência seria insolúvel. O juiz português quereria regular o estado civil do cidadão brasileiro domiciliado em Lisboa tal qual como ele seria definido no Brasil, se a questão se pusesse neste país; mas, se efectivamente a questão surgisse no Brasil, os juizes brasileiros (por hipótese) haviam de a querer solucionar também como se estivessem administrando a justiça no tribunal da Boa Hora, em Lisboa. “*Fraites tirer vos gens! Non Monsieur, à vous l’honneur!*” — bradavam os capitães das hostes rivais no campo de batalha de Fontenoy. Neste duelo de cortezia e boas maneiras, a hora da acção só poderia soar quando uma das partes se resolvesse... a quebrar as regras.

Mas se o pensamento do reenvio não pode destarte ser erigido em princípio ou teoria geral do d.i.p. — nada impede no momento actual, e antes tudo aconselha, a sua adopção neste ou naquele país, nos termos da fórmula britânica há pouco lembrada. Pois a verdade é esta: hoje em dia, uma só jurisprudência nacional (a inglesa) tende a orientar-se pela *doutrina do reenvio* tomada com esse alcance. As virtualidades desta doutrina, em ordem à realização da *harmonia jurídica*, são por isso bem flagrantés.

Importa, no entanto, corrigir, a fórmula, de modo a evidenciar o seu significado e natural limitação — assim:

“a atribuição de competência a uma lei estrangeira envolve a aplicação daquelas disposições materiais que nesse país seriam acatadas, por força do respectivo d.i.p., salvo o caso de não poder lograr-se deste modo a vantagem da harmonia de decisões”.

Assim compreendida, não sei de objecções que seriamente possam invalidar a *doutrina do reenvio*. E dentro do âmbito do estatuto pessoal, onde a aspiração de certeza, de unidade e uniformidade, se repercute com intensidade máxima — porque enfim, o homem é o mesmo em toda a parte, nos atributos fundamentais da sua personalidade sagrada — as razões pro-reenvio afiguram-se-me decisivas e inconfutáveis.

Consideremos o célebre caso citado por LEO RAAPE: Dois suíços, tio e sobrinha, residentes em Moscovo, contraíram ali matrimónio, depois de informados pelo cônsul do seu país de que o poderiam fazer, visto que, muito embora o direito interno suíço considere o parentesco no 3.º grau da linha colateral como impedimento, o d.i.p. desta nação remete, em matéria de impedimentos matrimoniais, para a lei do lugar da prática do acto. O casamento é, pois, válido quer na Rússia quer na Suíça. Por que estranha lógica iríamos nós em Portugal — um Estado totalmente desinteressado no conflito — julgá-lo nulo?! Só sendo por amor dos princípios (aqui do princípio da nacionalidade) — são princípios esses, amor fatal, causa certa de soluções tão profundamente injustas e, a mais disso, tão contrárias ao próprio senso comum!

Tamanha fidelidade ao sistema da lei nacional não a professa o projecto lusitano. Não: quando for competente a lei nacional, há-de aplicar-se a disposição da ordem jurídica interna, qualquer que ela seja, a que esta concretamente se refira; salvo naturalmente o caso de não poder lograr-se por este caminho a harmonia de decisões, pois então será aplicável o próprio direito pátrio do indivíduo.

No entanto, essa harmonia de decisões, cuja obtenção assim justifica a regra do reenvio e condiciona o seu funcionamento, não tem que ser total. À sucessão por morte de um cidadão brasileiro domiciliado na Itália aplicaremos o direito italiano, sem curar da ulterior referência por este feita à *lex patriae*. Porquê? Porque o que nos importa — dada a cidadania brasileira do de-cujus — é decidir a causa como ela seria decidida no Brasil.

Procedendo assim, daremos afinal de contas, ao princípio da nacionalidade — que continua o nortear-nos — a sua maior e melhor projecção. Pois essa norma reflecte essencialmente a idéia de que é justo conceder aos estrangeiros a mesma condição pessoal, o mesmo tratamento que lhes seria dispensado no seu país de origem. Se um brasileiro domiciliado em Coimbra teria no Brasil o seu estado, a sua capacidade definida em função do direito português, a que título lhe aplicaríamos nós em Portugal as leis brasileiras? Pode à vontade ser-se mais papista do que o Papa, o que não pode, sem violência grave aos altos valores do Direito, é ser-se mais “nacionalista” do que o mesmo Estado nacional.

Para além do âmbito do estatuto pessoal, a posição do projecto português é um tanto diferente; mas só na medida em que no caso de transmissão da competência a um terceiro ordenamento jurídico, exige a aceitação deste.

Ex.: O testamento não foi exarado nem pela forma da *lex loci* nem pela forma da lei nacional do testador; foi-o todavia pela forma da lei do domicílio (que se considera aplicável) e a *lex loci* basta-se com isso. O acto será, pois, válido pelo menos em três dos países com que tem alguma conexão; resultado óptimo, tanto mais, quando vai de acordo com a idéia do *favor testamentarius*.

Se porém na lei designada pelo direito do foro e naquella outra terceira legislação não vigorar um critério uniforme, não haverá reenvio. Ante a impossibilidade de alcançar uma total harmonia de decisões, no conflito entre o d.l.p. do foro e o da lei a que este se refere, entendeu-se que em regra não haverá razão para preferir a directiva do último. No entanto, talvez se justificasse uma norma diferente — no caso de ser o reenvio a única forma de salvar da nulidade um acto jurídico: *res magis valeat quam pereat*.

Acabou-se de tocar num dos pontos focais do projecto português. A este respeito, o d.l.p. lusitano do futuro e o brasileiro já vigente estão, pode dizer-se nos antípodas (7). Mas a circunstância é em grande parte feliz: aqui a divergência redundava em vantagem.

Desde que Portugal aceite o reenvio, nos termos explanados, o estatuto pessoal dos cidadãos brasileiros domiciliados no estrangeiro, que a referida lei de introdução (art.º 7.º) manda regular pela *lex domicilii*, será o mesmo nos dois países — tanto em Portugal como no Brasil.

No tocante às relações entre os dois Estados da nossa comunidade lusitana, a attitude do direito brasileiro adversa ao reenvio num só caso se revela prejudicial: caso dos súbditos portugueses domiciliados nalgum terceiro país (p. ex. em Cuba) seguidor do princípio da nacionalidade. Aqui a uniformidade só poderia conseguir-se respeitando o Brasil — cujos interesses não estão, aliás, em causa — graças ao expediente do reenvio, o direito interno português.

(7) Cód. civ. brasileiro, Lei de introdução, art. 16.º: “Quando nos termos dos artigos precedentes se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”.

II. E voltemo-nos agora para a hipótese inversa: o *conflito positivo das regras de conflito*.

Também quanto a este ponto o projecto português manifesta a sua intenção de colaborar com o estrangeiro, em vista de tornar possível a harmonia de decisões.

Com efeito (segundo o exemplo do Código alemão e de algumas Convenções da Haia — a de 1902 sobre a tutela, a de 1905 sobre os efeitos do casamento), após ter sujeitado a tutela, as relações do pátrio poder, o regime dos bens no casamento, as sucessões por morte, à lei nacional, abdica expressamente desta regra em favor da *lex rei sitae*, com referência aos bens situados num país cuja legislação os submeta a algum regime especial.

É a idéia, tão profundamente meditada por ZITELMANN, de que, sendo um conjunto de bens e direitos concebido unitariamente (*Sub specie universitatis*) pela lei mais qualificada para o regular, todavia, há que separar do acervo todos equeles elementos que a ele não pertençam segundo o estatuto próprio a cada um: o estatuto da parte prevalece sobre o estatuto do todo (*Einzelstatut bricht Gesamtstatut*”).

Assim, p. ex. Portugal (como a Espanha, a Itália, o Brasil), levando às últimas consequências o conceito romanista da sucessão universal (*universum jus defuncti*), sujeita a sucessão *mortis-causa* a uma lei única — a lei nacional do autor da herança — mesmo que os bens hereditários (móveis ou imóveis) se encontrem em diversos países. A herança de um súbdito português deve constituir uma unidade, regulada na sua devolução pelo direito lusitano. Contudo, dessa unidade serão destacados e considerados à parte — considerados *uti singuli* e não em italico *sub specie universitatis* — todos os bens que forem situados num país em que prevaleça uma diferente concepção do fenómeno sucessório (pelo menos para efeitos de d.i.p.) e que os submeta, portanto, à lei territorial. É o caso da França. O principio da unidade e universalidade da su-

cessão, enunciado pelo estatuto sucessório, exigiria a inclusão na massa hereditária mesmo dos imóveis deixados em França pelo cidadão português. Mas o direito francês nega que esses bens pertençam à sucessão portuguesa, organiza com eles uma sucessão à parte: *quot sunt bona diversiis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia*. Há que respeitar esta posição da *lex rei sitae*.

Será esta a melhor doutrina?

Eu penso que sim. Pois o Estado nacional do de-cujus não tem nenhum poder efetivo sobre coisas situadas em território estrangeiro, a efectividade das decisões tomadas pelos seus tribunais em relação a tais coisas depende toda inteira da cooperação que lhe queiram dar as autoridades do Estado da situação — e logo uma diferente solução do problema careceria absolutamente de sentido prático. Que valor teria a concessão em Portugal a um indivíduo, *jure haereditario* (em harmonia com as leis portuguesas), da propriedade de bens imóveis existentes em França, se nada há que impeça o Estado francês de lhe denegar em absoluto esse direito, a pretexto de não ter ele fundamento algum segundo as leis territoriais? Que vale um direito cuja efectivação não pode ser garantida? Que sã legislação não há-de recuar ante a perspectiva de sacrificar os indivíduos no altar de um falso doutrinarmos? (8)

Justificar-se-ia até a extensão da regra em termos de abranger, no conflito entre a lei nacional e a do derradeiro domicílio do *de cujus*, a pretensão de competência da última; mas tão sòmente, claro está, em relação aos bens situados no território do país do domicílio. É um ponto a estudar. Se assim fosse, esbater-se-ia consideravelmente, em relação a matéria tão revelante do estatuto pessoal como as sucessões a agudeza do conflito entre o sistema da lei nacional e o da lei do domicílio, que hoje é um fosso cavado entre as legislações dos países da

(8) FRANKENSTEIN, *IPR*.

nossa comunidade. À sucessão por morte dos portugueses domiciliados no Brasil, e pelo que respeitasse a todos os bens aqui situados, seria aplicável sempre o direito sucessório brasileiro, mesmo segundo o ponto de vista português. De resto, já se está esboçando no meu país uma prática nesse sentido, aliás contra a letra dos textos legais: os tribunais tem-se recusado a incluir, nos inventários por óbito dalgum nacional, bens sitos em território estrangeiro, designadamente no Brasil.

Mas como quer que seja quanto a este ponto, certo é a regra focada há pouco possuir a elasticidade bastante para ressaltar a aplicação e o respeito de uma norma como a do § 1.º do art.º 10.º da Lei de introdução ao Cód. brasileiro: “A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio”.

E assim se vê como o projecto português, numa atitude de vincado e creio que louvável realismo, consagra também, com o do *reenvio*, o princípio a que se tem chamado *da maior proximidade — da maior competência*. No d.i.p. brasileiro não se encontram vestígios nem de um nem de outro.

III. Por outra forma ainda, além das apontadas, se pode afirmar também a idéia de reconhecimento e do respeito do d.i.p. estrangeiro.

Nem em Portugal nem no Brasil, a homologação de sentença procedente doutro país exige que o tribunal estrangeiro tenha aplicado a lei devida, segundo as normas de conflitos locais (C.P.C. port., art.º 1102.º; Cód. civ. bras., Lei intr., art.º 15.º). É, pois, válido, para o direito português e brasileiro, este princípio:

“Toda a situação jurídica, constituída ou definida por uma sentença judicial estrangeira digna em si de reconhe-

cimento, será reconhecida e produzirá os seus efeitos neste país; salvos sempre os princípios da ordem pública e dos bons costumes.

A justificação desta regra é intuitiva. Por ela, o d.i.p. local apaga-se, cede o lugar a um d.i.p. estrangeiro, pois naturalmente o tribunal sentenciador terá resolvido o conflito de leis pelas suas próprias regras de conflitos, que podem não coincidir com as do país do *exequatur*. O Cód. português só abre excepção para o caso de, tendo sido a sentença proferida contra um nacional e considerando-se a lei portuguesa aplicável, haver sido aplicada outra.

E o que se pergunta agora é se não deverá aplicar-se a mesma doutrina a todos os direitos firmemente adquiridos, a todas as situações jurídicas criadas em país estrangeiro, à sombra da lei a que os interessados, nesse momento, pudessem razoavelmente julgar-se sujeitos. E assim se validariam, no Estado nacional das partes, tantos actos do estatuto pessoal praticados no estrangeiro, ao abrigo da *lex domicili*.

Mas enfim, não seria isso praticamente o mesmo — objectarão os adeptos intransigentes do princípio da nacionalidade — que substituir a esta regra a do domicilio? Vamos nós esquecer, na solução do melindroso problema, o supremo interesse do Estado?

Muito embora se me não afigurem tais objecções irrespondíveis, reconheço que numa nação como Portugal não seria porventura oportuno abdicar do princípio da nacionalidade, nem mesmo só naquela medida; abdicar desse princípio em favor de todo e qualquer país, e não apenas deste — um país irmão.

Por isso, o projecto português não sansiona aquela doutrina em toda a sua latitude. Tem, contudo, uma norma que a consagra já numa extensão apreciável: a regra da competência da lei nacional “não obstará a que se reconheça plena validade, em favor do interessado ou

de quem o represente, aos actos jurídicos praticados por um português no país estrangeiro da sua residência permanente e efectiva, na conformidade das leis desse país, muito embora tais actos devessem julgar-se nulos segundo as disposições applicáveis do direito privado português”.

Além disso, encara-se a possibilidade de incluir no futuro Código uma regra que dê satisfação, em termos gerais, ao citado *princípio do respeito internacional dos direitos adquiridos* — adquiridos em país estrangeiro ao abrigo da lei a que os interessados, nessa ocasião, pudessem razoavelmente considerar-se ligados — sempre que a lei portuguesa não formule, no caso, qualquer pretensão de applicabilidade. Algo de semelhante ao que está fixado no art.º 25.º, II, do projecto francês (9).

Não encontro nada de equivalente no direito brasileiro. E compreende-se, pois onde a oportunidade dessa directiva se torna mais flagrante é nos Estados que praticam o sistema da lei nacional: trata-se de atalhar, por tal modo, à extrema rigidez e à inconveniência prática do princípio.

IV. *Reenvio, maior proximidade, respeito internacional dos direitos adquiridos* — eis as principais técnicas usadas no projecto lusitano com vista à obtenção da *harmonia jurídica*, as capitais implicações do princípio a que chamei da *contemporização*.

Poderá caracterizar-se também esse projecto pela autonomia dos seus conceitos em relação aos do respectivo direito material?

Tocamos agora na tão famosa *questão das qualificações*.

(9) “Todavia, debaixo da mesma reserva (ordem pública), se a lei francesa não applicável (à situação jurídica criada no estrangeiro), basta que esta situação jurídica tenha sido criada em virtude de uma lei estrangeira que se considerava competente, para que ela possa produzir os seus efeitos em França.”

São bem conhecidos os termos do problema. Ao estabelecer os seus preceitos de d.i.p. e para fixar a cada um o campo de acção respectivo, o legislador serve-se muito amiúde, como expediente técnico, da referência a conceitos jurídicos: forma externa dos actos, validade intrínseca, capacidade, obrigações, direitos reais. Por isso, dada uma relação do comércio internacional e a consequente necessidade de lhe definir a lei reguladora, uma questão prévia se põe: caracterizá-la ou qualificá-la, isto é, apurar o conceito jurídico e, por aí, a norma de conflitos a que pertença. A relação originada no contrato de arrendamento é da competência da lei das obrigações ou da competência da lei dos direitos reais? A prescrição extintiva pertence ao estatuto obrigacional ou, como matéria de direito adjectivo, à lei do foro?

Questão já de si delicada, que se complica ainda pela possibilidade de a matéria ser qualificada diferentemente nas várias leis em contacto com a relação *sub-judice*.

Por ex.: o direito do arrendatário rústico ou urbano pode ser definido no país do foro com direito pessoal, ser qualificado como direito real no da celebração do negocio jurídico. E surge então a necessidade de apurar a qualificação decisiva, como questão prévia — a necessidade de resolver o conflito de qualificações. Prevalecendo a concepção da lei do tribunal, o direito competente será o relativo à substância e efeito dos contratos; prevalecendo a da *lex loci*, a lei do lugar da situação do prédio.

Sabe-se como a doutrina tem oscilado entre dois polos: de um lado, a idéia da necessária vinculação do d.i.p., dos seus conceitos-balisas, ao direito material do foro (KAHN, BARTEN); do outro o pensamento da *harmonia jurídica* inspirando teorias de variado matiz — desde a que manda atender à mesma *lex causae* (hoje considerada a salvo da arguição do círculo vicioso) até aos sistemas em

que se preconiza a modelação pelo d.i. de uma *conceptologia própria*.

É evidente que me não posso propor aqui dilucidar tão magno problema. Mas já revelei do meu pensamento o bastante para poder conjecturar-se qual seja, nas suas grandes linhas, a minha posição diante dele. Sou partidário da *doutrina da autonomização*.

Estreitamente compreendida em função do direito material de um país, amarrada, jungida ao sistema das suas instituições e das suas caracterizações — a norma de conflitos torna-se incapaz de satisfazer as necessidades para que foi criada. Nem admira: pois não é com instrumentos puramente nacionais que pode acometer-se e levar-se a cabo uma tarefa internacional.

O d.i.p. é a comporta que, uma vez levantada, permitirá às leis e instituições estrangeiras irromperem no país, inspirando e modelando as decisões dos seus tribunais e autoridades. Logo é forçoso que às regras de conflitos corresponda uma *conceptologia própria* — um quadro de conceitos com a compreensão necessária para abranger todos os fenómenos jurídicos possíveis e todas as instituições conhecidas no mundo civilizado. Cada país tem um quadro limitado de instituições, há muitas mais à face da terra — e o d.i.p. destina-se precisamente a tornar possível o reconhecimento de todas, a importação de todas.

Que diríamos de um sistema aduaneiro construído em termos de só prever (e permitir) a importação de mercadorias iguais ou correspondentes às produzidas no país? Seria um absurdo, não é verdade? Numa terra onde se não fabricassem automóveis. ninguém poderia andar de automóvel, numa terra que não fosse dada à cultura de batatas... seria proibido comer batatas. .

Pois não será menos absurdo — embora provavelmente seja menos prejudicial... — um sistema de regras de conflitos edificado à maneira antiga: abrangendo só

na previsão das suas normas, as instituições do direito local.

Tomemos o caso da adopção, como fonte de relações de família e de direitos sucessórios. É uma instituição que se não compreende ainda no quadro das leis internas portuguesas. Prevalecendo a concepção tradicional, tão pouco a comportariam os quadros do nosso d. i. p. Mais precisamente: não a comportaria a norma deste direito que manda regular as relações da família pela lei nacional, já que, nessa lógica, tal norma só poderá referir-se às relações derivadas do parentesco, do casamento, da afinidade. E o mesmo se diga, em relação a qualquer caso análogo, da regra do art.º 7.º da Lei de introd. ao Cód. civ. deste país.

Seria o não reconhecimento forçado de toda a instituição estrangeira, da adopção p. ex., não admitida e regulada na ordem jurídica local e por esse simples facto. Seria o retorno a SAVIGNY, ao primeiro desabrochar do d. i. p. moderno. Ninguém pode aceitar hoje aquele princípio — a não ser diante de uma instituição imoral ou injusta, ou contrária ao interesse do Estado, e ainda quando a sua importação exija dalguma autoridade local uma forma de cooperação com as partes que exorbite do quadro das suas atribuições.

Impõe-se, portanto, autonomizar o d. i. p., libertá-lo do jugo do direito material em que tem vivido. A norma de conflitos não pode referir-se a fenómenos ou instituições privativas da *lex fori*, mas a uma essência, uma abstracção — a criar pela comparação das diferentes leis nacionais. À regra que manda regular as relações de família pela *lex patriae* e a vocação sucessória pelo direito nacional do *de cujus* (ou o do seu domicílio) — teremos de atribuir a elasticidade bastante para compreender todas as relações jurídicas familiares (até mesmo a adopção), todas as fontes de vocação sucessória (até mesmo o contrato) reconhecidas nas legislações estrangeiras.

É o pensamento de RABEL — um pioneiro e um *caput scholae* — que nesta medida se me afigura merecedor de todo o aplauso, como ideia imediatamente realizável.

E o futuro sistema legal português dá-lhe acolhimento. Simplesmente a técnica seguida foi esta: criar uma regra autónoma prevendo expressamente o caso das instituições estrangeiras não reconhecidas no ordenamento local. O seu teor é o seguinte:

Art.º 34 bis — Salva a reserva formulada no artigo anterior, não obstará ao reconhecimento no país de uma instituição jurídica estrangeira, quando esse reconhecimento for implicado pelo da lei competente, a circunstância de tal instituição ser ignorada do direito interno português.

Esta regra não contende com o limite legal das atribuições dos funcionários públicos do Estado (10).

Quanto à outra face do *problema das qualificações*, quanto às dificuldades (as mais graves, valha a verdade) que advêm da diferente caracterização do mesmo fenómeno ou questão de direito na *lex fori* e nas outras leis interessadas no conflito — o projecto mantém-se por enquanto omissivo. Mas o que nele já se adverte, a este respeito, chega para o caracterizar como integrado naquella tendência, autonomista que constitui, por certo, um dos rasgos mais salientes do moderno d. i. p.

4. Passemos agora a analisar o futuro d. i. p. lusitano pelo prisma das soluções que dá aos conflitos de

(10) Por ex.: não poderá requerer-se a um tribunal português a homologação de um testamento britânico.

leis. Não vou, evidentemente, dissecá-las uma a uma. Limitar-me-ei a sublinhar dois princípios cujo interesse se me afigura capital: o da *autonomia da vontade* e o da *nacionalidade*.

I. O primeiro é formulado para o domínio das obrigações constituídas por acto ou negócio jurídico. Essas obrigações serão reguladas pela legislação “que as partes tiverem designado ou tido em vista”.

Esta regra marca a aceitação de uma directiva da escola italiana. Eis como a justifiquei na exposição de motivos que acompanha o projecto:

Bem se sabe que o *princípio da autonomia da vontade*, tem sido, de todos os tempos, um dos mais discutidos do Direito Internacional Privado. Mas a repulsa que tem merecido a tantos autores representa em grande parte, manifestamente, um excesso de sensibilidade a razões de pura lógica: deve ser taxada de franco exagero.

Tudo se resume a saber se a solução que ele postula é razoável.

Ora, sem dúvida.

Não fossem as dificuldades a ela inerentes, e a investigação da lei reguladora da relação contratual deveria unicamente ser tarefa a executar pelo juiz da causa, olhando às circunstâncias de cada caso concreto. Pois sujeitar a variedade e a extrema complexidade das situações da vida, correspondentes à qualificação de negócios obrigacionais, na quadro rígido de um critério único e inflexível, é pretensão a que de há muito renunciou a melhor doutrina. Ao passo que classificar esgotantemente a massa das relações obrigacionais (de acordo com a mais recente orientação) em tantas espécies ou tipos bem definidos quantos os precisos para fazer corresponder a cada relação a lei devida, a lei mais ajustada à situação típica dos interesses — *the proper law of the contract* — se não constitui ambição de todo irrealizável (como pro-

vávelmente.), ao menos constitui de certeza ambição irrealizada por enquanto.

Isto nos explica que haja até mesmo autores que, sem renunciar à idéia de que a determinação do estatuto contratual deveria ser conduzida por critérios acima da vontade das partes, venham a cair, afinal, como solução de emergência, no recurso a essa vontade. Eles não querem, dir-se-ia, que às partes sejam directamente reconhecidos os poderes bastantes para livremente solverem o conflito, como coisa sua; não obstante, aceitam haver boas probabilidades de que a lei por elas designada coincida com — *the proper law of the contract*; de que a solução por elas escolhida seja a solução racional do conflito de leis: e conformam-se, por isso, com a designação feita.

De acordo com tal orientação, o facto de as partes terem escolhido uma certa lei tem o valor de um simples indicio (mas de importância quase sempre capital) de que é essa realmente a lei indicada para reger a relação jurídica — a lei da sede. “As forças imponderáveis, que suscita o próprio interesse, convertem as partes contratantes nos julgadores mais adequados (da localização do contrato)” (M. WOLF, *Derecho Internacional Privado*, pág. 215).

Como há ainda quem ponha o problema destoutra forma:

Se as partes designaram expressamente determinada lei para reger o seu contrato, isso é indicio seguro de que tal contrato foi estipulado tendo-se presentes as disposições dessa lei. Pô-lo na dependência doutra, seria correr seguramente o risco de frustrar a intenção dos contraentes, de deformar o acordo de vontades. Deve por isso respeitar-se a estipulação, não, em suma, como homenagem à liberdade individual, não directamente por causa da vontade que ela exprime — mas sim porque

esse facto evidencia a íntima e vital conexão do negócio com a lei designada.

O que interessa, porém, directamente, no plano do direito constituendo, é apenas saber se deve reconhecer-se o valor jurídico à designação que as partes tenham feito da lei aplicável. Ora do exposto resulta que sim.

Se não é admissível confiar a solução do problema a um critério imperativo único; se não é fácil, nem sequer possível, formular tantos critérios objectivos justos quantos os tipos imagináveis de situações; se não é conveniente sujeitar as partes à incerteza até que sobrevenha uma decisão judicial; se, por outro lado, perfeitamente se entende que os contraentes possam ter um interesse digno e sério em submeter a sua relação a esta lei ou àquela: está naturalmente indicado, desde que o tenham feito, o acatamento da sua vontade.

Nem deverá ser preciso que possa falar-se de uma intenção das partes expressamente dirigida a sujeitar o contrato a certo ordenamento jurídico: bastará que elas tenham contratado na suposição de que esse ordenamento era o aplicável.

Assim, pois, a intenção das partes contratantes é elevada à dignidade de um verdadeiro critério de competência legislativa. Não se trata de uma simples liberdade de integração do regime do contrato, nos limites demarcados pela lei competente, senão que da própria escolha directa desta lei. Nem há nisto erro de técnica, não há sobreposição da vontade à disciplina legal imperativa, ao *jus cogens*, porque uma norma só pode ser obrigatória dentro dos limites de competência da legislação a que pertence. Isto quer dizer que a objecção envolve uma insofismável petição de princípio. Ela pressupõe resolvido o problema da lei aplicável, quando afinal a questão só está posta, e é justamente para a resolver que a vontade das partes é solicitada. Dá por demonstrada, sem qualquer demonstração, a competência de uma lei diferente da

escolhida: mas por que não há-de ser esta mesma a própria lei competente — a única?

O projeto põe uma importante limitação à liberdade de escolher a lei aplicável. A opção há-de corresponder a algum interesse importante e atendível.

É o caminho mais lógico: O problema em causa consiste meramente em separar, dentre as várias leis em contacto com a relação jurídica, aquela cuja aplicação constitua a solução mais razoável do conflito. Não se compreenderia, portanto, que as partes pudessem mover-se com inteira liberdade.

Em rigor, só deveria até considerar-se a escolha que recaísse numa das leis objectivamente ligadas à relação.

Ponderou-se todavia que a designação doutra lei pode corresponder “a um interesse importante e atendível” de uma das partes ou de ambas. Assim, v. gr., quando a lei estipulada para reger um certo contrato for a aplicável a um outro, do qual o primeiro seja, economicamente, ou um simples acessório ou um desenvolvimento; que seja, em relação a este, um pressuposto, a sua base económica. (Sendo a ligação dos dois contratos uma ligação jurídica, então o caso já estaria abrangido no outro critério). Exemplo: Um comerciante português, que importou mercadorias da América por intermédio de uma firma americana, ficando a negociação submetida ao direito americano — poderá ter um interesse “importante e atendível” em estipular a aplicabilidade do mesmo direito às operações de revenda dessas mercadorias em Portugal. Fazendo-o, estará ele seguro, na verdade, do seu direito de regresso contra a firma americana, se acaso os seus clientes vierem tomar-lhe responsabilidades por defeitos da coisa. Ora poderia duvidar-se da legitimidade de se considerar, no caso, a lei americana como uma daquelas em contacto com a rela-

ção jurídica — segundo a acepção que tradicionalmente revestam tais expressões.

De resto, a fórmula é suficientemente compreensiva para abranger ainda casos de outra índole.

Se a lei designada pelos contraentes for uma daquelas com que a relação jurídica estiver em contacto através de um dos elementos *típicos* de conexão — a nacionalidade ou o domicílio das partes, ou de uma delas, o lugar da celebração ou da execução do contrato, a situação da coisa — a escolha será válida, independentemente de qualquer outra averiguação (art.º 3.º, III): presumir-se-á que ela foi determinada por algum interesse “importante e atendível”. Em qualquer outra hipótese, os contraentes terão de convencer o juiz da importância e seriedade do interesse que esteve na base da estipulação.

Há que resguardar a hipótese de não terem as partes feito uso da faculdade de escolher a lei aplicável, ou de não ser atendível a escolha feita. Nesse caso, o juiz deverá observar a solução que lhe pareça mais razoável conforme a natureza e circunstâncias do contrato. Mas a um tal preceito vai fatalmente ligada uma grande dose de incerteza. Por isso, houve o cuidado de formular, a título exemplificativo, alguns critérios para certos tipos de casos, de acordo com a orientação do legislador polaco de 1926 e do projecto checoslovaco de 1932. Assim é que:

1.º — Os contratos celebrados nas Bolsas ou em mercados públicos serão regidos pela lei do lugar da celebração;

2.º — Os contratos relativos a bens imóveis, pela lei do lugar da situação dos mesmos bens;

3.º — Os contratos com o Estado ou entes públicos congêneres, para a realização de um fim de serviço público, pelas leis territoriais do Estado ou ente público contraente;

4.º — Os contratos-tipo (contratos de adesão) pela lei do principal estabelecimento da entidade que oferece o padrão contratual, ou, quando estipulados por intermédio de uma agência, filial, sucursal ou delegação, pela do país onde esta se encontra;

5.º — Os actos praticados por um empresário no exercício directo da sua empresa, pelas leis do país onde esta funciona; no caso de existirem vários estabelecimentos, pelas do território onde funciona o estabelecimento em cuja esfera a negociação foi concluída;

6.º — Os contratos celebrados com pessoas que exercem uma profissão oficial ou oficializada, como advogados, médicos, etc., e que se integram no exercício dessa profissão, pelas leis do Estado onde tais pessoas têm o seu domicílio profissional.

Em último termo — e sempre que outra coisa não resulte da natureza e circunstâncias do acto — decidirá a lei do domicílio comum das partes; na falta de domicílio comum, a do domicílio do obrigado ou daquele que atribui o benefício, nos contratos unilaterais e nos gratuitos; nos restantes, a lei do lugar da celebração.

O reconhecimento no Projeto português do *princípio da autonomia da vontade* está na linha tradicional da orientação do direito luso-brasileiro. Efectivamente, o art.º 4.º do Cód, comercial português, mandando regular a substância e efeitos dos contratos pela lei do lugar da celebração, ressalva expressamente a convenção das partes em contrário; e o mesmo fazia o art.º 13.º da antiga Lei de introd. ao Código brasileiro (11). Vejo,

(11) A esta interpretação dos textos legais português e brasileiro fez o prof. MACHADO VILELA guerra acesa. Parece, no entanto, que a opinião dominante no Brasil era a referida no texto: CLOVIS BEVILAQUA, *Direito Internacional Privado* (3.ª ed., 1938, pág. 359); ESPINOLA, *Tratando de Direito Civil*, vol. VIII, *Direito Internacional Privado*, Parte especial, tomo 1.º, pág.514 e segs.

porém, do texto do art.º 9.º da Lei de introdução actual, que o sistema foi abandonado neste país. Permito-me opinar que era mais sábia a solução da lei anterior. A meu ver, o sistema da lei do lugar da celebração só como sistema suplectivo pode justificar-se. Na era do avião, em que vivamos, há-de tornar-se cada dia mais frequente dois indivíduos contratarem num país em que estejam apenas de passagem (na gare do aeroporto, no breve tempo entre a chegada e a partida dalgum clipper gigante), sem ter o seu contrato nenhum laço de conexão apreciável — salvo essa, toda fortuita e insignificativa — nem com a ordem económica nem com a ordem jurídica dessa nação. Será justo que sem embargo disso sujeitemos imperativamente o negócio às leis em vigor nesse lugar?

Certo é, porém, que na prática a distância entre as duas orientações não é tamanha, pois a grande maioria das normas legais sobre os contratos tem natureza meramente suplectiva.

II. O grande ponto de atrito entre o d. i. p. dos nossos dois países é, senhores, o *critério para a determinação do estatuto pessoal: nacionalidade* num lado, noutro *domicílio*. Não importa apreciar as razões que desviaram o Brasil, neste ponto, da antiga linha de rumo; elas são de certo ponderosas. Como também não importa ajuizar dos motivos que hajam de levar Portugal a não se demitir da sua posição. De resto, para além das razões doutrinárias estão as políticas: é coisa bem averiguada que o que sobretudo decide, conforme os lugares, da preponderância do sistema da *lei do domicílio* ou da *lei nacional*, não é senão a conveniência, aqui de apressar (ou de não retardar) a assimilação dos estrangeiros residentes, acolá de manter a união espiritual dos emigrantes à mãe pátria. Estas duas políticas de

sinal contrário levarão naturalmente (ainda que não fatalmente) a soluções contrastantes do nosso problema.

Mas não quer dizer que toda a conciliação seja impossível. Pelo contrário: divisam-se largas perspectivas de entendimento. Não me estou referindo a um possível entendimento entre os Estados partidários do *sistema do domicílio*, de um lado, e, do outro, os seguidores do *sistema da nacionalidade*. Estou-me referindo a alguma coisa de muito mais facilmente exequível: um acordo entre as duas Nações da nossa comunidade luso-brasileira.

Consentiria o Brasil em regular em princípio pelas leis da sua Nação o estatuto pessoal dos portugueses aqui residentes. Em contrapartida, Portugal estaria de acordo com a aplicação a esses indivíduos do direito brasileiro logo que estivesse bem comprovada, pelo decurso do tempo (3 anos, 5 anos), a sua intenção de se fixarem aqui de modo permanente, de cá se enraizarem, enfim, de fazerem do Brasil — o que o Brasil já é, afinal, no coração de todos os portugueses: uma segunda Pátria.

E esta não é a única solução possível. Os esforços poderiam orientar-se noutro sentido: Portugal — que em relação aos brasileiros residentes no seu território já hoje aplica, pela combinação dos *princípios da nacionalidade e do reenvio*, a lei que o Brasil queira; que em relação aos seus nacionais, que sejam também cidadãos brasileiros aqui domiciliados, já hoje aceita, para todos os efeitos legais, a prevalência da cidadania brasileira (Cód. civ., art.º 18,§ 3.º) — Portugal consentiria ainda em apreciar segundo as leis do Brasil todas as relações de carácter pessoal aqui estabelecidas por um português residente. O Brasil, por seu turno, não levantaria obstáculos a apreciar segundo a legislação portuguesa quaisquer relações desse tipo constituídas em Portugal por um cidadão português, mesmo depois de ter fixado a sua residência neste país.

São tudo técnicas possíveis para a solução de um problema cuja premência ninguém contestará.

De resto, para além de quanto neste sentido possa fazer-se — e muito poderá fazer-se — à mesa das conferências diplomáticas ou no recanto solene das chancelarias de Estado — já no projecto d.i. lusitano se encontram providências idóneas para realizar uma certa *harmonia jurídica* entre os nossos dois países, não obstante as diferenças de legislação, quer no campo do estatuto pessoal quer em outros. É a lição que ressuma de quanto acaba de ser exposto.

O *reenvio* permitir-nos-á lograr a unidade do estatuto pessoal em relação a todos os cidadãos brasileiros, quer tenham aqui, nas Américas, a sua residência permanente, quer demorem lá do outro lado do Atlântico.

O *princípio da maior proximidade* autorizará, inclusive, a regular em Portugal pelo direito brasileiro as sucessões por morte dos portugueses aqui domiciliados, quanto aos bens situados neste país.

Em terceiro lugar, deixará de haver obstáculo (salvo o limite da ordem pública) à importação e ao reconhecimento em Portugal de quaisquer instituições brasileiras porventura ignoradas do direito lusitano.

Por último, o *princípio do respeito dos direitos adquiridos*, em seu primeiro e tímido afloramento, viabilizará, nalguns casos, a homologação no meu país de situações jurídicas criadas aqui por cidadãos portugueses, ao abrigo das leis do seu domicílio e contra a disposição imperativa da lei nacional.

Serão tais expedientes a medicina eficaz para debelar o mal da divergência das regras de conflitos?

Ninguém ousaria dizê-lo. Não: não passam as normas descritas de meros paliativos. Cortar a raiz do mal exige mais drásticas medidas. Estudar e apontar esses remédios aos governos interessados é nobre missão

de que por certo não quererão desertar os juristas dos dois países. Quanto levem a cabo, em prol da unificação, não será demais no interesse de portugueses e brasileiros, no interesse das duas Pátrias irmãs. Porque enfim, não é demais nada que se faça no sentido de cunhar a expressão jurídica adequada a esta bela e profunda comunhão de sangue, de história, de língua, e de crença, de costumes e de trabalho, de ideias de vida, de cultura — este Brasil, onde vive, e labuta, e pensa, e quer Portugal, esse Portugal donde já se adivinha e entrevê, para além dos mares, esta grandeza imensa, esta força estuante; o BRASIL!

Relação e norma na vida do direito

Ruy Cirne Lima

Professor catedrático da Faculdade de
Direito de Pôrto Alegre, Universidade do
Rio Grande do Sul.

A ontologia jurídica, no que tem de específico, é uma ontologia da relação. As demais categorias do ser, a ontologia jurídica as recebe da metafísica geral, sem ajuntar-lhes notação especificadora. À relação, também recebida, como noção comum, da metafísica, acrescenta-se, porém, e a ela sómente, a qualificação “*per accidens*”, que a singulariza como relação jurídica.

I

A ontologia da relação é essencialmente a ontologia da ordem. Entre os dois aspectos da relação real, o da inerência (“*esse in*”) e o do relacionamento, ou ordenamento (“*esse ad*”), o aspecto fundamental é pertinente à ordem.

A ordem não é, entretanto, entidade que se super-ajunte às entidades ordenadas; se o fosse, seria uma entidade a mais, a ser, também, ordenada (1). SANTO TOMÁS advertiu, a propósito: “embora o “*ad aliquid*” não signifique alguma cousa como inerente, é fôrça que seja

(1) A. D. SERTILLANGES, *La Philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, 2.^a ed., Paris 1940, t. I. p. 103.

inerente” (2); e acrescentou: “na relação é alguma coisa inerente, embora não por isso mesmo que é relação; assim, também, a ação por isso que é ação, é considerada como do agente; enquanto, porém, é acidente, e considerada como no sujeito agente” (3).

Pelo aspecto da ordem, a relação manifesta-se, de certo”, “*quasi in aliud transiens et quodammodo rei relatatae assistens*” (4), como a tocar o ser relacionado, — “*quodammodo contingentem ipsam rem relatam, prout ab ea tendit in alterum*” (5). Mas essa é a aparência, tão só. A ordem consiste, precisamente, na coaptação dos extremos, sem que nada, entre êles, se interponha.

Não se interpõe, de feito, a ordem entre os seres correlatos. Sobrepõe-se-lhes, sim o princípio de ordem, segundo o qual se ordenam eles, um ao outro (6). A operação dêsse princípio, da qual resulta a coaptação perfeita dos correlativos entre si, é tôda a realidade da relação, enquanto ordem.

A coaptação supõe adaptabilidade recíproca dos extremos; a relação, portanto, está, também, nos extremos, por êsse aspecto, que é o aspecto da inerência (“*esse in*”). Mas a coaptação mesma (“*relatio*”) é efeito da operação de um princípio exterior: o princípio de ordem (7).

(2) *De Potent*, q. 8, art. 2, c.: “... licet “*ad aliquid*” non significet ut inhaerens, tamen oportet ut sit inhaerens”.

(3) *De Potent*, q. 7, art. 9, ad VII: “*et ita relatio est aliquid inhaerens, licet non ex hoc ipso quod est relatio; sicut et actio ex hoc quod est actio, consideratur ut ab agente; in quantum vero est accidens, consideratur ut in subjecto agente*”.

(4) S. TH., *De Potent*, q. 7, art. 9, ad VII

(5) S. TH., *Sum. Theol.*, I, q. 28, art. 2, c.

(6) S. TH., *De Verit.*, q. 5, art. 3, c.: “*quantumcumque... multitudinem invenimus ordinatam and invicem, oportet eam ordinari ad exterius principium*”.

(7) S. TH., *De Verti.*, q. 5, art. I, ad IX: “*ordo autem ad finem est fini propinquior quam ordo partium ad invicem, et quodammodo causa eius*”.

Há uma ordem no universo, um tecido de relações que se articulam em unidade, segundo a sua causa primeira e a sua finalidade última (8). Nessa ordem, a ordem jurídica se insere; nêsse tecido de relações, a relação jurídica. A valorização moral da finalidade, na ordem jurídica, não lhe destrói, na verdade, a realidade ontológica: especifica-a.

Aceitando a ordem moral e jurídica, e submetendo-se a ela, racional e voluntariamente, o homem não desnatura nem aniquila as exigências ontológicas que, naquela ordem, se traduzem: obedece-lhes, simplesmente, segundo a sua própria condição ontológica, isto é, enquanto ser dotado de razão e de vontade (9).

Os valores morais, de resto, não se podem dizer exteriores ao homem. SANTO TOMÁS sinalou, concisamente: “*unicuique rationali creature inest naturalis inclinatio ad id quod est consonum legi aeternae*” (10). A justiça não é um ditame, dado à razão, ou uma regra posta à vontade: é “um impulso espontâneo do ser humano, ao encontro de um fim que lhe é o seu bem” (11).

(8) S. THOMAS, *De Potent.* q. 7, art. 9. c: “*omnes autem creaturae ordinantur ad Deum, et sicut ad principium et sicut ad finem, nam ordo qui est partium universi ad invicem, est per ordinem qui est totius universi ad Deum; sicut ordo qui est inter partes exercitus, est propter ordinem exercitus ad ducem.*”

(9) A. D. SERTILLANGES, *ob. cit.*, t. II, p. 234: “*Tout le monde comprend que la loi d'un être ne peut pas se retourner contre lui, et que, pour le respecter, elle doit le prendre tel que la réalité la lui donne.*”

(10) A. D. SERTILLANGES, *La Philosophie des Lois*, Paris, 1946, p. 49: “*Il s'agit d'un principe normatif réglant un dynamisme initial de notre nature. D'une poussée spontanée de l'être humain vers une fin qui est son bien..*”

(11) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, p. 158

II

A realidade da valorização moral, na relação jurídica, recebe expressão objetiva, — “*extra animam*”, como SANTO TOMÁS diria, — através do fato jurídico.

Fato jurídico é o fato social, mediante o qual a ordem, segundo a justiça, ou, mais singelamente, a relação jurídica se estabelece e mantém. O fato jurídico não é, pois, um acontecimento instantâneo, um evento efêmero, do qual a relação jurídica decorra como estado permanente. Ao contrário, o fato jurídico é, precisamente, êsse estado duradouro que, condicionando a existência e a vigência da relação jurídica, lhe confere, a esta, a aparência de um estado permanente.

A relação, sim, é instantânea, renovando-se, “*singulis momentis*”, enquanto perduram as condições de sua vigência. Supõe a relação simultaneidade, e a simultaneidade é instantânea, embora possa repetir-se, indefinidamente, “*singulis momentis*”, tanto que perdurem as condições de coexistência, a que se aplique.

Fato jurídico não é, portanto, o contrato, de conclusão instantânea; mas, os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que aquêles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjunção, virá a surgir e a perdurar, renovada de instante a instante.

A relação jurídica, não há duvidar, reclama como condição a pluralidade social. Robinso Crusoe, solitário em sua ilha deserta, não é, senão virtualmente, sujeito de relações jurídicas, salvo para com Deus. Dentro na coletividade social, assim a relação entre o sujeito e uma coisa corpórea, como a relação entre o sujeito e a ação ou a abstenção de outro sujeito, definem-se como relações jurídicas, exatamente por se constituírem em face de outros sujeitos ou, melhor dito, com exclusão de outros sujeitos, individuos da mesma coletividade.

Essa exclusão, evidentemente, não é tão só uma consequência do princípio de identidade, radicada exclusivamente no plano ontológico; é um dado moral, corolário do princípio fundamental de justiça, que prescreve se atribua a cada qual o que é seu, — “*suum cuique tribuere*”. A todos incumbe o dever moral e jurídico de respeitar a atribuição, resultante da relação jurídica, pelo qual o termo desta se vincula, como próprio, a um sujeito determinado (11). Insito êsse dever na noção de fato jurídico, à base de toda e qualquer relação jurídica, não há como distinguir, por êsse aspecto, as relações jurídicas, ditas reais, tendo como termo uma coisa corpórea, das relações jurídicas, ditas obrigacionais, tendo como termo a ação ou a abstenção de outro sujeito. O que permite distingui-las entre si, é, antes, a perseidade (“*perseitas*”) do termo, característica da coisa corpórea (“*suppositum*”), e estranha às ações e abstenções de outros sujeitos que, longe de existirem “*per se*”, daqueles dependem para virem a manifestar-se “*in actu*”. A perseidade do termo, nas relações, ditas reais, ou, melhor, a suficiência ontológica daquele explica, de resto, o predomínio crescente, no comércio jurídico, das relações reais sobre as obrigacionais, — a assim chamada invasão do Direito das Obrigações pelo Direito das Cousas (12).

A coletividade social, dentro na qual a relação jurídica se constitui, é, à sua vez, suscetível de gradação, descendo sucessivamente do humano ao doméstico. De vez que o sujeito da relação jurídica é, por excelência, o homem, a coletividade social, a seu turno, em que o homem, simplesmente como homem, se inclui, há de ser, primariamente, a sociedade universal de todos os homens. A mais ínfima das relações jurídicas supõe, necessariamente, a unidade social do gênero humano ou, seja, um estilo

(12) LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Cousas*, t. I, Rio de Janeiro, 1908, § 4, p. 37

de convívio em que, para tornar-se sujeito de relação tal, ao homem baste a sua humanidade. As demais conotações sociais do homem, a nacionalidade, o vínculo político, a solidariedade grupal, os laços de família super-ajuntam-se àquela condição essencial, — a condição humana. Estado, grupo, família são divisões e sub-divisões da sociedade universal, necessita como condição “*sine qua*” pela relação jurídica. São frações da unidade social universal, como o cidadão, o membro, o grupo, o parente são aspectos fracionários do mesmo homem. Certo, cada uma dessas frações é única, na medida em que participa da incomunicabilidade da pessoa (13), porque de pessoas se compõe; e essa unicidade, particularmente no que concerne ao Estado, tende a obscurecer-lhes a verdadeira natureza, como frações. A unidade da sociedade universal patenteia-se-nos, entretanto, isso não obstante. SUAREZ disse, excelentemente: “*humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem*” (14).

Uma nação que se revolte contra a humanidade, um grupo social ou uma família que se insurja contra a Nação, e a ordem jurídica, nessa Nação, nêsse grupo, nessa família, entra a deformar-se como liquido que, de um vaso, se derrama. O nacional-socialismo alemão e o fascismo italiano são exemplos, ainda recentes, dessa inevitável deformação. O social, nessa sua mais ampla acepção, é condição do jurídico.

A relação jurídica, na verdade, supõe, necessariamente, o fato social. Sem dúvida, os valores morais, para afirmar-se, dispensam os fatos sociais; mas os fatos sociais sómente podem dizer-se fatos sociais enquanto qualificáveis segundo os valores morais. A proposição de DURKHEIM (“*faites evanouir toute vie sociale et la vie morale s’évanouit du même coup*”)

(13) RIC. DE S. VICTORE, *De Trinitate*, lib. IV, cap. XVIII e

(14) *De Legibus*, lib. II, cap. XIX, n.º 9
XXIII; cf. S. TH., *De Potent*, q. 9, art. 3, ad. XII

(15) é verdadeira às avessas. O homem tem uma vida interior moral e no intercâmbio do convívio social, como PAUL BUREAU agudamente observa, “*tout sa vie intérieure est engagée dans le moindre de ses actes*” (1).

A nota do social domina os demais elementos do fato jurídico. O negócio jurídico é a expressão objetiva da vontade como ação (“*actio*”) através de um comportamento social. A rigor, sómente a “*actio*” pertence à estrutura ontológica da relação. O remanescente do negócio jurídico é, de si mesmo, um estilo de intercâmbio social, apenas. O objeto do contrato não mais encerra, igualmente, do que um comportamento social: “*dare, facere, praestare*”.

III

O fato jurídico, assim conceituado, é condição da relação jurídica. Fundamento ou causa desta é a disposição do sujeito em face do termo, come antecedente ou consequente de uma ação (“*actio*”).

A ação é o suporte ontológico da valorização moral da relação; indica a participação essencial da vontade na relação jurídica, e nas transmutações desta, por isso que, se pode conceber-se, nas cousas criadas, ação sem vontade, não se concebe, no entanto, vontade sem ação.

SANTO TOMÁS distingue nitidamente duas formas de fundamentação da relação: “*vel secundum virtutem activam et passivam, secundum quod una res ab alia recipit vel alteri confert aliquid*” (17); (vel) “*super id quod, in*

(15) *De la Division du Travail Social*, Paris, 1902, p. 395

(16) *Introduction à la Methode Sociologique*, Paris, 1926, p. 146 e 147

(17) *Com. in V Lib. Metaphys*, lect. XVII, init.

agente ex actione relinquitur, sive sit dispositio, sive habitus, sive aliquod jus” (18).

A primeira forma de fundamentação da relação jurídica corresponde ao que a Ciência Jurídica nos designa como autonomia da vontade. A vontade como tal, “*virtus activa*”, indeterminada, então, quanto ao seu conteúdo, fixará, mais de uma vez, até o indefinido, se não se vincular diversamente, as virtualidades da dependência do termo em face do sujeito da relação. Assim, o domínio é definido como “o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto da nossa vontade coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios (19).

A segunda forma de fundamentação da relação jurídica implica a determinação prévia e exaustiva, pela norma jurídica, do conteúdo que o ato de vontade terá, ao ser praticado, fundando-se, nêsse caso, a relação “*super id quod in agente ex actione relinquitur*”. Correspon-dem-lhe, na classificação da Ciência Jurídica, as relações jurídicas, vinculadas, não a uma vontade, mas a uma finalidade (20). Nessa espécie de relação, a vontade do sujeito supõe-se atual (“*in actu*”), e predeterminada em seu conteúdo, pela finalidade que a norma jurídica lha prescreve. A mulher, que aceita a “*datio dotis*”, submete-se à finalidade que a lei prescreve ao dote: e essa finalidade delimita a dependência em que lhe ficam os bens dotais, fixando, de antemão as virtualidades dessa dependência do termo em face do sujeito da relação.

(18) *Com. in III Lib. Sentent.*, dist. VIII, q. I, art. 5, c.

(19) LAFAYETTE, *Direito das Cousas*, Rio de Janeiro, 1877, t. I, § 24, p. 74.

(20) Cf. RUY CIRNE LIMA, *A Relação Jurídica no Direito Administrativo*, Pôrto Alegre, 1952.

IV

Relação e ordem são, ontologicamente, termos conversíveis, um ao outro. Mas, a ordem pode ser entendida normologicamente, não ontologicamente, — como sistema de normas, e não como sistema de relações.

Na verdade, chama-se, geralmente, ordem jurídica ao conjunto das normas, em que se enuncia o princípio de ordem, segundo o qual as relações jurídicas vêm a constituir-se, e os corolários, desenvolvimentos e aplicações desse princípio sumo.

Tal pode ser, de feito, a exata noção da ordem jurídica, se a consideramos, porém, estáticamente, no plano deontológico. Nessa acepção, a ordem jurídica é simplesmente o arquétipo normológico da ordem jurídica, dinamicamente considerada, no plano ontológico.

Não é menor, certamente, a realidade da norma jurídica do que a da relação jurídica, "*ens debilissimum*". Mas a norma não é relação; antes da relação se faz a norma: "*ex jure quod est regula fiat*" (21).

Considerada, dinamicamente, no plano ontológico, a ordem jurídica é, à sua vez, antes organização do que ordenação; antes instrumento ("*organum*") do que resultado: é a "*ordo partium ad invicem*", que necessita como causa a "*ordo ad finem*" (22), e não sómente, de algum modo, como causa eficiente, senão como causa final.

A organização é, destarte, nota especial da ordem jurídica em seu aspecto dinâmico. Comunidade internacional, Estado, grupo, família, propriedade, negócio jurídico são formas de organização, formas instrumentais, para a persecução da finalidade do homem, como tal. São relações, pelas quais se consociam, na persecução

(21) Dig., lib. L., tit. XVII, de regulis juris, fr. 1

(22) S. Тн., *De Verit.*, q. 5, art. 3, c.

dessa finalidade, o homem e as cousas, ou a ação de um homem à ação ou paciência de outro. Certo, o homem, sómente, é comensurável ao seu próprio fim. As relações que assim se estabelecem, ordenam-se a fins intermédios mas nem por isso deixam de participar da ordem ao fim último: “*non solum sicut ordinatum ad aliud, sed sicut ad quod aliud ordinatur*” (23).

Na escala dos fins intermédios, entretanto, o homem, não raro, é substituído e subrogado pela relação, graças à qual pode persegui-los e alcança-los. O proprietário não é o homem, apenas; mas o homem e a cousa, de que é dono. O esposo supõe a esposa; o cidadão, o Estado, o Estado, a comunidade internacional. Essa subrogação atinge o máximo, quando se atribui à relação mesma a condição de pessoa, e surge, assim, a pessoa jurídica.

O máximo na subrogação coincide, a seu turno, com o máximo na organização. A pessoa jurídica é, pode dizer-se, a extrinsecação da organização, com respeito à ordem e à relação.

Define-se a pessoa jurídica como a relação existente entre duas ou mais pessoas, para a unificação e, frequentemente, para a perpetuação em unidade, quanto a ações determinadas, das virtualidades ínsitas na capacidade de agir de cada uma. Ações há que essencialmente requerem o concurso ativo de uma pluralidade de agentes, a união accidental de múltiplas capacidades de agir. Em tal caso, malgrado a pluralidade dos agentes, a unidade da ação é um dado ontológico. A unidade da ação, efeito da relação, constitui, nesse caso, — é de reconhecer-se o princípio, pelo qual se produz a ação (“*principium quo*”), não, sem dúvida, “*per modum agentis*”, — *sede per modum exercitii*” (24).

(23) S. TH. *de Verit.*, q. 5, art. 4, c.

(24) URRABURU, *Institutiones Philosophicae*, t. II, *Ontologia*. Vallisoleti, 1891, disp. 7, cap. II, art. 3. n.º 397, p. 1146

Surgida a pessoa jurídica, — entidade real, enquanto relação real, o fato jurídico que lhe é condição, enquanto relação, transforma-se afeiçoa-se, à semelhança do homem, de que a pessoa jurídica vem a tomar o lugar.

O pensamento originário das concepções organicistas da pessoa jurídica não é tão extravagante, como sói correntemente dizer-se. Porque a relação é ordem, e a ordem é organização, a pessoa jurídica, que é relação, ha de ser “*eo ipso*” organização também. Que organização supor-se, de outro lado, ao fato jurídico, ordenado pela relação personificada, senão uma organização análoga à do homem, de que a relação passa a ocupar o lugar?

A extravagância da concepção organicista é antes história, do que lógica. A doutrina da pessoa jurídica repousa, certamente, sôbre uma analogia com o homem, mas uma analogia não dirétamente estabelecida, senão de torna-viagem. Vem-nos a doutrina da pessoa jurídica, ao influxo do pensamento greco-cristão, da doutrina teológica das três Pessoas Divinas (25), pela qual, a seu turno, o conhecimento da realidade divina nos é ministrado, em analogia com o nosso conhecimento do homem. A analogia direta das concepções organicistas extrava, pois, do processo histórico de elaboração da doutrina da pessoa jurídica, precisamente pelo que tem de direto e imediato.

A organização do fato jurídico, condicionador da relação que se personifica, obedece, claramente, ainda hoje, ao método teológico das apropriações. Consiste a apropriação em atribuir-se, de modo especial, a uma pessoa Divina, atributo essencial ou operação, comum às tres Pessoas da Divina Trindade (26). Da apropriação

(25) Cf. BONFANTE, *Scritti Giuridici Varii*, t. III, Torino, 1926, nota, p. 472

(26) MORS, *Institutiones Theologiae Dogmaticae*, t. I, Petropoli, 1941, n.º 488, p. 317

teológica, provém-nos inequívocamente o conceito jurídico da competência; da competência, a noção jurídica do órgão.

Da Teologia, conseqüentemente, pode dizer-se, procedem a doutrina da pessoa jurídica e a forma de organização do fato jurídico, que lhe condiciona a existência e a vigência como relação. A não ser, realmente, como alusão teológica, as noções de competência e de órgão não poderiam ter encontrado lugar na estrutura da pessoa jurídica.

Nesta, a união de ação, o compósito dinâmico, meramente accidental, repelem a idéia de unidade essencial. Em Deus, a essência é uma só, embora três as Pessoas Divinas; e a unidade essencial, ela só, é que legitima a apropriação — essa mesma unidade essencial que falta, por completo, no fato jurídico, condicionador da relação personificada. Mas o transporte, da Teologia ao Direito, do conceito de apropriação se verificou, apesar da contradição nas essências; e a pessoa jurídica passou a ter, e os tem, ainda hoje, órgãos e competências.

V

Na ordem jurídica, a pessoa jurídica, por excêlencia, é o Estado. No Estado se incorpora o poder de dirigir e governar, a coletividade social, unida pelo mesmo vínculo político. E como no poder de dirigir e governar se inclui o de editar a lei, a relação jurídica, personificada no Estado, passa, de tal sorte, à condição de fonte formal de normas jurídicas positivas. A ordem jurídica, estática-mente considerada, na parte em que se compõe de leis humanas, positivas, vem a ter, portanto, como razão formal, a mesma ordem jurídica, dinamicamente considerada ou seja, uma, dentre as relações jurídicas, que lhe toca regular. Traduz-se e explica-se, por êsse modo, o circulo

vicioso do direito positivo, que BRINZ denunciara, ao sinalar que o direito dispõe, antes de tudo, acêrca de si mesmo (27).

Relação jurídica, mais tênue, ainda, porque não personificada, têmo-la como fonte formal das normas jurídicas positivas da comunidade internacional. Dimanam estas de tratados e costumes ou, seja, de relações jurídicas voluntárias entre as Nações (28).

Acima dêsse direito positivo, interno e internacional, há, porém, e teria de haver, um sistema de normas jurídicas, capaz de responder à realidade ontológica da relação jurídica. A êsse sistema de normas jurídicas chama-se-lhe direito natural. As suas normas promulgam-se nas consciência individuais (29), e são universais (30) e necessárias (31).

Aqui, finalmente, enquanto respeita à ordem jurídica, estáticamente considerada, isto é, havida como conjunto de normas, o homem chega a encontrar-se consigo mesmo. A lei natural está inscrita em seu coração (32); e dessa lei natural se derivam, pelo conteúdo, tôdas as leis humanas positivas, verdadeiramente tais (33).

Frente a frente, consigo mesmo, ao homem se depara, enfim, a razão última da ordem jurídica, no duplo aspecto, estático e dinâmico, de norma e relação, entrelaçados no direito positivo, como por uma recíproca petição de prin-

(27) Cf. STAMMLER, *Wesen des Rechtes under Rechtswissenschaft, Systematische Rechtswissenschaft, herausgegeben von Paul Hinneberg*, Leipzig — Berlin, 1913, p. 32.

(28) WOLFF, *Jus Gentium Meth. Cient.* Pertract. Proleg., § 25 “*Quamobrem cum facile pateat Jus Gentium voluntarium pactitium et consuetudinarium a voluntate gentium trahere, jus istud omne Jus Gentium positivum est.*”

(29) S. TH. *Sum. Theol.* I, II, q. 90, art. 4, ad I.

(30) S. TH. *Sum. Theol.* I, II, q. 94, art. 4, c.

(31) S. TH. *Sum. Theol.* I, II, q. 97, art. III

(32) S. PAULO, *Rom.* II, 15

(33) S. TH. *Sum. Theol.* I, II, q. 95, art. 2, c.

cípio. Descobre-se-lhe, afinal, o princípio que os dois aspectos da ordem jurídica, em vão, pediam um ao outro, dentro nos lindes das leis humanas.

Deus que criou o homem, imprimiu-lhe, também, no ser a inclinação natural à justiça, e promulgou-lhe no coração a lei. Criação e legislação, enquanto à criatura racional, são atos que não se podem dissociar. “*Naturale jus*”, — lê-se no prefácio ao “*Decretum*”, — “*naturale jus coepit ab exordio naturalis creaturae*”.

A Criação, — a palavra primeira, — é, pois, aqui a palavra final.

O loteamento de terrenos urbanos de propriedade particular e o domínio público dos espaços livres

Waldemar Ferreira

1. O afluxo, que ultimamente se há verificado, quase que em todo o mundo, das populações rurais para os centros urbanos, aumentando, às vezes imprevistamente, as necessidades da cohabitação, trouxe como consequência natural o descongestionamento, provocado pelas empresas que, aqui como acolá, entraram a explorar a indústria dos loteamentos de terrenos, nos arrabaldes ou subúrbios. Criou-se essa indústria diante da impossibilidade dos poderes públicos municipais de enfrentarem o problema e darem-lhe a solução adequada e até premente. No começo, tudo correu desordenadamente, de acôrdo com o capricho ou com as conveniências dos loteadores profissionais, mais preocupados com o seu interesse de lucro do que com o atendimento das condições de higiene ou de estética, quando não das econômicas e sociais, que confluem para a complexidade do aspecto urbanístico. Tudo isso, como é de imaginar, exigiu a interferência do poder público, a bem da coletividade, e o estabelecimento de normas gerais a que os loteamentos se subordinariam, sob a égide da lei.

Prefaciando monografia a que mais de uma vez nos referiremos linhas adiante, WILLIAM OUALID, professor da Faculdade de Direito de Paris e diretor adjunto do Ins-

tituto de Urbanismo da Universidade de Paris, doutrinou que “todo ato individual em matéria de serviço urbano é prenhe de consequências para a coletividade. Deve esta, por isso mesmo, estar atenta no prevenir os males de iniciativa inconsiderada e unicamente guiada pelo ânimo de lucro. Deve ela recorrer a varios meios, quer os autoritários e regulamentares, quer os persuasivos e acoroçadores. Como autoridade administrativa, tem ela poderes para obrigar os particulares à observância de certas regras: alinhamento, largura das ruas, espaços livres, insolamento, orientação dos imóveis, etc. Como autoridade econômica, representando os interesses coletivos, póde ela e deve usar de sua faculdade de intervir, ajudando financeiramente as emprêsas ou serviços de natureza econômica, mercantil ou industrial. Torna-se a autoridade pública, dessarte, associada aos interêses privados. Deixa ela a êstes a iniciativa, os riscos, parte do lucro, mas, ao mesmo tempo, impede que se tornem, por degenerescência, em motores únicos da atividade, desconhecendo o interêsse geral”. Este há de estar sempre presente no espírito e no programa de quantos, usurpando atribuições que deveriam ser sempre, e necessariamente, do âmbito do poder público, tomam sôbre si a responsabilidade de empreendimentos em que prima o interêsse da **coletividade**.

Eis porque, na França, como na Alemanha, e em outros países, leis se promulgaram, de molde a disciplinar a atividade dos industriais de loteamentos de terrenos urbanos. Quando, em França, em 1924, se apresentou, no Parlamento, o projeto de lei reguladora dos loteamentos o relator dêste resumiu o sistema, que se elaborava, acentuando que os loteamentos se caracterizavam especificamente por três pontos fundamentais: *a)* a divisão dos terrenos em parcelas; *b)* a intenção do proprietário de vender ou alugar as parcelas; *c)* a abertura de ruas novas. E tratadista observou haver aquele deputado omitido um dos mais importantes pontos, o que contém toda

a razão de ser da lei — a edificação de construções para o uso de habitação (1).

2. Quando o proprietário de terreno que entesta com via, rua ou praça pública, divide-o em lotes com frente para a via, rua ou praça pública, a fim de vendê-los para a construção de prédios de qualquer natureza, êsse loteamento não apresenta os mesmos aspectos que o do loteamento destinado à criação de novos bairros ou quarteirões, dotados de ruas e praças internas, ou externas, constituindo blócos urbanísticos — as chamadas *vilas* ou *jardins* de algumas grandes cidades brasileiras. Se a cada um é lícito usar, gozar e dispôr de sua propriedade e, assim, dividi-la em lotes, como melhor lhe convenha, mas ainda assim em consonância com as leis e regulamentos municipais; os adquirentes destes lotes somente poderão aproveitá-los para as construções adequadas com observância daquelas posturas, que podem, e devem, determinar as condições mediante as quais são possíveis os loteamentos de terrenos urbanos.

É de notar que, a propósito da lei francesa de 1924, circular ministerial da época salientou que “todas as vezes que todas as parcelas de terreno para construção fossem adjacentes a vias de comunicações públicas ou privadas, providas de agua e de meios de evacuação das matérias usadas, o proprietário desse terreno se submeteria às prescrições da lei de 1924; mas se, ao contrário, tôdas as parcelas não contassem com aquelas três vantagens, aquela lei lhes não seria aplicável” (2).

Não concordou com essa interpretação a jurisprudência. Dois julgados da Câmara Criminal da Côte de Cassação, de 27 de junho de 1929, firmaram, um que,

(1) J. CAZENAVETTE, *Extension des Villes et Lotissements*, ed. du Recueil Sirey (Paris, 1936), pág. 46.

(2) MAURICE POLTI, *Traité Théorique et Pratique sur les Lotissements*, ed. de Boccard (Paris, 1926), pág. 188.

“para que haja realização de loteamento nos termos da lei 1919-1924, é bastante que exista a venda de terrenos em lotes para edificação de habitações”; e outro, que “as obrigações impostas pelos arts. 11, 12 e 13 da lei de 1919-1924 não comportam exceção, e a circunstância de que os terrenos oferecidos à venda sejam situados à margem de caminho de grande comunicação não pôde ter outro efeito senão o de constranger o vendedor a preparar seus projetos de loteamentos com respeito das obrigações impostas pelas leis de 5 de abril de 1884 e de 15 de fevereiro de 1902” (3).

3. Não se deve perder de conta, para que bem se aprecie o problema do loteamento de terrenos particulares para o efeito de sua venda para construções urbanas, que o proprietário, que toma tal iniciativa e a leva a cabo, se propõe transmudar o objeto de seu direito de propriedade, aproveitando-se desta para a realização de lucro de seu inteiro proveito, mas realizando, inequivocamente, obra ou serviço público.

No loteamento compreendem-se, em sua maior parte, os lotes destinados à venda. Esses, o proprietário conserva em seu domínio, a fim de revendê-los e dessa operação tirar os lucros do empreendimento. Para que, todavia, os lotes assim reservados sejam suscetíveis de venda e de aproveitamento adequado, o loteador terá que abrir ruas e praças e, em muitos países, de reservar os lotes necessários para escolas, hospitais, igrejas, etc., e que constituem os chamados — *espacos livres*. Esses espacos livres destinam-se a incorporar-se à cidade, integrando-se no patrimônio municipal, de tal arte que, vendidos todos os lotes e alcançado, por essa fôrma, o escôpo industrial do loteador, êles se transmudam, definitivamente, no pa-

(3) J. CAZENAVETTE, *Extension des Villes et Lotissements*, ed Recueil Sirey (Paris, 1936), pág. 50.

trimônio público, desaparecendo, por completo, o interesse do loteador, que realizou o seu programa industrial. Haverá, quando muito, a examinar o problema da indenização, pelo poder municipal, daqueles terrenos, que formam os espaços livres, pois que, nos termos do art. 141, paragr. 16, da Constituição do Brasil, é garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, “mediante prévia e justa indenização em dinheiro”.

Tocou a lei francesa no ponto, estabelecendo, no paragr. 9 do art. 11, que “*le maire ou, à son défaut, le préfet pourra exiger la réserve d'espaces libres (places, terrains de jeux, etc.) et d'emplacements destinés a des édifices et services publics. Les terrains réservés pour les édifices et services publics donneront lieu à indemnité. Ceux réservés pour les espaces libres et les voies donneront également lieu à indemnité lorsque leur ensemble représentera une surface supérieure à celle qui résulterait de l'application des règlements et du projet d'aménagement et d'extension de la commune. Cette surface ne pourra être inférieure au quart de la surface totale da lotissement.*”

Como do texto resulta, a parte destinada às praças, terrenos para jogos ou vias de comunicações, etc., que passará na medida determinada a pertencer à comuna, não se compensará com nenhuma indenização, pois que se dará, como observou tratadista, “*l'abandon sans indemnité et obligatoirement du quart de la superficie*”, que poderá ser, em alguns casos, “*exagérée et injuste à l'égard des lotisseurs*” (4).

Não se dá, propriamente, a expropriação compulsória; mas é que, sendo impossível realizar o plano do loteamento sem os espaços livres as praças, jardins, ruas, vias

(4) AMÉDÉE BONDE, *Traité Pratique de l'Aménagement, de l'Extension, de l'Embellissement des Villes et des Lotissements*, ed. Dalloz (Paris, 1927), pág. 261, n. 152.

de comunicações em geral, a bem dos eventuais adquirentes dos lotes, tudo isso se torna indispensável e entra na categoria dos encargos a cargo do loteador. Óbvio é que êste, no calcular os preços de vendas dos lotes, há de computar, necessariamente, todas as despesas com que terá de arcar, incluindo nelas os preços dos espaços livres, de que se reembolsará à custa dos futuros proprietários, que os usufruirão. Não se dará, portanto, nenhum enriquecimento ilícito ou injusto por parte da comuna, sobre a qual recairão os encargos futuros de conservação, asfaltamento, reparos e manutenção. Opera em tudo a lei das compensações, mercê da qual os espaços livres das praças, ruas, jardins, etc. accedem ao patrimonio comunal, libertando-se os loteadores daqueles encargos, a que ficariam sujeitos se continuassem êles na sua propriedade particular. Eis o prisma atravez do qual o problema dos loteamentos urbanos tem que ser examinado.

4. Entre outras, destaca-se a lei marroquina de loteamentos de 1933, completada pelas leis de 1934 e de 1937. Tornando indispensável a aprovação governamental dos planos de loteamentos, estabeleceu ela que à administração é lícito introduzir neles as modificações úteis e impôr servidões no interêsse da segurança pública, da higiêne, da circulação ou da estética; e, ademais, exigir a reserva de espaços livres (praças, parques de jogos, etc.) e de lugares destinados a edifícios e serviços públicos. Quanto a êstes, como a lei francesa, declarou-os indenizáveis. Esclareceu, no entanto, que os reservados para espaços livres não o serão, a menos que o conjunto imposto pela administração represente superficie superior ao quarto da totalidade.

Acentuou-se, na exposição de motivos justificativos daquela lei, que “os loteamentos não são, com efeito, do ponto de vista da administração, mais que planos particulares de alinhamento: projetos de regularização de

quarteirões, projetos de extensão de cidades ou mesmo de vilas novas. Em todos os casos, êles interessam à autoridade superior ao mesmo título, senão mais que as construções individuais”. Daí, a necessidade da autorização. Os planos têm que submeter-se à administração, que os examina e reconhece se satisfazem às condições exigidas pelo interesse superior da higiene, pelas facilidades da circulação e contigências de ordem estética, podendo exigir as modificações que se lhe antolhem úteis.

O cuidado, que nisso deve ser posto, refere tratadista, obriga os loteadores a indicarem as servidões de interesse público de toda natureza e de toda origem, que recaiam sôbre seus terrenos, tais como as servidões militares, as de alinhamento e as que resultem dos regulamentos das ruas. De tanto importância é isso que a inobservância daquela obrigação é sancionada pela possibilidade do decreto da nulidade das vendas. É o caso, e assim foi julgado, de inadimplemento das formalidades legais, quando se trate, por exemplo, de zona reservada, para utilização militar (5).

5. No projeto de lei reguladora do loteamento de terrenos, em 1936 apresentado à Câmara dos Deputados do Brasil, teve-se em mira idêntico propósito. Eis o motivo pelo qual se dispôs no paragr. 1 do art. 1 daquele projeto:

“Tratando-se de propriedade urbana, o plano e a planta do loteamento, determinando direção, largura e extensão de ruas, avenidas, praças, jardins, parques, espaços livres diversos, quadras, lotes, alturas e distancias das edificações, proporcionalidade destas com as das áreas de cada lote, servidões reciprocas dos edificios vizinhos, higiênicas ou estéticas, distribuição de agua po-

(5) ALBERT GRILLET, *Traité Pratique des Lotissements au Maroc*, ed. Recueil Sirey (Paris, 1938), pág. 59.

tavel, rêdes de esgotos, canalizações de gaz e eletricidade, saneamento do sólo, etc., serão, previamente, submetidos à aprovação da Prefeitura Municipal e, se fôr caso, das autoridades sanitárias e militares, no que lhes tocar”.

Resumiu-se êsse tópico do projeto no seguinte texto do decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937:

“Tratando-se de propriedade urbana, o plano e planta do loteamento devem ser previamente aprovados pela Prefeitura Municipal, ouvidas, quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias e militares”.

Quer isso dizer que o plano e a planta dos loteamentos têm que elaborar-se de acôrdo com os dispositivos dos códigos ou leis de obras municipais, que devem dispôr a respeito no todo e nas particularidades.

No que a lei brasileira se distanciou das demais, no desiderato de garantir os adquirentes de lotes, foi no estatuir, no art. 3, que “*a inscrição (do memorial e plantas no registro imobiliário) torna inalienável, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta*”. Com êsse registro, bem ponderou PONTES DE MIRANDA, verificou-se “*a perda da individualidade objetiva do terreno loteado e a aparição das individualidades objetivas dos lotes.*” Esse é o primeiro efeito. “O segundo é a inalienabilidade absoluta das vias de comunicação e dos espaços, isto é, tratos de terra deixados livres no memorial e na planta. Não há, no loteamento, qualquer idéia de comunhão, ainda *pro di-viso*. As vias de comunicação são abertas ao público e os espaços, como praças, lugares para arborização, ou reservatórios de agua, são públicos”.

E acrescentou:

“Tem-se entendido que as vias de comunicação e os espaços livres somente se tornam públicos por ato dos interessados, entregando-os à Prefeitura Municipal. De modo nenhum. A aprovação do loteamento faz públicas as vias de comunicação e públicos os espaços livres, com

a ressalva de serem ultimadas pelos loteadores as obras das vias de comunicação e dos espaços livres e da modificabilidade segundo o decreto-lei n. 58” (6).

O sistema da lei brasileira, qual se infere do rápido exame, que acaba de ser feito, tem como resultado a eficiente proteção dos direitos dos adquirentes dos lotes e publicização, se assim se pôde dizer, da propriedade dos espaços livres, ruas, praças, parques, etc.

6. Não se pôde realmente encarar o problema por outro prisma. Eis porque, na Alemanha, goza a autoridade administrativa de poderes consideráveis no apreciar os planos de loteamentos urbânos. Cabe-lhes lá examiná-los atentamente e quanto o exija o interesse coletivo, de molde a determinar aos loteadores quais as areas a serem reservadas e constituintes dos espaços livres, para a comuna, sem indenização de nenhuma espécie. Não poderão chegar os poderes da administração pública ao arbítrio de tomar para si a parte do leão, frustrando, por completo, o objetivo dos loteadores, levando-os à desistência do empreendimento. Ela não poderá fazer reservar para o estabelecimento de praças, de jardins ou de vias de comunicações, e para o mais que deva atender a outra necessidade do interêsse público, superficie de terrenos excedente de 25% ou de 35%, conforme as construções projetadas devam ser compactas ou disseminadas.

Terão os loteadores, nessas condições, da fazer o abandono gratuito de partes limitadas de seus terrenos; mas as autoridades administrativas bem podem considerar dispensavel essa reserva, tais sejam as circunstâncias especiais do caso. Quando isso aconteça (e o que se diz é tendo em conta os textos da lei de 22 de setembro de 1933) licito se torna à autoridade administrativa impôr

(6) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Predial*, ed. José Konfino, vol. III (Rio de Janeiro, 1948), pág. 107, paragr. 31.

aos loteadores o pagamento, em dinheiro, de quantia correspondente ao sacrifício que, para êles, representaria a cessão gratuita dos terrenos destinados aos espaços livres.

7. Há, pois, que conciliar o interêsse dos loteadores com o interêsse público. Desde que êles destinam a sua propriedade particular ao desenvolvimento das cidades ou vilas, de tal modo que, para aproveitá-la com o maior rendimento, possível, a transformam em plano urbano ou suburbano, o que é indiferente, criando, ao mesmo passo, novos encargos e ônus para o município, demasia não é que contribuam com parte daquela propriedade, abrindo mão dela a bem do interêsse público, para o êxito de seus empreendimentos interesseiros.

Não têm faltado, como é natural, os que imaginem, em face da lei brasileira, que inadmite o aproveitamento, pelo poder público, de qualquer parcela da propriedade particular, sem prévia indenização, que, aprovados os planos de loteamentos pelas municipalidades, os espaços livres, destinados às praças, ruas, vias de comunicações, etc. continuam no dominio dos loteadores; e que esta situação subsistirá até que se efetue a desapropriação por utilidade ou necessidade pública (7).

Examinada a questão por êsse ângulo, ainda assim se apresentariam aspectos de não menor relevância quanto à situação dos loteadores com os adquirentes de seus lotes. Os que tiverem frente para as vias, ruas ou praças públicas, têm, desde logo, facilidade de comunicação com as ruas da vila ou da cidade. Mas os lotes, traçados no interior dos terrenos, sem frente para as ruas ou praças, enfrentando com vias ou ruas do dominio particular dos loteadores, ficariam sujeitos ao arbitrio dêstes, de modo que lhes seria licito, a qualquer momento, cortar-lhes as comunicações, por contidos dentro de terrenos encravados

(7) WALDEMAR FERREIRA, *O loteamento e a venda de terrenos em prestações* (São Paulo, 1938), pág. 116, n. 16.

na propriedade particular, deixando-os destituídos de saídas públicas para as ruas públicas. Seria essa situação incompatível com o regime dos loteamentos de terrenos particulares a fim do seu aproveitamento coletivo pelos adquirentes dos seus lotes.

8. No âmbito do direito privado, aquelas ruas e praças, os espaços livres consignados nos memoriais e plantas de loteamentos, têm destino específico — o de serventias de trânsito ou de passagem entre os adquirentes dos lotes com as ruas vias públicas, de molde a permitir-lhes comunicação com os centros urbânos, a que acedem os novos quarteirões ou bairros e as ruas em que êles se dividem, pela propria necessidade de aproveitamento lucrativo da divisão e subdivisão do terreno. Mas não somente a isso se destinam, senão igualmente à intercomunicação dos lotes e de seus adquirentes.

Evidente é que essas ruas e praças, abertas em terrenos particulares, se lançam, de primeiro, por conveniência dos loteadores. Sem arruamentos incompreendem-se os blócos residenciais urbânos, como os rurais sem estradas. Chamam-se tais ruas — de *ruas particulares*; e em verdade êste qualificativo lhes é impróprio, ainda mesmo que, por ato da autoridade municipal, ainda não se hajam oficializado. Ruas *públicas* é que elas efetivamente são, desde que oferecidas ao público como de serventia de passagem ou de trânsito. Não se podem haver como simples atravessadouros particulares, porque são muito mais do que tais, desde que destinadas ao uso do povo. Para que, decidiu acórdão de 3 de março de 1941, do Tribunal de Apelação de Belo Horizonte, uma rua se repute via pública, não se faz mistério: basta que seja aberta ao uso público sem restrições (8).

(8) Revista Forense, do Rio de Janeiro; vol. 86, de 1941, pág. 641.

9. Admitindo que, efetuado o loteamento do terreno urbano, arruado de molde a facilitar aquela operação, expostos os lotes à aquisição do povo, os espaços livres de intercomunicação deles entre si, como com as vias de comunicação com a cidade, não se convertessem, só por isso, em ruas públicas, a ninguém seria lícito contestar que êles seriam, necessariamente, servidões de passagem ou de trânsito, porque a isso inequivocamente destinados. É antigo o conceito de que a simples serventia do prédio se transmuda em servidão verdadeira, desde que alienado êste, por manifestação da vontade de ambos, e não estipulado o contrário (9).

Aliás, na própria venda ou no compromisso dos lotes, ao individualizar o de que se trate, descreve-se indicando-se-lhe o número, referindo-se-lhe as linhas divisórias, dando-o como tendo frente para a "rua" tal ou qual, de tal quarteirão ou gleba. Indicando-se em tais termos a rua, avenida, alameda ou praça, para que faça frente, indistintamente se extrema a natureza do espaço livre por que transitará todo o mundo afim de comunicar-se com o lote vendido ou simplesmente comprometido.

Mais se evidencia êsse objetivo quando intuitivamente se percebe a impossibilidade do loteamento de terrenos urbanos sem se ministrar aos lotes os meios de comunicação com as vias públicas.

Entram, por isso mesmo, aqueles espaços livres na posse dos adquirentes dos lotes, de molde a assistir-lhes direito de impedir que a empresa loteadora lhes vede o trânsito livremente.

10. No âmbito do direito público, é da competência privativa das câmaras municipais o plano de arruamento urbano e sua execução: êsse é o principal serviço público

(9) DIDIMO AGAPITO DA VEIGA JUNIOR, *As servidões reais*, ed. Garnier (Rio de Janeiro, 1887), pág. 33, n.34.

da cidade, em toda sua complexidade e em todas as suas particularidades. Sem êle ela se torna incompreensivel. A cidade resulta do conjunto de ruas, praças, avenidas, largos, praças, jardins, ostentando as casas de habitações de sua população, dos estabelecimentos comerciais e industriais, dos estabelecimentos públicos, etc. Sem êsse sistema a cidade não passa de simples palavra.

Cabe às câmaras municipais legislar sôbre isso e sôbre as edificações particulares, como é notório; e pertence aos seus agentes executivos — os prefeitos municipais, a execução dos serviços e obras públicas, quer diretamente, por administração, quer indiretamente, por via de concessões.

Quando o proprietário de terrenos particulares se propõe loteá-los, elaborando o plano urbanistico, por via do qual se obriga a abrir as ruas, avenidas, praças, jardins, parques, etc. que lhe permitirão vender os lotes, celebra êle, evidentemente, com o Município, contrato por via do qual êste lhe concede autorização para, por sua conta e risco, e a bém de seu particular interêsse, abrir aquelas ruas, avenidas, praças, jardins, parques, etc., que caberia à Prefeitura Municipal, em cumprimento de deliberação da Câmara Municipal, aceitar, aproveitando-se de terrenos municipais ou, mesmo, de terrenos particulares.

Estes, para êsse objetivo, teriam que ser desapropriados. Desde que, porém, o proprietário dos terrenos, de sua livre e espontânea vontade, e mais no seu interêsse particular do que no interêsse do Município, neles traça e executa as ruas, avenidas, praças, etc., formando os quarteirões, divididos em lotes com frente para elas, é verdade que êle oferece, em troca das vantagens que busca com as vendas dos seus lotes, aqueles espaços livres e os entrega à coletividade.

Não tem, não pôde ter outro significado o projeto de loteamento. Aprovado êle e expedido o alvará ou ato necessário para a sua execução, as ruas, avenidas, praças,

largos, jardins, etc., se incorporam ao patrimônio municipal.

Nestas pégadas caminhou WASHINGTON AZEVEDO, ao tratar dos espaços livres, contendo parques. Como obtê-los? O primeiro método, respondeu, é naturalmente a aquisição; e esta pode dar-se por varias maneiras, a saber: a) pela compra, desapropriação ou sistema de taxas de beneficio; b) pela doação; e c) pela lei de subdivisão de terrenos. Este, acentuou aquele tradista, é o caso mais provavel. “Na lei de subdivisão de terrenos deve haver uma cláusula que obrigue a cada pessoa ou companhia, que subdivide seus terrenos, a deixar, pelo menos, dez por cento da área para espaços livres. A lei de subdivisão do Rio de Janeiro obriga a cada pessoa que subdivide seus terrenos em lotes a deixar trinta por cento da área para espaços livres. Espaços livres neste caso equivalem a ruas, praças e parques” (10).

Deixando os espaços livres abertos e, desde logo, entregues aos adquirentes de seus lotes e ao transito público, com isso retribue o proprietário dos terrenos divididos ao Municipio a mercê que lhe faz e os lucros que lhe proporciona com a venda dos seus lotes, quando não ainda com o financiamento das edificações, que o decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, permite que se conjugue com o compromisso de venda dos lotes a prestações.

11. Aquela lei obriga os proprietários ou co-proprietarios de terras rurais ou terrenos urbânos, que pretendam vendê-los, divididos em lotes e por oferta pública, mediante pagamento do preço a prazo, em prestações sucessivas e periodicas a depositar, no registro imobiliário da respectiva circunscrição, — com o plano e planta do loteamento, previamente aprovados pela Prefeitura Municipal, ouvidas,

(10) WASHINGTON AZEVEDO, *A organização técnica dos Municipios*, ed. Irmão Pongetti (Rio de Janeiro, 1935), pág. 134.

quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias e militares — memorial contendo:

a) a denominação, área, limites, situação e outros característicos do imóvel;

b) a relação cronológica dos títulos de domínio, desde trinta anos, indicando natureza e data de cada um, números e datas das transcrições;

c) o plano do loteamento, de que conste o programa de desenvolvimento urbano, ou de aproveitamento industrial ou agrícola, referindo, nesta última hipótese, a qualidade das terras, águas, servidões ativas e passivas, estradas e caminhos, distância da sede do município e das estações de transporte de acesso mais fácil.

Esse memorial e os mais documentos, que devenham acompanhá-lo, depois do processo estabelecido na lei, inscrever-se-iam no registro imobiliário. Transmudou, porém, o art. 178, c), n. VI, do decr. n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, aquela inscrição em averbação.

12. O ato de registro (inscrição ou averbação), pelo na lei disposto, no art. 3, “torna inalienável, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta”. Padece, em tais termos, restrição insígne o direito de propriedade do loteador sobre as vias de comunicação e espaços livres, conservando-o em inteira plenitude quanto aos lotes, êstes, sim, destinados à venda, mediante o pagamento do preço em prestações periódicas e contínuas.

Teve o texto, assim concebido, o escôpo de assegurar aos adquirentes de lotes, como a todo o mundo, o direito de servirem-se das vias de comunicação entre êles, ou entre êles e as demais vias públicas em demanda do centro urbano a que se subordinaram. Esse direito seria precário se, a qualquer momento, fosse lícito ao loteador transferir o seu domínio sobre aquelas vias de comunicação, tornando impossível o aproveitamento dos lotes já vendidos ou simplesmente comprometidos.

Eis porque, no § 4 do art. 1, o decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, preceituou que “o plano de loteamento poderá ser modificado quanto aos lotes não comprometidos e o de arruamento desde que a modificação não prejudique os lotes comprometidos ou definitivamente adquiridos, se a Prefeitura Municipal aprovar a modificação”. Mas, nessa hipótese, “a planta e o memorial assim aprovados serão depositados no cartório do registro para nova inscrição, observando-se o disposto no art. 2 e parágrafos”, de molde a poderem os interessados impugnar a modificação.

Esta, por tal modo restrita, não poderá, em caso algum, realizar-se com ofensa dos direitos de terceiros, por ser admissível, quanto ao arruamento, somente quando “não prejudique os lotes comprometidos ou definitivamente adquiridos”.

13. Declarando inalienáveis, por efeito do registro do memorial e da planta, as vias de comunicação e os espaços livres dêles constantes, colocou-os a lei fóra de comércio, com torná-los inegociáveis.

Ora, pelo disposto no art. 520, n. 111, do código civil, perde-se a posse das coisas pela perda, ou destruição delas, “ou por serem postas fóra do comércio”; e o art. 69 tem como “coisas fora do comércio as inuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis”.

Logo, e a conclusão é irresistível, desde o momento em que o memorial e a planta de loteamento se registram, as vias de comunicação e os espaços livres, *ex vi legis*, se tornam inalienáveis. Em consequência, são postos fóra do comércio; de onde a perda, para o loteador, de sua posse sôbre êlas.

A responsabilidade dos patrões, amos e comitentes no direito civil brasileiro

(A proposito de um projeto de lei)

Vicente Ráo

(Catedrático de direito Civil)

1. Segundo o direito civil anterior ao código, a responsabilidade por ato de outrem devia, necessariamente, resultar e culpa, *in eligendo*, ou *in vigilando*.

Aludia-se, também, à responsabilidade decorrente da *representação*, mas não se o fazia com o fim de justificar, por via deste principio, todos os casos de responsabilidade por ato alheio, e, sim, tão só, para se abranger, entre os responsaveis pelo dano, os pais, tutores, curadores, procuradores, enfim, os representantes legais e os convencionaes.

CARLOS DE CARVALHO (art. 1.015) assim consolidava aquele direito, indicando-lhe as fontes respectivas:

Procede a obrigação de indenizar o dano, ainda que resulte de ato de outrem:

a) se alguém tinha obrigação de impedi-lo e não impediu;

b) nos casos de representação;

c) se, escolhendo pessoa para praticar o ato, escolheu pessoa inabil (Arg. *ex* L. 3.311 de 1896, art. 13; arg. *ex* Cod. Com. arts 75, 94, 99, 238, 243, 494, 529 e 632. Arg. *ex* Ord. 4, 53,

5; Dec. n.º 1930, de 1857, art. 142; Dec. n.º 5.837, de 1.874. Cod. art. 378. D. fr. 50 e 121, L. 50, 17. Ord. 4, 103, pr.”.

O principio da *culpa* sofria uma exceção expressa, contida no art. 243 do código comercial, que responsabilizava (e responsabiliza) o mestre, administrador ou diretor, por omissão culpavel, impericia ou malversação dos que servirem sob suas ordens.

E uma atenuação do mesmo principio se destacava oriunda do dec. n.º 1.930, de 26 de abril de 1850, mais particularmente, de lei n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, relativa aos danos causados a terceiros pelas estradas de ferro; danos em relação aos quais se admitia (e admite) a *presunção* da culpa da empresa, mas *presunção* relativa, *juris tantum*, suscetivel de prova em contrário, a ser produzida pelo responsavel. Invertia-se, dess’arte, o onus da prova: — o autor do pedido de reparação não precisava provar a culpa da ré, enquanto a esta incumbia produzir prova de ausencia de culpa, de sua parte.

2. O Projeto primitivo e os projetos revistos do código civil haviam adotado o conceito, que o art. 831 do código civil alemão consagrara, da *presunção juris tantum* da culpa, em todos os casos de responsabilidade por ato de outrem. Mas, esses criterio não prevaleceu no código, que, ao contrário, expressamente veio dipôr, em seu art. 1.523:

“excetuadas as do art. 1.521, V” (caso de responsabilidade dos que, gratuitamente, houverem participado nos produtos do crime, até a concurrente quantia), “só serão responsaveis as pessoas enumeradas nessa e no art. 1.522, *provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligencia de sua parte.*”

CLOVIS comentou por este modo o texto acima transcrito:

“a responsabilidade dos pais, tutores, curadores *patrões, amos, comitentes*, donos de hotéis e estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, assim como a das pessoas jurídicas, no caso previsto pelo art. 1. 522, é indireta. Por isso, o código somente a torna efetiva, *quando se lhes puder imputar culpa*, isto é, quando essas pessoas não empregaram a diligencia necessaria, nem tomaram as precauções, para que o dano não se desse. Esta prova devera incumbir aos responsáveis, por isso que ha contra eles presunção legal de culpa; *mas o código, modificando a redação dos projetos, impôz o onus da prova ao prejudicado*. Essa inversão dos principios é devida à redação do senado (emenda n.º 1.483). A doutrina do código é a seguinte: a responsabilidade das pessoas referidas nos arts. 1.521, n.ºs I-IV e 1.522, funda-se na culpa; esta, porém, deve ser objetivamente provada.”

E com relação ao patrão, ao amo, ao comitente, CLOVIS ensinou:

“o fundamento da responsabilidade do patrão, amo ou comitente, pelos atos danosos de seus empregados, serviçais e prepostos é a imprudencia na escôlha dessas pessoas (*culpa in eligendo*). Os requisitos da responsabilidade, nestes casos, são: 1.º que o ato ilícito seja praticado no trabalho ou por ocasião dele; 2.º que o agente seja, de fato, um preposto.”

Podem as disposições citadas chocar-se com a melhor doutrina. Podem ser — e são — suscetíveis de censura.

Mas, o que não padece duvida é que elas prescrevem, *expressamente, inequivocamente*, que a responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, só pode resultar de culpa provada por quem reclama a reparação do dano.

Exceções a esse princípio, só podem prevalecer quando expressas no próprio código ou, então, quando declaradas por leis especiais, tal qual sucede com a legislação sobre os acidentes do trabalho (D. L. n.º 7.036, de 10.11.1944) e sobre a viação aérea (Código do Ar, arts. 91, 96 e segs., 100 e 102), que configuram aspectos de *risco profissional*, ou de *risco de exploração*, criterios novos, estes, aos quais tornarei a me referir, mais adiante.

A situação do problema, perante a legislação brasileira em vigôr, é, sem duvida, esta, que acabo de expôr.

Sob a pressão da doutrina e das legislações alienígenas, entretanto, a jurisprudência vem alterando sensivelmente os termos do problema e ampliando o campo de aplicação da responsabilidade civil por ato de outrem.

3. No sistema civil latino, em se tratando de responsabilidade de amos, patrões e comitentes, o princípio tradicional da *culpa* sofreu um primeiro embate, o mais sério, com a promulgação do código civil francês, que firmou esta responsabilidade na presunção *juris et de jure* da culpa, sem admitir a possibilidade de prova em contrário (art. 1.384).

Postos perante disposição semelhante, os juristas franceses, ao justicá-la, aceitaram a ficção da *culpa presumida*, para não admitirem, pura e simplesmente, o que lhes repugnava, a responsabilidade por culpa alheia, sem o concurso, direto ou indireto, de culpa do responsável.

Impressionante, por exemplo, é o cuidado, se não a veemência, com que o velho e sempre bom DEMOLOMBE, mais parece se justificar, do que à própria lei:

“não é, bem entendido, que o principio da personalidade da pena, venha, aqui, a ser posto em cheque! Esse principio é fundamental e por toda a parte reina no dominio do direito, seja qual fôr a materia de que se trate, civil ou criminal. A responsabilidade, ainda que só civil e pecuniaria, oferece, sem duvida, sob certo ponto de vista, o carater de uma reparação penal, que seria impossivel compreender se atribuida a uma pessoa à qual se não pudesse imputar qualquer especie de culpa, nem por negligência, nem por imprudência. Mas, precisamente porisso, a responsabilidade, que será objeto de nosso estudo” (por ato de terceiro), “funda-se na presunção legal de culpa, de negligencia, ou de imprudencia, — eis o que a justifica” (vol. XXI, *Des Contrac.* VIII, p. 484 e segs.).

Referindo-se, em outro passo, à responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, depois de haver esclarecido que, nos demais casos de responsabilidade indireta, por ato de outrem, o dever de reparação resulta da presunção *juris tantum* de culpa, que acarreta, apenas, a inversão do onus da prova, acrescenta:

“a responsabilidade dos patrões e comitentes não se funda na mesma causa que serve de base à responsabilidade do pai, mãe, preceptor” (esta ultima mais tarde substituida pela responsabilidade do Estado)” e artifice, ou seja, a falta de vigilancia. A falta que gera aquela responsabilidade, consiste na má escôlha dos domesticos e dos prepostos.”

E, invocando o relatorio de DE GREUILLE ao Tribunato e, mais, a opinião de POTHIER (*Oblig.* n. 121)) e o parecer de SOURDAT (T. II n.º 885), por fim justifica:

“Podem os patrões e os comitentes ser admitidos a subtrair-se à responsabilidade que o art. 1.384 contra eles decreta, mediante prova de que se achavam impossibilitados de impedir o fato particular de que resultou o dano causado por seu domestico ou seu preposto? Eu havia tomado todas as informações possiveis! Possuia, sobre esse domestico ou preposto, as melhores referencias! Não. A presunção legal da responsabilidade não admite, aqui, prova em contrário, desde que o fato prejudicial haja sido cometido pelo domestico, ou pelo preposto, no exercicio das funções que lhe haviam sido confiadas. Tal é a resposta unanime da jurisprudencia e da doutrina” (n.º 611).

“Imaginemos, mesmo, que o ato prejudicial foi praticado pelo domestico, ou pelo preposto, não só na ausencia e com desconhecimento do seu patrão ou comitente, sem ordens nem instruções de sua parte, — mas em sua presença e apesar de sua proibição, até mesmo com desprezo de suas injuções proibitivas as mais formais. O patrão, ou comitente, seriam, ainda assim, responsaveis? — Sim, evidentemente. (o A. invoca, em abono deste seu asserto, julgados da Côte de Cassação e a opinião de TOULLIER vol. XI, n.º 284; ZACHARIAS, AUBRY ET RAU, vol. V, p. 759; LAROMBIÈRE, vol. V, art 1.384, n.º 8).”

Nenhum desses autores, contudo, abandona a velha doutrina da *culpa*, mesmo neste caso especifico: — a *culpa* do patrão, ou comitente, dizem eles, sempre existe, porque a lei a presume, com carater irremovivel.

4. Semelhante conceituação da materia foi aceita por vários codigos latinos, filiados ao sistema do direito civil

napoleonico, inclusive pelo código civil italiano de 1861 (artigos 1.153 e segs.) e pelo atual, de 1942 (arts. 2.043 e seguintes).

Os autores italianos, ao tratarem da responsabilidade decorrente do dano produzido por animais ou cousas inanimadas, parecem abandonar a doutrina da culpa, para considerar, em si, objetivamente, o dano e sua injustiça, como fazem, aliás, os autores franceses. Tal é a doutrina aceita por DE RUGGIERO:

“trata-se, na realidade, de *responsabilidade objetiva*, de uma aplicação do principio segundo o qual quem aufere vantagens de uma cousa, deve padecer todos os onus consequentes (*qui sentit commodum sentire debet et incommodum*): — a responsabilidade deriva do simples fato de ser alguém proprietário da cousa ou do animal, ou da utilização daquela ou deste. E responsabilidade é, esta, mais intensa da que contemplava o direito romano, porque não mais se admite a exoneração mercê do abandono do animal ao prejudicado” (Dirit. Civ. It. III, § 126).

Excluído esse caso de *dano objetivamente considerado*, excluída qualquer indagação de natureza subjetiva sobre culpa indireta do responsável,

“— na base de todos os outros casos encontra-se a culpa. Culpa existe na pessoa de quem depende ou a cujo poder estão submetidos o filho, o pupilo, o aluno, por não haver, essa pessoa, vigiado o dependente, ou por não haver feito quanto estava em seu poder para prevenir e impedir o dano (*culpa in vigilando*); culpa têm o comitente e o patrão, por não haverem bem escolhido o preposto, ou o domestico (*culpa in eligendo*). Mas, uma profunda diferença se verifica no modo

de tratar esses dois grupos; pois, enquanto para os pais, tutores, preceptores e artifices, a lei, mesmo presumindo-lhes a culpa, admite que se exonerem da responsabilidade consequente quando provarem o uso da diligencia devida para impedir o dano, — para os patrões e comitentes essa prova liberatoria não é admitida, ocorrendo, aqui, uma presunção absoluta de culpa, que consiste no fato da “mala electio” (Ibid.).

E, por esse modo, percorreu a doutrina e, com ela, a legislação, tres graus sucessivos, em materia de responsabilidade por ato de outrem, ou seja, por ato de empregados, serviçais, ou prepostos:

- b* o da responsabilidade resultante de culpa real do patrão, amo, ou comitente, a ser provada por quem padece o dano, segundo, v. g., o direito civil brasileiro vigente (cod. arts. 1.521, III e 1.523).
- b* o da responsabilidade resultante de culpa presumida, podendo esta presunção (*juris tantum*) ser elidida pelo acusado, — com inversão, pois, do onus da prova, que passa do autor para o réu, como, v. g., dispõe o art. 831 do código civil alemão;
- c* o da culpa presumida, mas por força de presunção indestrutível, *juris et de jure, absoluta*, não permitindo prova em contrário, tal qual ocorre, v. g., no direito civil francês e no italiano (art. cites.).

Nos tres graus, entretanto, sempre se invoca o principio da culpa, real ou presumida, como justificativa doutrinaria da responsabilidade.

5. A ideia de culpa resultante de presunção *juris et de jure*, isto é, de presunção irremovível, aos poucos não mais satisfaz aos juristas, que passaram a pôr em duvida ou a repelir a ficção de uma situação insusceptível de prova em contrário.

De inicio, procurou-se estender o conceito da responsabilidade, admitindo-se-a, simplesmente, fóra e além da culpa

“ .. o ato ilícito não esgota as responsabilidade civil, que não se origina de contrato, nem da declaração unilateral de vontade. Ha casos em que ela se impõe, não obstante ser licito o ato de que resulta o dano, como nos casos de necessidade e da legitima defesa, quando, para a eficiencia desta, se faz necessário danificar alguma cousa (arts. 160 e 1.520). *A ideia do dano resarcivel é, portanto, mais lata do que o de ato ilícito.* Todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado. *Mas, nem toda a obrigação de sesarcir o dano provém do ato ilícito, de ato praticado sem direito.* A força maior, em regra, exclue a responsabilidade do autor dos prejuizos (art. . . . 1.508); não a exclue, porém, nos casos de necessidade e de legitima defesa, quando ha diminuição do patrimônio de terceiro isento de culpa.” (Com. art. 1.518).

Se, dentro de uma sistemática legislativa fundada no elemento *culpa*, casos existem de responsabilidade extra-contratual que da culpa não resulta, razoável seria, que, por indução e generalização, se inferisse um principio novo e mais amplo, tal o do dano injusto considerado independentemente da culpa, para justificar a responsabilidade dos amos, patrões ou comitentes, em substitui-

ção do principio, que já não satisfazia, da culpa irremovivelmente presumida.

6. Outros ensaios ainda se assinalam, visando, todos, abandonar o velho conceito da presunção absoluta da culpa: — assim é que, ora se tentou erigir em justificativa da responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, o principio geral da *representação*, ora se buscou fundamento novo na noção do exercício irregular dos direitos, ou seja, no exercício dos direitos contra o seu destino economico e social (cf. CHIRONI: *Colpa Extra-Contrat.*; CLOVIS: *Com. 2* ao art. 1.518; CEZAR BRUET MORIN: *La Responsabilité, la Faute, le Risque, L'Abus du Droit*, etc.).

E também se sustentou, como fez LECLERCQ na *Belgica* (SAVATIER: *Responsab. Civ. I*, n.º 237)—, que só o dano produzido basta para fazer *presumir* a culpa, sempre que tenha como causa o *fato imediato do homem*, isto é, a atividade de seus membros, ou das cousas que diretamente os prolongam (um utensilio, uma bicicleta, um automovel, etc.).

7. Por fim, todas esas concepções cederam o passo à doutrina do risco. Estudando a evolução do direito francês, nesta materia, SAVATIER diz textualmente:

“as presunções de culpa, em materia delitual, aparecem como um *processo tecnico* em vias de desaparecer. O direito moderno francês, para melhor assegurar a reparação dos danos, com efeito, tende a vedar, à pessoa a quem atribue uma responsabilidade, que dela se libere provocando a ausencia de culpa. Sendo assim, é preciso reconhecer que a responsabilidade deixa de se fundar na culpa, para procurar fundamento em outra noção, ou seja, na do *risco*.” (loc. cit. n.º 254).

O germe dessa noção nova, que hoje se generaliza, encontra-se na legislação social do trabalho: — o progresso e desenvolvimento da indústria e dos processos de trabalho, acresceram a possibilidade dos acidentes, entre os trabalhadores, assim criando, no tocante à reparação dos danos decorrentes, a necessidade de novas leis e de conceito novos:

nos acidentes, não se indaga qualquer elemento subjetivo de culpa, quer do patrão, quer do operário; antes, pressupõe-se que, quem exerce uma atividade da qual aufere vantagens, deve sofrer parte do risco do acidente, por ser obrigado à indenização, enquanto que ao operário, ou empregado incumbe sofrer a outra parte, qual seja a consequência física do acidente.

JORGE AMERICANO, em conhecida monografia sobre a matéria, bem elucida esse criterio novo de responsabilidade civil fóra do contrato e da declaração unilateral da vontade.

O *risco* provocado pelos acidentes, ampliou-se, a seguir, para conceituar a doutrina do *risco profissional*, genericamente falando; e daí, com mais um passo, transformou-se na doutrina geral do *risco*, pura e simplesmente, a qual, no estado atual do direito, já se póde dizer, que, mais de acôrdo com as ideias sociais contemporaneas, substitue a ficção da culpa presumida, maximé nos casos de responsabilidade por ato de outrem, empregados, serviços e prepostos, em geral.

8. Para definir o *risco*, reporto-me, sem traduzi-la, à noção de SAVATIER (loc. cit. n.º 274):

“la responsabilité fondée sur le risque créé consiste dans l'obligation de réparer des faits dommageables produits par une activité qui

s'exerçait dans vôtre intérêt et sous vôtre contrôle."

Na amplitude desse conceito se acolhem tanto os casos de responsabilidade direta, quando os de responsabilidade indireta, fóra da culpa:

"de fato, pensamos que essa difinição engloba todos os casos nos quais a lei ou a jurisprudencia afirmam a responsabilidade civil de uma pessoa, mesmo quando se demonstra a ausência de sua culpa" (*ibid.*)

Abandonado o fundamento da culpa, qual passa a ser, então, o fundamento da responsabilidade, segundo a doutrina do *risco*? Responde SAVATIER:

"não é sem contra-partida que se pode, equitativamente, impôr a alguém a reparação do dano causado sem culpa sua. E semelhante obrigação não encontra contra-partida (na falta de *seguro* propriamente dito) se não no proveito que o responsável aufere da atividade causadora do dano. É, pois, somente sobre o interesse que, para esta pessoa, apresente tal atividade, que a responsabilidade pode basear-se". (*ibid.*)

Quando, aqui, se fala em *proveito auferido*, não se quer falar, só e só, em interesse pecuniário: — toda vantagem, ou utilidade, inclusive a de ordem moral, em tal *proveito* se inclue.

9. Que a doutrina do risco tenha adversarios, não haveria como contestar-se. SAVATIER os distingue em duas categorias:

- a aqueles que, como RIPERT (*La Rèble Morale das les Obligations Civiles*, n.º 120; ESMEIN: *Le Fon-*

... *dement de la Responsabilité Contractuelle*, in *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1933, p. 660 e segs.), reconhecendo, embora, a existencia de obrigação de reparar, independentemente de qualquer culpa, recusam-se, todavia, a dar-lhes o nome de *responsabilidade*, preferindo (assim no caso do comitente) chama-las de “garantias”;

- b aqueles que negam (salvo lei especial ou contrato) a possibilidade do dever de reparação imposto à pessoa isenta de culpa. Mas, esses adversários da teoria do risco, substituem a noção tradicional da culpa, por uma noção nova, tal a da *culpa sem culpabilidade*, na qual incidiriam, inclusive, os agentes desprovidos de suas faculdades intelectuais e sem consciência de seus atos (V. H. MAZEAUD: *La Faute dans la Garde*, in *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1925, p. 793; BESSON: *La notion de garde dans la Responsabilité du Fait des Choses*, 1927; H. et L. MAZEAUD: *Traité de la Responsabilité des Choses*, I, n.ºs. 1.302 e seguintes).

Na primeira tésé, acima, diz SAVAEIER invocando PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Oblig.* I, n.ºs. 593 e 613, — “*il n’y au fond, qu’une querelle de définitions, du moment que l’on est d’accord sur l’existence d’un devoir de réparer, reconnu en l’absence de faute, et fondé, tout au moins dans une large mesure, sur le profit*” E, aludindo à segunda tésé, ESMEIN compara a “culpa sem culpabilidade”, à *un homme sans tête, à une automobile sans moteur, à un syllogisme sans prémisses.*” (*bid*)

10. A justificação da doutrina do risco, por SAVATIER, merece ser transcrita:

“está, pois, assentado que a jurisprudência reconhece, hoje, com fundamento nos arts. 1.384

e segs., a existência de responsabilidade sem culpa.

Quer se queira, quer não, preciso será reconhecer-se o direito de cidade que a teoria do risco adquiriu no direito francês (JOSSE-RAND: *Cours*, n.º 558; DEMOGUE: *Oblig.* V, n.º 819). E já não é desejavel, nem é mais possível, negar-lhe esse direito. A ideia do risco, ligada à do proveito, corresponde à equidade e, mais particularmente, à equidade que reclamam as sociedades modernas. Forçoso é dar ouvidos ao apelo hoje lançado pelo sentimento publico no sentido da reparação, tão frequente e completa quanto possível, dos danos individuais. “Tomemos (já escrevemos em “*Vers la Socialisation de la Responsabilité et des Risques individuels*” p. 9) um acidente *qualquer*; outrora, se não resultasse de culpa alheia, ninguém duvidava que a responsabilidade devesse correr por conta da vítima. O sentimento público limitava-se a ter pena da vítima; e se alguém, ou o Estado, intervisse para indenizá-la, o caso era havido como de caridade e não de justiça. Suponha-se, entretanto, que o mesmo acidente ocorra atualmente. Nem a vítima, nem a opinião publica, hoje, raciocinam pelo mesmo modo. O sentimento, que ora os domina, é que o acidente fêre, realmente, a justiça e que a equidade exige a reparação. E a pouco e pouco, lei e jurisprudencia tendem a concretizar esses sentimentos em fatos, a assegurar, isto é, tanto quanto possível, uma reparação”. A ideia de se ligar uma responsabilidade ao risco é o instrumento dessa tendencia. Convém, sem dúvida, fixar-lhe limites. Mas o principio já não pode ser eliminado do direito moderno.” (*ibid.*).

11. Não se pleiteia- note-se, que o conceito do *risco* tome por inteiro o lugar do conceito da culpa, como causa da responsabilidade civil. Ao contrário.

“se uma responsabilidade fundada no risco plenamente se justifica perante o direito moderno, não se lhe deve, contudo, atribuir nem um papel único, nem mesmo o primeiro lugar. Este lugar deve ser sempre reservado mais a um valor humano, do que a uma simples causalidade física, pois, a sociedade, na qual a responsabilidade civil deve estabelecer a ordem e o equilíbrio, é uma sociedade humana. Ora, a responsabilidade fundada na culpa ostenta a virtude essencial de corresponder à liberdade humana, de conservar, no homem, a consciência de seu interesse primordial de bem usar essa liberdade, de lhe fazer sentir as sanções, em que incorre, quando faz máu uso dessa liberdade, negligentemente ou imprudentemente. A responsabilidade fundada no risco, ao contrário, a despeito da ideia de equidade que a justifica, repousa exclusivamente sobre um equilíbrio material. Substituí-la sistematicamente à responsabilidade fundada na culpa e deixar, mesmo, de reconhecer a primazia desta, seria consagrar o triunfo da matéria sobre o espirito.” (*ibid.* n.º 280)

Sempre que o dano fôr causado por culpa, devidamente provada, a reparação se impõe, a cargo do culpado. Mas, em se tratando de dano causado por cousas inanimadas ou animais, ou, então, de *responsabilidade por ato de terceiro*, forçoso será reconhecer-se e proclamar-se (em lei e sob requisitos preestabelecidos):

- a a necessidade de uma reparação por parte do patrão, amo, ou comitente, independentemente da indagação da culpa;
- b a desnecessidade da ficção da culpa presumida *juris et de jure*;
- c a afirmação da responsabilidade, nesses casos, fundada em risco, ou seja na contra-partida do proveito auferido pelo responsável, com a atividade por ele exercida.

12. SAVATIER, apoiando-se em DENAVE (*Les Rapports de la Responsabilité Civile et de l'Assurance*) e RIPERT (*op. citada* n.º 120) reconhece e aplaude a influência considerável exercida, sob duplo aspecto, pelo seguro, sobre o desenvolvimento do conceito da responsabilidade resultante do risco (a) — em primeiro lugar, o *seguro* permitiu e permite a extensão, quasi indefinida, do campo dessa responsabilidade; (b) — em segundo lugar, pois que o *seguro* também pode ser contratado para o caso de culpa, desaparece o sentido moral, acima mencionado, de responsabilidade, neste ultimo caso; — e, assim, a primazia da responsabilidade por culpa não mais se justifica.

Da possibilidade do seguro e da propria natureza da responsabilidade baseada em risco, sem culpa do responsável, decorre a conveniencia, isto é, a justiça, da limitação das reparações, tal qual se procede com os accidentes do trabalho.

13, Quando o dano é causado por empregados, serviços, ou prepostos, ha que distinguir:

- a) a responsabilidade do patrão, amo ou comitente, que independe de culpa e resulta do risco (segundo a doutrina que venho adotando) e

- b) a responsabilidade do agente (empregado, serviçal ou preposto), que, esta, sim, deverá decorrer da culpa, devidamente provada.

As duas responsabilidades, no tocante à sua apuração, são autonomas (SAVATIER: *loc cit.* n.º 288) e pressupõem causa distinta de *pedir*: — em um caso, pede-se a reparação, contra o amo, patrão, ou comitente, a *titulo* de risco; noutro, pede-se a reparação, contra o empregado, serviçal ou preposto, a *titulo* de culpa, que, ha-de ser devidamente provada, por quem a alegue.

14. A jurisprudencia brasileira não se tem mantido alheia à evolução do conceito da responsabilidade civil, tal qual a apresentamos acima. Tambem os nossos juristas a acompanham e desenvolvem.

Nossos julgados, os do Supremo Tribunal principalmente, vêm consagrando o conceito seguinte:

“salvo ocorrência de culpa da vitima, o patrão responde civilmente pelos danos causados por preposto, especialmente no uso de coisas perigosas, como veiculos de velocidade” (Rev. Trib, vil. 177, p. 408 Rec. Ext. n.º 9.435, do Distrito Federal).

Excluida, por esse modo, a possibilidade de exoneração de responsabilidade do patrão, a não ser no caso, único, de culpa da vitima. de duas, uma: — ou se admite, ainda, a ficção da culpa presumida *juris et de jure*, ou, mais corajosamente e mais acertadamente, se aceita a teoria do risco. E a adoção desta ultima doutrina transparece dos julgados, dos quais, entretanto, é licito dizer-se que *vão além da lei escrita*, que constituem, como que, um direito novo, melhor embora, mas em choque com o direito positivo em vigôr que, entre nós e nesta materia, não adota, nem mesmo, a doutrina da culpa presumida,

exigindo, antes, por modo formal e expresso, a *prova da culpa do amo, patrão, ou comitente* (cod. civ. art. 1.523).

15. Desses julgados, destaco, como fundamentais, o relatado pelo snr. ministro OROZIMBO NONATO, que se encontra na *Rev. For.* vol. 104, p. 473 e segs. e o relatado pelo eminente juiz e jurista PHILADELPHO AZEVEDO, reproduzido na *Rev. dos Tribun.*, vol. 177, p. 408 e segs. O voto do relator, neste ultimo julgado, contém excelente indicação bibliografica sobre a materia, bem como a indicação do estado atual de nossa jurisprudencia, sobre este mesmo e ainda tão debatido problema.

16. Foi, com certeza, o choque existente entre essa jurisprudencia e nossa lei escrita (cod. civ. art. 1.523), que incitou o deputado snr. ALIOMAR BALEEIRO a apresentar, recentemente, este projeto de lei, que, *mutatis mutandis*, revive projeto anterior do snr. deputado DANIEL DE CARVALHO:

“*art. 1.º*: — A culpa ou negligencia do patrão, amo ou comitente, ou pessoa juridica que exerça profissão industrial no caso do art. 1.523 do código civil, considera-se provada desde que o esteja a culpa ou negligencia dos seus empregados, serviçais, ou prepostos.”

Semelhante disposição, é evidente, cria uma presunção de *culpa* contra o patrão, comitente ou amo, pelo ato culposo de seu empregado, serviçal, ou preposto, que haja causado dano a outrem.

A presunção, assim criada, é *absoluta, juris et de jure*, irremovivel por prova em contrário, ou seja, por qualquer prova, que não admite, de ausencia de culpa por parte do patrão, amo, ou comitente; — basta, para que a responsabilidade deste se verifique, a apuração da culpa do empregado, serviçal, ou preposto.

O deputado sr. PLÍNIO BARRETO, relatando, sobre esse projeto, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, escreveu:

“O projeto não chega até onde foi a legislação francesa, isto é, a considerar sempre provada tanto a culpa dos empregados, serviçais ou prepostos como a do patrão, amo, comitente ou pessoa jurídica que exerça exploração industrial. Apenas presume a culpa do patrão, amo, comitente, ou pessoa jurídica, sempre que ficar provada a culpa ou negligência dos seus empregados, serviçais ou prepostos. A doutrina da culpa continua a dominar a questão. Nem sequer retirou da vítima o onus da prova de que a culpa foi do empregado, serviçal ou preposto.”

“Eu iria mais longe. Consagraria integralmente a doutrina do risco, isto é, a doutrina francesa. Com o recurso aos seguros, os patrões se cobririam perfeitamente dos prejuízos que viessem a sofrer em consequência dessa extensão da sua responsabilidade. As vítimas, por seu turno, ficariam definitivamente resguardadas do perigo de se verem privadas, cruelmente, da compensação pecuniária pelos danos que sofressem dada a falta de recursos dos autores diretos desses danos. Conciliam-se, dessa maneira, perfeitamente, os interesses de todas as partes.”

Contudo, o parecer da aludida comissão conclue por dizer: — (o projeto) “*é prudente harmonização da doutrina da culpa com a doutrina do risco.*”

17. Muitas observações sugere esse projeto, tais as seguintes:

- a) tecnicamente, revela-se defeituoso, por não se limitar a dar nova redação ao art. 1.523 do Código civil;
- b) aludindo às pessoas jurídicas que exerçam atividade industrial e não distinguindo entre operários e terceiros, em relação à empresa, poderá criar dificuldades na aplicação da legislação especial dos acidentes do trabalho;
- c) reincide no erro do art. 1.623 do código civil, ao falar em culpa ou negligência, quando a negligência constitui, exatamente, uma modalidade da culpa;
- d) não abandona a velha e já condenada ficção da *culpa presumida*, declarando o patrão, amo, ou comitente, responsável pela *culpa* de seu empregado, serviçal, ou preposto;
- e) não beneficia as vítimas do dano, nem lhes melhora a situação, pois ainda as obriga a suportarem a prova da *culpa* de preposto;
- f) não limita a responsabilidade do patrão, amo, ou comitente, por forma a facultar, ou facilitar, o seguro;
- g) em consequência, desconhece o estado atual da evolução da ciência jurídica que, nesta matéria, mais do que em qualquer outra, tende para a socialização do risco e da responsabilidade civil.

Na realidade, o aludido Projeto não faz mais do que reproduzir a legislação francesa sobre a matéria, legislação que não admite, como por equívoco se diz no tópico transcrito do relatório da Comissão de Justiça, a presunção absoluta da prova de culpa do preposto, serviçal, ou empregado, mas, ao contrário, exige a prova dessa culpa, incidindo, assim, na censura dos juristas:

“*caractère hybride de l'application de l'idée de risque; place laissée à l'idée de faute chez le preposé. La responsabilité de l'employeur est exemple, chez lui, de toute faute. C'est pourquoi, pour lui, elle constitue un risque. Mais elle n'est pas indépendante de toute faute chez son preposé. Le maître n'est, en effet, responsable que si le dommage causé par son preposé était illicite. Ce caractère illicite peut résulter de la violation d'un devoir légal ou moral, ou, simplement, du fait que le dommage causé était normalement prévisible et ne se justifiait par aucun droit. Il faut appliquer à la faute du preposé sur tous ces points, les règles dégagées dans le livre 1er. de cet ouvrage.*” (SAVATIER: *loc. cit.* n.º 285).

A regra contida no art. 1.384 do código civil francês já se continha no Projeto inicial deste código — e data, pois, de 1804, de quando, isto é, o direito civil se reconstituía sob a influencia dos princípios individualistas da revolução francesa.

— *Em conclusão.* Sem duvida, nossa lei civil vigente merece ser reformada. Mas, a forma realmente eficiente, mais de acordo com a situação atual e social do problema, consistiria na adopção da teoria do risco como fundamento da responsabilidade dos amos, patrões e comitentes, compensando-se o novo critério com a limitação da responsabilidade e, quando menos, com a possibilidade de seguro.

O obrigatoriedade do seguro (e não a sua simples possibilidade) melhor asseguraria o pagamento das indenizações correspondentes.

Funções e conceito do direito civil comparado

Lino de Moraes Leme

Catedrático de Direito Civil.

1. RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO.

Antes de apontar as orientações no estudo do Direito Civil Comparado, e dar-lhe o conceito, notemos que o espirito humano, desde os primórdios da ciência do direito, compreendia as vantagens da comparação. Basta citar dois nomes: Aristóteles (1) (384-322 a. C.), que afirmou o princípio de que não ha ciência do particular e confrontou Constituições e Montesquieu (2) que se referiu expressamente aos processos e funções do método comparativo.

Montesquieu escreveu: “La loi en général est la raison humaine, en tant qu’elle gouverne tous les peuples de la terre, et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s’applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c’est un très grand hasard si celles d’une nation peuvent convenir à une autre” (L. I. cap. 3).

Essa tese foi o ponto de partida da escola histórica (3), dominada por duas ideias fundamentais; uma a de que o

(1) *Política e Retórica.*

(2) *L’Esprit des lois.*

(3) *Lerminier, Introduction générale à l’Histoire du Droit*, refere que a Machiavel e a Vico, na Italia, a Bodin e Montesquieu, na França, tem sido filiada a escola histórica, cujas idéias capitais

direito o produto da consciência nacional, do espírito com um cada povo; outra, a de que o Direito evolve, como as línguas.

O reconhecimento da necessidade do estudo do direito comparado levou à criação, em França, em 1830, da Cadeira de *História geral e filosófica da legislação comparada*, no Collège de França, regida por Lerminier, a quem sucederam primeiro Laboulaye e, depois, Jacques Flach, e, em 1837, na Faculdade de Direito de Paris, outra cadeira, regida por Ortolan.

No Brasil foi criada, em 1891, a Cadeira de Legislação Comparada, regida em S. Paulo por João Monteiro; em Recife, por Clovis Bevilacqua, e, no Rio de Janeiro, por Cândido de Oliveira (4).

2. ORIENTAÇÕES PARA O ESTUDO DO DIREITO COMPARADO.

Numerosos trabalhos foram publicados sobre a matéria, expondo-se idéias dispares sobre a orientação do estudo do Direito Comparado, de tal sorte que o *Congrès International de Droit Comparé*, reunido em Paris, em 1900, colocou, entre os temas a elucidar, o relativo ao conceito, definição e método da matéria.

Para facilidade de conhecimento, entendemos de classificar essas orientações, em quatro grupos:

- I — a científica,
- II — a legislativa,

foram desenvolvidas por Savigny, em sua polêmica com Thibaut. Este escreveu sobre “A necessidade dum código civil comum a tôda a Alemanha (1814); respondeu-lhe Savigny com *Da vocação de nosso século para a legislação e a jurisprudência*, em cujo trabalho desenvolve idéias que depois modificou e que sofreram veira, o *Curso de legislação comparada*.

(4) Como reflexo de seu magistério, deixaram: João Monteiro, a lição inaugural (*Da futura universalização do direito*); Clovis, as *Lições de legislação comparada* e, Cândido de Oliveira, o *Curso de legislação comparada*.

III — a subsidiária do direito nacional e do direito internacional privado,

IV — a teórica e prática.

Vamos expôr sucintamente a orientação dessas correntes, antes de abordarmos o conceito do Direito comparado.

3. A CORRENTE CIENTIFICA

A' corrente científica se filiam Kohler (5), Post (6), Del Vecchio (7), Carusi (8), Rotondi (9), Sauser-Hall (10), Andrès Weyss (11), além de outros.

Segundos eles ha uma ciência do “direito comparado”, isto é, tem o direito comparado a finalidade de investigar o direito de todos os povos, para mostrar-nos o seu desenvolvimento e fazer-nos conhecer como se orientam as suas transformações.

Kohler, como os neo-hegelianos, substituindo a *idéia*, como essência das cousas, pela *cultura*, define esta como a evolução das forças para uma fôrma pre-definida de humanidade, ou como uma corrente contínua da magnificência divina, com o fim de realizar as aspirações de Deus. A evolução do direito, diz ele, está submetida às leis do progresso, com base em uma única direção e subordinada

(5) *Filosofia del derecho e Moderni problemi del diritto.*

(6) *Einleitung in Das Studium der ethnologischen Jurisprudenz.*

(7) *Filosofia de direito*, trad. port., 1948.

(8) *Il problema del diritto comparato*, in *Atti della Soc. Ital. per il progresso della Scienza*, 1914

(9) *Per lo studio delle riforme legislative e del diritto comparato*, in *Riv. di dir. civ.*, 1926; *Il diritto comme oggetto di conoscenza*, 1924.

(10) *Fonction et méthode du droit comparé*, in *Congrès du Droit comparé*, v. I.

(11) *Rôle, fonction et méthode du droit comparé.*

à obediência a certos fins e à liberdades de meios, que, reunidos, produzem a legalidade. A história universal do direito (denominação que ele prefere à de ciência do direito comparado) tem por objeto a investigação do direito dos povos existentes e dos desaparecidos, que permita reconstituir o progresso fatal da cultura da humanidade, de fôrma a continuá-la dentro do plano divino. Cada direito nacional não é senão um membro da cultura humana e seus caracteres servem para esclarecer a imagem total da humanidade.

Em sentido semelhante se manifesta Del Vecchio que, sem se referir a plano divino, recorda a afirmação de Vico, segundo a qual se encontram as mesmas instituições em povos diferentes, sem haver contactos ou conhecimento mútuo, isto é, sem que um “tivesse tomado de outro o exemplo.” Ao lado dessas uniformidades, que diz “naturais”, salienta ele o fenómeno histórico da influência dos povos uns sobre os outros, e dos respectivos direitos, e isso porque o Direito não é apenas um fenomeno *nacional*, mas sobretudo *humano*. Assim, com o método genético e comparativo pode-se tentar a narrativa de uma história universal do direito.

Adolf Bastian (12) (1826-1905), partindo da natureza psíquica uniforme de todos os homens, sustentava a poli-gênese da civilização humana, que, em virtude dessa natureza uniforme, evolve em todos os logares na mesma direção, um pouco desviada pelas particularidades das condições geográficas, climáticas e econômicas.

Essas idéias são aplicadas por Alberto Ermanno Post principalmente ao direito, de onde a teoria da etnologia jurídica, que, partindo da raça, como centro, sustenta que ha tantas evoluções quantas são as raças. Estas constituem um fenômeno natural e espontâneo, filho do solo e do clima, e cuja transformações se operam lentamente, esca-

(12) *Elementar, und Volkergedanke.*

pando absolutamente à nossa observação. Assim ele se aparta dos que consideram uma história universal do direito, para sustentar que essa história apenas pode ser *geral*, ou uma para cada raça.

Dessas concepções se apartam Carusi e Rotondi.

Para Kohler, o direito comparado fornece os *fatos*, com base nos quais se recompõe o processo de desenvolvimento do direito e se funda uma história universal do Direito, que, ligada à sua concepção do mundo, se converte em uma verdadeira filosofia do direito. Segundo Post, o direito comparado observa os *fatos*, estabelece-lhes a *correlação e o desenvolvimento*, e descobre na raça a causa de seu encadeamento. Outra é a atitude de Carusi, que dá à ciência do Direito comparado, animada de espírito filosófico, com base em estatísticas materiais, a finalidade de investigar as relações substanciais e constantes, em meio à flutuação de elementos variáveis, observando o seguinte processo: a) exame analítico das instituições e dos sistemas de Direito, aplicando o método histórico-analítico de Bonfante; b) investigar as instituições; e c) investigar as constantes psicológicas no desenvolvimento delas. Na mesma ordem de idéias, Rotondi dá, ao direito comparado, a função de pesquisar as leis naturais que ligam um direito a outro, ou uma a outra família, ou categoria, nas quais possamos classificar todos os direitos históricos e vigentes, dando-nos a possibilidade de prever, com suficiente precisão, os efeitos e as metas da evolução jurídica.

4. A CORRENTE LEGISLATIVA

À corrente legislativa (13) pertencem aqueles que procuram, através do direito comparado, fundar um sis-

(13) Político-legislativo é a denominação preferida por Binder, Radbruch, Rabel, Nartinez Paz.

tema legislativo universal (Saleilles) (14), ou comum (Lambert (15). Não partem eles de princípios imanentes, e sim procuram construir um sistema jurídico com base em princípios fundamentais, para um, e finais, para o outro.

Saleilles, como Stammler, parte de um direito natural variavel no tempo, a que se chega não partindo da razão, mas da realidade representada pelas legislações vigentes, e que leva a um direito comum, superior às diversidades legislativas, e destinado a suprir as lacunas do direito interno.

Para Lambert, o direito comparado compreende a *história comparada do direito*, que, investigando as causas das relações de sucessão entre os fenômenos jurídicos, descobre as leis naturais que regem as manifestações da vida social, cujo conjunto constitue o direito; e *legislação comparada*, que é um dos órgãos de revelação, criação e aplicação do direito, por meio do qual se desprende, da confrontação dos sistemas jurídicos, o fundo comum das concepções e das instituições. A legislação comparada conduz ao direito comum legislativo.

As diferenças entre os sistemas de Saleilles e de Lambert podem ser assim resumidas; a) o primeiro compara os direitos, o segundo sómente se atém às legislações; b) o primeiro objetiva a criação de um direito universal, destinado a preencher as lacunas dos direitos nacionais; o segundo pretende criar um direito comum legislativo; c) Lambert nega a existencia de idéias verdadeiramente comuns à humanidade civilizada, exceto se se erigirem em máximas do direito comum à humanidade as produções do pensamento romano, o que significa que a sua idéia não é a de um direito universal.

(14) *Conception et objet de la science du droit comparé, in Bulletin de la Société de Législation Comp.* XXIX, 393.

(15) *La fonction du droit civil comparé*, 1903.

As idéias de Consentino (16) não discrepam das de Lambert. Também eles reconhecem uma função científica no direito comparado, e, entusiasmado com o seu código civil pan-americano, considera um grave erro de Montesquieu o sustentar que as leis devem ser o reflexo do meio social, pelo que devem diferir de um país para outro, como duas folhas que jamais aparecerão como idênticas; para ele a unificação se realiza por tres processos; a) imitação; b) a adoção pura e simples, num Estado, da legislação de outro; c) por concessões recíprocas dos diversos Estados (17).

As idéias de Lambert dominaram no Congresso de Direito comparado, reunido em Paris, em 1900.

5. O DIREITO COMPARADO SUBSIDIÁRIO DO DIREITO NACIONAL.

A orientação que considera o direito comparado como subsidiário do direito nacional se desdobra em várias correntes; a) a primeira, a de aperfeiçoar o direito nacional; b) para outra, a de interpretar esse direito; c) e ainda a de preencher as lacunas do direito.

A primeira corrente é representada por Jossierand, Cruet e outros. A leis, dizem, precisam ser constantemente renovar, para aperfeiçoá-las ou para melhor adaptá-las às necessidades sociais. A inspiração para essas reformas provém não sómente da doutrina nacional, como também da doutrina e da legislação estrangeiras. A política legislativa se converte, dest'arte, em uma ciência legislativa. O direito comparado, diz Jossierand, é o direito em marcha, considerado em seu aspeto mais vivo, mais verdadeiro; é a

(16) *La science du droit comparé et l'American Common Law.*

(17) *L'unification internationale du droit privé*, 1924.

(18) Jossierand, *Conception générale du droit comparé*, Congrès v. I. Cruet, *La vie du droit*, 1908.

ciência do direito que nos descobre o porvir das legislações. “Le vrai titre du droit comparé, diz Cruet, n’est pas de donner aux diverses législations une orientation uniforme, il est de suggérer, par l’étude des législations étrangères, des solutions vraiment nationales”.

Quando se examinam os julgados dos tribunais de um país, vê-se a influência que a jurisprudência de um exerce sobre outro. O mesmo fato não se observará quanto á jurisprudência estrangeira, em confronto com a nacional? O magistrado, que deve adaptar a lei às necessidades sociais, tem de forçosamente, acolher as soluções oferecidas pelo direito comparado, venham elas através da doutrina, como sustenta Jossierand, ou diretamente, como pretende Weiss (19).

6. O DIREITO COMPARADO COMO SIMPLES MÉTODO

E outra concepção é a do direito comparado como um simples método para o conhecimento do direito, estudando-se ele não apenas em relação ao direito nacional, mas igualmente através de manifestações jurídicas paralelas. A principio, por influência da filosofia do direito, ou de juristas filósofos, a comparação se limitará ao campo histórico do direito (20); depois, no entanto, sob a influência dos puros juristas, sem nenhum limite doutrinário (21). O direito comparado, em tal sentido, pode auxiliar a completar as lacunas do direito (22). A idéia fundamental,

(19) *Rôle, fonction et méthode du droit comparé, dans le domaine du droit civil — Congrès, I*

(20) *Leopoldo Wenger, Romische Recht* — No mesmo sentido Jhering, *Espírito do direito romano*; Stanilas Pinelás, *Questions du droit romain*.

(21) *Messineo, L'indagine comparative negli studi giuridici, in Archivio Giuridico "Serafini", 1931 IX, 18.*

(22) *Paul Koshaker, L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne.*

porém, dessa orientação, que predominou nos Congressos reunidos em Haia, em 1932 e 1937, graças aos esforços da Academia Internacional de Direito Comparado, fundada na Itália, em 1924, foi a de que o direito comparado é um método pelo qual a ciência do direito se adapta às necessidades da comunidade internacional, o que não passa de uma formula de Lambert que, na sessão de encerramento do Congresso de 1937, desta fórmula resumia as finalidades do direito comparado: Assim como, acima da diversidade de costumes medievais, emergiu um fundo de direito comum à cristandade do Ocidente, também será possível a adaptação das instituições jurídicas à estrutura econômica dos povos e à internacionalização das partes comerciais do seu direito.

7 O DIREITO COMPARADO SOB O ASPECTO TEÓRICO E PRÁTICO.

Ao lado dessas orientações, ha a que considera o direito comparado sob o aspecto teórico e prático. Assim Mario Sarfatti (23) distingue o estudo científico do direito comparado do estudo do direito interno pelo método comparativo. O primeiro, doutrinário e de feição histórico-etnológica, se propõe a tirar, do conjunto dos sistemas jurídicos fundamentais, um vêio de ideias comuns que sejam eventualmente aproveitáveis para a futura formação de critérios jurídicos universais. O segundo, jurídico, se propõe fornecer subsídios ao legislador e método para interpretar as leis. Também Martinez Paz dá ao direito comparado, uma função teórica — ade apontar a idéia essencial em que assenta cada instituição jurídica, nas legislações de um grupo de povos de cultura jurídica semelhante, e coordenar essas noções em um sistema jurídico que, embora oriundo da realidade, represente uma generalização

(23) *Le droit compare dans son essence et son application e Introduzione allo studio del diritto comparato*, 1933.

mais ampla do que as contidas nos direitos nacionais; — e uma função prática, na política legislativa, na realização, conhecimento e apreciação do direito positivo (24).

8. OS CIRCULOS CULTURAIS.

E uma referencia deve ser feita a uma teoria formada na Alemanha, denominada círculos culturais, governando a evolução jurídica, pela de centros de irradiação, determinadas por utensílios, armas, fórmulas de construção de casas, ligadas a outros elementos culturais e a certas instituições sociais (25).

9. OS ESCRITORES BRASILEIROS.

No Brasil vemos João Monteiro sustentar a tese “Da futura universalização do direito”, na aula inaugural, em 30 de Maio de 1895 (26), e, no trabalho sob o título “Cosmópolis do direito”, reforçar os argumentos apresentados nessa aula.

Clovis Bevilacqua vê, no direito comparado, tres ordens de vantagens: para a ciência, para o legislador e para o juiz. Sob o primeiro aspeto, observa que a generalização de certos institutos jurídicos é uma consequência forçosa de identidade fundamental da natureza humana, e, mais ainda, da estrutura social, em seus traços mais gerais, ao menos onde ela se tem revelado capaz de substituir e desenvolver-se. Ao lado dessas analogias, observam-se divergências resultantes do que à cultura devem as grandes raças que a argamassaram (27).

Cândido de Oliveira contesta seja possível a universalização do direito, embora reconheça a existência de certos

(24) *Introducción al estudio del derecho comparado*, 1934

(25) W. Schmidt, en Eyre, *European civilization*.

(26) *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, v. 3.

(27) *Lições de legislação comparada*, 1893.

princípios, geralmente aceitos, e que constituem o fundo comum das sociedades humanas. Mas, se o princípio domina, a aplicação reveste formas práticas as mais variadas; e, sob esse aspeto, aponta a comparação como o farol que ilumina o jurisconsulto, no trabalho incessante da adaptação da lei ao momento histórico da sociedade que ela vai reger. A utilidade da disciplina se manifesta em uma tríplice esfera — para o legislador, para o magistrado e para o jurisconsulto. Principalmente para este, pois a ele está confiado o desenvolvimento científico do direito.

10. CRÍTICA Á ORIENTAÇÃO CIENTÍFICA.

Em escritores que não reconhecem função científica ao direito comparado, nota-se a preocupação de criticar essa orientação e de relegá-la para o passado. É assim que Messineco diz: *Alle istanze di sapore scientifico si accenna ormai in sordina quasi como a pezzo d'obbligo, allo scopo di corroborare com ragioni accessorie il valore di questi studi, che, per sè, è riposto in finalitá di altro ordine* (28); e Martinez Paz escreve: “La ciencia del derecho no puede hacerse sobre la base de los elementos empiricos que proporciona la comparación de las legislaciones”. E Koshaker: (29) “Tout cela est aujourd’hui suranné.

11. DIREITO COMPARADO E CIÊNCIA DO DIREITO.

Sem duvida têm razão aqueles que negam a existência de uma ciência do direito comparado. A comparação é um dos processos de método indutivo. Assim, da aplicação desse processo ao direito pode resultar uma ciência do direito, uma vez que se descubram princípios a que obedçam as transformações do direito. A comparação é um

(28) O. c. p. 16.

(29) O. c.

processo, e, quando ela obedeça a criterios certos, será lícito falar-se em método comparativo (30).

Uma cousa é o direito comparado e outra a ciência do direito. Em tal sentido, o direito comparado, em vez de disciplina científica, é um método.

Para aplicação do direito comparado, com essa função, é mister partir do princípio de que as concordâncias e as diferenças observadas atestam haver uma evolução no direito, ou seja — que as suas transformações obedecem a princípios semelhantes aos das leis naturais, isto é, que o direito é uma ciência, contra as opiniões de Spengler, Stammler, Kirchmann.

12. SERÁ ANTIQUADA ESSA CONCEPÇÃO DO DIREITO COMPARADO?

A resposta pode ser dada examinando-se trabalhos sobre o assunto, bem assim os referentes à filosofia do direito, e observando-se como se constituíram as ciências afins.

Em trabalhos de 1936, Alexandre Otetetisandi (31) mostra que o notavel professor Lambert, a quem tanto deve o direito comparado, em prol do qual desenvolveu atividade durante quarenta anos, na Faculdade de Direito de Lyon, considerava o direito comparado como ciência e como arte. Também como ciência o considera Albert Koucourek (32), embora divirja do critério por ele adotado. No mesmo sentido se manifestam Mario Sarfatti (33) e outros.

Se passarmos aos filósofos do direito, encontramos manifestações no mesmo sentido. Vimos que nessa corrente

(30) Método é um conjunto de processos para descobrir a verdade.

(31) *Les conceptions de M. Lambert sur le droit comparé.*

(32) *Le développement du droit est-il gouverné par des lois?*

(33) *Le droit comparé dans son essence et son application.*

se encontram Josef Kohler (1849-1919), a respeito de quem diz Wilhelm Sauer (34): “Professa rigorosamente los principios del Derecho comparado, al mismo tiempo que, con genial intuición, ve en el Derecho um fenómeno de cultura, en libre conexión com la idea de la evolución de Hegel”.

A. Groppali (35) examina o problema do progresso do direito e, depois de apontar fatores da evolução jurídica e de criticar as teorias evolucionistas — por seu determinismo mecânico, refere a teoria de Wundt e de Paulsen, que procuraram estabelecer a teoria das causas finais, pela concepção da vida universal como animada por um impulso teleológico, que emerge em graus paulatinamente mais elevados — e adere às ideias de Lewis e Ardigò. Estes afirmaram o princípio da complicação crescente e da autonomia dos fenômenos, nos quais não ha continuidade e equivalência mecânica, nem descontinuidade arbitrária de formas, nem suspensão des leis naturais. Para Lewis, as formações se encadeiam progressivamente umas às outras, sendo as mais complexas qualitativamente diferenciadas das menos complexas, porque, em vez de resultarem da soma, emergem da combinação e da síntese dos elementos dela. Ardigò concebe o processo cósmico como uma ordem gradualmente progressiva de formações sempre mais elevadas e autônomas, pelas quais se passa da matéria à vida, ao espirito, à sociedade, ao pensamento, não se destacando as formações superiores das inferiores, mas delas constituindo a integração, conservando, no complexo de energias e de caratères próprios, o conjunto das propriedades e das forças que animaram as formações anteriores. Portanto, o fenómeno jurídico é uma super-ordenação cada vez mais complicada e ascendente, de formações naturais.

(34) *Filosofia juridica e social.*

(35) *Filosofia del diritto.*

Tambem fizemos referência a Giorgio Del Vecchio. Baste-nos acrescentar o trabalho de Edgar Bodenheimer (36), elaborado após a ditadura de Hitler, e no qual, referindo-se à Sociologia do Direito, diz que ela “tiene que mostrar las causas sociales y economicas que determinan la evolución de las normas y instituciones juridicas y que analizar las tendencias sociales existentes tras la legislación”.

13 — O SÍMILE DA GLOTOLOGIA.

Consideremos uma ciência afim do direito, a glotologia. A linguagem é um fato social. Ela varia em virtude de condições fisico-geográficas climatéricas, políticas e culturais. As linguas se influem reciprocamente. Pois bem: os glotólogos verificaram que as transformações das linguas obedecem a leis. Não se preocuparam eles com o problema da origem da linguagem, da mesma forma que os biólogos não cogitaram do da origem da vida. Não cuidaram eles — a não ser um ou outro espirito imaginário — em formar uma língua universal, porque esse não é o escopo da ciência. Tambem o direito sofre as influências de meio físico (geográficas, climáticas, geológicas), do meio social (políticas, morais, econômicas). Não interessa para a ciência, o problema da origem do direito. Não cuida ela de estabelecer um direito universal; o estabelecimento de princípios gerais não tem esse significado: a forma pode, até certo limite, ser aproximada, mas o conteúdo tem as suas características próprias.

F. Kern (37), Flor (38) e Koshaler (39) demonstraram ser insustentável a teoria dos círculos culturais, que é baseada em hipóteses não demonstradas, salientando o úl-

(36) *Teoria del derecho*, trad. esp. 1942 — 351.

(37) *Die Anfänge der Weltgeschichte*, 1935.

(38) *Festschittl fur Hirt*.

(39) O. c.

timo que as influências e empréstimos em que se baseia essa teoria são insuficientes no domínio de outra organização social, econômica e jurídica; e lembra que os japoneses, por ex., não abandonaram sua organização da família e sua mentalidade, pelo fato de haverem sofrido grande influência em seus contatos com os europeus. Para Kosha-ker, o direito não é uma ciência, embora reconheça a existência de concordâncias; e entende que não é, porque os fatores típicos (o meio geográfico, social e econômico) são desviados sempre por fatores atípicos (por ex. a raça, as aptidões particulares, e sobretudo a história, que consiste em migrações e recepções e forma o caráter de um povo, de maneira decisiva). Ora, se existem concordâncias, pouco importa que, entre as forças componentes, se incluam elementos diversos, da mesma forma que, para o descobrimento das leis da evolução linguística, não importa exista elementos pertencentes a línguas estrangeiras, e para a formação das variedades e tipos nos domínios da biologia, concorram igualmente muitos fatores.

14. O DIREITO COMPARADO É UM MÉTODO E NÃO UMA CIÊNCIA.

O direito comparado é, dissemos, um método e não uma ciência, como pretenderam ainda recentemente Arminjon, Norde e Wolff (40), dizendo que ele não é um meio ou um método, mas uma ciência, seguindo a Kaden, (41) por isso que capaz de edificar um sistema de concepções de valor objetivo; e rejeitando, com razão, a identificação do mesmo com a história universal do direito, dizem que ele é um ramo da ciência do direito vivo, estudado, afim de fornecer regras de conduta, de servir para a ação. Quais sejam essas regras de conduta, esclarecem

(40) *Traité de droit comparé*, 1950.

(41) *Rechtsvergleichung*, em *Rvgh H. W. VI*, v. 10.

eles — são as regras da justiça, que regem normativamente as sociedades modernas. E o fim do direito comparado é regular e melhorar a conduta dos homens.

Como um método considera-o René David, em obra recente (42).

15 — CIÊNCIA E ARTE.

Não se deve confundir a ciência com a arte. Aquela procura estabelecer as regras da evolução jurídica. A arte são aplicações da ciência. O interesse daquela é a teoria; o desta, a prática. A cada ciência corresponde uma arte: à mecânica pura, a aplicada; à geologia, a metalurgia; à física — a ótica, a acústica, a eletricidade; à química — a niquelação, a douração, a destilação; à medicina — a arte médica; ao direito — a advocacia.

O direito comparado tem também as suas aplicações ou funções práticas, dizem; mas são outras tantas artes da ciência do direito.

16 — FUNÇÃO TÉCNICA DO DIREITO COMPARADO.

A função técnica do direito comparado é, pois, a de procurar a constância e a variedade nas regras de direito e nos institutos jurídicos.

Com esse escopo o direito comparado constitui o processo fundamental da ciência do direito, que é a de procurar a constância e a variedade nas regras do direito e nos institutos jurídicos, concorrendo para a descoberta dos princípios reguladores da evolução jurídica. Das suas aplicações, uma é a de constituir elemento subsidiário do direito nacional, por isso que os princípios gerais do direito são um dos meios para preencher as lacunas desse direito (art. 4 da lei de introdução ao Código Civil) e do direito internacional (o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Haia manda consultar os princípios das leis nacionais).

(42) O. c.

17 — FUNÇÕES DO DIREITO COMPARADO.

Além dessa função prática, o direito comparado presta um auxílio inestimável na política legislativa e no conhecimento do direito positivo.

O direito está em constante evolução para se adaptar às novas necessidades sociais. Reconhecidas elas, é natural que se aproveite a experiência de outros povos que já editaram normas para satisfazê-las, e que viram colimada essa finalidade. Adotadas, ver-se-á se produzem os mesmos resultados já verificados noutra partes, ou se é mister modificá-las. Reconhecido, por exemplo, que ha direitos certos e incontestáveis exigindo proteção, qual o caminho a seguir? Ampliar o instituto de *habeas corpus*, sob o fundamento de que em regra, nesses casos a lesão do direito se apresenta com o mesmo carater desse instituto, isto é, ligada ao direito de ir e vir, ou extender-se a proteção possessória aos direitos em geral, ou adotar-se um remédio especial? Entre nós, em virtude do predomínio das idéias de Savigny — contra a orientação do direito comparado, do canônico e do feudal —, foi seguida a primeira orientação, depois substituída pela terceira, por influência do direito comparado.

18 — TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO.

Outra finalidade prática é a de propiciar elementos para o conhecimento do direito nacional. Surge dúvida, por ex. a respeito da servidão por destinação do proprietário: é possível, ou não, em face da lei? Divergem a respeito autores e julgados. Pois bem: recorre-se ao direito comparado, que fornece os subsídios para a elucidação da controvérsia. Permite o Código a cláusula de retrovenda nos contratos referentes a imóveis. Deve essa cláusula ser proibida como no código português e no mexicano, ou deve ser mantida e até extendida aos contratos referentes a móveis? Como essas, numerosas outras questões poderiam

ser lembradas, para elucidação das quais é decisiva a contribuição do direito comparado.

19 — ORIENTAÇÃO DE NOSSO ESTUDO.

E ai temos a orientação a que deve obedecer o nosso estudo. Não iremos pesquisar leis, mas descobrir as concordâncias e as diferenças que facilitem ao cientista o descobri-las. Com esse estudo estaremos reunindo materiais que orientem as nossas reformas legislativas e proporcionem, através do direito comparado, melhor conhecimento do nosso direito e meio de resolver as dificuldades que se nos apresentarem.

Essas pesquisas das concordâncias e das diferenças constituirá a parte teórica, e o aproveitamento do material armazenado será a parte prática — servindo à interpretação do direito positivo, ao preenchimento de suas lacunas e ao aperfeiçoamento da legislação. Desse estudo é que devem resultar as semelhanças e as diferenças que permitirão os princípios gerais do direito.

20 — CONCEITO DO DIREITO COMPARADO.

Levy Ullmann assim conceitua o direito comparado. “Le droit comparé est une branche de la science juridique qui a pour objet le rapprochement systématique des institutions des pays civilisés” (43). Para Sujiyama (44) “la ciencia del derecho comparado es una de las disciplinas de la ciencia del derecho supranacional, fundada em el nuevo derecho natural que tiene por objeto realizar el progreso común del derecho nacional y del derecho mundial, mediante la comparación positiva y la aproximación siste-

(43) *Rapport du droit international privé avec le droit comparé*, in *Bulletin de législation comparée* 1932, p. 207.

(44) *Ensayo de una concepción sintética del derecho comparado*.

matica de los derechos, y en caso necesario, por la construcción jurídica”.

Azulay (45) diz que o “direito comparado é uma disciplina que investiga as causas jurídicas com o aparelho de Sociologia, estabelecendo, após uma comparação de sistemas jurídicos diversos, mas análogos, a finalidade de aprofundar a técnica jurídica dos institutos nacionais, ou bem fazer com que o legislador a utilize”.

“El derecho comparado — diz Martinez Paz (46), es la disciplina jurídica que se propone, por meio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlas en un sistema de derecho positivo actual”.

Outras definições poderiam ser trazidas à colação, mas para quê? Uma definição deve indicar a finalidade da disciplina, e, dada a multiplicidade de opiniões a respeito, é bem de ver como elas diversificariam.

Para nós, o direito civil comparado é o estudo do direito civil, pelo método comparativo, para lhe descobrir as concordâncias e as diferenças. A função prática desse estudo não deve ser compreendida no conceito, pois não estamos definindo uma arte.

Cabe aos cientistas, aos legisladores aos juristas, aos economistas, o aproveitar os estudos feitos, para as finalidades que se proponham.

(45) *Os fundamentos do direito comparado.*

(46) *Introducción al estudio del derecho civil comparado, 1934.*

Evolução do Direito Social Brasileiro (*)

A. F. Cesarino Júnior

Professor das Faculdades de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de São Paulo.

1 — O estudo histórico de um direito nacional é, segundo penso, o meio mais concreto para apreender seus caracteres fundamentais. Era com razão que o grande *Ortolan* dizia: “Todo historiador deveria ser jurisconsulto e todo jurisconsulto deveria ser historiador”.

Com efeito, é sómente vendo se desenvolverem as instituições jurídicas de um país, mesmo num dominio tão restrito como o nosso, que se poderá distinguir as correntes fundamentais que o animam, as razões de ser de suas disposições mais importantes, suas causas e seus efeitos, assim como os vinculos que o aproximam, seja dos outros ramos de direito nacional, seja à inspiração mesma do direito comparado.

2 — Isto posto, apliquemos este metodo historico ao Direito Social Brasileiro. Mas, antes de começar, é preciso, de acôrdo com o sábio conselho de um celebre escritor, definir os termos. Eis porque vamos já dizer o que entendermos por Direito Social. Para nós, o Direito Social é o “sistema de principios e normas juridicas imperativas que, tendo em vista o bem comum, ajudam a satisfazer às necessidades vitais próprias e de suas famílias aos individuos para tanto dependentes do produto de seu tra-

(*) Tradução de conferência pronunciada em alemão, na Universidade de Heidelberg, em julho de 1952.

balho”. E como chamamos a êsses individuos economicamente fracos, de *hipossuficientes*, poderíamos dizer, em resumo, que o Direito Social é em síntese, “ sistema jurídico de proteção aos hipossuficientes”. Esta proteção pôde ser alcançada, ou pela união dos hipossuficientes que dessa forma se tornam, primeiro fisicamente e depois politicamente mais fortes, o que é uma forma de proteção derivada deles mesmos, isto é, uma *auto-proteção*; ou pela intervenção do Estado, e então se trata de uma proteção vinda de outrem, isto é, de uma *hetero-proteção*. A primeira, que resulta da união dos hipossuficientes em seus *sindicatos* (sindicatos que o regimen fascista tinha reunido a seus adversarios, os sindicatos patronais, em uma entidade unica, a *corporação*) denominamos, por este motivo, o objeto do *Direito Corporativo*.

Quanto à segunda, é necessario distinguir: com efeito, a proteção do Estado pode ser dirigida de uma maneira toda particular, verdadeiramente *especifica*, aos trabalhadores subordinados, isto é, aos operarios e aos empregados, e teremos o que denominamos o *Direito do Trabalho*; por outra forma pode ter em vista, genericamente, todos os hipossuficientes, abstraindo-se de sua condição de trabalhadores ou não, e eis o que denominamos *Direito Assistencial*. Entretanto, isto não basta. Existem casos, tais os *seguros sociais*, em certos paises, como no Brasil, por exemplo, nos quais intervêm conjuntamente para realizarem a proteção, o Estado, o patrão e o operário ou o empregado. E’ evidente que nesses casos existe uma combinação de auto-proteção e de hetero-proteção, o que nós chamamos de *Direito Previdencial*.

Tudo isto é para nós *Direito Social Restrito*, pois que, na verdade, existe tambem um *Direito Social Generico*, que será a adaptação da forma juridica à realidade social, como quer *Radbruch*. Este compreende tambem o *Direito Economico*, que não se ocupa das relações entre os hipossuficientes e os economicamente fortes, que cha-

mamos de *autosuficientes*, como o Direito Social Restrito, mas das relações entre alguns autossuficientes e outros economicamente mais fortes que êles e que por esse motivo denominamos "*hipersuficientes*". E' portanto a luta pelo dominio economico: os trusts, carteis, dumpings, etc. Vê-se, portanto, que existe uma *hipossuficiencia absoluta*, isto é, a situação do individuo que depende do produto do seu trabalho para viver e manter sua familia e uma "*hipossuficiencia*" *relativa*, ou seja, a situação de uma pessoa economicamente forte perante outra economicamente mais forte do que ela. Cada um desses Direitos, o Direito Social Restrito, ou o *Direito Social*, simplesmente, e o Direito Economico, obteve sua autonomia científica. Neste estudo cogitaremos sòmente do primeiro, cuja autonomia é confirmada pelo fato de que possui numerosas normas proprias, principios informativos próprios e método proprio, isto é, o *método sociológico* ou *construtivo*. Tambem sustentamos que o Direito Social possui *institutos juridicos verdadeiramente tipicos*, tais como o *contrato coletivo de trabalho* e a *sentença coletiva de trabalho*. Mas, vamos além, pois admitimos ainda que o Direito Social nos traz um novo *conceito juridico de pessoa*, seja de pessoa fisica, seja de pessoa juridica. Com efeito, quanto à pessoa fisica, é preciso compreender que a proteção do hipossuficiente, dado o carater imperativo de suas normas, transforma o trabalhador subordinado a um patrão em uma pessoa juridicamente incapaz, se bem seja uma incapacidade relativa, isto é, restrita a determinados atos (aqueles que se relacionam com o contrato de trabalho) ou à maneira de os realizar. Ve-se, assim, que a capacidade juridica tem, no Direito Social, um sentido mais restrito do que em Direito Civil, si bem que a menoridade neste seja levada mais longe que em Direito Social (no Brasil, 21 anos e 18 anos respectivamente). Por seu lado, o Direito Social fez surgir duas novas pessoas juridicas: a *empresa* e a *autarquia*. Efetivamente, a empresa, mesmo quando pertença à uma pessoa fisica,

dela se distingue sob o ponto de vista contábil, fiscal e em Direito Social também do ponto de vista jurídico. O princípio de continuidade do contrato de trabalho, que em casos de modificações substanciais ou formais na propriedade da empresa (sucessão “inter-vivos” ou “mortis-causa”, locação, concordata) assegura aos empregados o poder de fazer valer contra o novo proprietário os direitos adquiridos e o dever de cumprir em benefício deste as obrigações assumidas com o antigo proprietário, na realidade parte do fato de que o verdadeiro empregador é, não a pessoa física ou jurídica do proprietário da empresa, mas justamente esta, à qual doravante, como titular de direitos e obrigações, não se poderá mais, em boa doutrina, negar os caracteres de pessoa jurídica. Da mesma forma, o sindicato, sendo uma sociedade à qual o Estado, para lhe reconhecer personalidade jurídica faz exigências especiais e ao qual, em troca, cede uma parte de seus atributos, de seu “jus imperii”, o *poder normativo* (isto é, o direito de estipular contratos coletivos de trabalho, obrigatórios para toda a categoria) e o *poder tributário* (isto é, poder de impor contribuições aos membros da categoria, mesmo quando não pertencentes ao Sindicato na qualidade de socios e que no Brasil se chamam *imposto sindical*) não é evidentemente mais uma pessoa jurídica de direito privado, como as associações ou fundações ou as sociedades comerciais. Mas não é também, verdadeiramente, uma pessoa jurídica de direito público, porquanto não possui originariamente e sim por delegação o “jus imperii”, que caracteriza as verdadeiras pessoas de direito público. É portanto, algo de novo, isto é, uma pessoa jurídica de Direito Social, que nós chamamos de *autarquia*. Mas é necessário estender essas considerações além, tal sua importância. Existem normas e instituições de Direito Social que uma análise cuidadosa reconhece como diferentes, seja do Direito Privado, seja do Direito Público: é preciso situá-las em um “tertium genus”: ◦

Direito Social. É portanto necessario completar a divisão do Direito dada por Ulpiano: "... *hujus studii tres sunt positiones: publicum, privatum et sociale*".

Eis, portanto, o que é para nós o Direito Social, do qual iremos descrever, em largos traços, a evolução no Brasil.

É preciso acentuar ainda que iremos abordar o Direito Social, ou melhor, sua evolução, a partir do momento em que começou a existir propriamente um Direito Social, isto é, após a revolução industrial, da qual podemos sentir os primeiros efeitos no dominio social no inicio do século XIX.

3 — É claro que é preciso estabelecer divisões na longa evolução do Direito Social Brasileiro, do Seculo XIX até nossos dias. E para o fazer convem primeiramente fixar um critério.

Para nós o melhor critério será aquele que resulte do exame das modificações sofridas pela orientação politica da legislação referente às instituições fundamentais. Com efeito, cada direito nacional ostenta, em seu conjunto, a impressão do regime politico do qual emana, o que levou um nosso compatriota, o ilustre professor ALIPIO SILVEIRA, a sustentar a tese da interpretação juridica variavel com o regimen politico. Para o demonstrar, basta encarar, como exemplo, o sindicato: nos países onde o regimen politico segue uma orientação mais liberal, existe a mais ampla liberdade sindical, sobretudo sob os aspectos da pluralidade e da autonomia. Pelo contrario, onde se afirma o carácter autoritario do poder, ou o sindicato desaparece completamente ou se apresenta revestido dos caracteristicos da unidade sindical e de seu controle pelo Estado. Assim como o sindicato, outra instituição do qual é derivado, o contrato coletivo de trabalho, sofre a influencia do sistema politico. Onde existem sindicatos livres e poderosos, os contratos coletivos desempenham

um papel tão importante que as leis sociais não têm necessidade de descer a minúcias, como vemos, por exemplo, na atual legislação brasileira. Outra instituição de Direito Social poderia nos auxiliar na demonstração de nossa tese: é o contrato individual de trabalho. Assim no regimen nazista a *Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit*, isto é, a lei nacional alemã sobre o trabalho considerava o empregador como o chefe (*der Fuhrer*) da comunidade de empresa, (*Betriebsgemeinschaft*) e os operários e empregados como sua escolta (*Gefolgschaft*), o que levou certos autores a considerar o contrato de trabalho como um simples contrato de inserção na empresa, (*Betriebseingliederung*) deixando o pessoal em um verdadeiro *status subjectionis*, que somente terminava com a despedida (*Betriebsausgliederung*) o que negava, claramente, todo caráter contratual à relação de trabalho.

O testemunho mais chocante desta oposição nos foi dado por nosso caro colega MARIO DEVEALI, antigo professor na Universidade de Roma e atualmente em La Plata, Argentina. Ele, que em seu livro *II Rapporto di lavoro*, sustentou face ao direito italiano a tese estatutária, ou por outras palavras, anticontratualista, aderiu alguns anos mais tarde à tese contratualista, que reconhece, em artigo publicado em sua revista "Derecho del Trabajo", como a única doutrina compatível com um regimen de liberdade.

Acreditamos que esta ligeira incursão no domínio do Direito comparado seja suficiente para nos autorisar a delinear a evolução do Direito Social Brasileiro por meio das modificações sobrevindas especialmente no Direito Sindical, no curso das numerosas vicissitudes da vida política do Brasil. É assim que após algumas palavras sobre o periodo que podemos com justiça chamar de "*prehistórico*" (1.500 — 1.888), descrevemos brevemente o *periodo capitalista* (1.888 — 1.930), em que praticamente não existem sindicatos no Brasil; o *periodo socialista* (1.930 — 1.934), no qual, ao contrário, eles se desenvol-

vem de uma maneira verdadeiramente notavel, mas com caracteristica de *unidade e controle pelo Estado*; o *periodo social — democrático (1.934 — 1.937)* durante o qual o desenvolvimento continua, mas sob um regime de *pluralidade e autonomia sindical*; o *periodo corporativo (1.937 — 1.946)*, que nos conduz de volta à *unidade sindical e ao controle pelo Estado* erigidos em principios constitucionais, e finalmente o *periodo . . . inominado (1.946 — 1952)* que é o atual, em que persiste, a titulo precário, a organização sindical, sobre a base da unidade sindical e do controle pelo Estado, mas a Constituição em vigor, permite a adoção, pela lei, de principios inteiramente opostos àqueles e daí a denominação.

4 — Antes de termos o direito de falar sôbre a historia do Direito Social propriamente dito, é necessário, para sermos completos, abordar o estudo sumarissimo do *periodo prehistorico*, desde a descoberta do Brasil em 1500 até o aparecimento do movimento abolicionista, que encerrou em nosso país o regimen da escravidão.

Com relação a este periodo, poucas coisas interessantes existem para serem relatadas, não sómente por causa da ausencia quasi completa do trabalho livre, mas ainda porque nessa ocasião a Historia do Brasil nada mais é do que um episódio da Historia de Portugal, o que escapa ao assunto deste estudo. É preciso acentuar que os escravos não sendo pessoas e sim coisas, obviamente não podiam possuir direitos e que o trabalho livre, quasi inexistente, era regularmente pelas leis portuguesas, notadamente pelas conhecidas *Ordenações do Reino*. Quando aos sindicatos, a bem dizer não existiam, porquanto o trabalho ainda se encontrava organizado em *corporações de artes e officios*, sistema que sómente foi abolido pela Constituição Imperial de 1824. Portanto, não insistiremos sôbre o assunto.

5 — Denominamos de *prehistorico* o periodo da evolução do Direito Social brasileiro compreendido entre a descoberta do Brasil em 1500 e as últimas medidas tomadas para a emancipação dos escravos. Delas as primeiras se iniciaram em 1828 pela *Lei do Ventre Livre*, segundo a qual os filhos de mãe escrava eram emancipados desde o nascimento. Êste movimento continuou com a *supressão do tráfico de negros*, a *emancipação dos escravos sexagenários* e se concluiu com a *Lei Aurea*, de 1888, que concedeu liberdade a todos os cativos. Paralelamente se iniciava a introdução de imigrantes no Brasil e, em consequencia, foram promulgadas as primeiras leis sôbre o trabalho livre, especialmente sobre o trabalho agrícola. Êste fáto, que é característico do Brasil e que chamamos a *primeira inversão do Direito Social Brasileiro* apresenta uma diferença notavel com o Direito Social europeu, motivada pela diversidade das condições economicas do Brasil e da Europa. Ao passo que na Europa, em virtude de seu desenvolvimento industrial, bem como em virtude da propria revolução industrial, que é o ponto de partida do verdadeiro Direito Social, êste dominio da ciência do direito se ocupa primeiro dos operarios, dos trabalhadores na industria, ou seja das cidades, donde seu *urbanismo*, no Brasil, que na ocasião só possuia agricultura, as leis, evidentemente, só poderiam proteger o trabalho *rural*, o unico existente. Portanto, na Europa, a proteção das leis sociais se desloca das cidades para o campo, ao passo que no Brasil o que ocorreu foi precisamente o inverso. E isto é de tal forma verdadeiro que os primeiros sindicatos de que se ocupou a lei brasileira foram os sindicatos rurais e a primeira manifestação legal dos tribunais do trabalho se encontra numa lei do Estado de São Paulo sôbre os tribunais rurais. Tambem a carteira de trabalho foi estabelecida, em primeiro lugar para o trabalho agrícola.

Estudemos agora o periodo que, iniciado em 1888, termina em 1930, compreendendo assim mais de um século. Ele se desenvolve sob duas formas de governo dissemelhantes, a Monarquia e a Republica, mas que do ponto de vista que nos interessa, não trouxeram mudanças de vulto, à situação juridica dos trabalhadores brasileiros.

Com efeito, a primeira, que se manifesta pela Constituição Imperial de 25 de Março de 1824, revista em 1834, não cogita das questões de trabalho, salvo para declarar dissolvidas as corporações de Artes e Ofícios, com seus Chefes, Juizes e Escrivães. Durante todo o periodo em que esteve em vigôr, ou seja, até 1891, apenas encontramos as já citadas leis sobre os contratos de trabalho na agricultura e abolição da escravatura, definitivamente concedida em 1888. Este fato, da mais alta importancia na historia brasileira, produziu a queda da Monarquia e o exilio do grande Imperador D. Pedro II, que a França acolheu tão bem até a sua morte.

A Republica do regimen da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891 pouco fez para a melhoria das condições dos trabalhadores brasileiros. Seu texto consagra apenas a liberdade de trabalho; e quanto à sua interpretação é bastante lembrar que se discutia sôbre a constitucionalidade de algumas leis sociais promulgadas no primeiro quarto do século XX. Foi necessário, por ocasião da reforma constitucional de 7 de Setembro de 1926, tornar explicita a competencia da União Federal para legislar sôbre trabalho. Isto não impediu que tivéssemos algumas leis sôbre sindicatos, os quais, aliás, não se desenvolveram sob este regime; uma lei sôbre os acidentes do trabalho, embora primitiva, não abrangendo todos os trabalhadores e não prevendo a possibilidade da insolvencia do empregador; uma lei sôbre previdencia social dos ferroviários; uma outra sôbre a proteção do trabalho dos menores, regulada num código especial, etc. Mas, entretanto, chamo este periodo de periodo *capitalista* ou

individualista, porque apesar do Brasil, em 1919 ter aderido à Organização Internacional do Trabalho, assinando e ratificando varias de suas convenções, não havia em nosso país uma mentalidade social bem definida. É bastante para disto ficarmos convencidos, lêr a conferencia sôbre a questão social, pronunciada em 1919 pelo maior dos brasileiros, RUY BARBOSA. Falava-se mesmo em 1930 haver um Presidente da Republica dito que a questão social era um caso de policia. Veridica ou não, a divulgação desta expressão permite bem compreender o espirito da época, no entanto tão proxima da nossa.

Foi sómente em 1930 que a questão social se impoz ao espirito dos homens públicos. É verdade que a industrialização do país, surgida com a primeira grande guerra, tomou um desenvolvimento consideravel. GETULIO VARGAS, então candidato de um partido que, entretanto, se chamava Aliança Liberal, apresentou um programa verdadeiramente socialista. Vencido nas urnas, mas vencedor na revolução que se seguiu, sob sua ditadura cumpriu como chefe do governo provisorio o que havia prometido como candidato. Podemos dizer que foi nêsse momento que o direito social começou realmente a existir no Brasil.

5 — O Governo Provisorio, instituido pelo movimento revolucionario de 1930, sistematizou a elaboração de nossa legislação social. Inicialmente criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Seu primeiro Ministro LINDOLFO COLLOR, obteve a colaboração de técnicos de valor em nossa disciplina, tais como o Prof. OLIVEIRA VIANA, a que se seguiram mais tarde BANDEIRA DE MELLO, HELIO LOBO, OSCAR SARAIVA, REGO MONTEIRO, COSTA MIRANDA e varios outros. Assim se iniciou a redação de numerosos projetos, em boa hora convertidos em leis pelo governo revestido de poder ditatorial. Desta maneira se delineou o monumento, hoje importantissimo, do Direito Social Brasileiro.

Hoje posuímos leis, quasi todas bem elaboradas, sobre todos os assuntos, feitas após um estudo consciencioso das leis estrangeiras, especialmente as dos países latinos. Os sindicatos são estruturados por uma lei de 1931, com os caracteres da unidade sindical, neutralidade sindical e seu controle pelo Estado.

Com essa consagração legal se incrementa o interesse pela sindicalização e o numero de sindicatos se eleva rapidamente a dois mil. A lei sobre accidentes do trabalho é consideravelmente aperfeiçoada pela adoção de medidas para efetivar, em todos os casos, a indenização assegurada ao trabalhador. Toda vida operária é regulamentada com introdução da carteira profissional, da jornada máxíma de trabalho, da proteção ao trabalho feminino e dos menores, do repouso semanal obrigatório, da proteção ao desemprego, aliás raro no Brasil, de dispensas indenizadas, de regulamentação das profissões, da extensão do seguro social a todos os trabalhadores das empresas de serviços públicos e do comércio, do contrato coletivo de trabalho baseado na lei francesa de 1919, da organização de tribunais administrativos paritários para dirimir ou conciliar os dissídios individuais e coletivos de trabalho, etc.

Ha então uma acumulo de leis sociais, tão opostas ao individualismo do periodo anterior, que não temos dúvida em designar esta fase como *periodo socialista*, tanto mais que as leis são applicadas com empenho pelo Ministério do Trabalho e pelo Conselho Nacional do Trabalho e a própria doutrina do Direito Social, ao mesmo tempo que a jurisprudência sobre o assunto fazem sua aparição no cenário jurídico brasileiro. Na mesma ocasião são criadas as cadeiras de Direito do Trabalho ou Legislação Social nas Universidades brasileiras.

6. O periodo discricionário do Govêrno, não podia, entretanto, perpetuar-se. Depois da revolução paulista

de 1932, denominada *revolução constitucionalista*, realizou-se a eleição da Assembléia Nacional, que promulgou a Constituição de 16 de Julho de 1934. Essa constituição se inspira integralmente na Constituição Alemã de Weimar e organiza um *regime social democrático*, conservando, com algumas restrições, as leis sociais do período discricionário, cujos princípios figuram em um capítulo sôbre a ordem econômica e social.

É facil de se compreender que após a instalação do Parlamento a atividade legislativa deveria restringir-se, ao passo que, com a reaparição das idéias liberais, se tendia a restabelecer um regime de sindicatos plurimos e autonomos. Durante o *periodo social democrático* encontramos raras leis: sôbre as comissões de salário mínimo, nova lei de indenizações por despedida, lei sôbre os seguros sociais para os operários, etc. A mais importante é a que creou uma instituição jurídica unica no mundo, isto é, a instituição da *estabilidade*. Por essa lei de 1935, nenhum trabalhador da indústria ou comércio que tenha trabalhado dez anos ou mais na mesma empresa, pode ser despedido a não ser que se prove ter ele cometido falta grave, o que será constatado por um processo regular. Esta instituição, que existe ainda hoje no Brasil, priva o empregador do direito de rescisão geral do contrato de trabalho, mesmo que se prontifique a pagar perdas e danos, pois que é sómente com a autorização da Justiça do Trabalho que êle pode despedir seu empregado ou operario.

7 — Em 10 de novembro de 1937, um golpe de estado, perpetrado pelo próprio Presidente da República, lançou por terra o regime da Constituição de 1934 e erigiu, em seu lugar, um estado do tipo autoritário, de estrutura teoricamente corporativista. Voltamos, então, ao regime da unidade sindical e do controle do sindicato pelo Estado. O sindicato foi organizado de maneira fascista, dotado de poder normativo e de poder tributário, mediante a con-

tribuição obrigatória de todos os membros da categoria ao respectivo sindicato, o que se denomina *imposto sindical*. É preciso acentuar a tentativa, inoperante na prática, de conciliar dois sistemas tão opostos como os da pluralidade e da unidade sindical. No Brasil esta anomalia perdura até hoje. Não se pode fundar imediatamente um sindicato. É preciso primeiro fundar o que se chama uma associação profissional que pleiteará, mais tarde, ao Ministro do Trabalho, seu reconhecimento como sindicato. Só então receberá o direito de representar sua categoria.

Evidentemente, logo que o creador de nossa legislação social retomou o poder discricionário, este deveria retomar o seu desenvolvimento. Agora, os seguros sociais são estendidos a todos os trabalhadores, abstração feita, dos trabalhadores rurais, que por um fenômeno que chamamos de *segunda inversão da legislação social brasileira*, depois de serem os primeiros protegidos pela lei até 1930, são depois dessa data quasi que inteiramente deixados de lado. A Justiça do Trabalho se organiza completamente de forma judiciária e paritária, isto é, com Juizes empregados, empregadores e representantes do Governo, tomando o caráter de permanência, com plenos poderes decisórios e de execução compulsória. Os sindicatos se desenvolvem, o que prepara a organização corporativa do país, que apenas está delineada.

Visto o número já acabrunhante de leis trabalhistas, foram elas sistemáticamente reunidas em um código, denominado *Consolidação das Leis do Trabalho*. Essa consolidação, sob o ponto de vista da técnica legislativa, não é perfeita, nem completa, pois que não contem leis importantes como as referentes aos accidentes do trabalho. Foi feita outra tentativa de codificação, dessa vez com relação às leis de assistência e de seguro social, cujos diversos institutos foram reunidos no Instituto dos Serviços Sociais do Brasil (ISSB). Infelizmente, esta unificação que viria corrigir os numerosos inconvenientes do

sistema atual de multiplicidade das instituições de previdência social, cada uma delas com seus associados privados, sua administração, seu regime de contribuições e de benefícios e seus numerosos funcionários, não foi posta em prática em virtude de novo golpe de estado, o de 29 de outubro de 1945, que afastou do poder o Presidente Getulio Vargas e que, em grande parte, foi uma consequência da vitória das Nações Unidas.

8 — A Assembléia Nacional, então eleita, manteve a Constituição ditatorial de 10 de novembro de 1937 até à promulgação de nova. O Presidente da República, também eleito nessa ocasião, conservou, no período transitório, o poder de expedir decretos-leis. Aproveitou-se êle para decretar, de acôrdo com as tendências internacionais dominantes, o reconhecimento do direito de grêve, que a Constituição de 1937 havia proscrito. Esta lei, o decreto-lei n.º 9.070, bateu todos os recordes de inconstitucionalidade; era inconstitucional tendo-se em vista a Constituição de 1937, de que falamos e que estava em vigor no momento de sua publicação, pois que permite a grêve, que a Constituição de 1937 denominava um recurso anti-social; é ainda inconstitucional perante a nova constituição, promulgada em 18 de setembro de 1946, pois que esta reconhece expressamente o direito de grêve, que a lei sómente regulamentará e, entretanto o decreto-lei n.º 9.070 *proibe* a grêve nas atividades que ela considera “fundamentais” e que são quasi todas as principais formas de trabalho. Antes de interromper o trabalho é preciso que os trabalhadores nas atividades consideradas como “acessorias” procurem chegar com os empregadores, a um acôrdo obtido pelas próprias partes; em sua falta, pela mediação dos representantes do Ministério do Trabalho e em sua falta ainda por intermedio do Presidente do Tribunal Superior ou Regional do Trabalho, conforme a extensão do conflito. Si não se chegar a um acôrdo, sòmente então a greve será licita. Doutra forma os trabalhadores

terão rescindidos os seus contratos de trabalho sem nenhum direito às indenizações de antiguidade e pré-aviso.

9 — A nova Constituição Federal, de 18 de Setembro de 1946, manteve a legislação social brasileira quasi que com os mesmos característicos que tinha nos anteriores. Inovou sómente, sem falar na organização sindical, que já examinamos e na supressão dos aspectos corporativos creando novos benefícios para o trabalhador brasileiro, a saber: salário minimo para ele e para sua familia, ao passo que anteriormente o salário minimo era apenas individual; a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa e o pagamento do salário nos dias de repouso (domingos e feriados civis e religiosos). Esta ultima regalia é a única que já está regulamentada pela lei ordinaria e consequentemente concedida aos trabalhadores. O salario minimo familiar é ainda objeto de estudos do Ministério do Trabalho. Com referência à participação nos lucros existem em curso no Parlamento vários projectos de lei, mas a reacção patronal é grande e não se pode esperar vê-la aprovada em curto prazo, pois que se fala mesmo de uma reforma constitucional para suprimi-la. Lamentamos o que se passa, pois estamos inteiramente convencido de que a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa é o único meio exequível de terminar com a luta de clases. Procura-se também, através de numerosos projectos em estudos no Parlamento brasileiro, aperfeiçoar a Justiça do Trabalho e codificar as várias leis sôbre seguros sociais por meio de uma lei orgânica sôbre a previdência social.

10 — Até agora falamos apenas sôbre a legislação social brasileira, isto é, examinamos exclusivamente sua anatomia. Estareis certamente curiosos de saber como ela funciona, ou por outras palavras, desejareis conhecer

também sua fisiologia. Procuraremos satisfazer-vos sôbre este assunto.

No que se refere aos sindicatos, dos quais tanto falamos em virtude da importância que lhes atribuímos no domínio de nossa matéria, infelizmente devemos apresentar uma impressão pessimista. Já dissemos que no Brasil não temos autonomia sindical. O controle do Govêrno sôbre os sindicatos é grande. Não sómente são subordinados ao Ministro do Trabalho que lhes atribue a representação legal da categoria, mas também suas diretórias e suas contas devem ser aprovadas por este Ministério, o qual, além disso, tem o direito de intervir à sua vontade em sua administração. Se se acrescentar a isto a constatação de que sendo tão numerosas e minuciosas as leis sociais brasileiras, pouco ha a fazer para os contratos coletivos de trabalho, se compreenderá facilmente que os sindicatos e os contratos coletivos no Brasil estão longe de ter a importância que desfrutam nos Estados Unidos da América, por exemplo. As greves, sôbre as quais já esboçamos a situação legal, são, conseqüentemente, pouco numerosas, si bem que recentemente tenha havido um surto relativo. A Justiça do Trabalho realiza um grande serviço, seja procurando disciplinar os dissídios coletivos, seja decidindo numerosas questões entre empregadores e empregados (este termo no Brasil compete tanto ao que se chama empregado, como operário) principalmente com relação às rescisões unilaterais do contrato de trabalho. Ela é prejudicada, todavia, por sua constituição paritária, que permite a leigos decidir questões de direito e também pelos “reliquats” no processo, de sua antiga organização administrativa, si bem que hoje seja uma instituição integralmente judiciária.

Em matéria de direito do trabalho o que primeiramente chama a atenção, segundo os juristas estrangeiros é o instituto da *estabilidade*, isto é, a proibição, somente para o empregador, de rescindir unilateralmente o con-

trato de trabalho do dependente com mais de 10 anos de serviço à empresa. O empregado não pode ser despedido a não ser que a Justiça do Trabalho o declare culpado de uma das faltas estritamente previstas na lei. E o empregado estável também não pode deixar seu emprego, pelo menos de uma maneira válida para seu empregador, se não fizer ratificar sua demissão pelo Sindicato, ou na sua falta, por um agente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho. Este sistema é extraordinariamente constrangedor para a empresa porque, além do absurdo da perpetuidade da relação jurídica (o contrato de trabalho não podendo ser rescindido unilateralmente pelo empregador sem justa causa, mesmo se estiver êle disposto a pagar as perdas e danos) ha o fato, várias vezes constatado, do empregado não cumprir devidamente os seus deveres, sem que o empregador possa forçá-lo a isso em virtude de sua estabilidade.

Parece, entretanto, difícil modificar esta situação, porquanto a estabilidade é assegurada pela Constituição e os empregados se esforçam em mantê-la. Sómente o empregado com menos de dez anos de serviço pode ser despedido mediante o pagamento do prévio aviso de um mês de salário e uma indenização de antiguidade de um mês de salário por ano de serviço ou fração igual ou superior a seis meses. Em matéria de salários temos também o salário mínimo geral para todas as atividades profissionais e não por empresas, salvo raras exceções estabelecendo salários mínimos profissionais para médicos, jornalistas, radialistas, etc.

Já dissemos que existem no Brasil numerosas instituições de previdência social. Na verdade, o seguro social no Brasil é mantido por um sistema de instituições, umas inter-profissionais, outras intra-profissionais ou por empresas. Assim temos os Institutos de Aposentadorias e Pensões para os trabalhadores do comércio, da indústria, dos bancos, dos transportes, do trabalho marítimo e as

Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados dos serviços públicos, ferroviários etc., estas organizadas também por grupos de empresas semelhantes.

Em virtude dos interesses creados, tem sido inuteis as tentativas de unificação de todas as instituições, que evidentemente tornam mais difficil e mais cara a previdência social no Brasil. Acrescente-se à essas difficuldades que o Govêrno não paga pontualmente a essas instituições, como deveria, as contribuições especiais que todavia cobra dos cidadãos: os institutos de previdência social são assim obrigados a elevar o preço da contribuição patronal e operária, o que atualmente representa cerca de 6% sôbre o salário mensal. Todavia esses instintos asseguram a aposentadoria, salvo para os ferroviarios, somente por invalidez, pensões e auxilios em caso de doença ou enfermidade. Os accidentes do trabalho são objeto de um seguro especial a cargo de empregador.

No que se refere à assistência, o Estado, além de manter numerosas organizações de proteção á saúde, á educação, etc. concede subvenções a instituições particulares de beneficiência, especialmente á *Legião Brasileira de Assitência*, dedicada á proteção da maternidade e da infância, bem como á *Fundação da Casa Popular*, destinada á construção de habitações para os trabalhadores. Entre estas ultimas seria justo citar as organizações creadas pelos patrões e por eles sustentadas e que são para a indústria o *Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI)* e o *Serviço Social da Indústria (SESI)* e para o comércio o *Serviço Nacional de Aprendizagem Commercial (SENAC)* e o *Serviço Social do Comércio (SESC)* que mantêm, às expensas dos empregadores, escolas profissionais e primarias, hospitais e serviços medicos, serviços de abastecimento, de recreio, etc. Apesar disto ainda ha muito a fazer no Brasil neste setor, porquanto a pobreza é grande, sobretudo no norte do país.

11 — A patologia do Direito Social, isto é, a jurisprudência, desempenhou, maugrado a juventude de nossa disciplina, um papel importante em seu aperfeiçoamento. Por deficiência de tempo não a iremos analisar com pormenores. Cremos que será bastante lembrar que ela no Brasil já firmou orientações que mais tarde passaram à legislação, como por exemplo com referência à aplicação do direito comum pela Justiça do Trabalho; sôbre a retroatividade de certas leis sociais, como as referentes à estabilidade; a aquisição antecipada da estabilidade no caso de despedida com o fito único de obstá-la; também o que se denomina “despedida indireta” ou a coação patronal para forçar o empregado a apresentar demissão; à soma de periodos de trabalho não continuos, etc. Ôbviamente esta jurisprudência é a do Tribunal Superior do Trabalho, de jurisdição nacional, do qual dependem, nas regiões, formadas de dois ou mais Estados (provincias), em número de oito no total, os Tribunais Regionais do Trabalho, por sua vez superiores aos Tribunais (Juntas) de Conciliação e Julgamento, nas Capitais ou grandes cidades e aos Juizes do Trabalho (que são os juizes dos próprios Tribunais comuns) nas outras. Nos Tribunais existem representantes dos empregadores e dos empregados, indicados por seus sindicatos de primeiro ou segundo gráu.

12 — O movimento doutrinário do Direito Social Brasileiro, no momento, é intensissimo. Começou ainda no periodo capitalista, com a obra de EVARISTO DE MORAES *Apontamentos de Direito Operario*, seguida de outras sôbre a questão social, como as de VIVEIROS DE CASTRO e SAMPAIO DORIA e comentários às leis sociais da época. Depois de 1930 numerosos trabalhos foram publicados, ou pelos técnicos do Ministério do Trabalho, sobretudo OLIVEIRA VIANA, WALDYR NIEMEYER, BUYS DE BARROS, DORVAL DE LACERDA, EVARISTO DE MORAIS FILHO, SEGADAS VIANA, atual Ministro do Trabalho, ARNALDO SUSSEKIND, OSCAR SARAIVA, ou pelos es-

tudiosos do Instituto de Direito Social, que fundamos em São Paulo, em 1939. Este Instituto realizou no Brasil uma grande obra no domínio do Direito Social, estudado por ele, seja em livros ou revistas, seja em Congressos Nacionais, reunidos com a colaboração dos Governos do Brasil e do Estado de São Paulo e dos quais os anaes foram publicados em vários volumes. Ao Instituto pertencem nomes hoje muito conhecidos no Brasil como RUY DE AZEVEDO SODRÉ, AGUINALDO MIRANDA SIMÕES, EGON FELIX GOTTSCHALK, FREITAS MARCONDES, LUIZ MESQUITA, etc. Nós mesmo, tivemos a honra de escrever no Brasil a primeira síntese de nossa disciplina em nosso *Direito Social Brasileiro*, hoje em sua terceira edição. A este livro seguiram-se: nosso *Direito Processual do Trabalho*, *Direito Brasileiro do Trabalho* de SEGADAS, SUSSEKIND e LACERDA e *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* de MOZART VICTOR RUSSOMANO. No Brasil são publicadas várias revistas de Direito Social, como nossa *Revista de Direito Social, Trabalho e Seguro Social*, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, *Boletim do Ministério do Trabalho*, *Legislação do Trabalho* e *Revista do Trabalho*. Também fundamos em São Paulo a *Sociedade Internacional de Direito Social* que foi elogiada recentemente no Primeiro Congresso Internacional de Direito do Trabalho reunido em Trieste em 1951.

13 — Isto posto, convem, à guisa de conclusão desta síntese do Direito Social Brasileiro, tentar esboçar-lhe as características. Como se viu o Direito Social Brasileiro é de *recente formação*, sendo uma consequência do nosso desenvolvimento industrial concomitante e posterior à I Grande Guerra. É *paternalista*, pois inicialmente surgiu mais da outorga do Estado, que da luta da classe proletária em favôr do melhoramento de suas condições, estando as greves no Brasil muito longe de haverem tido a importância por elas apresentada noutros países europeus ou norte americanos. É quasi exclusivamente *urbano*,

pois os trabalhadores rurais nem mesmo na letra da lei gozam ainda das regalias do seguro social ou da indenização de antiguidade, somente se lhes aplicando, no mais das vezes teoricamente, as normas sobre salário mínimo, férias e acidentes do trabalho e estando completamente sem atuação a lei de sindicalização rural, pelo menos quanto aos trabalhadores. A formação do Direito Social Brasileira, maugrado as mudanças de orientação do legislador já referidas, encontrou seu modelo principalmente na legislação social fascista, sem, porém, termos tido, ao mesmo tempo, equivalente utilização dos contratos coletivos de trabalho. Significa isto que o nosso Direito Social é *predominantemente* ou melhor, quasi exclusivamente *estatal*. Isto não obstante é êle dos mais *completos* do mundo, como é fácil verificar através dos trabalhos comparativos da Organização Internacional do Trabalho. Si, destes característicos gerais passarmos ao exame dos aspectos parciais, deveremos repetir que o nosso Direito Sindical se baseia, na *unidade e neutralidade sindicais* e no *contrôle dos sindicatos pelo Estado*; que as *greves* são permitidas, embora regulamentadas e admitidos os *contratos coletivos de trabalho* e instituída a *Justiça do Trabalho* para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos de trabalho, tendo quanto a êstes *poder normativo*. No Direito Previdencial encontramos a *organização pluralistica e autarquica dos institutos de seguro social*, que, mantidos pela *triplice contribuição* do Estado, do empregador e do empregado, concedem aos empregados todos os benefícios de seguro por morte, seguro-invalidéz, seguro-doença, seguro-acidente do trabalho, seguro-maternidade e para os ferroviários seguro-velhice. No Direito do Trabalho encontramos a relação individual de trabalho regulada detidamente, com a garantia de um *salário mínimo e de indenização de aviso-prévio* e de *antiguidade* e o original instituto da estabilidade. Finalmente no Direito Assistencial encontramos a *assistência*

aos desajustados realizada ou subvencionada pelo Estado e largamente praticada pelos empregadores da indústria e do comércio.

Vemos assim que ao Direito Social Brasileiro, já dotado de uma legislação assaz completa, de uma jurisprudência frutífera e bem orientada e de uma doutrina que se esforça (embora ainda esteja longe de consegui-lo) por acompanhar-lhe o desenvolvimento legislativo e aplicado por uma administração infelizmente ainda reduzida aos quadros urbanos, falta apenas um esforço no sentido de tornar efetiva esta aplicação, não somente nas cidades, mas também nos campos, para ser, o que deve ser, isto é, um eficiente instrumento de paz social, vale dizer, igualmente uma valiosa contribuição para a paz universal, que em grande proporção naquela se alicerça.

14 — Tivemos assim, um ligeiro esboço da evolução do Direito Social Brasileiro.

Como se deve ter notado, esforçamo-nos por apresentar uma exposição honesta, procurando mostrar tudo o que temos de bom ou de mau, não excluindo mesmo, levado por um falso patriotismo, este último aspecto. Não teríamos agora, para concluir, senão que falar da repercussão econômica das leis sociais no Brasil. Isto seria, por si só, assunto para um outro estudo que, obviamente, não nos propomos fazer neste momento. Diremos somente, em resumo, que as leis sociais brasileiras oneram a produção, do ponto de vista do custo da mão de obra, em cerca de 49%, conforme as últimas estimativas de nossos economistas.

Direito e valores no pensamento de Miguel Reale

Luigi Bagolini

Catedrático de Filosofia do Direito
na Universidade de Génova

1. Duas tendências fundamentais parecem caracterizar, hoje mais do que nunca, a realidade jurídica, duas tendências que correspondem a exigências imprescindíveis: de um lado, a certeza e a objetividade da regra jurídica, de outro, a necessidade de que ela se adapte à realidade cada vez mais mutável das situações históricas e ideológicas nas quais tem vigência.

Certeza objetiva e adequação às transformações da realidade social são duas necessidades das quais o ordenamento jurídico não pode prescindir, mas são também duas tendências suscetíveis de aparecer entre si *contrastantes e irredutíveis*. Este dualismo entre a exigência de certeza e de objetividade das normas jurídicas e a necessidade prática de sua adaptação assim que se alteram as situações sociais, é particularmente sentido nos períodos de crise, de transformação dos valores ideológicos e de conflito entre os interesses dominantes em uma determinada situação histórica. Torna-se mais sentido ainda nos países que se acham em um processo de evolução econômica muito intenso, onde se nota a presença de elementos culturais diversos e heterogêneos. É o que acontece atualmente no Brasil.

O interesse que o ambiente brasileiro oferece ao observador dos fenômenos econômicos, sociais e jurídicos é

alimentado pela extrema variedade dinâmica de seus elementos constitutivos sob os mais variados aspectos, no âmbito de um fundo cultural comum lusitano. A mentalidade jurídica brasileira, quando consegue verdadeiramente exprimir a autenticidade dos fenômenos aos quais se volve, não pode ser uma mentalidade puramente tecnicista, nem puramente formalista ou normativista.

Os grandes juristas brasileiros, como Teixeira de Freitas, Lafayette, Pimenta Bueno, Clovis Bevilacqua e Rui Barbosa (1), mesmo quando usam os métodos europeus, revelam sempre uma receptividade e uma exigência sociológica que lhes é imposta pela dinâmica do ambiente.

Miguel Reale (2), cujos ensaios representam hoje, a meu ver, a mais importante e penetrante expressão da filosofia jurídica brasileira, vê nas posições opostas do puro

(1) A estes se podem acrescentar outros nomes de notável relevo como o de *João Arruda* espírito verdadeiramente sutil, como se depreende dos ensaios póstumos de recente publicação: *Sessenta anos de vida forense*, S. Paulo, 1950.

(2) O pensamento jusfilosófico de Miguel Reale, professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, é uma das expressões mais características e fundamentais da cultura sulamericana contemporânea. São conhecidos os seus dois volumes publicados em 1940: *Fundamentos do Direito e Teoria do Direito e do Estado*. Sucessivamente tem produzido ensaios históricos de particular interesse, entre os quais *Liberdade antiga e liberdade moderna* (in “Revista da Universidade de S. Paulo”, 1950); *G. B. Vico, a jurisprudência e a descoberta do mundo da cultura* (in “Revista de Filosofia” 1951). Como histórico especialista da cultura brasileira publicou dois preciosos trabalhos: *Posição de Rui Barbosa no mundo da filosofia* (S. Paulo, 1949) e *A doutrina de Kant no Brasil* (S. Paulo, 1949). Fundador e diretor da *Revista Brasileira de Filosofia*, Miguel Reale reúne e exprime as mais vivas exigências culturais de seu país. Os seus escritos, a que me refiro especialmente no texto, são: *As três acepções fundamentais da palavra Direito* (in “Revista da Faculdade de Direito”, S. Paulo, 1949), *De dignitate jurisprudentiae* (S. Paulo, 1951) e *Axiologia e teleologia*

normativismo e do sociologismo jurídicos as expressões teóricas de uma crise do direito que se enquadra na crise da cultura contemporânea (3).

A crise da cultura contemporânea está ligada a um rápido processo de transformação dos valores, dos fins e dos interesses fundamentais dos diversos ambientes sociais. Acontece por isso que uma lei passa a valer em um meio social com características diversas relativamente ao tempo em que foi promulgada. A lei mantém-se formal e literalmente a mesma, mas o seu significado pode mudar no que diz respeito às mutações da convivência em que se aplica.

O puro formalismo ou o puro tecnicismo jurídico e todos os seus teoremas e corolários são por isso insuficientes. Assim, por exemplo, as teorias formais que excluem *a priori* as lacunas do direito positivo; que consideram como pseudoproblema o problema dos destinatários das normas jurídicas; que circunscrevem o fenômeno do direito positivo entre os limites abstratos assinalados pelo dogma da estatualidade do direito; que concebem a interpretação jurídica como puramente declarativa e silogística, excluindo *a priori* o significado jurídico de uma interpretação evolutiva e teleológica; que consideram sem significado jurídico-positivo o conceito de abuso do direito e o julgam contraditório em si mesmo, todos estes e outros modos particulares de considerar os vários aspectos do fenômeno jurídico são unilaterais e parciais.

(introdução à edição em lingua portuguesa de um trabalho que escrevi sobre Adam Smith.)

Uso nas citações as respectivas abreviações: *Acepções, De dignitate, Axiologia*. Entre os críticos que mais exatamente têm interpretado o pensamento de Reale vêde J. L. Kunz no ensaio: ZUR PROBLEMATIK DER RECHTSPHILOSOPHIE UM DIE MITTE DES ZWANZIGSTEN JAHRHUNDETS in "OSTERR. ZEITSCHRIFT FÜR ÖFFENTLICHES RECHT", B. IV, 1951, p. 13.

(3) DE DIGNITATE, §. 23.

Partem, no fundo, do pressuposto abstrato de que a regra jurídica seja em si cognoscível como realidade completa e perfeita em si mesma, antes e independentemente de sua aplicação aos casos concretos. Semelhante pressuposto encontra evidentemente correspondência na exigência de salvaguardar-se a certeza e a objetividade da norma jurídica.

No entanto, esta exigência, desenvolvida ao máximo e conduzida ao limite de sua extrema coerência técnica, analítica e formal, tal como se revela nas referidas teorias, conduz a um dramático paradoxo. É que a exigência da certeza do direito levada a seu limite extremo é suscetível de converter-se na impossibilidade, para o direito positivo, de servir às necessidades concretas e atuais da sociedade, na impossibilidade de adaptar-se aos interesses presentes da sociedade e, por conseguinte, na impossibilidade de desempenhar, afinal, uma função de justiça.

As mais válidas críticas que têm sido feitas nos últimos tempos contra o formalismo jurídico, contra o puro normativismo e o puro tecnicismo; as várias teorias da instituição, do ordenamento, da solidariedade, da pluralidade da ordem jurídica positiva; a defesa do caráter teleológico da interpretação; a salvaguarda daquelas que poderíamos chamar *janelas abertas* do ordenamento jurídico, em contraste com a concepção fechada do mesmo ordenamento concebido como desprovido de lacunas; a elaboração de uma teoria do abuso do direito, todas estas atitudes teóricas são no fundo dominadas pelo fundado desejo de preservar a função concreta do direito no tocante a seu conteúdo histórico e social.

De um lado, há precisão de *certeza*; de outro, necessidade de “*esprit de souplesse*”: a necessidade de considerar o direito em função de sua adaptabilidade à realidade social, e a convicção de que a verdade da regra jurídica não se descobre antes de sua aplicação, mas se

constitui e se revela sòmente através dela, de modo que “*per factum cognoscitur ius*”.

Miguel Reale em suas páginas vibrantes e coloridas, nas quais o espírito prático do advogado e a sensibilidade do político se manifestam em termos de uma rigorosa coerência filosófica, demonstra com grande clareza em que consistem os limites e as contradições das teorias que são unilateralmente dominadas por uma ou outra das duas mencionadas exigências (4).

2. O fenômeno jurídico é uma unidade de forma e de conteúdo. Forma e conteúdo são dois elementos que interferem um no outro, sem jamais se resolverem ou se anularem um no outro. A exigência de salvaguardar a certeza e a objetividade da norma jurídica, levada a seu máximo limite, pode fazer com que se perca o conteúdo do direito; e, reciprocamente, a preocupação de fazer valer e de salvar o conteúdo do direito em tôda a particularidade de suas determinações sociais pode conduzir ao direito livre, à perda de qualquer objetividade assim como da certeza verdadeira e própria da norma jurídica.

Ora, ante estas duas possibilidades extremas, Reale põe em justo relêvo o caráter da ciência do direito e da jurisprudência como forma de conhecimento no qual as duas citadas exigências devem corrigir-se e implicar-se mutuamente sem se dissolverem uma na outra (5). Entretanto, o ponto de vista do autor não se reduz à perspectiva de uma intercomunicação eclética.

O fenômeno jurídico concreto, em todos os seus aspectos, é sempre caracterizado por um fato social que assume a forma objetiva da certeza legal. E que vem a

(4) *Ib.*, pp. 21-27. Cfr. *Teoria do Direito e do Estado*, cit., a pp. 25-26 o importante parágrafo: *Elogio do meio termo*.

(5) Cfr. *FUNDAMENTOS DO DIREITO*, cit., pp. 274-320.

ser *fato social*? É um conjunto de interesses humanos. Os interesses em seu conjunto assumem a forma objetiva da certeza legal quando, mediante um sistema de normas, a sua coexistência se torna possível.

Em compensação, a certeza objetiva de um sistema de normas tem uma função jurídica real somente quando serve ao acôrdo dos reais interesses do ambiente a que pertence o sistema. A norma implica no conteúdo concreto dos interesses. O conteúdo concreto dos interesses implica na objetividade formal da norma. Esta implicação mútua, bem como polaridade de forma e de conteúdo, constitui a peculiaridade do dado jurídico. O conhecimento do jurista, como representação do dado jurídico, deve, por isso, exprimir sucessivamente aquela *implicação e polaridade*.

O raciocínio jurídico não é unidimensional, é bidimensional. *Sua lei interna é a polaridade*. Assim, o problema da interpretação jurídica é o problema de um processo cognoscitivo que implica em si a coexistência de duas atitudes, uma irreduzível à outra: uma atitude de adequação ao esquema formal da norma e uma atitude de adequação à evolução do ambiente social em que a norma deve aplicar-se.

3. Pode afirmar-se que o ponto de vista de Reale é institucionalístico. A essência do fenômeno jurídico é a de um ordenamento (ou instituição) que se exprime em normas. Ao puro normativismo contrapõe o aspecto institucional do fenômeno jurídico. Mas, de outro lado, contra o puro sociologismo de alguns autores neo-positivistas que tendem a reduzir o fenômeno jurídico a fato social, e a conceber o conhecimento jurídico concreto como conhecimento sociológico, faz valer o elemento de *objetividade normativa* no qual o direito, embora concebido

como ordenamento, deve necessariamente exprimir-se (6).

Eis porque, como se viu, êle insiste sôbre a irredutibilidade dos dois aspectos do fenômeno jurídico: 1) o *fato social* como conteúdo, 2) o sistema normativo como forma em que o fato social se objetiva.

De outro lado, mesmo assim concebido, como unidade de forma e de conteúdo, o fenômeno jurídico não revela ainda a sua completa característica. A forma normativa e o conteúdo, — ou seja, a matéria social do direito não esgotam em si mesmos tôda a essência do direito.

O fenômeno jurídico é instituição (e ordenamento), mas ao mesmo tempo tem em si algo que supera o seu próprio caráter de ordenamento normativo. Há em Reale uma exigência puramente filosófica que, se por um lado o impele a assumir uma concepção integral do fenômeno jurídico como ordenamento normativo, por outro lado o propele a ultrapassar a própria concepção institucionalística por êle assumida.

É a exigência de pesquisar nas manifestações exteriores e fenomênicas do direito a essência da realidade jurídica, algo que seja inexaurível às suas próprias manifestações fenomênicas e exteriores. Nesta pesquisa da essência, Reale revela uma atitude crítico-filosófica que o leva a uma espécie de *transcendentalismo axiológico*. O mérito e o trabalho crítico do autor consiste, sobretudo, no cuidado que demonstra de não cair quer no dogmatismo positivista, quer no dogmatismo racionalista do direito natural. Por um lado, êle não se limita a uma pura descrição empírica das instituições jurídicas em seus aspectos exteriores, e, por outro, não pode prescindir de tais aspectos institucionalísticos e extrínsecos, nem pode se de-

(6) “A rigor, nem seria necessário falar-se em “norma e situação normada”, pois a *norma* é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o *valor* e o *fato* em uma síntese dinâmica” (*De dignitate*, loc. cit.).

dicar à procura de uma pura essência abstrata e ideal do direito concebível além dos ordenamentos jurídicos positivos, em uma esfera separada pressuposta como puramente racional.

A essência do fenômeno jurídico positivo deve ser procurada *no* fenômeno jurídico positivo mesmo, como sua interna condição de possibilidade, e, por conseguinte, como elemento transcendental condicionante. Esta essência é axiológica. Isto é, a essência interiormente condicionante de um certo fenômeno jurídico positivo é o *valor* (7). A regra jurídica exprime sempre, com efeito, um juízo de valor.

4. O valor é o elemento que, contra uma pura visão neo-positivista do fenômeno jurídico, impede a redução da essência da regra jurídica a uma pura e simples relação de pressupostos e conseqüências, isto é, a um puro juízo causal ou ainda a um puro juízo probabilístico *a posteriori*, ou, de qualquer modo, a um simples juízo sintético *a posteriori*.

A redução das regras jurídicas a puros juízos de fato, sintéticos *a posteriori*, levaria a uma equivalência lógica entre leis jurídicas e leis físicas, o que é insustentável. Há um fato fundamental que a impede: um fato verificável através da observação empírica e da experiência externa a que hoje apelam até os neopositivistas, e pelo qual, enquanto os fenômenos da natureza coincidem exatamente com as leis desta, as ações humanas, ao contrá-

(7) “ . de sorte que o Direito passe a ser visto, não mais à luz de uma *condicionalidade lógico-transcendental*, nos moldes kantianos, ou de uma *condicionalidade empírico-sociológica*, segundo a lição de Jhering, mas sim em razão de uma *condicionalidade histórico-cultural*, capaz de abranger de maneira unitária e dinâmica, os elementos de sua triplíce natureza: lógica, ética e valorativa” (*Axiologia*, p. II).

rio, *não* coincidem *sempre* com as leis da conduta humana. A *coincidência* das ações humanas com as leis da conduta é posta por estas, não como um fato que sempre se verifica, mas sim como um *dever ser*. Uma tal coincidência é posta como um dever-ser, e, portanto, como um valor e não como simples fato, visto como na esfera dos fatos nem sempre se verifica.

Ora, qual é a essência valorativa e axiológica das regras jurídicas em relação às outras regras da conduta? Tal essência é a justiça. A justiça é, segundo Reale, um valor que se distingue dos outros porque é condição de realização de todos os outros valores (8). *Ubi homo, ibi societas*: Não pode o homem viver a não ser em sociedade e a justiça é um valor cujo conteúdo é constituído por aquele conjunto de condições que, embora variando com o variar dos diversos ambientes e das diversas situações sociais, tornam possível a ordem social.

Reale fala do bem comum como conteúdo da justiça (9). No fundo, o conceito de bem e de interesse comum pressupõe o conceito de integração dos interesses individuais emergentes de um determinado ambiente social. O bem comum correspondente a um determinado ambiente social pressupõe a possibilidade de relação e de integração dos interesses particulares dos indivíduos que nele vivem. O bem comum surge do acôrdo dos interesses individuais. O interesse de um indivíduo está em contraste com o bem comum quando está em contraste com o acôrdo dos interesses alheios.

Dizer que a justiça é um valor que se põe como condição para a realização de outros valores não significa

(8) “ a Justiça é, dentre todos os valores, o único que não tende a afirmar-se em razão de seu conteúdo particular: seu significado está em ser condição e modo para que haja coexistência de constelações valorativas; o seu valor é um valor para que os valores valham no âmbito da história” (*De dignitate*, p. 54).

(9) *Fundamentos do direito*, cit., p. 311 e segs.

simplesmente dizer que a justiça é um fim. A justiça pertence à realidade dos valores e a realidade dos valores não é redutível à realidade dos fins.

Reale, desenvolvendo de maneira original alguns argumentos de Scheler e de Hartmann, defende enérgicamente a autonomia da esfera axiológica dos valores relativamente à esfera teleológica dos fins, mas, de outro, lado, não concebe uma axiologia que não implique numa Teleologia.

Tôda Teleologia pressupõe uma Axiologia. Os fins são elementos psicológicos; os valores não. A realidade dos valores é a condição transcendental que torna possível a constituição e a escolha psicológica dos fins.

A meu ver, esta posição de Reale poderia ser definida como *historicismo axiológico*. Ele polemiza ora contra o historicismo puro de caráter idealista, ora contra tôda concepção dos valores como elementos meta-históricos ou de qualquer modo destacados do processo histórico.

Os valores são dados que constituem as diretivas do processo histórico. O processo histórico é processo espiritual: é o próprio processo em que se desdobra a consciência humana. A história não é uma série de fatos físicos, porque é justamente explicação da consciência. A consciência, isto é, a realidade espiritual, distingue-se da realidade física exatamente em quanto geratriz de valores. A consciência é projeção de valores. A relação entre a consciência de um indivíduo e a de outro, entre a consciência de um indivíduo e o conjunto das consciências dos demais, constitue relações de valores, visto como as consequências se explicam em sua realidade espiritual como projeções de valores.

Reale não desenvolveu ainda uma teoria da alteridade das consciências, nem explicou ainda expressa e definitivamente de que modo a **unidade espiritual do processo histórico** se forma através da pluralidade das consciências humanas, o que equivale, a dizer, como a pluralidade

das consciências se desenvolve sem se diluir na unidade do processo histórico, e como, em compensação, se possa falar de história, isto é, de unidade do processo histórico, quando êste processo é constituído pela pluralidade das consciências.

Como se explica e como é configurável, neste caso, a relação de unidade e multiplicidade, sem adotar — dado que Reale não pode adoptar — a explicação apresentada pelas filosofias neo-hegelianas?

Mois bem, se o nosso autor não desenvolveu ainda uma expressa teoria da pluralidade das consciências, penso contudo que o principio dessa teoria seja por êle sub-entendido. A relação das consciências é, segundo êle, relação axiológica, isto é, relação de valores e de perspectivas de valores. A história, como realidade espiritual viva e humana, e relação de valores.

Reale fala da pessoa humana como valor absoluto que está implicado em cada forma de experiência moral e jurídica (10). E, definitivamente, concebe a pessoa como possibilidade de escolha constitutiva de valores. A pessoa é o fundamento da liberdade. A liberdade não é aqui entendida como pura liberdade empírica, nem como pura racionalidade meta-empírica, mas em sentido axiológico como *concreta escolha de valores*.

A pessoa é valor absoluto porque condição de afirmação e de atuação de todo sistema de valores. Ofender e destruir a personalidade humana significa ofender e destruir o valor absoluto, isto é, a possibilidade de escolha dos valores. Colocar-se contra a pessoa significa atirar-se contra a comunicação histórica dos valores, a qual só se torna evidentemente possível através da livre eleição dos valores (11).

(10) *Liberdade antiga e liberdade moderna*, cit., estr., p. 29. Como já o autor se exprimiu em suas lições, “o ser do homem é o seu dever ser”.

(12) *Ibidem*.

Creio que no pensamento do autor devem estar sublinhados tanto o caráter da pessoa como valor absoluto no sentido ora apontado, quanto o caráter de *objetiva* relatividade de todos os outros valores. A pessoa é o valor absoluto e incondicionado porque é condição imprescindível da escolha e da comunicação de todos os outros valores. Mas, todos os demais são relativos aos ambientes culturais que, nas várias situações históricas, exprimem. A objetividade de um valor, ou de um sistema de valores, coincide com a objetividade do ambiente social e cultural que nele se manifesta. É uma objetividade relativa, não absoluta, não incondicionada, mas social e historicamente condicionada. Valores que, por exemplo, num ambiente histórico-social de há mil anos, foram fundamentais podem não mais sê-lo num ambiente histórico-social contemporâneo.

5. Os valores são extruturas históricas. Segundo o pensamento de Reale, não se pode imaginar uma criação de valores que não seja condicionada pela situação histórica em que ocorre (12). Uma experiência de valores determina situações históricas, mas é ao mesmo tempo condicionada por situações históricas precedentes. O passado histórico, as extruturas históricas passadas são condições positivas na experiência dos valores.

O *passado* histórico não se resolve dialéticamente na *presente* criação dos valores. Sob êste aspecto é significativa a crítica de Reale à posição neo-hegeliana. O passado não é para êle um momento dialético negativo ao presente mas é “momento do espírito condicionante de outras possíveis aberturas e perspectivas da existência humana” (13).

Assim, a axiologia de Reale contrapõe-se àquela concepção axiológica meta-histórica que inclusive no Brasil

(12) *Axiologia*, p. 9.

(13) *Ibidem*.

encontra atualmente um jovem e sagaz representante em Vicente Ferreira da Silva (14). No último escrito de Reale, com efeito, parece-me poder ver alguns traços, embora ainda implícitos e subentendidos de um diálogo com Ferreira que certamente seria filosoficamente proveitoso.

Este último autor, cujo pensamento há pouco analisei e que é um profundo exegeta do existencialismo heideggeriano, chega, com efeito, a uma concepção dos valores como historicamente incondicionados. No fundo, Ferreira concebe a essência do valor como um mito capaz de alterar o curso da história, como força mitológica que transcende tôdas as possibilidades históricas do homens tais como têm sido sistematizadas e configuradas no curso da chamada civilização ocidental.

Ele vê hoje os sintomas de uma crise da civilização e da cultura que teria suas raízes numa crise metafísica da história, como esta tem sido até agora concebida em sentido antropológico e antropocêntrico. Ele vê na história a determinação de um conceito antropocêntrico e indica os sintomas e a possibilidade de uma próxima alteração radical de tal conceito através do surgir de novas forças mitológicas e portanto — de seu ponto de vista — de novos valores.

Dêste modo, Ferreira põe o problema de ruptura radical entre história e valores. Sua atitude é metafisicamente revolucionária: não revolucionária no sentido político do marxismo, porque, ao contrário, segundo ele, o marxismo se ajusta perfeitamente no quadro do historicismo e do antropologismo de colocação metafísica tradicional (15).

(14) Para a bibliografia e uma exposição crítica do pensamento de Vicente Ferreira da Silva, remeto ao meu ensaio: *Motivi fondamentali del pensiero sudamericano*, de próxima publicação no "Giornale di Metafisica".

(15) *Ibidem*.

Pois bem, quanto a esta e a outras perspectivas de uma axiologia meta-histórica, Reale reafirma o significado historicista de seu ponto de vista. Repele a consideração da possibilidade de um divórcio entre história e valores e, por conseguinte, em suma, de um divórcio radical metafisicamente relevante, entre valores passados e valores futuros.

“Uma axiologia a-histórica ou meta-histórica, diz não me parece que possa ter sentido, porque é somente na História e através da História que se aperfeiçoa o conhecimento do mundo dos valores, embora êstes transcendam as contingências do viver histórico, o qual jamais logrará captá-los, definitivamente, em todas as suas possibilidades e projeções”. (16)

Através da história os valores são racionalizados como fins. O conceito de fim é, num certo sentido, correspondente à racionalização do valor. Racionalizar significa necessariamente mediar. Por isso a racionalização do valor como fim indica que ele deva ser considerado em relação aos meios idôneos à sua realização. Reale não pode desconhecer, e de fato não desconhece, o nexó entre a realidade do valor e a realidade dos meios idôneos à sua realização. Todavia, êle combate a acentuação que eu fiz (17) do elemento meio em confronto com o elemento valor.

Reale quer combater contra toda possibilidade de resolução do problema moral sôbre o plano naturalista

(16) *Axiologia*, p. 9.

(17) Em vários ensaios: *Aspetti della critica dei valori ético-giuridici nel pensiero contemporaneo* em “Riv. inter. di filosofia del diritto”, 1950, estr., p. 34; *Valutazioni morali e giuridiche nella crisi dell'ética individuale* (Siena, 1950), p. 38 e segs.; *Value judgments in ethics and in law* (em “Philosophical quarterly”, 1951), p. 425 e segs., *La crisi della cultura* (em “Revista brasileira de filosofia”, 1951, p. 386 e segs.) além do trabalho sôbre a moral smithiana citado.

dos meios. (18) A eleição dos meios, por isto, segundo êle, não é essencial ao valor, mas é essencial à sua realização histórica como fim. Por outro lado, quer êle igualmente combater toda consideração abstrata do valor tal como se verifica quando o valor é considerado exteriormente a seu nexó com as condições de sua realização. Por essa razão afirma a essencialidade de tal nexó, mas, nêsse âmbito, sustenta uma polaridade entre valores e meios: uma polaridade na base da qual o valor, embora sendo na sua atuação condicionado aos meios, é todavia suscetível de prevalecer sôbre êles.

Ora, que significado tem esta possibilidade de prevalência dos valores sôbre as condições de sua atuação? Reale dá dois exemplos: a ação heróica e a ação do mártir. Trata-se de ações que se acham no limite extremo da experiência moral, nas quais a conquista dos fins seria despropocionada e prevalecente no que diz respeito à disponibilidade dos meios (19). Em certo ponto, aliás, na sua polêmica contra as formas de naturalismo ético segundo as quais a essência dos valores é vista sòmente em função de sua efetiva possibilidade de realização, Reale declara decisivamente que a ação do mártir é caracterizada “pelo sacrifício extremo por um fim” em uma situação em que se verifica “uma absoluta carência atual de meios” (20).

A ação do mártir, em suma, viria a ser caracterizada, segundo o nosso autor, pelo despedaçamento da relação entre meios e fins, pròpriamente por causa de uma “abso-

(18) Sôbre êste aspecto seria interessante confrontar a atitude de Reale com a de um arguto escritor norte-americano: *E. Vivas*, em um livro rico da vivacidade latina — *The moral life and the ethical life* (Chicago, 1950) — e fortemente polêmico com relação às concepções morais pragmatistas e positivistas.

(19) *Axiologia*, p. 5.

(20) *Ibidem*.

luta falta” de meios e não somente por uma supremacia do valor sobre as condições materiais de sua realização.

Levando-se em conta este exemplo, podemos então, a meu ver, sintetizar o pensamento de nosso autor nos três pontos seguintes: 1) a experiência moral é sempre caracterizada por um nexó de implicação de valores e meios idôneos à sua realização; 2) no âmbito desse liame de implicação revela-se sempre a irreducibilidade dos valores à escolha dos fins e dos meios em que se determinam as ações pelas quais os valores mesmos se realizam; 3) a despeito dos dois pontos de vistas precedentes (1 e 2), na margem extrema da experiência moral há tipos de ações em que o mencionado nexó de valor e de meios acaba irremediavelmente por se despedaçar, casos em que portanto, o valor se revela por si mesmo, em uma “absoluta falta” de meios.

A mesma razão que me leva a considerar como aceitáveis e convincentes os dois primeiros pontos de vista me deixa suspenso quanto ao terceiro. As razões por que devo confessar que algumas críticas suscitadas pelo professor Reale me deixaram convencido são as razões mesmas pelas quais fico em dúvida diante da configuração de um tipo de ações, à margem da experiência moral, caracterizadas por uma “absoluta falta” de meios.

Para mim, a grande verdade da posição de Reale, a que mais revela a sua sensibilidade crítica, assim como a modernidade no tratamento dos problemas morais, consiste na perspectiva do nexó de *axiologia* e *teleologia*; *axiologia* e *historicidade*; *valores e meios indôneos à sua realização*. A pesquisa de Reale revela toda a sua penetração crítica quando nos visualisa os supra-mencionados nexos concretos de implicação.

Seu modo de raciocinar atinge, a meu ver, os seus melhores resultados quando procede por polaridade, quando, através da particularidade de suas indagações, chega a enuclear na variedade das ações e das situações a interna polaridade da experiência moral e jurídica.

A dialética da realidade concreta não é configurável através de uma síntese de elementos opostos dos quais um se resolva no outro, dos quais um seja o superamento do outro, como na dialética de tipo hegeliano e também — a despeito da diferença — na dialética marxista.

A dialética do concreto, a que exprime verdadeiramente a estrutura do processo histórico, é a *dialética da polaridade*: não é uma dialética resolutiva, visto que não implica, em si mesma, na posição de uma síntese resolutiva como condição imanente do seu processo.

Na raiz de semelhante dialética existe, segundo penso, o fundamento paradoxal e insuperavelmente antinômico da realidade humana em seu irreduzível dualismo constitutivo de realidade emocional e de realidade racional. É o nexó concreto de emocional e de racional concebível como nexó de valores e meios: os valores como resultado de uma projeção do elemento emocional da natureza humana e a relação racional de meios a fins como condição de possibilidade da realização dos valores nas situações históricas particulares.

O nexó concreto dos valores e dos meios é assim uma dualidade irreduzível, cujos elementos não podem ser reduzidos a um, sem que sejam abstratamente deformados. Os vários aspectos da vida prática para que sejam vistos em concreto devem ser vistos em função daquela insuperável dualidade. Mas Reale talvez não tenha resistido à tentação de resolver os dois elementos em um, quando, como se viu, no limite da experiência moral nos apresentou a ação do mártir como a conquista absoluta de um valor posto além e fora de toda relação de meios e fins. Será, porém, a ação do mártir mesmo caracterizada por uma absoluta falta de meios? O sacrifício de algo de fundamental — quer seja a vida, ou outra coisa — não é o imprescindível *meio* de realização que distingue nitidamente a ação do mártir?

Cristianismo e Razão de Estado no Renascimento Lusíada (*)

Miguel Reale

I

Nascido em uma terra que surgiu para o Ocidente em plena época renascentista, quando Portugal se projetava sobranceiramente no cenário europeu por seus feitos de armas e sua cultura, julgamos de bom alvitre indagar do significado e do alcance da “Razão de Estado” na história do Império Lusíada, cuja história durante mais de três séculos se confunde com a do Brasil.

No processo do “milagre português”, naquele tão breve espaço de tempo que fez de um pequeno povo, com menos de dois milhões de homens, o senhor dos mares da África, da Ásia e da América, deixando sinais maravilhosos de seu gênio criador na arquitetura e nas artes plásticas, no direito e nas letras, na ciência náutica e na obra colonizadora, participando vivamente das correntes espirituais da época, cabe esclarecer e determinar como se compuzeram as exigências ideais do Cristianismo e as necessidades urgentes e pragmáticas da construção imperial.

(*) Comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Estudos Humanísticos reunido em Roma, em Abril de 1952, para tratar do tema: “Cristianismo e Razão de Estado no pensamento e na arte do Humanismo e do Renascimento”.

Nessa ordem de pesquisa, além de seu significado universal para o esclarecimento de um aspecto dos mais relevantes na história do homem moderno, é possível que se encontrem também motivos para iluminar os pressupostos da estrutura e da formação culturais do povo brasileiro, que, não obstante o influxo benéfico posteriormente recebido de outros focos de civilização, guarda em suas raízes o impulso fundamental da formação ibérica.

Mesmo que Portugal tivesse se notabilizado tão somente pelas descobertas marítimas, mantendo-se impermeável às tendências filosóficas e artísticas da era renascentista, ainda assim seria oportuna a tese que suscitamos, pois o Renascimento significou também insatisfação do conhecido, amor do risco e da aventura, verticalizando-se em personalidades fortemente talhadas para a ação. Cumpre, no entanto, ponderar que as descobertas prodigiosas de terras e mares não foi um episódio isolado ou marginal na história portuguesa, mas antes um acontecimento enquadrado em um sistema global de vida marcado pela consciência dos novos tempos.

Sendo um dos primeiros Estados Modernos nitidamente estruturado sobre uma base nacional, Portugal já revela notáveis elementos de formação cultural no século XV, em múltiplos domínios da atividade espiritual. Como bem observa MALHEIRO DIAS, os descobrimentos portugueses não foram o resultado de uma esporádica aventura, tomado este termo na sua acepção vulgar, mas o fruto de um plano nacional, a que presidiam concepções geográficas arrojadas, desenvolvidas por um trabalho científico de grande envergadura. A imponente história daqueles feitos continuará ininteligível enquanto não for integrada na cultura universitária, colocando-se os sábios no primeiro plano, ao lado dos heróis. (1)

(1) *História da Colonização Portuguesa do Brasil* — Edição monumental comemorativa do primeiro centenário da independência.

A maturidade espiritual revela-se pela capacidade de participação a uma multiplicidade de esferas axiológicas, sendo quasi incompreensível que um povo se mostre superior apenas em um plano exclusivo das realizações humanas. No caso ora considerado, devemos reconhecer, que às navegações de Bartolomeu Dias e de Vasco da Gama corresponde o éco de esplendidas afirmações no campo arquitetônico (bastaria lembrar o mosteiro dos Jerônimos), na pintura de NUNO GONÇALVES, no teatro de GIL VICENTE, na prosa de DAMIÃO DE GOES e de JOÃO DE BARROS, na cultura humanística de ANDRÉ DE GOUVEIA, mestre de RABELAIS e MONTAIGNE (2), no saber jurídico de ANTÔNIO DE GOUVEIA, jurisconsulto, filósofo, professor da Universidade de Paris, um dos mentores da Escola de CUJÁCIO; na dúvida fecunda do “*Quod nihil scitur*” de FRANCISCO SANCHEZ; para culminar na lírica e na epopéia de LUIS DE CAMÕES.

Naquele Portugal de grandes reis mecenas, dados às letras e às artes, naquele centro de irradiação do pensamento e de tão viva preocupação pelas cousas da ciência, onde se forjava um grande Império, que repercussão teve a idéia de “razão de Estado”, locução ambígua que na segunda metade do Século XVI se insinua, no dizer de

dência do Brasil, Porto, 1921, vol. I, *Introdução*, pg. VII e segs. Lembre-se, a propósito, a afirmação do sábio PEDRO NUNES em seu *Traçado da Sphera*: “descobrimientos de costas: ilhas e terras firmes: nam se fezeram indo a acertar: mas partiam os nosso mareantes *mui ensinados e providos de estormentos e regras de astrologia e geometria*: que sam as cousas de que os Cosmografos ham dandar apercebidos”. Sôbre os pressupostos científicos dos descobrimientos portuguezes, V. JOAQUIM BENSAUDE — *L'astronomie nautique au Portugal à l'époque des grandes decouvertes*, Berna, 1912.

(2) Cf. MONTAIGNE — *Essais*, L. I, Ch. XXV: “.. en cela Andreas Goveanus, nostre principal, comme en toutes aultres parties de sa charge, feut sans comparaison le plus grand principal de France”.

RODOLFO DE MATTEIS, “nel vocabolario politico, e poi fulmineamente trabocca nel linguaggio di tutti, ottenendo il facile, universale successo che verrà piú tardi riservato a locuzioni non meno fortunate, quali “contratto sociale”, “diritti dell’uomo”, “soveranía popolare” e simili”? (3)

Essa a questão que nos propuzemos, e em cujo estudo chegamos a algumas conclusões, que não haverá mal em enunciar desde logo, quanto mais não seja à guisa de sumário:

- 1 — O problema da “razão de Estado” foi posto de uma forma nova e mais ampla quando o contraste entre valores políticos e éticos se tornou mais patente e agudo, ao dar-se a ruptura da ordem medieval imantada segundo uma concepção cristã unitária do Universo e da Vida;
- 2 — “Razão de Estado”, *não como fato mas como teoria ou desenvolvimento ideológico*, é uma categoria histórica, tanto como o conceito de *soberania* ao qual corresponde e do qual é expressão particular, marcando um aspécto ou veste do poder político no processo de sua laicização, ao constituírem-se os Estados Modernos.
- 3 — Traduzindo tal conceito mutáveis exigências do poder político na época moderna, não teve uma formulação ecumênica tal como alguns autores quizeram atribuir-lhe; apresenta, por exemplo, características próprias e inconfundíveis na cultura renascentista lusiada e, de maneira geral, na ibérica.
- 4 — Em Portugal, onde Humanismo e Renascimento se fundiram em um unico processo, enquanto que em outros paizes assinalaram dois

(3) Cf. *H problema della “Ragion di Stato” nel Seicento*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, Aprile-Settembre 1949, XXVI — 2-1, pg. 187.

momentos históricos distintos, a ação e a doutrina política conservam deliberadamente fortes elementos medievais, que dão um cunho especial à sua experiência da razão de Estado, a qual alberga sempre uma *tensão ética* que, alhures, só encontramos na época propriamente do Humanismo, pois desaparece com a crescente explicação naturalística dada aos problemas políticos pelos pensadores do Renascimento.

- 5 — O especial sentido que a idéa de razão de Estado adquire no plano da política exterior, em virtude dos descobrimentos marítimos e da expansão colonial, resulta de circunstâncias históricas peculiares àquele povo, integrado, na éra do Humanismo e do Renascimento, (talvez fosse mais rigoroso dizer: de seu “Renascimento humanístico”) em uma *comunidade concreta*, modelada pelo ideal bipolar da Fé e do Império, tal como se reflete em obras literárias que atingem sua máxima expressão com GIL VICENTE e LUIS DE CAMÕES.
- 6 — Essa fisionomia do Estado lusíada influiu de maneira poderosa no destino do Brasil, não só pela preservação e consolidação de nossa unidade territorial e política, como também pelas tendências que vieram influir poderosamente em nossa maneira de conceber o poder e a lei.

II

Antes da éra cristã e, mais precisamente, antes de se ter firmado a exigência profunda de uma distinção entre sociedade e Estado, liberdade individual e autoridade política, destino da pessoa e destino da coletividade, poder estatal e poder religioso — distinção que implicava no

reconhecimento de algo universalmente e éticamente válido por si, fóra e acima da órbita política do Estado — e também antes dessa consciência ética ter sofrido o contraste de inexoráveis resistências brotadas da ação política empenhada na fundação dos Estados Modernos, — não se sentiu a necessidade de elaborar-se *plenamente*, em uma teoria ou em um sistema, o conceito de “razão de Estado”, tomada esta locução em seu sentido essencial como subordinação de outros fins aos fins políticos de uma comunidade, na medida exclusiva dos segundos, com fundamento em razões consideradas racionalmente legítimas.

A um primeiro e superficial exame, “razão de Estado” aparece como sendo “cobertura de legitimidade para atos que os governantes consideram úteis ao interesse público, embora em si mesmos devam reputar-se injustificáveis”. Nessa acepção, o conceito esconde um plano de legitimação de meios em razão de fins, árbitros dos quais acabam sendo os detentores mesmos da força política. Muitos, por certo, assim o entenderam, convencidos de que a ação política racionalmente objetiva segue seu processo natural, tendo em si mesma a sua legitimidade, na medida em que realiza com êxito uma ordem social segundo as exigências do poder, resultando subordinadas tôdas as esferas de estimativa à consecussão do fim posto como valor supremo.

Não nos parece, que a idéia de “cobertura”, ou seja de “intencional disfarce de legitimidade” seja essencial ao conceito de “razão de Estado”, cujos significados cambiantes escapam, no entanto, à possibilidade de uma definição.

Poder-se-á talvez afirmar que a idéia de razão de Estado brota da consciência de que existe no âmbito do poder estatal um domínio insuscetível de valoração segundo critérios extranhos às exigências mesmas da ação política, excluindo-se, assim, a possibilidade de controle

por qualquer outra instância valorativa. Daí o sentimento de vinculação necessária e exclusiva do poder a seus fins: todos os fins se integram e se ordenam no processo de realização plena de uma comunidade social nos limites de sua condicionalidade histórica. Dess'arte, tudo aquilo que possa vir a se contrapor, por qualquer motivo, àquele processo integrativo, embora possa ser estimável em si mesmo como valor singular, não pode ser destacado do todo, ficando sujeito às pressões inexoráveis da meta deliberadamente proposta. No fundo, são critérios ditados por variáveis conjunturas históricas (unidade nacional, espaço vital, reivindicações de classe, etc.) assim como outros elementos conaturais ao poder em sua universalidade, que decidem do rumo e da intensidade da ação política, envolvendo em seu processo unitário as atividades dos homens e dos grupos. Só assim se explica a afirmação de MEINECKE, segundo seu prisma especial de historiador, de que “nell'agire secondo la ragione di Stato si manifesta anzi tutto una rigida e ininterrotta connessione causale, così chiara ed evidente come in nessun altro aspetto della vita storica” (4).

Ora, enquanto o Estado foi concebido como a mais alta expressão da vida ética, não havia propriamente uma “razão de Estado” perante outras esferas axiológicas, porque nenhuma instância se punha que lhe não fosse redutível.

A razão de Estado na antiguidade clássica pode ter sido, como efetivamente o foi, um fato de que se tinha consciência, mas não chegou a constituir claramente um *problema* que puzesse a exigência de uma *teoria* ou de um *sistema*, como objeto de ciência.

Não cabe aqui indagar da natureza da *polis* e da *urbs* com relação ao problema da liberdade individual

(4) FREDERICO MEINECKE — *L'idea della ragion di Stato nella Storia Moderna*, trad. de D. Scolari, Vallecchi Editore, 1942, vol. I, pg. 8.

e a possibilidade de uma ordem de valores suscetível de pôr-se perante a que era consubstanciada no organismo do Estado-cidade, pois tal indagação nos levaria muito longe dos propósitos desta comunicação.

Quer se admita, porém, a politicidade total da vida ética no mundo dos clássicos, com redução absoluta de todos os fins aos da comunidade politico-religiosa, consoante e conhecida tese de BENJAMIN CONSTANT e de FUSTEL DE COULANGES (donde a sustentada identificação de liberdade individual e liberdade coletiva, de individualidade e cidadania); quer se reconheça a existência de um individualismo fundamental também no mundo greco-romano, como sustentaram HAURIU e GLOTZ; quer ainda se demonstre que ambos êsses pontos de vistas refletem aspectos parciais de um problema bem mais complexo, insuscetível de solução segundo categorias peculiares à moderna concepção do Direito e do Estado (5) o certo é que o Estado Urbano representou para gregos e romanos a instância última de aferição dos comportamentos e dos interesses.

Muito claramente CÍCERO nos revela a força espiritual do Estado-cidade, nesta incisiva passagem do “De Republica”: “Neque enim hac nos patria lege genuit, aut educavit, ut nulla quasi alimenta exspectaret a nobis, ac tantummodo nostris ipsa commodis serviens, tutum perflugium otio nostro suppeditaret, et tranquillum ad quietem locum: *sed ut plurimas et maximas nostri animi, ingenii, consilii partes ipsa sibi ad utilitatem suam pigneraretur*; tantumque nobis in nostrum privatum usum, quantum ipsi superesse posset, remitteret.” (6)

Concebida, assim, a absoluta preeminência ética da comunidade política, era desnecessário desenvolver uma teoria

(5) Sobre tal argumento, v. o nosso estudo *Liberdade Antiga e Liberdade Moderna* na “Revista da Universidade de São Paulo”, vol. I, 1950.

(6) CÍCERO, *De Republica*, I, IV — 14.

da *razão de Estado* capaz de justificar a *exclusiva vinculação do poder a seus fins*, de sorte que nos parece possível afirmar, com apóio em certas passagens de Aristóteles, de Cícero, Tito Lívio, Tácito, ter havido no mundo clássico apenas “ricchi tentativi svolti a formulare” aquela concepção (7).

Não bastará lembrar que êste ou aquele político ou escritor sentiu a necessidade de justificar um ato invocando a utilidade ou o interesse do Estado. Teoria da *Razão de Estado* é mais do que isso: é a teoria da justificação, ou, por outras palavras, a *justificação da justificação do poder* pelos aduzidos fins do Estado. Enquanto se disse: *Roma locuta, tollitur quaestio*, não houve teoria da razão de Estado, porque esta reside exatamente na *quaestio* posta como inevitável.

No mundo clássico, em síntese, não surgiu ou não se aperfeiçoou uma doutrina da razão de Estado, mesmo quando interesses de Estado se invocaram, porque tal invocação por si mesma tornava qualquer justificação *desnecessária*.

(7) Nesse sentido, cf. MEINECKE — op. cit., vol. I, pg. 39 e segs. Os teorizadores da razão de Estado no século XVII foram incansáveis na procura de precedentes clássicos para as próprias doutrinas. Com isso o conceito se alargou tanto até se confundir com o de *Política*. Na realidade, como observa De Matteis, “a seconda dell’idea che si ha di *Ragion di Stato*, si ritroverá l’embrione antico, che pertanto non sarà sempre il medesimo. Così, chi interpreterá la *Ragion di Stato* come semplice Arte di Governo, troverá facilmente in Platone l’anticipo in tal senso. E chi la intenderá come legge non scritta e universale, si orientará verso Aristotele. Chi, infine, la riterrá una violenta iniziativa del Principe, ai fini della pubblica utilità, additerá Tacito; e via dicendo. Nella segnalazione dei precedenti dottrinali v’è già, insomma, implicita la personale visuale del singolo studioso” (*loc. cit.*, pg. 210).

III

O Cristianismo veio atingir em cheio a essência monista do Estado antigo, distinguindo o Império da Igreja (“Dai a Cesar o que é de Cesar, e a Deus o que é de Deus”) e proclamando a dignidade universal do homem, irreduzível à dignidade do “cidadão”. Na parábola do bom samaritano, para não invocar senão um exemplo, resplende esta força ética e universal da idéia do “próximo”, da “humanitas” dignificada em si mesma, despreendida de quaisquer vinculos de cidadania ou de nacionalidade.

Tinha início, em verdade, uma revolução profunda, que, segundo expressão feliz de OTTO SCHILLING, consistia sobretudo em uma “cultura da personalidade”. O homem deixava de valer apenas como “cidadão”, para passar a valer como homem, como *pessoa*, adquirindo um cunho novo e mais profundo a concepção de “humanitas” já afirmada na doutrina estoica.

É paradoxal, mas verdadeira, a afirmação feita por um historiador católico de que foi a *apoliticidade*, ou seja, a falta de preocupação política, que fez brotar do Cristianismo uma grande revolução no plano político (8).

Sendo apolítico, o Cristianismo implicou necessariamente na quebra do caráter religioso do Estado antigo, na distinção entre a esfera religiosa e a política, instituindo uma ordem moral de caráter universal, perante a qual também o Estado devia inclinar-se.

Ora, na Idade Média, enquanto o reconhecimento daquela ordem sobrenatural se manteve uma realidade viva, a razão de Estado pode ser um fato, mas não chegou a converter-se em *problema*, para o qual se sen-

(8) E. MAGNIN — *L'état, conception payenne, conception chrétienne*, 1931, pg. 21.

tisse a imperiosa necessidade de dar uma solução racional.

Admitir uma ordem superior transcendente como instância à qual o Estado deva sujeitar-se na *totalidade* de suas manifestações é excluir a *possibilidade* de uma justificação do Estado posto como “razão” exclusiva do agir. O que na Antiguidade era *desnecessário*, na Idade Média torna-se de certo modo *impossível*.

Foi ao mundo moderno que tocou viver plenamente o drama da justificação do Estado em si mesmo, drama êste que pressupõe sempre uma outra instância além do Estado, mas perante a qual se julgam poder aduzir razões de Estado de validade intrínseca e bastantes por si mesmas.

IV

O aparecimento dos Estados Modernos marca uma busca angustiada de explicação do poder político no âmbito de sua própria natureza, nas razões de seu intrínseco desenvolvimento, sempre admitindo, expressa ou implicitamente, *uma instância axiológica diversa*, segundo cujos prismas os atos ou os acontecimentos poderiam ou deveriam ser aferidos.

O contraste Igreja-Império, não obstante as violências de seus choques, transcorre todo no seio de uma comum concepção do universo e da vida, na graduação de uma única tábua de valores em que ambos os contendentes apoiavam suas reivindicações. Era um conflito que não transpunha os horizontes de uma ordem humana explicável segundo valores transcendententes.

O Renascimento assinala, ao contrário, no plano da vida social, uma inquietação criadora que procura resolver os problemas do homem em sociedade descendo às raízes dos impulsos associativos, segundo “*quella riduzione ai principii* che é la parola innovatrice del rinasci-

mento per tutto ciò che riguarda l'uomo e la sua vita associata". (9)

O mesmo acontece na consideração do *poder politico*, analisado na sua estrutura e nas suas razões, assim como no seu projetar-se no cenário histórico. A idéia de *soberania*, como poder que não recebe de fóra a sua legitimidade, mas que se justifica a si mesma pelo simples fato de ser, é uma afirmação violenta da nova estrutura cultural do Ocidente.

O conceito de "*razão de Estado*" corresponde ao de *soberania*, marcando ambos a forma do poder tornada *polêmica e conflitante* na condicionalidade histórica do mundo moderno, na obra de autores que, obedecendo ao ritmo do tempo, procuram inspiração nos modelos políticos da antiguidade clássica.

Tal retorno às concepções antigas, neste como em outros campos da experiência humanista, não podia verificar-se, porém, fazendo-se *tabula rasa* da experiência do Cristianismo, maximé por terem sido Humanismo e Renascimento, notadamente o primeiro, ao contrário do que durante longo tempo se supôs, movimentos marcados por profunda inquietação religiosa e de ponderáveis elementos medievais. (10)

Explica-se, pois, a complexidade do pensamento da época, reelaborando os temas da Política e da Jurisprudência clássicas, visando superar a tensão viva que se

(9) N. ABBAGNANO — *Storia della Filosofia*, U. T. E. T., vol. II, pg. 28.

(10) Concordamos plenamente com DE RUGGIERO quanto à força de motivos medievais na cultura renascentista: "In mezzo alle differenze confessionali, alle esperienze politiche divergenti, ai conflitti degli indirizzi scientifici e filosofici, sopravvive l'antico spirito unitario e lentamente si transforma per adeguarsi alle nuove esigenze: si fa piú cedevole ed elastico, perché piú mobile e snodato é il contenuto da accogliere; meno visibile forse, ma nondimeno presente" — *Storia della Filosofia*, Parte Terza, *Rinascimento*,

estabelecida entre Individuo e Estado, entre consciência ética e consciência política, na procura de uma possível conciliação entre a idéia antiga de *imperium* e a idéia cristã de *pessoa*; era como se dois mundos forcejassem para se comporem em uma unidade nova. Ora, é nessa conjuntura histórica que surge e se desenvolve a “teoria da razão de Estado”, marcando um encontro e um conflito de civilizações e de culturas.

A nosso ver, o sentido geral do Humanismo, pela consciência da dignidade das *ciências do homem* e de sua irreduzibilidade ou subordinação às ciências da ordem física, não chega a pactuar com a tese da “vinculação inesorável do poder às razões imanentes a seu processo”, tese esta que envolvia uma cosmovisão naturalística só afirmada em certas tendências marcantes da problemática do Renascimento.

De certa forma, poder-se-ia dizer que se colocaram à margem ou além do drama essencial do Humanismo aqueles pensadores que cortaram pela raiz os fios da referida *tensão espiritual*, seja optando por uma solução anti-cristã ou a-cristã de extrema politicidade; seja, pelo reconhecimento pacífico de uma ordem sobrenatural em que deveriam se inserir todos os momentos da ação política.

Eis, talvez, um dos motivos pelos quais, se a teoria da razão de Estado se constitui e se desenvolve quando o homem se torna perplexo ante a perda da unidade espiritual que caracterizara a Idade Média, ela se revela tanto mais poderosa e crua quanto mais marcante a desesperança na salvação dos homens graças aos valores morais do Cristianismo, assumindo formas radicais em pleno processo renascentista

Riforma e Controriforma, Bari, 1947, 4.^a ed., vol. I, pg. 4. Apreciando a matéria sob um prisma filosófico-político, pareceu-nos plausível ver na Idade Média a *Idade Inicial*, em cujo sistema aprofundam raízes certas ideologias do *Quatrocento* (cf. MIGUEL REALE — *Formação da Política Burguesa*, São Paulo, 1934, 1.^a Parte, *A Idade Inicial*)

segundo a linha do naturalismo que se continha no sistema de sua tendência e que viria a ser a dominante na apreciação dos problemas do Estado.

Em MACHIAVELLI, por exemplo, a razão de Estado é a única via de saída para o homem moderno perdido na selva de seus impulsos naturais.

Tudo se reduz ao Príncipe e por êle se mede. Tudo se reclama do Príncipe porque se julga nada ser possível esperar do Cristão. Em contraposição, como que nos oferecendo a contra face do mesmo fenômeno, a astúcia do Príncipe tende a ser contrabalançada pela astúcia do súdito, escogitando meios e modos para furtar-se a seus comandos, através de todo um jogo casuístico, uma de cujas formulações a encontramos na nova apresentação da doutrina das “*leges mere poenales*”, em virtude da qual se esvasiava a obediência de seu conteúdo ético, como de conteúdo ético se esvaziara o princípio do poder.

(11)

V

Esquematisados os elementos necessários a uma configuração geral do problema, podemos verificar como a

(11) “C’est, en effet, au moment où, sous l’influence du droit romain, les légistes détachaient le droit positif de son fondement idéal — l’Ordre, la Justice, — pour faire dériver toute son autorité de la volonté du prince, que la théorie des lois purement pénales s’éleva le plus hardiment des limites très resserrées où l’enfermait la *Somme* de saint Thomas et prit tout son essor. Le “légisme” de la Renaissance e provoqué le “casuisme” de Suarez: les deux attitudes se tiennent comme pile et face. On cherchait l’antidote dans le poison; la loi purement pénale, d’après l’interprétation commune, c’est l’ordonnance à la violation de laquelle le prince est censé n’avoir pas eu l’intention d’attacher d’autre conséquence que l’assujettissement à l’amende ou à la prison: *quidquid principi placuit...*; il ne faut pas être plus royaliste que le roi!” GEORGES RENARD — *La théorie des Leges mere poenales*, in «Mélanges Maurice Hauriou», Paris, 1929, pg. 639.

idéia de razão de Estado operou no pensamento português dos séculos XV e XVI, refletindo-se na obra de seus cronistas, poetas políticos e juristas. A primeira observação que nos cabe fazer é quanto à precoce formação do Estado português sôbre uma base nacional, com uma estrutura jurídico-política unitária, que lhe possibilitou superar em pouco tempo os quadros da política medieval.

Podemos concordar com OLIVEIRA MARTINS quando assevera que a partir de 1385, com a subida ao trono do rei D. João I, termina a Idade Média portuguesa, não só porque é um poderoso sentimento de brio nacional que condiciona o advento da nova monarquia, em luta contra Castela, como também pela própria configuração do poder, para o qual desde logo se propõe uma justificação nova, de todo alheia à idéia do Sacro Romano Império, combinando-se a origem popular do poder com o primado da autoridade, a qual, uma vez conferida pelo povo, passaria tôda ao monarca. (12)

D. JOÃO I teve um admirável teorizador de suas prerrogativas reais na figura de um jurisconsulto subtil, formado nos ensinamentos de Bolonha, o famoso JOÃO DAS REGRAS, em cujas argumentações a invocação do primado pontifício perdia o cunho de sacralidade, para adquirir uma expressão pragmático-política em função da causa da independência lusa.

É aquele, porem, ainda um príncipe de formação medieval, marcando sua atividade criadora uma transição para novas formas de conceber-se o poder de Império.

É com êle que se estrutura o novo Estado, como uma obra de arte, tendo como base uma concepção nacio-

(12) Cf. J. P. OLIVEIRA MARTINS — *História de Portugal*, 4.^a ed., Lisboa, 1886, t. I, pg. 160. É de notar-se que a idéia de Sacro Romano Império, tão decisiva para os destinos da Espanha, não medrou no meio lusitano. Cf. do mesmo OLIVEIRA MARTINS — *Os filhos de D. João I*, 6.^a ed. Lisboa, 1935, pg. 206.

nalista, singular em uma época na qual ainda não brotara na Europa a idéia de nacionalidade, suscitada e fortalecida em Portugal pelo duplo contraste com os reis de Castela e os sarracenos. Foi a luta contra éstos que deu origem a um amálgama de *nacionalismo* e *catolicidade*, de que iria resultar mais tarde uma formulação original da *razão de Estado*.

Maravilhoso destino o desse rei português que durante quasi cincoenta anos (1385-1433) consolidou o seu Estado, deixando uma prole magnifica (“Inclita geração, altos Infantes”, dirá CAMÕES nos “Lusiadas”) cujo estudo oferece tantas razões de encantamento para quem procura compreender facetas imprevistas da cultura humanística em um ponto extremo do mundo europeu, onde portugueses, castelhanos e sarracenos defendiam seus direitos e interesses, conflitando-se em armas e modos de viver.

Retratam os filhos de D. JOÃO I um quadro dos mais empolgantes, assinalando cada um deles, de certa forma, as diferentes tendências que atuavam no bojo dos acontecimentos, no contraste entre velhos hábitos, inveteradas tradições e avassaladoras exigências postas pela redescoberta do homem e do cosmos. Destaquemos apenas quatro nomes da grande galeria. Teremos a impressão de que através deles o espírito do tempo veio se revelando misteriosamente, desde o senhor feudal, trancado em suas pretensões baronais, até ao estadista sequioso de desvendar os mistérios do planeta em um desejo incontido de saber e de posse. É com a “Inclita Geração” que começam a brilhar na cultura lusa os primeiros alvares do Renascimento. (13)

O primeiro dos filhos do Mestre de Avis foi um bastardo, D. AFONSO, I Duque de Bragança, que personi-

(13) V. HERNANI CIDADE — *Lições de cultura e literatura portuguesas*, Coimbra, 2.^a ed., 1943, pg. 65 e segs.

ficou a tradição feudal, lutando contra as prerrogativas da coroa, tradição que seus descendentes conservaram durante meio século, até serem definitivamente esmagados pela política férrea de D. João II, (1481-1495) a mais poderosa encarnação da “razão de Estado” na história portuguesa.

O segundo filho de D. João I foi rei sob o nome de D. Duarte. Espírito ilustrado e inquieto, tem sido alvo das interpretações mais desencontradas. Sua obra literária, de fundamental importância nas letras lusitanas, revela-nos um espírito em que elementos medievais e humanísticos se acasalam, mais do que se conflitam, com marcante predominância dos primeiros. Daí ter sido apontado, ora como um “homem estruturalmente medieval”, ora como um precursor da dúvida cartesiana, quando a verdade está na coexistência de fatores novos e tradicionais em uma justaposição que, à primeira vista, parece confusa ou contraditória.

No quadro da sociedade portuguesa representa, contudo, algo de novo, não só pelo amor ao estudo de autores medievais e antigos, como também pelo valor dado à própria experiência pessoal. (14)

(14) Quanto ao pretensão “pré-cartesianismo” de D. Duarte, V. M. RODRIGUES LAPA, *Lições de Literatura Portuguesa, Época Medieval*, Lisboa, 1934, pg. 266. JOAQUIM DE CARVALHO, sem avançar àqueles extremos, põe no devido destaque a penetração crítica de D. Duarte na apreensão da natureza das paixões e na análise do conhecimento, ao surpreender com subtileza a essência dos sentimentos, em uma obra que conserva “o valor, quasi modelar, de atualidade, porque trocou a autoridade livresca pela observação e vivência pessoal”. (Cf. *Leal Conselheiro*. Ed. Joseph Piel, 1942, pg. XIX). Sem negar totalmente o ponto de vista da “maior parte dos historiadores” que consideram as transformações histórico-sociais do reinado de D. João I o despertar da Renascença portuguesa, entende, no entanto, ANTONIO SOARES AMORA que, “se é verdade que se naqueles acontecimentos estão as raízes das

O seu livro intitulado “*Leal Conselheiro*”, escrito por volta de 1437, é obra de especial relevo para estas notas de estudo, pois contém passagens que revelam a consciência que possuía “el rey” das tentações do poder, aberto a possíveis conflitos entre *prudência* e *justiça*, enquanto que a prudência verdadeira — à qual devem subordinar-se todos os homens, mas especialmente os soberanos — não pode se confundir com a astúcia, devendo permanecer sempre nos limites da justiça.

A *tensão ética*, a que acima nos referimos, como essencial à linha humanística, mostra-se bem viva no *Leal Conselheiro*, ao qual já se quiz atribuir, nesse ponto, os méritos de uma resposta antecipada às teses inflexíveis

tônicas da vida quinhentista (o absolutismo e o imperialismo oceânico) — também é verdade, e verdade inconcussa, que os ideais que conduziam o espírito de D. João e de seus filhos são genuinamente medievais. D. Duarte não é um homem da Renascença, nem mesmo da Pré-renascença. É um homem típico, é a expressão acabada da alta Idade Média, *do outono da Idade Média*, época que na magistral interpretação de *Huizinga* se caracteriza pela definição final do estilo de cultura do mundo medieval” (SOARES AMORA — *El-Rei Dom Duarte e o “Leal Conselheiro”*, São Paulo, 1948, pg. 213). Essa afirmação prende-se talvez a uma visão excessivamente esquemática do Humanismo, em cujo processo continuaram operando relevantes motivos medievais.

Variada e rica era, para a época e o meio, a biblioteca do rei D. Duarte. Catalogam-se 88 obras, em latim e português, destacando-se livros de Aristóteles, Cícero, Julio Cesar, Sêneca, Santo Agostinho, Avicena, Bártolo, Marco Polo, assim como estudos de história, montaria, agricultura, política, astrologia, lógica e poesia, sem contar os romances do ciclo arturiano. Cf. *Leal Conselheiro, o qual fez Dom Eduarte, rey de Portugal e do Algarve e Senhor de Cepta*, edição crítica organizada por Joseph M. Piel, Lisboa, 1942, pg. 414 e segs. Essa Biblioteca refletia de certa forma, a atitude de seu espírito que não pode ser todo situado na “Weltanschauung” medieval.

de MACHIAVELLI, obediente às razões “efetuais” das cousas. (15)

Essa consciência viva do justo não lhe impediu, no entanto, de compreender as razões da preservação e da “grandeza” da monarquia e de sua fazenda, como o demonstrou com a promulgação da chamada Lei Mental. Como seu pai houvera sido obrigado a exceder-se em liberalidades, galardoando serviços de fidalgos com bens da coroa, declarou que tôdas as doações haviam sido feitas com a idéia ou a intenção de reverterem novamente os bens ao monarca na falta de herdeiro varão. O jurista subtil, JOÃO DAS REGRAS, mestre em razão de Estado e inspirado no Direito Justinianeu, escogitara uma solução “prudente”, com que aquietava a consciência escrupulosa do rei, a quem, aliás, OLIVEIRA MARTINS chega a atribuir a iniciativa da Lei, ainda quando príncipe herdeiro.

A doutrina pressuposta na *Lei Mental* não se enquadra mais na estrutura da concepção política medieval, nem se harmoniza com os principais elementos ideais do *Leal Conselheiro*, revelando, outrossim, o advento e a natureza de uma outra força que iria modelar a imagem do Estado: a Jurisprudência romanística, pelo apóio relevante dos legistas aos direitos dos reis, assim como aos interesses do povo, notadamente da burguesia mercantil ávida de enriquecer-se nos empreendimentos ultramarinos.

Por outro lado, o problema político colora-se de outras tintas quando o rei passa a considerar a questão dos mouros e judeus, reputando lícita a guerra contra os infiéis, não para obrigá-los à fé, mas para garantir a liberdade de sua propagação (16). Já se afirmava, assim, a consciência doutrinária da identificação da razão do Império com a razão da Fé, de que cuidaremos logo mais.

(15) Cf. *Leal Conselheiro*, ed. cit., Capít. LII e LXXX. Nesse sentido, F. E. DE TEJADA SPINOLA — *Las Doctrinas políticas en Portugal*, 1942, pg. 93.

(16) Cf. *Leal Conselheiro*, cit., Cap. XVII

VI

E' no terceiro dos filhos de D. João I, D. Pedro, Duque de Coimbra, que se acentuam, no entanto, os traços humanísticos. Homem culto e viajado, a quem o juriconsulto florentino TOMMASO SALVETTI dedicou uma de suas obras, foi um apaixonado de coisas antigas e novas. Tradutor, entre outros trabalhos, do *De Officiis* de Cícero e de parte do livro de MARCO POLO, foi, de certa forma, o introdutor da cultura nova no mundo lusiada: foi êle quem trouxe de Veneza, para o irmão D. HENRIQUE, o navegador, um exemplar da obra do explorador genovês, os mapas de VALSECA, os trabalhos de JORGE PURBACH, etc., cuidando sempre de contentar os pendores literários do primogênito D. Duarte e a sêde de conhecimentos positivos que animava o irmão menor, o Infante de Sagres, a quem estava reservado tão radioso destino na história dos conhecimentos e descobrimentos náuticos.

Legou-nos o infante D. PEDRO uma obra fundamental *A Virtuosa Benfeitoria*, tratado político-moral calcado no *De Beneficiis* de SÊNECA, mas com amplos desenvolvimentos atribuíveis em parte à colaboração de Frei JOÃO VERBA.

O conceito que D. PEDRO nos dá de benfeitoria não é estritamente jurídico, enquadrado no sistema político-feudal, mas essencialmente ético, consoante acertada interpretação de TEJADA SPÍNOLA, de sorte que a comunidade política se constitui como “uma gigantesca síntese de benefícios quotidianamente acrescentados”, resultando a convivência de laços de amor e de gratidão, de lealdade e de respeito mútuos como condição de *senhorio*.
(17)

(17) TEJADA SPINOLA — op. cit., 115 e segs. Sobre a *Virtuosa Benfeitoria*, cuja edição crítica de 1940 foi cuidadosamente revista por Joaquim Costa, merecem destaque ainda os estudos

Com razão observa MERÊA, o insigne analista da cultura jurídica portuguesa, que há em *A Virtuosa Benfeitoria* o pensamento correlato de que uma coisa se exige sempre, senão como fundamento, ao menos como condição do poder: êsse requisito é o voluntário consentimento do povo. Declara, aliás, D. Duarte expressamente que “nom usara de crueldade o principe com aquellos que pera sua defensom lhe derom a spada”. (18)

Não se pode, porém, olvidar que devemos ao zelo de D. Pedro, quando Regente de Portugal, durante a menoridade de seu sobrinho D. Afonso, a promulgação daquele notável monumento jurídico que recebeu o nome de “*Ordenações Afonsinas*”. Ora, nestas encontramos consagrada a doutrina de que “o rei tem principalmente o regimento da mão de Deus e assim como seu vigário e lugar-tenente é absoluto de tôda a lei humana”, (L. II, t. 24) sendo impossível não ver refletido aí o pensamento do autor de *A Virtuosa Benfeitoria*, cioso das prerrogativas reais, embora consciente da lealdade e da prudência como virtudes inerentes a elas.

de MÊREA, abaixo citados, os de JOAQUIM DE CARVALHO — *Desenvolvimento da Filosofia em Portugal durante a Idade Média*, Coimbra, 1927, sem esquecermos as páginas sempre vivas de Oliveira Martins em *Os filhos de D. João I*. A respeito de D. Pedro declara acertadamente FIDELINO DE FIGUEIREDO ser êle um precursor da cultura clássica, pois “recebera, por estudo e leitura, a profunda influência das letras e da filosofia clássica e a incorporara em seu espirito tão intimamente que o mecanismo de sua inteligência faz-se de modo diferente do dum pensador caracteristicamente medieval”. F. FIGUEIREDO — *História da Literatura Clássica*, 1.^a época, 3.^a edição. São Paulo, 1936, pg. 42 e segs.

(18) V. MANUEL PAULO MERÊA — *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923, pg. 207. Cs. *A Virtuosa Benfeitoria*, ed. cit., pgs. 105 e segs.

VII

Resta-nos agora falar do quarto dos filhos de D. João I, o Infante D. HENRIQUE, cuja figura já se antecipa como um heróe da Renascença, perdido no seu sonho imperial, tudo dobrando às necessidades inexoráveis dêsse *desideratum*.

Êle marca, na maravilhosa progênie de D. João e de D. Filipa de Alencastre, um ponto ideal projetado para o futuro, como o promontório de Sagres onde se recolhia para forjar seu destino ao lado de cosmógrafos, cartógrafos e marujos, na angustia de desvendar os mistérios de mares “nunca dantes navegados”.

Dêsse sonho brotaria um *valor novo*, alargando os horizontes da política lusíada e marcando uma compreensão singular e moderna da *razão de Estado*, à qual tudo seria necessário sujeitar, como D. Henrique mesmo deu exemplo trágico, ao entregar aos sarracenos, na desgraçada expedição de Tanger, o pobre irmão D. Fernando, como refém a garantia da devolução de Ceuta, a qual — êle bem o sabia — jamais seria devolvida...

Mas essa já é uma outra face ou momento do problema que estamos analisando: é a razão de Estado *no plano da política externa*, na expansão do poder, no projetar-se do *imperialismo*, a força que iria mudar a fisionomia do mundo.

Por ora, cabe-nos fazer uma referências, embora sumária, àquele que viria completar o *processo interno de fundação do Estado*, pressuposto e condição do pleno desenvolvimento das conquistas imperiais. Referimo-nos ao já lembrado D. JOÃO II em cujo breve reinado de catorze anos foi consolidada a supremacia da autoridade real, completando-se a obra de seu bisavô, primeiro do mesmo nome.

D. JOÃO II não era homem de letras como seus avós D. Duarte e D. Pedro, cujos filhos Afonso e Isabel se

uniram em matrimônio, mas um homem de ação, no mais alto sentido da palavra. MACHIAVELLI, se porventura houvesse tido pleno conhecimento de sua vida e de sua obra, ter-se-ia lembrado de suas decisões prontas e inflexíveis ao redigir as páginas de *II Principe* quasi três lustros após a morte do grande rei, cuja fama encheu o século, apontado como o *Principe Perfeito* (19).

Não foi, porém, maquiavélico no sentido inautêntico da expressão, ou seja, para servir a interesses despóticos: dominou-o sempre o sentimento de seus deveres para com a comunidade, o mais firme respeito pelos imperativos da *lei*: “Pola ley e pola grey” foi a sua divisa, e a ela se manteve sempre fiel. (20)

A fonte primordial de conhecimento da vida do monarca é a *Chronica de El-Rei D. João II*, de GARCIA DE REZENDE, na qual surge de corpo inteiro a figura do Principe

(19) Da imensa fama que D. JOÃO II lograra em tôda a Europa é testemunho a longa carta que ANGELO POLIZIANO lhe escreveu, tomado de entusiasmo, carta essa que assim começa: “*Quanquam nec fortuna mea, nec eruditio, nec ulla commino virtus cuiusmodi est, ut licitum mihi putem scribere ad te rex invicte, tanta me tamen dignitatis, splendoris, gloriaeque tude, tantaque laudum tuarum iam per omnium ora volitantium perculit admiratio, ut sponte sua calamus ipse meas exhibere tibi litteras, testari animum, significare voluntatem, gratias agere denique totius setatis nostrae nomine gestiat. Quae nunc virtutum tuarum pene coelestium beneficio iam cum vetustis soeculis, iamque cum omni fortiter audet antiquitate contendere*”. Em resposta, disse o rei português, entre outras coisas, o seguinte: “*Et ut tibi brevibus ad propositum respondeamus, scias nos tui officii, & pii laboris, quem in nostrae mortalitatis redemptionem tam crebro polliceris esse admodum gratos, idque amplectimur, vehementerque laudamus*”. (O texto latino é reproduzido de FIDELINO DE FIGUEIREDO — *A Épica Portuguesa no Século XVI* — São Paulo, 1950, pgs. 93 e 97).

(20) Cf. AFRANIO PEIXOTO — *O Principe Perfeito*, Lisboa, 1942, pgs. 40 e segs.

entregue à luta contra poderosos vassallos que eram contra “estado, honra e segurança d’El-Rei”.

O episódio que nos relata o cronista do julgamento do III Duque de Bragança, neto daquele a que já nos referimos, é bem sintomático da psicologia da época: inflexível nos desígnios de salvar o Estado, pondo termo à prepotência e à felonía dos barões, o rei, à medida que os juizes iam proferindo seus votos de condenação à morte, era tomado de uma emoção profunda e, em pleno conselho, foi visto a “chorar muitas lágrimas, e dizer palavras de compaixão e sentimento” (21).

Nesse episódio, incompreensível talvez à psicologia de nossos dias, parece-nos viva aquela tensão entre valores do *social* e do *humano* que, pela presença do ideal cristão da vida e da dignidade do homem, é uma constante da cultura humanística. À luz crua da razão de Estado não teriam sentido aquelas lágrimas de cristão-“como homem mais cheio de piedade, que de ira nem rigor, acusando a Deus seus pecados próprios” (22) se é que, na complexa problematicidade da razão de Estado, não se esconde a duplicidade do estadista e do homem, o segundo afogando em lágrimas sinceras as frias deliberações do primeiro.

Quando, em verdade, o poder o exigia, D. João II não vacilava, como não vacilou quando se convenceu da necessidade de eliminar seu cunhado, o Duque de Viseu, fazendo-o a punhaladas, com suas próprias mãos, por estar conspirando, como o outro Duque, contra “seu estado e segurança”. Fê-lo calculadamente e friamente, sem reunir conselho, na presença de testemunhas, “que com seus ditos aprovaram e justificaram a morte do duque”.

Tão consciente estava de suas razões que delas deu conhecimento imediato à sogra: “Ihe mandou logo notifi-

(21) GARCIA DE REZENDE, op. cit., capítulos XLV — XLVI.

(22) loc. cit.

car a morte do filho, e mostrar as causas e culpas do caso, para ver as *razões* que tivera de o matar” (23).

Merece ainda lembrança um episódio cujo alto significado não será demais encarecer: certa vez, estava o Rei com os desembargadores julgando um feito, e, ao chegar o momento de se tomarem os votos, um deles, NUNO GONÇALVES, se levantou, declarando que, tendo o Rei interesse na causa, era mister que se retirasse a-fim de que o julgamento pudesse se realizar com inteira liberdade.

Indignou-se o Rei, estranhando que isto lhe dissessem:

“Isto me haveis vós de dizer? Como em mim se entende isso, se *eu sou a justiça mesma*, como hei de ser parte?”

Irredutíveis, no entanto, se mantiveram os juizes, e o Rei, após passear um pouco pela casa sem falar nada, acabou por agradecer a Nuno Gonçalves, pela sua firmeza e honestidade, retirando-se para que julgassem segundo suas consciências... (24)

Eis aí, na sua singeleza, um fato de crônica de valor universal: a identificação que mais tarde iria ser feita por HOBBS entre soberania e justiça explode, por antecipação, na fala do maior dos reis da segunda metade do século XV, mas recua ante a viva consciência cristã do justo revelada por magistrados exemplares.

VIII

Portugal, fortalecido internamente pela unificação do poder real e a entusiasta colaboração da burguezia mercantil, de cujos interesses conjugados os legistas haviam sido intérpretes atilados, lançou-se com entusiasmo à con-

(23) (v. GARCIA DE REZENDE, op. cit., Caps. LIII e LIV.

(24) op. cit., Cap. XCVII.

quista de novas terras, com poderosa consciência de seu destino.

Enquanto se tratava de retomar aos mouros o chão pátrio, não havia necessidade de justificar o empreendimento, mas, desde a conquista de Ceuta, ou seja, desde os primeiros passos da dinastia de Avis, cumpria legitimar a invasão do continente africano. O problema da *guerra justa* punha-se, assim, de maneira nitida, imperiosa. (25).

Assistimos, então, à formação de uma consciência imperial e, ao mesmo tempo, religiosa, alargando-se a idéia das *Cruzadas*, que os europeus haviam sempre circunscrito à retomada dos santos lugares. No sentido “missioneiro” das cruzadas inseria-se a luta contra os infiéis, não para lhes impôr a fé, pela astúcia e pela violência, mas para assegurar sua livre propagação, confiando-se no êxito da revelação racional da verdade, como dizia DOM DUARTE nas pegadas de RAIMUNDO LULIO.

De longa data o fino senso pragmático da gente lusa sentira a força de uma identificação entre *Fé e Império*, *patriotismo* e *catolicidade*, na particularidade de suas circunstâncias histórico-geográficas, mantendo, na defesa dos interesses da comunidade, uma política de sagacidade

(25) O problema do “bellum justum” liga-se estreitamente ao de Razão de Estado. “In its purity, the doctrine is wholly an ethical one. There must be an objectively just cause of war, waged by the authority of the prince, and he must be inspired by the “recta intentio”. Even the prince who has a just cause of war, can make an unjust war, if he acts from wrong motives, such as territorial aggrandizement or elimination of the enemy as a competitor in the future. And, if all these are fulfilled, the war can still cease to be just, if the prince imposes an “injusta pax” — escreve o internacionalista JOSEF L. KUNZ — *Bellum justum and bellum legale in* “The American Journal of International Law”, July 1951 — pg. 528.

e firmeza, devotamento e sobrançeria com relação ao poder pontifício.

Já em 1345, o rei D. Afonso IV escrevera ao papa Clemente VI, protestando respeitosamente contra a entrega das ilhas Afortunadas (as Canárias) ao príncipe D. Luís, “para extirpar as estéreis varas da infidelidade”, “para plantar a vinha dilecta de Deus”, por entender que devia ter sido convidado com preferência a qualquer outro, em virtude de sua expedição anterior às referidas ilhas. Excusava-se, por isso, de mandar auxílios àquela empresa, não obstante seus altos desígnios, prontificando-se apenas a permitir que de seus reinos e terras o Príncipe retirasse “à sua custa e por justos preços, navios, gentes de armas, e outras cousas para o dito intento”. Invocava, para justificar a recusa, as necessidades e premissas de seu povo, contraídas “*pela defesa e dilatação da fé católica*”, lançando a incisiva pergunta: “Acaso a caridade bem entendida não deve começar por nós?” (26)

Essa tendência a não arrostar sacrifícios pelo puro ideal da Fé, mas sim a servi-lo apaixonadamente *enquanto e desde que integrado na existência da comunidade*, será uma constante da cultura portuguesa renascentista. Não haverá um despreendimento cavalheiresco de autêntico cruzado, a não ser em certos momentos em que ressurge, como na figura de D. Sebastião, a mola atávica do cavaleiro medievo.

Longe de nós a idéia de reduzir a consciência das descobertas a um puro fato econômico, transformando os apelos da Fé em mero embuste ou disfarce de interesses

(26) v. *Carta de el-rei D. Afonso IV ao papa Clemente IV*, de 12 de fevereiro de 1345, inserta nos *Anais Eclesiásticos de Baronio* e reproduzida, em fac-símile, com a tradução de Costa Macedo, in “*História da Colonização Portuguesa no Brasil*”, cit. pgs. LXIII e segs.

mercantís. Essa tese simplista que seduz a alguns (27) representa a mutilação de um binômio (Fé-Império) que não pode ser partido sem perda de sua natureza autêntica.

Fé e Império, na alma portuguesa, não são duas forças distintas da época renascentista, embora com raízes profundas na cultura medieval, mas uma *unidade de síntese* indecomponível, dando origem a uma polarização axiológica única, que não tem sido, ao que nos parece, sob tal prisma suficientemente analisada, maximé para a determinação do problema da “razão de Estado” no mundo português quinhentista.

A Fé que animava os lusos não era fingida, inautêntica, nem o resultado de uma substituição inconsciente, mas uma força viva e originária, unida ao impulso patriótico incendiado nos embates contra Leão e Castela e os Sarracenos. Foi a luta contra os mouros que paulatinamente fez brotar na consciência coletiva o sentimento de uma coincidência inamovível entre Cristianismo e nacionalidade.

Surgiu, assim, um exemplo magnífico de *comunidade concreta*. Neste tipo de comunidade os valores do todo não absorvem e aniquilam os valores dos elementos componentes, mas antes se baseiam e se potencializam na afirmação de cada personalidade consciente, assim como cada indivíduo sente-se crescer e projetar-se através das

(27) Assim o julga, por exemplo, AZEVEDO AMARAL quando escreveu: “De balde a reconstituição inverídica do drama dos descobrimentos tentou crear, em torno dos empreendimentos marítimos a lenda de um impulso religioso para a cristianização das terras remotas e misteriosas. Não foi a fé que os reis de Avis quizeram dilatar, mas o *império comercial* (sic) que enche os sonhos do Infante D. Henrique com a visão deslumbrante de uma repetição moderna dos periplos púnicos”. *Ensaio Brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, pg. 131. É desnecessário dizer que essa é a tese unilateral de quantos se apegam às diretrizes angustas do historiografia marxista.

realizações comuns. Nessa vida comunitária, que a simples divisão mecânica do trabalho não explica, há uma dedicação de individuo a individuo dotada de sentido ético essencial, condicionando o aparecimento de um novo tipo de homem.

No caso em apreço, poderíamos dizer, consoante observação daquele espirito subtil que foi ANTHERO DE QUENTAL que “o velho tipo cavalheiresco, fantasioso e sentimental, empalidece diante desse outro que surge, nobre e digno, quasi severo, *o homem do dever*, não da sensibilidade, que JOÃO DE BARROS, FERREIRA e MIRANDA vão levantando, e que CAMÕES virá colocar sôbre o sublime pedestal épico. Esse tipo, o verdadeiro tipo português do século XVI, como se revela nos *Lusíadas*, não é com efeito uma mera invenção do gênio de CAMÕES: é uma genuina criação nacional, um ideal do sentimento coletivo, que se foi gradualmente formando e depurando, até encontrar no grande poeta quem lhe desse uma expressão definitiva”. (28)

A consciência da comunidade indissolivelmente ligada ao serviço da pátria e da religião é bem viva nos escritores da época, assim como no espírito dos reinantes, legitimando as expedições à Africa, para as quais se pediam e se obtinham do Pontífice “grandes indulgências e remissões de pecado”

Esse sentido de “sacralidade” do poder e da ação política nada tinha que ver, porém, com a antiga concepção medieval do Sacro Romano Império, a qual, já o dissemos, pouco ou nada representou na história portuguesa.

O imperialismo como *cruzada* é uma característica do mundo ibérico, e notadamente do português, dele resultando, um ideal comunitário incompatível com as estruturas e hierarquias feudais. Se levarmos em conta o fato de ter o Brasil surgido no processo daquela idea-

(28) ANTHERO DE QUENTAL — *Considerações sôbre a Filosofia da História Literária Portuguesa*, in “Prosas”, Lisboa, Vol. II, pg. 229.

ção ético-política, compreenderemos o significado e o alcance de termos sido uma Nação a rigor sem feudalismo, originando-se de laços não pessoais as distinções inevitáveis à vida em sociedade.

IX

Voltando à linha mestra de nosso tema — cuja natureza nos obriga a uma aderência talvez excessiva às particularidades culturais buscando o pensamento intrínseco às manifestações históricas da atividade espiritual — vejamos em quatro autores principais como se revela a teoria da legitimação do *Imperialismo*.

Na obra de GIL VICENTE, a quem se deve o melhor do teatro lusitano, ainda não se afirma a consciência daquela quasi predestinação do reino português para a tarefa dos descobrimentos marítimos que iria ter tão grande difusão na época.

Espirito dotado de larga base realista e crítica, assim como de forte senso de equilíbrio e de objetividade diante dos acontecimentos de seu tempo, a ponto de lhe terem sido atribuídas tendências erasmianas, com razão contestadas por ALFREDO PIMENTA (29), GIL VICENTE não se ilude quanto à predestinação de sua gente para o domínio dos mares e a propagação da religião cristã, mas reflete o orgulho da obra realizada sob o binômio da Fé e do Império.

Para não dar senão alguns exemplos, lembremos os conhecidos versos do “*Auto da Fama*” em que se exalçam, em contraste com os dos italianos, castelhanos e franceses, os méritos da gente portuguesa:

(29) v. ALFREDO PIMENTA — *O erasmismo de Gil Vicente*, em “*Novos Estudos Filosóficos e Críticos*”, Lisboa, 1935, pg. 244.

“Fazeis as mesquitas serem desertadas,
Fazeis na Igreja o seu poderio:
Portanto o que póde vos dá domínio,
Que tanto reluzem vossas espadas,
Porque o triunfo do vosso vencer
E vossas vitorias exalção a fé,
De serdes laureada grande rezão he”. (30)

O mesmo tema encontramos em *Exortação à Guerra*:

“Africa foi de Christãos,
Mouros vo-la tem roubada.
Capitães, ponde-lh’as mãos,
Que vos vereis mais louçãos
Com famosa nomeada.
O Senhoras Portuguesas,
Gastais pedras preciosas,
Donas, Donzelas, Duquezas,
Que as taes guerras e empresas
São propriamente vossas.
É guerra de devoção,
Por honra de vossa terra
Cometida com razão...”

Eis aí a unidade ideal da Fé e do Império dando a *razão* da guerra contra os árabes: *guerra de devoção*, e guerra conduzida por honra da *terra pátria*. Os guerreiros que se integram nessa cruzada ganham o reino dos céus, como canta o poeta no *Auto da Barca do Inferno*, pela boca do Anjo que os acolhe:

“O cavalleiros de Deos,
A vós estou esperando;
Que morrestes pelejando
Por Christo, Senhor dos Ceos.

(30) *Obras de Gil Vicente*, ed. Mendes dos Remedios, Coimbra, 1912, tomo II, pg. 287.

Sois livres de todo o mal,
Sanctos por certo sem falha;
Que quem morre em tal batalha
Merece paz eternal”.

X

A idéia de Cruzada torna-se mais precisa e forte na obra de JOÃO DE BARROS, o historiador das conquistas lusas na Asia, com razão chamado o Tito Livio das letras portuguezas.

Em João de Barros exalta-se o significado das guerras feitas aos infiéis, como se vê no Panegirico de D. João III e nas *Decadas*, limitando-nos a lembrar as passagens que *Hernani Cidade* aponta em abono da tese sôbre a geral convicção que a gente portuguesa tinha, no século XVI, de sua predestinação divina para alargar os horizontes da cristandade:

“... foi concedida (a Portugal) a prerrogativa. ganhar os títulos de sua coroa por conquista de infieis. principalmente dos arábios... Parece que, como Deus permitia que elles fossem flagelo e castigo dos pecados de Espanha... assi ordenou que.. por o mesmo modo e poder de ferro, fossem executar natural prerrogativa. . (não só entre mouros), mas ainda entre a gente pérsia, por se converterem à seita destes bárbaros arábios”. (31).

Se vem de Deus o cometimento, qual a sua explicação, sendo Portugal um pequeno povo, pequeno para a realização no mundo dos designios do Senhor? E', responde BARROS, porque, na Europa, “há nações que impedem o crescimento da católica semente pela cizânia das ambições políticas, *confederando com infiéis e heréticos...* ”

(31) *Décadas*, II, Parte I, pg. 91 (ed. de 1777) conforme trechos destacados por HERNANI CIDADE, op. cit., pg. 208.

Há outras, acrescenta êle, que, esquecidas dos deveres de cristãos, perdem-se em dissidências religiosas, fomentando desobediências e heresias.

Portugal, ao contrário, mantém-se uno nos desígnios de Deus e nos dos homens, harmonizando, em todos os seus atos, a *dilatação da Fé* e a *dilatação do Império*: “Tôda a sua conquista, exclama o autor das *Décadas*, é com *aqueles dois gládios em que* Deus pôs o estado de todo o Universo: um espiritual que consiste em a denunciação do Evangelho por todo o paganismo do mundo que tem descoberto, aumentando e dilatando o estado da Igreja, e outro material, com que ofende a perfídia dos mouros, que querem impedir estas obras”. (32)

Ficava assim legitimada a conquista: tirar aos que não são membros da *Congregação Evangélica* o domínio das terras que ocupam e restituí-las ao seu supremo Senhor, para que nelas se realize o plano divino da redenção. (33)

Mais claramente não se poderiam formular as teses justificadoras da política imperial: a) a causa do Império é a causa da Fé; b) a Nação que recebe de Deus tal mandato deve manter-se unida internamente, assim como fiel aos imperativos comuns da cristandade, não pactuando com infiéis e heréticos; c) o emprego da violência não se justifica para impôr a fé cristã, mas para assegurar a liberdade de sua propagação, sendo esta a razão proeminente das expedições às terras ultramarinas.

E os motivos econômicos? JOÃO DE BARROS não os oculta no decorrer de sua obra, tão manifestos eram êles no drama das feitorias e dos mercados de Asia, onde a cobiça tumultuava os corações.

“O mobil econômico das emprêsas ultramarinas, observa FIDELINO DE FIGUEIREDO, é repetidamente apontado,

(32) *Décadas*, Parte I, pg. 89. Nossos os grifos. Vide, ainda, pgs. 346 e segs.

(33) HERNANI CIDADE — loc. cit., pg. 211.

mas JOÃO DE BARRÓS não tem coragem de o apontar como primacial, ou essa verdade repugnava aos seus sentimentos de católico, porque é sempre a causa da religião que ocupa o primeiro lugar; mais duma vez parece que, menos sincero, disfarça o grande relevo que as causas econômicas tinham na determinação dos fatos que narra”. (34)

Não cremos, porém, que o historiador quinhentista fosse insincero ou que lhe fraquejasse o ânimo ante um fato que a olhos modernos pode parecer dominante. Não há em João de Barros o propósito de um disfarce ou de uma cobertura, como se as razões religiosas por êle invocadas fossem de mera *conveniência*: daquela forma cria efetiva e sinceramente, como era crença comum na cultura lusa, subordinando os fatores econômicos do imperialismo aos motivos da Fé e do heróico afirmar-se da comunidade. (35)

Alguns anos após a publicação das três primeiras partes das *Décadas*, GIOVANNI BOTERO iria dar a lume o seu famoso tratado sôbre a Razão de Estado, nele reservando grande parte à análise dos problemas dos infiéis e dos tráficos mercantis: é possível que nas *Décadas* de JOÃO DE BARROS, autor expressamente lembrado, tenha o escritor peninsular colhido elementos para suas conclusões. (36)

XI

A explicação transcendente do Império, — que iria perder paulatinamente seu impulso religioso originário,

(34) *História da Literatura*, loc. cit., pg. 218

(35) Como não cremos na insinceridade de JOÃO DE BARROS quando, nas *Décadas*, ergue seu veemente protesto por ter-se trocado o nome de *Santa Cruz* pelo de *Brasil*, denominação esta ditada pelo commercio característico da nova terra.

(36) v. BOTERO, *op. cit.*, L. VII, 10 (pg. 237)

até se converter em um sistema frio de cálculos e pro-
veitos mercantis — aquela consciência imperial-comuni-
tário-religiosa atinge seu apogeu na epopéia de CAMÕES,
em cujas estrofes vibra a vida do Renascimento ao mes-
mo tempo heróica e sentimental, religiosa e cruamente
mundana.

Seria impossível transladar aquí todos os versos em
que o formidável épico estadeia a pujança de seu patrio-
tismo e de suas convicções políticas, orgulhoso de poder
cantar as glórias recentes e reais de seu povo, diante dos
quais, proclamava, devia emudecer o canto dos heróis
imaginários de *Homero* e de *Virgilio*.

Portugal parece-lhe predestinado à dupla missão de
levar leis divinas e humanas a uma grande parte do
mundo, e assim se dirige a seu rei:

“Vós, ó novo temor da Maura lança,
Maravilha fatal da nossa idade,
Dada ao mundo por Deos, que todo o mande
Para do mundo a Deos dar parte grande” (37)

A conquista ultramarina, desde D. João I, ressurge
no poema segundo um plano conjugado de Fé e de Im-
pério, pois o fundador da dinastia de Avis, uma vez lo-
grada a paz interna, é tentado pelo duplo ideal religioso-
-imperialista:

“Não sofre o peito forte, usado à guerra
Não ter imigo já a quem faça dano;
E assi não tendo a quem vencer na terra,
Vai cometter as ondas do Oceano.
Este he o primeiro Rei que se desterra
Da Patria, por fazer que o Africano
Conheça pelas armas, *quanto excede*
A lei de Christo a lei de Mafamede” (38)

(37) *Lusiadas*, Canto I, VI.

(38) *Lusiadas*, IV, XLVIII.

Daí o ritmo fundamental do poema enaltecendo os efeitos dos audases navegantes lusos,

“E também as memórias gloriosas
Daqueles Reis, que foram dilatando
A Fé e o Império...” (39)

Missão tão excelsa, que o poeta desejava ardentemente reinfundir na alma de seu povo, cuja decadência o apavorava, só seria possível graças ao espontâneo esforço conjugado de reis e súditos, partícipes de uma comunidade concreta sempre imbuída

“Daquela Portuguesa, alta *excelência*
“De lealdade firme e obediência” (40)

Por sua vez, o monarca não se podia ter em conta de dono de haveres e consciências, mas antes devia preferir ser amado como “rei e companheiro”, o primeiro na paz e na guerra. Aos olhos do poeta, incendiado no valor da monarquia ideal, não podia ser Rei quem não tivesse no mais alto grau as qualidades morais do povo altivo, que

“A rei não obedece, nem consente
Que não for mais que todos *excelente*” (41)

A virtude do Príncipe é, segundo o poeta, condição da leal obediência dos súditos, consoante lição já contida no *Leal Conselheiro* e na *Virtuosa Benfeitoria*. Não nos parece, pois, possa ser atribuído a GIOVANNI BOTERO o mérito de ter incluído entre as exigências da razão de Estado as exigências mesmas da moral, considerando, por exem-

(39) *Ibidem*, I, II.

(40) *Ibidem*, V, 72.

(41) *Ibidem*, III, XCIII.

plo, “necessaria l'ecceellenza della virtù nel prencipe”, expressões estas quasi camoneanas. (42)

O Príncipe só é digno quando subordina sua força aos ditames da Justiça:

“Quem faz injuria vil e sem razão
Com forças e poder em que está posto,
Não vence; que a vitoria verdadeira
É saber ter justiça nua e inteira” (43)

Porque o Rei só o é a serviço do povo, cumprindo-lhe assegurar à sua gente

“ as leis iguais, constantes
Que aos grandes não dêem o dos pequenos”. (44)

Não era Camões um sonhador ignaro das fraquezas humanas. Sabia que o bom Governo não pode dispensar o respeito que se liga à severa austeridade. Queria, por isso, um Príncipe amado sim, mas também temido.

Com razão PEDRO CALMON aproximou essa idéia de um “Rei temido e amado” (*Lusiadas*, X, CXLIV) da passagem de *Il principe*: “Que melhor, *ser amado que temido*, ou mais temido que amado? Pode-se responder que o melhor é ser *um e outro*”. (45)

(42) ABBAGNANO (op. cit. vol. II, 1, pg. 34) julga ser aquela “la caratteristica del Botero e la sua novità nei confronti dello stesso Machiavelli”. Na realidade, BOTERO, nesse como em outros pontos, não faz senão repetir ensinamentos de tratados ético-políticos anteriores. Comparem-se, nesse particular, as considerações que faz sobre a *excelência da virtude* no Príncipe (BOTERO — *Della Ragion di Stato*, Utet, 1948, Libro I, IX e segs.) e as de DON DUARTE no *Leal Conselheiro*, loc. cit.: de ambos é fonte primordial a *Politica de* ARISTÓTELES, que aliás, BOTERO expressamente invoca.

(43) *Lusiadas* — X-LVIII

(44) *Lusiadas* — IX-XCIV

(45) PEDRO CALMON — *O Estado e o Direito nos Lusiadas*, Rio, Lisboa, s. d., pg. 33. Cs. *II Principe*, Cap. XVII.

É bem provável que o épico português conhecesse a obra do genial florentino, não só em razão da imensa fama que êste lograra, como também pela variedade de conhecimentos que revela em seus escritos, nos domínios da filosofia, da ciência e das letras (46). Não acompanharia, porém, MACHIAVELLI na ressalva pessimista que logo acrescenta ao trecho supra lembrado: “ma, perchè elli é difficile accozzarli insieme (l'amore e il timore), é molto piú sicuro essere temuto che amato, quando si abbia a mancare dell'uno de'dua. Perchè delli uomini si puó dire questo generalmente: che sieno ingrati, volubili, simulatori, fuggitori de'pericoli, cupidi di guadagno; e mentre fai loro bene, sono tutti tua, offeronti el sangue, la roba, la vita, e'figliuoli, come di sopra dissi, quando el bisogno é discosto; ma, quando ti si apressa, e'si rivoltano”.

Camões tinha outra crença na dignidade do homem, embora soubesse reconhecer quanto podem as forças demoníacas, a cobiça, a adulação, a luxúria, devotando o maior desprezo àqueles que

“Amam somente mandos e riqueza,
Simulando justiça e integridade” (47)

(46) v. PEDRO CALMON, *loc. cit.* O escritor brasileiro aduz alguns exemplos que nos parecem demonstrar o conhecimento que CAMÕES tinha de MACHIAVELLI. Assim é que o florentino, na dedicatória a Lourenço de Medicis, lembra seus conhecimentos adquiridos “*con una lunga esperienza delle cose moderne et una continua lezione delle antigue*”, a que correspondem os versos camoneanos dirigidos ao Rei no fim do poema:

«Nem me falta na vida honesto estudo,
Com longa experiência misturado” (X, 154)

Sobre a extensão da cultura do poeta vide o estudo de JOAQUIM DE CARVALHO — *Estudos sobre as leituras filosóficas de Camões*, in “Estudos sobre a cultura portuguesa do século XVI”, Coimbra, 1947.

(47) *Lusiadas*, IX, 28.

O mesmo realismo fê-lo ver quanto de material e de mesquinho se escondia nas empresas lançadas por devoção à patria e à cristandade, bordando êste comentário sombrio à margem das conquistas ultramarinas:

“Quanto no rico assi como no pobre
Pode o vil interesse, a sede imiga
Do dinheiro, que a tudo nos obriga” (48)

Mas CAMÕES, como JOÃO DE BARROS, não reduz as expedições ultramarinas a episódios de tráfico e mercancia: sabe ver nelas também a pura expressão heróica, a eticidade do despreendimento.

A razão de Estado que, na desesperança a-cristã de MACHIAVELLI já adquirira o fio cortante das inexorabilidades causais, ainda se manifesta em termos de razão de Fé no poema da raça lusiada, que, poema também da Cristandade, atinge um de seus pontos culminantes quando a voz do Poeta, alçando-se sôbre os povos e os soberanos desunidos e em luta, os conclama para a defesa comum de seus valores mais altos.

Seus versos retratam, nas estrofes candentes do VII Canto, o panorama da Europa se dilaniando ensanguentada, enquanto o perigo anticristão a cerca:

“O miseros Christãos: pela ventura
Sois os dentes de Cadmo desparzidos,
Que huns aos outros se dão a morte dura
Sendo todos de um ventre produzidos”? (49)

E mais uma vez errompe de seu ser o orgulho de sua comunidade unida e forte, na unidade e na força do ideal que lhe parecia inamovível:

(48) *Lusitadas* — VIII, 96.

(49) *Ibidem* — VII, 9. E' interessante notar que uma exortação análoga GIOVANNI BOTERO redigiu para a 2.^a edição de sua

“Mas em tanto que cegos, e sedentos
Andais de vosso sangue, ó gente insana,
Não faltarão Christãos atrevimentos
Nesta pequena casa Lusitana”. (50)

XII

O problema da Razão de Estado, já tão vivo na obra de um historiador e de dois poetas, alcança a sua expressão sistemática na obra de D. JERONIMO OSORIO, figura admirável de humanista e de teorizador político.

Integrado na cultura de seu tempo, assinala um momento posterior em contacto com outras concepções de vida, outras valorações da realidade do Estado, representando o seu pensamento uma atitude polêmica, no plano universal, mais do que simples meditação brotada das circunstâncias peculiares à sua comunidade histórico-nacional, da qual, no entanto, não se divorcia na substância das idéias.

Para os objetivos deste estudo três são os livros de mais direto interesse da autoria de quem foi chamado o Cicero Lusitano: *De Nobilitate Christiana*; *De Justitia*, e *De Regis institutione et disciplina*.

O titulo dessas obras denota por si só grande familiaridade com escritos humanísticos, como os de Pico della Mirandola ou Coluccio Salutati. Seu Humanismo não se resolve, porém, em uma inclinação no sentido de reinstaurar uma antiga tábua de valores, porque desde o início se caracteriza pelo orgulho da comunidade a que pertence e o significado presente de sua grandeza. Não se tratava de buscar na história clássica um modelo para

obra, aparecida em 1590: O derradeiro capitolo de “Della ragion di Stato” corresponde, ponto por ponto, ao Canto VII dos *Lusiadas*.

(50) *Lusiadas* — VII, 14.

a contemplação estética, mas um motivo capaz de ser inserido na nova grande história escrita nos quadrantes do mundo.

Logo no começo de seu tratado sôbre a instituição regia, aponta, com orgulho, a tradição portuguesa de reis que souberam ser homens de sabedoria e de prudência, em contraste com outras terras onde o poder abriu caminhos impensados à malícia dos homens.

Machiavelli, falecido 15 anos antes da publicação de “De Nobilitate Christiana”, é uma “presença” na obra de D. Jeronimo Osório. Seu anti-machiavelismo, no entanto, não se confunde com aquela atitude mais ou menos fácil de moralismo abstrato que não supera a problematidade do florentino exatamente porque não a compreende em seu processo histórico.

Diríamos que em JERÔNIMO OSÓRIO há uma dupla finalidade: afirmar, em primeiro lugar, os valores do Cristianismo perante a descrença de Machiavelli, defendendo-os, não como elementos religiosos, na esfera teológica, mas sim como valores concretos de cultura, ou seja, como cristandade. Essa a missão do “De Nobilitate Christiana”. Em segundo lugar, focar o problema do poder político, do Estado em sua realidade intrínseca, para ver se o poder envolve o a-moral ou o imoral: era o problema da *legitimidade do poder*, no âmago da questão que nos ocupa.

Repugna-lhe a concepção de um Cristianismo de abdição e de renúncia totais, com a qual se tentara explicar a decadência das antigas “virtú”: não só o Cristianismo parece-lhe ser fonte de energias imprevistas, como o demonstra a história dos mártires e dos santos, (humildade cristã e “animi magnitudo” se exigem reciprocamente) mas também é uma condição de agir com serena confiança na identidade substancial da honestidade com as exigências da melhor política.

Não foi o Cristianismo que provocou a decadência do Império Romano, que tinha a sua queda imanente na grandeza mesma de seu processo: “A mediocridade conserva-se com facilidade, mas as cousas excelsas arruinam-se e desmoram-se em virtude de sua mesma grandeza” (51).

O Cristianismo ensina-nos, por outro lado, a não nos iludirmos com os êxitos imediatos que às vezes sugerem o caminho da deslealdade e do engano, quando as conveniências do Estado devem ser julgadas com sentido de eternidade, e não com o prisma do fugace e do transitório. Daí as afirmações lapidares marcando sua consciência ética: “as ações honestas e os interesses do Estado são idênticas”; “a honestidade é a melhor política”. (52)

Se o florentino vira o êxito dos príncipes na aliança feliz da “virtú” e da “fortuna”, JERÔNIMO OSÓRIO proclama, como já o fizera Camões, o princípio da “excelência do príncipe” como razão de obediência e de gloria duradoura: “omnis vero autoritas est in opinione sapientiae constituta”; “Sapientiae igitur, non fortunae, est omnis felicitas ascribenda”; “autoritas vero tota in sapientia collocanda fit”. (53)

(51) “Mediocria facile se sustentant, summa vero sua mole dissipantur et ruunt” *De Nobilitate Christiana*, Basileia, 1571, pg. 223 e seguintes. Cf. AUBREY F. C. BELL — *O humanista Dom Jerónimo Osório*, Coimbra, 1934, pg. 26 e segs.) Em outra obra, *De Sapientia*, Coimbra, ed 1794, JERÔNIMO OSÓRIO, em cujo poenamento foi notável a influência da filosofia estoica, precisa o que entende por “sapientia” nestas frases lapidares: “Sapientia (ut Stoici definiebant) est rerum divinarum et humanarum scientia. Hujus studium Philosophia nominatur. Est autem Philosophiae munus, quid verum, quid rectum, quid simplex fit, inquirere, et inventum mente et ratione complecti, et sapientine verissimae decretis obtemperare” (pg. 256).

(52) Cf. *De Regis Institutione et disciplina*, Colonia, 1572, pg. 98 e segs.

(53) *Op. cit.*, L. VI, pg. 217 e segs.

A doutrina ética do *senhorio*, tendo como base a dedicação e o amor dos súditos, e a dedicação e o amor dos súditos fundados na excelência do príncipe, tôda a maravilhosa lição política que provinha dos ensinamentos da Inclita Geração, reflete-se na obra de Jerónimo Osório, por certo um dos mais notáveis tratadistas políticos de seu tempo.

É essa admirável força histórica e cultural que se sintetisa naquele ensinamento, que bem poderia ser a clave destas divagações, ao fixar êle o destino autêntico de quem governa: “Não governa escravos, mas homens livres, e êstes não devem ser levados a trabalhar pelo medo mas sim pela compreensão do bem comum”.

XIII

Em cotejo com a visão que BURCKHARDT nos oferece do Renascimento italiano, onde o *individuo* se projeta como força primordial modelando a sociedade e a história segundo a sua imagem; em contraposição ao homem medieval que só possuía plena consciência de si mesmo como membro de uma raça, de um povo, de uma corporação ou de um partido; em confronto com a perda que o Renascimento revela do sentido de “congregação cristã”, não só em virtude da tolerancia resultante de um alargamento salutar da compreensão da *Humanitas* como também de suas tendências cétricas e agnósticas, a posição do mundo português no início da era moderna é singular. (54)

(54) A propósito do problema religioso na Renascença peninsular, pondera *Burckhardt* que “da tempo remotissimo il frequente e immediato contatto degli italiani coi Bizantini e coi Mussulmani avea tenuto viva un’abituale *tolleranza* o indifferenza religiosa, dinnanzi alla quale l’idea etnografica di una *Cristianità* occidentale privilegiata perdeva ogni efficacia”. (*La civiltà del*

Quando, por exemplo um BOTERO tenta, como vimos, erguer o ideal de defeza da cristandade, sua voz já pertence à Contra-Reforma, nem se amolda mais ao espírito do Renascimento. A exortação de CAMÕES, embora no mesmo sentido, não marca, porém, qualquer solução de continuidade, pois se liga à essência do viver histórico de seu povo, como fato pré-existente aos motivos oriundos de uma crise religiosa à qual ficara estranho: daquele viver histórico a Contra-Reforma na Iberia era, sob certos ângulos, menos uma causa do que uma consequência. (55)

Poderia aflorar aqui uma solução simplista, consistente em negar-se o fato do Humanismo e do Renascimento na península ibérica, para assim se salvar um esquema ideal preconcebido. Mas não teria sentido excluir da cultura humanístico-renascentista a afirmação maravilhosa do homem nas “gestae” dos lusos e o canto camoneano dos heróis de um mundo novo.

Na realidade, há uma Renascença portuguesa que se confunde com o seu Humanismo, apresentando características próprias, e, por isso mesmo, uma concepção de *razão de Estado* que se põe de maneira bem definida perante os padrões vigentes em outras partes da Europa, onde o naturalismo de certas correntes renascentistas, superando a tensão ético-religiosa ainda viva no Humanismo,

Rinascimento in Italia, trad. it., Firenze, 1921, vol. II, pg. 271). Sobre o “individualismo” como elemento essencial ao Renascimento italiano, v. também Cassirer — *Individuo e Cosmo nella Filosofia del Rinascimento*, trad. it., Florença, 2.^a ed., 1950, notadamente pg. 62 e segs. Cf. as reservas de *De Ruggiero*, loc. cit.

(55) É claro que não pretendemos fazer uma comparação de excelências entre um e outro modo de conceber os problemas religiosos. Verificamos apenas uma diferença, para buscar as razões de uma forma diversa de expressão e desenvolvimento do poder estatal.

iria alienar a imagem do Homem no trato de seus problemas de convivência, subordinando-o a uma ordem cega para o mundo dos valores éticos.

Na “pequena Casa Lusitana” o individualismo desenfreado e animoso só se manifesta mais tarde, quando o homem se revela incapaz de conservar o “élan” primitivo ou então de adquirir novas energias para multiplicar-se através da solidariedade social, não raro se dissolvendo na triste fruição da riqueza pela riqueza.

Ao lado do individualismo, que todo se desenvolve verticalmente a partir do indivíduo, há um outro que se sublima na solidariedade do grupo, sem perda do impulso para o alto: é o individualismo das comunidades concretas, em que os homens se unem a serviço de uma Ideia diretora, respeitando-se uns aos outros através de laços de espontânea disciplina.

Foi esse tipo de *individualidade* que CAMÕES glorificou em seu poema, cantando, ao mesmo tempo, a coletividade a que todos serviam, servindo à humanidade pela revelação de novos valores vitais.

Apreciada a questão com olhos brasileiros, necessário é reconhecer que foi aquele tipo de homem e de comunidade que possibilitou a descoberta de novas terras, assim como a posterior preservação da conquista, assegurando a unidade de um país imenso como um continente.

Que o espírito de nacionalidade tenha sido essencial no caso excepcional da unidade brasileira, em contraste com os desmembramentos das colônias hispano-americanas, já o reconheceu um dos mais insígnis representantes de nossa gente, JOAQUIM NABUCO, estadista e homem de pensamento, lembrando que se transplantou para a terra americana um sentimento de grupo e de fidelidade à lei, originalmente luso, embora as distâncias e o desamparo gerassem “em tôdas as colônias entregues a si

mesmas, um sentimento de nacionalismo à parte, que se revelou nos tempos coloniais”. (56)

Na realidade, seria incompreensível a unidade de um povo esparramado em ilhas demográficas rarefeitas na vastidão do território, se não o animasse um alto espírito de comunidade, que mantinha os núcleos de povoamento interligados e prontos à defeza recíproca contra os invasores estrangeiros. Donde o equívoco manifesto daqueles que, tendo ido buscar no período que analisamos as raízes do Brasil, não souberam ver senão individualismo desenfreado só suscetível de dobrar-se à disciplina exterior e precária da ditadura ou do Santo Ofício.

A disciplina, espontânea durou enquanto durou o sentido de comunidade como uma permeação de serviços sociais expressa na objetividade superior da lei: decaiu abruptamente quando perdeu sua autenticidade, quando a riqueza desencadeou as ondas da cobiça e da ostentação e a própria religião se degradou em fórmulas convencionais e postizas, em um “maquiavelismo” às avessas, sendo a crença intencionalmente reduzida a instrumento de submissão incondicional ao poder e de obscurantismo cultural. (57)

(56) NABUCO — *O sentimento da nacionalidade na história do Brasil*, in “Obras Completas”, São Paulo, 1949, pgs. 431.

(57) Essa tendência oportunista ou pragmática já se esboça na obra de ANTONIO DE SOUZA MACEDO intitulada *Armonia Política dos Documentos Divinos com as conveniências do Estado*, cuja primeira edição é de 1651. Esse livro representa uma notável contribuição das letras portuguesas à rica bibliografia dedicada à *Razão de Estado* no decorrer do século XVII. Seu ilustre Autor já está capacitado de que surgira uma ordem especial de indagações, “*reduzindo a razão de Estado a ciência*”. Apesar de seu cunho ético fundamental deixa transparecer, porém, o modo pragmático de encarar as coisas da religião, como quando escreve: “He grande segredo de Estado interessar Deos nos desenhos porque o povo os julga por justos, e lhes pronostica bom sucesso”. (Op. cit., ed. de 1737, Coimbra, pg. 13).

Daquela tradição comunitária ficou-nos uma tendência de respeito ao poder enquanto se afirma em razão do bem coletivo e como transformador da vida nacional; uma confiança talvez desmedida nos que governam, donde a perene expectativa de medidas de salvação pública; um sentido quasi que religioso da Lei, das *leis iguais* que não consagram privilégios, o que constitue reserva preciosa de compreensão da dignidade do Homem.

São Paulo, Abril de 1952.

Atitude explicável em quem tinha em mira apresentar “assunto mais sensível aos que governão, *propondo argumentos da terra, que são mais visíveis*”. Escrito de significação bem menor é o anterior de BARBOSA HOMEM: “Discursos sôbre a jurídica e verdadeira razão de Estado”, 1626, onde a força ética dos escritos de JERÔNIMO OSÓRIO se dilue em um moralismo abstrato e convencional.

O convívio acadêmico e a formação da nacionalidade brasileira

A. Almeida Júnior

Feitas tôdas as contas, apura-se com certo desencanto que foi má, durante o século passado, a atuação propriamente didática das velhas Academias oficiais brasileiras. Eram quatro: — a de São Paulo, a de Pernambuco, a do Rio e a da Bahia. Funcionando as quatro em instalações deficientes; mantendo suas cátedras, de regra, mal providas; primando a maior parte de seus lentes pelo desamor à renovação científica, pelo desinterêsse em relação aos alunos e pela falta de assiduidade; procuradas por moços geralmente sem preparo, sem gôsto pelas matérias lecionadas, indóceis à disciplina; e subordinadas as suas bancas julgadoras à asfixiante pressão do meio social, — não há do que nos surpreendermos por aquela consequência. Foram as Academias pouco eficientes, de fato, em sua tarefa de formar juristas ou médicôs (1).

Nem por isso, entretanto, temos o direito de fazer côro com os que, durante a própria Monarquia, consideravam perdido o dinheiro que o Brasil estava gastando em seu ensino superior. Se em nenhum tempo nem em

(1) A. ALMEIDA JÚNIOR — *Antes do Ensino Livre*, Rev. Bras. de Est. Pedagógicos, Rio, Vol. XV, n. 41. Sirva-nos de consôlo o fato de que, embora menos defeituosos que os do Brasil, eram assim mesmo muito ruins, no século passado, os cursos universitários de formação profissional de quase tôda a Europa e dos Estados Unidos.

nenhum lugar as funções das escolas universitárias se esgotam com lecionar e tomar exames, que dizer-se, então, de faculdades que se instalam num país novo, imenso, de população rarefeita e heterogênea, como era o Brasil, e que de súbito se vê independente? Outras tarefas, não previstas na lei, estavam reservadas às Academias imperiais; tarefas de importante significação para os destinos do país, e das quais aquelas casas de ensino se desincumbiram com êxito integral. É mesmo, segundo nos parece, da intuição imprecisa que disso se tem, aliada ao saudosismo inerente à psicologia humana, que nasce hoje o elogio mais ou menos hipertrófico que lhes endereçamos. Todos as queremos como que por instinto; mas, ao racionalizarmos o nosso amor, enquanto lhes atribuimos excelências que em verdade não possuíram, deixamos no olvido as suas verdadeiras virtudes.

Procuramos, pois, acertar os relógios da nossa admiração e entender nos devidos termos o papel efetivamente representado pelas velhas Academias.

Em primeiro lugar (e diga-se isto como atenuação à censura introdutória), deram elas, aos jovens que por índole mais se afeiçoaram ao direito e à medicina, as primeiras diretrizes; o que permitiu, posteriormente, que os ensaios e erros da vida prática e o autodidatismo fizessem de alguns dêles profissionais de elevada competência. Se outras houvessem sido as condições materiais e didáticas das escolas, é lícito supor que o mesmo esforço os teria conduzido a posições culturais de muito maior destaque até no canário internacional. Ainda assim, o fato é que das modestas faculdades jurídicas e médicas da Monarquia, proveio o elemento humano com que o país mobilizou os primeiros quadros dêsses dois exércitos indispensáveis a qualquer nação civilizada: — o que defende a saúde da população e o que assegura a distribuição da justiça.

Concorreram as Academias, em segundo lugar, — numa época em que começavam a orientar-se os rumos

da nossa evolução social, — para a rápida debilitação dos preconceitos de desigualdade por motivo de família, diferença racial ou fortuna. Através delas, muitos moços de ascendência ignorada, ou de pele escura, ou sem posses, — desde que dotados de inteligência e capazes de redobrado empenho, — conseguiram alterar-se na sociedade e assumir, até, postos de liderança na vida administrativa ou cultural do país (2). As quatro instituições de ensino funcionaram, pois (para usarmos a expressão de Arsène Dumont), como “pavio de lamparina”, ao longo do qual, por capilaridade, numerosos espíritos robustos puderam vencer as barreiras opostas à sua ascensão. Isto fazendo, ou seja proporcionando à jovem sociedade novos critérios de valor e novos títulos de hierarquia, vieram cooperar democraticamente na tarefa que o mundo moderno atribui aos institutos escolares, — de aparelhos de redistribuição social.

O CONVÍVIO ACADEMICO NO BRASIL IMPERIAL

Função igualmente oportuna, e mais ampla do que qualquer das anteriores (porque, além de favorecê-las, acarretou novos benefícios), foi a de oferecer aos moços inteligentes de então, esparsos pelo território nacional, o ensejo de se reunirem e de conviverem livremente uns com os outros. Essa concentração da juventude brasileira em quatro das mais povoadas capitais do Império em formação, teve, como se verá, as mais valiosas consequências.

(2) Pimenta Bueno — uma criança exposta, — chega a Ministro do Supremo Tribunal, presidente de provincia, senador, ministro de Estado, conselheiro de Estado, diplomata. João Crispiniano Soares, — filho natural, — vem a ser professor de direito romano, deputado, várias vezes presidente de provincia. Rubino de Oliveira, — pobre e de côr escura — de seleiro e jóquei, que foi na juventude, subiu a professor do Curso Juridico. Muitos outros exemplos poderiam ser citados.

O convívio acadêmico, fora das aulas, sempre caracterizou a vida universitária europeia, desde a Idade Média. Reuniam-se os moços das Universidades em esquadrões agressivas, em bandos foliões, em agrupamentos de estudo, em sociedades secretas. Juntavam-se principalmente nas suas repúblicas ou nos colégios residenciais. Êstes últimos, típicos de Oxford e Cambridge, atravessaram mais tarde o Atlântico para se expandirem nas lindas Cidades Universitárias do Estados Unidos.

No Brasil do século passado, que adotou para os alunos de gráu superior a vida residencial em repúblicas, as sedes das quatro faculdades, em virtude da proporção relativamente alta de estudantes que nelas se aglomeravam, — e sobretudo por causa da conduta turbulenta e invasora dos moços, — mereceriam considerar-se Cidades Universitárias “par droit de conquête”. São Paulo e Olinda realmente o foram.

Sôbre o planalto paulista floresceram repúblicas acadêmicas, que, imitando a distribuição por “nações” das primeiras Universidades da Europa, tomavam algumas vezes nomes correspondentes às províncias de seus participantes. Mas os moços, nem por isso, nem por se renderem de algum modo às afinidades regionais, deixavam de participar ativamente na vida coletiva (3). Confraternizavam tanto nas repúblicas, — sempre abertas a todos, — como também nos teatros, nas associações, nas lojas maçônicas, onde quer que se discutisse ou que houvesse diversões: “era natural (escreve Spencer Vampré) que a Academia, com cêrca de duzentos rapazes, predominasse na cidade”

(3) “Muito capazes de se unir entre si, os mineiros tendiam por isto mesmo para um relativo isolamento no meio dos outros. Isolamento que não tinha nada de hostil...” tanto que “a natural tendência à composição levava os estudantes mineiros à prática associativa”, tendo êles cooperado com os rapazes das outras províncias na fundação de várias sociedades. (A. ARINOS DE MELO FRANCO — *Afrânio, estudante em São Paulo*. Digesto Econômico, S. Paulo, janeiro, 1952).

(4). E, sobrelevando em importância como ponto de concentração quotidiana, ali estava ainda o claustro conventual do largo de São Francisco, — as famosas “Arcadas”.

Em Pernambuco, a cidade de Duarte Coelho, por seu lado, parecia predestinada a converter-se com o tempo num grande “campus” universitário. E’ o que Liberato Barroso deve ter sonhado. “Tudo na antiga Cidade (disse êle, já quando o seu sonho se dissipara) tudo falava ao entendimento e à imaginação do jovem cultor das letras. As heróicas tradições nacionais, os seus antigos e magestosos templos (...), os monumentos do gênio holandês (. .), os seus claustros com as suas ricas e abandonadas bibliotecas (...), o silêncio de sua solidão, cheio das mais sublimes inspirações poéticas (...), os vastos horizontes que se descortinam de suas eminências (...), — tudo finalmente faz da antiga sede da Academia de Olinda a morada das inspirações, da meditação e do estudo” (5). E assim foi, de certa maneira, até 1854. A vida dos moços ali (depõe Carvalho Moreira, estudante de 1834 a 1839), “era completamente escolástica. Concorria para isso a isolamento da velha cidade, limitada em número de habitantes, sem recursos nem distrações. Conhecíamos, por assim dizer, todos os moradores, a começar do chantre da Sé. Socialmente, as idéias, os hábitos, o espírito de corporação formavam para os acadêmicos uma existência à parte. Dominávamos completamente a cidade...” (6). Mas em 1845, transferido o Curso Jurídico para o Recife, a grei juvenil começou a diluir-se no borborinho da cidade comum: “incorporaram-se os estudantes na sociedade (notou Clovis Bevilaqua), com desvantagem para o desenvolvimento intelectual.” É verdade que nem

(4) SPENCER VAMPRÉ — História da Academia de São Paulo, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1924, Vol. I, pág. 383.

(5) J. LIBERATO BARROSO — *A Instrução Pública no Brasil*, Garnier, Rio, 1867, págs. 81-82.

(6) Apud CLOVIS BEVILAQUA — *História da Faculdade de Direito do Recife*, Livraria Alves, Rio, 1927, Vol. I, pág. 440.

assim se extinguiu o convívio acadêmico. Sómente a partir de 1879, após inaugurada a frequência livre, é que “a pouco e pouco foram escasseando as repúblicas de estudantes” e esmorecendo, assim, “o contacto, a convivência, tão útil pela penetração e difusão das idéias” (7).

Quanto às duas escolas médicas do século passado, as crônicas que nos chegaram às mãos dizem muito pouco a respeito da atuação espontânea, de caráter social ou cultural, dos estudantes. Falam mais em greves ou reações agressivas contra professores. A Bahia, entretanto, por suas estimulantes belezas naturais, por suas condições de cidade relativamente pequena e pela expansividade de sua gente, há-de ter oferecido um ambiente ideal para as expressões do espírito acadêmico. Lá encontramos em 1923, como reliquia de antiga república de estudantes paulistas, uma mesa em que cada um esculpira a canivete o seu próprio nome. Na Côrte, outros rumores ensurdeciam a voz dos futuros esculápios. Demais, talvez fossem menos vivos os pendores poéticos ou tribunícios destes moços, pois a própria escolha do curso médico deveria ter selecionado as mentalidades mais interessadas pelos estudos objetivos. Isto não impediu que os alunos do Rio e da Bahia participassem ativamente, na vanguarda, dos grandes movimentos políticos ou sociais da vida brasileira (8).

Como escolas superiores, estiveram as quatro faculdades, por muito tempo, sem outra companhia, pois a Escola Politécnica do Rio só apareceu em 1874 e a de Minas, de Ouro Preto, em 1875. Eram as únicas no ter-

(7) CLOVIS BEVILAQUA — *Op. cit.*, pág. 446.

(8) FERNANDO MAGALHÃES — *O Centenário da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro*, Tip. A. P. Barthel, Rio, 1932, págs. 32, 47, 61, 69, 114, 115. O papel desempenhado por Lopes Trovão, acadêmico de Medicina, na propaganda republicana, é bem conhecido.

ritório nacional; de sorte que a elas tinham de dirigir-se obrigatoriamente os moços que, por vontade própria ou desejo da família, decidiam elevar-se acima dos preparatórios. Em relação a muitos desses jovens a profissão pouco importava: ambicionavam o título de doutor e o anel de rubi ou de esmeralda, quando não simplesmente o ensejo de viver parte da mocidade numa das quatro mais florescentes capitais do país. O fato é que iam para a Côrte, para a Bahia, ou, preferentemente, para São Paulo e Pernambuco, cujas escolas jurídicas reclamavam de seus alunos trabalhos menos concretos, abrindo-lhes ao mesmo tempo, à indiferença vocacional, maior variedade de perspectivas. O regime de frequência obrigatória, vigorante até 1879, fornecia no mínimo o pretexto para que deixassem o ambiente paroquial da cidade do interior, a rusticidade da fazenda ou do engenho; para que se alforriassem do pai e viessem, donos de si mesmos, residir na sede do curso. Pouco importa que muitos, iludindo a lei, o lente e o bedel, fugissem sistematicamente das aulas: restava-lhes sempre, como estímulo civilizador de incomparável eficácia, o convívio dos moços entre si.

O VALOR CULTURAL DO CONVÍVIO ACADÊMICO

Em livro saído a lume em 1949, “Sir” Walter Moberly exalta o valor cultural do convívio acadêmico, dizendo: “Viver na residência universitária, e dessa forma misturar-se com outros jovens provenientes de regiões e de variados tipos de lar, com jovens de temperamentos, interesses e objetos de estudo diferentes, — constitui um contínuo exercício de entendimento recíproco e de adaptação social.” Para êle, não é tanto através das lições magistrais que Oxford e Cambridge têm exercido sua grande influência sobre a formação da mentalidade da Inglaterra, e sim pela vida residencial em comum, peculiar àquelas instituições. É o universitário britânico recorda, a propósito, a atitude do Cardeal Newman, em face da hipó-

fese de ter que optar entre o sistema de ensino sem lições, baseado apenas na convivência dos moços entre si, e o sistema que, impondo aulas e exames, impeça a convivência: “— Sem a menor hesitação (dizia o eminente prelado), prefiro o primeiro” (9).

Foi por volta de 1854 que Newman, então no reitorado da Universidade Católica de Dublin, visando acentuar o valor formativo dos contactos culturais juvenis, lançou êsse paradoxo. Três anos antes, em 1851, o nosso Zacarias de Goes e Vasconcelos afirmara da tribuna da Câmara:

“Os moços, só pelo fato de morarem juntos, e de estarem sempre em contacto, comunicam-se reciprocamente, pela conversação e questões em que costumam entrar, idéias que beberam de seus mestres e dos bons livros. ” e, assim, “reciprocamente se instruem.” Variantes do mesmo pensamento se repetem desde então, na voz dos mestres pernambucanos ou de seus discípulos. Em Olinda (comentou Aprígio Guimarães, bacharelado em 1851),” contraia-se um espírito de corporação, formavam-se os primeiros enlacs da mocidade, e bem assim os seus primeiros princípios, e, com êles, recebiam-se as primeiras idéias da profissão a que cada qual se dedicava; enlacs, princípios e idéias que têm grande influência em todo o decurso da vida” (10). Adelino Filho, Martins Junior e Constâncio Pontual, em 1889, integrando uma comissão de professôres que reclamam contra o “ensino livre” de Leônicio de Carvalho, escrevem: “A convivência supre a falta de estudos que todos notamos na maior parte dos moços que frequentam as nossas Academias” (11). Oito anos mais tarde, em 1897, tratando do mesmo assunto e obser-

(9) “Sir” WALTER MOBERLY — *The Crisis in the University*, SCM Press Ltd, Londres, 1949, pág. 34. O Autor é presidente do “University Grants Committee”.

(10) PHAELANTE DA CÂMARA — *Memória histórica de 1903*, in Rev. Acadêmica do Recife, Ano XII.

(11) *Revista Acadêmica do Recife, Ano II.*

vando que a frequência livre dispersara a mocidade, Tito de Almeida registra: “O espírito de coleguismo e associação, a solidariedade entre os estudantes, são ainda em grande parte o fruto da frequência às aulas” (12). Em 1903 é a vez de Phaelante da Câmara: “o simples tirocinio escolar (disse êle), a camaradagem intelectual dos alunos nos bancos acadêmicos, o contágio do meio (.), dão, só por si, o verniz de bacharel com que os nossos discipulos se apresentam na vida pública” (13). Clovis Bevilacqua, ao lastimar o esmorecimento dos contactos entre os moços, resultante da Reforma de 1879, recorda: “reunidos, palestrando, discutindo, os espíritos adquiriam amplitude e agilidade, e até os menos diligentes, por êsse meio, recebiam, ainda que numa fraca repercussão, as idéias dominantes no meio” (14) Antes dêle, em 1894, na Câmara Federal, já se fizera sentir a voz de um filho espiritual do Recife, o deputado Anísio de Abreu, que aludira aos “elos desta harmonia fraterna que se adquire na convivência quotidiana dos bancos escolares e que se constituia a fôrça, a beleza e a dignidade das corporações acadêmicas.” E o eloquente representante do Piauí adverte que essa convivência diária era, não apenas fonte de afeições, mas também de cultura: “Ali havia a luta da intelligência, e, nos torneios científicos e literários, na emulação despertada pela nobre ânsia do saber, o carater se disciplinava, o espírito enriquecia-se de conhecimentos. . .”

O valor dos contactos pessoais próximos e reiterados — dos “contactos primários” — é um dos truismos da Sociologia. No comércio de todos os dias, em plena liberdade, os moços inteligentes disciplinam as suas reações, afinam as cordas da sua sensibilidade, alargam os seus horizontes culturais; o bom gôsto de uns corrige o pedan-

(12) TITO DOS PASSOS DE ALMEIDA ROSAS — *Memória histórica de 1897*, in Rev. Acadêmica do Recife, Ano VII.

(13) PHAELANTE DA CÂMARA — *Loc. cit.*

(14) CLOVIS BEVILAQUA — *Op. cit.*, Vol. I, pág. 446.

tismo de outros, todos se desenvolvem, fazem-se homens, aprendem por experiência direta e intransferível a arte de viver em sociedade. Tão sómente por êsse primeiro banho lustral de civilização, a que submeteu os futuros líderes da comunidade nacional, já merecem as quatro Academias que lhes escreveremos um alto crédito de gratidão.

ESTÍMULO E ORIENTAÇÃO

Nas quatro antigas faculdades brasileiras — e especialmente nos dois cursos de direito, — o atrito de todos os dias entre os estudantes valeu mais, em conjunto, do que a lição dos mestres. Fora das aulas, e depois de satisfeitos os impulsos para a turbulência, que é que fazem, no século passado, os moços inteligentes das Academias? Uns se encontram nesta ou naquela república, para dizer versos, discutir, mostrar ensaios filosóficos; outros fazem política no pátio da escola, vão a escritórios em que possam redigir artigos de jornal; à noite recitam nos salões, representam no teatro, examinam em lojas maçônicas os problemas nacionais. Tudo isto, está cláro, com as limitações inerentes ao meio, à idade de cada um e à sua incipiente cultura. Mas, cada palestra a que assistem abre-lhes novas perspectivas; a vontade de aparecer leva-os a investigar as suas possibilidades pessoais; as críticas os corrigem, os aplausos os incitam a produzir mais e melhor.

Neste sentido as velhas faculdades brasileiras desempenharam de algum modo, em relação à juventude da época (ainda que sem intenção nem sistema), o papel que, em nível inferior, a “escola compreensiva” dos Estados Unidos e as “classes de orientação” da Reforma Langevin, na França, estão desempenhando em favor dos estudantes secundários: — pôsto cada adolescente em face dos múltiplos tipos de atividade que a vida oferece, procura êle próprio, por tentativas, descobrir aquele que lhe é mais grato e mais condiz com as suas aptidões.

Tanto em Olinda como no Recife, são as atividades marginais que tomam a maior parte do dia do estudante. Através desses exercícios vão êles se revelando e se adextrando. Na primitiva sede acadêmica nordestina predominam os duelos políticos, o alinhamento partidário, e com êsse vinco espiritual definitivo dali saem Nabuco de Araujo, Angelo Moniz da Silva Ferraz, Euzébio de Queiroz Matoso, Wanderley, Sinimbú, Zacarias... O estudante José de Alencar, “como de pouco se carecia para (.) obter aprovação plena”, lê alfarrábios e prepara os seus romances (15). Mais tarde, no Recife, em 1866, dois astros de primeira grandeza se aproximam, — Castro Alves e Rui Barbosa, — numa sociedade abolicionista (16). Eram então ocupações intelectuais dos moços as revistas, os jornais, as associações literárias, os clubes políticos, a crítica, os versos. Ali (conta Afrânio Peixoto) “a vida agitada e sôlta da Academia, onde os moços de talento porfiavam por aparecer, e a indole generosa de Castro Alves (...), fizeram dêle um tribuno e um poeta” (17). E é ainda o ambiente juvenil do Recife que, a partir de 1864, desperta e estimula as poderosas fôrças mentais de Tobias Barreto, tanto para a poesia como para os estudos filossóficos.

Na capital paulista o fenômeno se repetiria. Escrevendo em “Ensaio Literários” e deleitando os colegas com o seu humorismo, Bernardo Guimarães se orienta para as produções que lhe darão a glória; Pedro Taques, Rangel Pestana, Ferreira Viana, Américo de Campos, Alberto Salles e Julio Mesquita, fundando jornais acadêmicos ou neles colaborando, exercitam a pena com que irão, depois, robustecer o jornalismo brasileiro; José Bonifácio alça os primeiros vôos para a poesia e a oratória, que o celebri-

(15) CLOVIS BEVILAQUA — Op. cit., Vol. II, pág. 238.

(16) Idem — Op. cit., Vol. II, pág. 91.

(17) AFRÂNIO PEIXOTO — *Introdução às Obras Completas de Castro Alves*, Comp. Edit. Nacional, S. Paulo, 1938, Vol. I, pág. 13.

zarão; Lafayette — futuro juriconsulto e estadista, — preside gravemente o “Ensaio Filosófico”; no jornalismo, nas associações acadêmicas e no trato quotidiano, Rodrigues Alves já se mostra o trabalhador consciencioso e seguro que, ao colar gráu em 1870, receberá de João Mendes esta profética apreciação: “Caráter sisudo, inteligência cultivada, ideias sãs, são elementos que o sr. Rodrigues Alves porá a serviço da Pátria. ” (18).

“Nas repúblicas (nota Homero Pires) Alvares Azevedo entre companheiros mais próximos pela semelhança dos temperamentos, conversava longamente sôbre literatura, à luz trêmula das velas, nas frias noites do inverno paulistano” (19). Vindo em 1868 para São Paulo, Rui Barbosa encontra atividades que despertam latências do seu gênio, e vibrações sonoras que tocam as cordas sensíveis do seu espírito, feito para ressoar no fragor das lutas sociais e das pugnas políticas. E’ onde “primeiro se sente homem para o combate”. Por isso, lembrando-se de certo do “Radical Paulistano”, em que escrevera; da “Loja América”, em que terçara armas com Antônio Carlos; do salão Joaquim Elias, em que prègara o abolicionismo, dirá mais tarde: “O tirocínio escolar, nesta cidade, sempre se animou ardentemente do espírito de luta, de civilismo, de reação liberal.. ” Castro Alves, ao chegar a São Paulo em 1868, é recebido como um jovem deus e tem aqui as maiores consagrações de sua vida. De sua parte, é êle dotado de grande tendência associativa: “Nenhum estudante (escreve Xavier Marques) soube, como êle, estreitar, com vínculos de fraternidade, a câmaradagem acadêmica” (20). A Raul Pompeia, “que as repúblicas paulistas com-

(18) GONTIJO DE CARVALHO — *Ensaio biográfico*, S. Paulo, 1951, págs. 326-332.

(19) HOMERO PIRES — *Obras Completas de Alvares de Azevedo*, Comp. Edit. Nacional, S. Paulo, 1942, Vol. I, pág. XIX.

(20) Apud SPENCER VAMPRÉ — *Op. cit.*, Vol. II, pág. 257. Do mesmo precioso trabalho são extraídas as referências a Rui Barbosa.

preendiam” (refere Eloy Pontes), “os encontros quotidianos abriram-lhe o espírito; os entusiasmos, contagiando-lhe a inteligência, fermentaram-lhe os planos de trabalho” (21).

Em suma, menos nas salas de aula do que através das atividades livres provocadas pelo convívio acadêmico, ia cada estudante atritando as várias facetas do seu espírito, a fim de ver de qual delas brotaria a centelha da importância.

CONVÍVIO ACADÊMICO E PROGRESSO SOCIAL

Mas isto não é tudo. Além da tarefa de receber o facho da cultura, cabe à mocidade a de fazê-lo progredir. A de romper para a frente contra a apatia e a estagnação. É de interesse, por isso, que, tão logo alcancem certo grau de maturidade, os adolescentes se afastem dos meios retrógrados em que porventura hajam crescido, e possam assim, entrando a viver a sua própria vida, adiantar de alguns passos a linha avançada da civilização.

A família brasileira do século XIX raramente oferecia ambiente propício às renovações. A criança, no lar, fazia-se rapaz de cambulhada com os moleques do terreiro e as negrinhas da copa, deixando-se embevecer em futilidades e aprimorar-se em perversões. Se alguma coisa aprendia a sério — quando aprendia, — era o formalismo das chamadas boas maneiras. Ao apontar-lhe o buço, já devia ter demonstrado a sua masculinidade; já devia ter brigado, jogado; já devia ter chafurdado no lodo das aventuras da carne, pouco se lhe dando que o fizesse em detestáveis condições de higiene física e moral. Mesmo quando os costumes eram bons, escasseavam, nas relações íntimas com os pais, dois ingredientes, — a ternura e a confiança, — tão úteis para o equilíbrio emo-

(21) ELOY PONTES — *A Vida Inquieta de Raul Pompeia*, Livraria José Olympio, Rio, 1935, pág. 66.

cional da juventude. O que dominava o quadro psicológico da família era o autoritarismo do pai, o seu poder despótico a coibir no filho as mais tímidas expressões de personalidade, visto que o ideal consistia na formação estereotipada da geração nova pelos moldes da geração anterior, — a mesmice através dos séculos. Em colaboração com os propósitos do lar, estenuavam-se mestres particulares de incrível sadismo. Estava no auge, então, a doutrina pedagógica que atribui eficácia “formadora” a certas disciplinas, e o latim, nesse particular, era considerado milagroso. Havia ordem, portanto, de fazê-lo entrar na cabeça do menino, ainda que fôsse pelas rachas da palma da mão...

Vinha depois o colégio, inspirado nas mesmas concepções. “Nos antigos colégios (lembra Gilberto Freyre), se houve por um lado em alguns casos lassidão — fazendo-se vista grossa a excessos, turbulências e perversidades dos meninos — por outro lado abusou-se criminosamente da fraqueza infantil. Houve verdadeira volúpia em humilhar a criança, em dar bolo em menino” (22). Eu próprio, menino de oito anos ao findar o século, e que por circunstância especial escapei ao suplício do internato, guardo a recordação da forma pela qual, apesar de já iniciado no país um certo abrandamento pedagógico, os pais ainda perturbavam o sono dos filhos com a simples ameaça de mandá-los para o colégio. Um símbolo dos tempos era o temível “Caraça”, de que Minas ainda hoje se orgulha. Ergueram-no os lazaristas no ano de 1821, entre “montes de basalto e de granito”, a lembrar “barbacãs e seteiras de gigantesco castelo medieval”. Férias, não havia; as aulas prosseguiam sem interrupção ano após ano, e o Colégio, “com a sua severidade” e a “energia férrea” dos seus reitores, “manteve no Brasil o espírito de tradição”; de sorte que “em pleno sertão, filhos

(22) GILBERTO FREYRE — *Casa-Grande e Senzala*, Maia & Schmidt, Rio, 1.ª ed., 1934, pág. 450.

de uma nação incipiente debatiam teses propostas em velhas Universidades” (23).

Não nos admire que um viajante estrangeiro, que nos visitou nos começos do século XIX, tivesse observado falta de alegria nos meninos; e, nos rapazes, falta de vivacidade. É que, segundo notou êle, “a educação da época parecia reduzir-se a esta função melancólica: destruir nos pequenos tôda a espontaneidade” (24).

Haveria, pois, de ser vantajoso à saude mental do moço brasileiro de então, e estimulante ao exercício de suas fôrças latentes, — libertar-se do lar e das morrihentas ideologias paternas, esquecer a palmatória do mestre, fugir à rispidez do colégio, para vir, enfim, mergulhar nas prodigiosas águas do Recife, da Bahia, do Rio ou de São Paulo, que lhe apareciam, em sonho, como outras tantas Canaãs onde lhe seria permitido escolher o seu próprio caminho, sentir-se de algum modo dono de si mesmo, ouvindo poetas como Castro Alves e oradores como Joaquim Nabuco ou Rui Barbosa, a apontar à juventude os ideais dos novos tempos.

E’ verdade que alguns, precocemente cristalizados, resistiriam à mudança do clima espiritual e, como adverte Clovis Bevilaqua, não se desprenderiam da influência de suas famílias. De regra, entretanto, cortavam-se as amarras. Entrava o moço, de súbito, numa atmosfera nova, irreverente, iconoclasta, mas em todo caso ricamente oxigenada por estímulos culturais. Ao fim de poucos meses estava outro, — era maçom, livre-pensador ou positivista, discursava pelo liberalismo, pelo abolicionismo, quando não pelos princípios republicanos. Talvez nem sempre entendesse bem as doutrinas que professava; contudo, a sonoridade das formas permanecia, e, com elas, novas atitudes do espírito; e se o ímpeto juvenil posteriormente

(23) GONTIJO DE CARVALHO — *Op. cit.*, págs. 452-453.

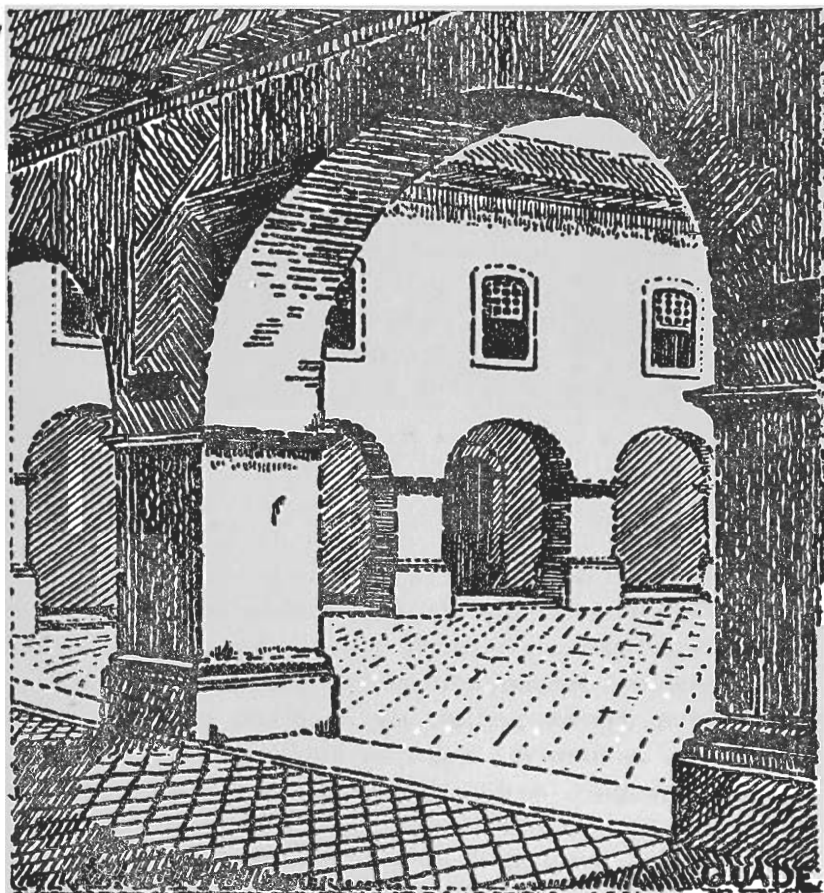
(24) GILBERTO FREYRE — *Op. cit.*, pág. 440.

se moderasse, se o moço voltasse atrás, nunca mais o seria para a situação doméstica original.

Organizava-se assim, em cada Academia, a equipe vanguardeira da Nação; o corpo de pioneiros que dentro em pouco, nas Câmaras e nos Ministérios (com desprezo cada vez maior pelo figurino lusitano, em favor do francês, inglês ou estadunidense), iria impulsionar a progressão da política brasileira e do nosso regime social. Se o Brasil não se estagnou no marasmo caudilhistade alguns países latino-americanos; se a influência política da Igreja foi temperada pelas resistências do regalismo; se a ordem jurídica da Nação se manteve estável através do Império, e se após o trauma da proclamação da República se preservaram os princípios do civilismo, — isso se deve, em boa parte, aos focos de difusão cultural instituídos graças ao livre convívio dos estudantes nas Academias.

CONVÍVIO ACADEMICO E UNIDADE NACIONAL

Dêsse convívio, e o do intercambio que houve entre o Rio e a Bahia, como entre Pernambuco e São Paulo, e também da continuidade estabelecida pela tradição, resultou ainda formar-se, nas várias gerações de moços, um patrimônio comum de idéias, sentimentos e atitudes, que muito contribuiu para a vinculação afetiva e intelectual dos que compunham as classes dirigentes do país. Matriculavam-se em cada uma das Academias moços vindos de todos os quadrantes do Brasil, — da cidade ou do campo, do povo ou da aristocracia. Reuni-los diariamente em livre camaradagem, foi, sem dúvida, cooperar para a sua assimilação sentimental e ideológica, e para que viessem a usar, de norte a sul, o mesmo vocabulário espiritual. Em relação aos filhos dos lugares distantes, afeitos a prosódias domésticas ou regionais, êsse comércio quotidiano, em que conversavam livremente, expondo-se à crítica zombeteira dos colegas, foi uma ótima escola



AS FAMOSAS ARCADAS

“Eu vejo, vivamente visto, o mosteiro daqueles tempos. ”

(Ruy Barbosa)

de homogeneização linguística. E escola também de homogeneização social. Phaelante da Câmara, escrevendo em 1903, assegura que, por obra da Academia do Recife, o próprio caráter pernambucano se modificou: “Os filhos de famílias poderosas, que viviam em luta acesa, os de sangue azul e os plebeus, os descendentes da fidalguia do Cabo e os representantes dos antigos “mascates”, dali saíram humanizados” (25).

Durante a vida acadêmica, a livre convivência faz nascer, entre os moços, amizades profundas, que os acompanham até à velhice. E não é só: ainda quando os cursos são frequentados em épocas diferentes, o simples fato de, no primeiro encontro, poderem dois homens recapitular juntos a mocidade vivida na mesma escola, de repetirem um ao outro o mesmo anedotário acadêmico e de evocarem as mesmas tradições, estabelece entre êles suave corrente de simpatia, que basta muitas vezes para facilitar entendimentos de outra forma difíceis. Anísio de Abreu, no mencionado discurso de 1894, falando dos torneios acadêmicos de sua juventude, relembra: “Geravam-se ali estas amizades que faziam ascender às altas posições da carreira política e administrativa, unidos, conhecendo-se e respeitando-se, aptos para mutuamente se fazerem a devida justiça, os Zacarias, os Nabucos, os Cotegipes, os Saraivas e tantos, tantos outros...”

Graças, pois, a um tipo de atividades não previstas nos regulamentos oficiais, olhadas com desconfiança pela maioria dos mestres, e que, não raro, tinham o propósito de reformar as leis básicas do país, os pátios das velhas Academias e as repúblicas de estudantes influíram benéficamente no sentido de manter-se e revigorar-se a unidade brasileira.

Embora separadas uma das outras por consideráveis distâncias geográficas, as quatro faculdades imperiais conservaram-se vinculadas entre si pela semelhança psicoló-

(25) PHAELANTE DA CÂMARA — Loc cit.

gica de seus estudantes, e pelos comuns propósitos neles instilados através de reiterado intercâmbio. O estilo de vida e os ideais as aproximavam, fazendo das quatro outros tantos núcleos sinérgicos de ordenação da vida nacional. Pareciam formar assim uma só entidade universitária, sob o grão mestrado do Ministro do Império; e não será inteiramente descabido dizer-se que naquele tempo, pelo que eram e pelo que realizaram, constituíram a verdadeira Universidade do Brasil.

AS ARCADAS DO LARGO DE SÃO FRANCISCO

Nesta questão de atividades de estudantes, a Faculdade de Direito de São Paulo merece uma referência especial. Efetivamente, como centro de convívio da mocidade acadêmica, o pátio central do Convento de São Francisco conquistou lugar de relêvo na vida brasileira.

A topografia da casa conventual — em pleno coração da cidade; a situação privilegiada do claustro, tornando-o de fácil acesso aos estudantes; sua configuração, sua amplitude, a dignidade singela de suas linhas arquitetônicas, — tudo concorreu para acomodá-lo desde o início à elevada missão que lhe estava destinada. Eram os “Gerais”, assim chamados por sua função, à moda de Coimbra, e a êles se refere em versos despretenciosos um estudante de 1830:

Depois de mal amassada
A desfrutável lição,
Com uns cadernos na mão
Vamos aos Gerais (26).

Pelo correr do tempo, a contemplação insistente do recinto vai apagando a reminiscência coimbrã; os “Gerais” passam a ser as “Arcadas”, e é sob êste rótulo, consagrado pela retórica juvenil, que o claustro franciscano do Curso

(26) ANTONIO DE QUEIROGA, in *Spencer Vampré, Op. cit.*, I, 187.

Jurídico do Sul toma assento definitivo na história brasileira.

No São Paulo do século XIX, são as Arcadas a área predileta de contacto dos estudantes, antes e depois de cada aula. Visto que os lentes faltam muito, e que o quarto de hora entre uma e outra preleção tende sempre a espichar-se, e como é benévola a marcação da frequência, — pode-se afirmar de cada estudante, sem grande probabilidade de êrro, que o tempo que dedicou aos “Gerais” foi sensivelmente superior ao tempo de aulas. “Ia-se lá como quem vai para um clube” — declarou-me um antigo bacharel. Acresce que os professôres que, do alto das cátedras, lêem as suas postilas ou comentam os compêndios, são bem menos interessantes do que os jovens que, por sua conta e risco, prelecionam nos “Gerais” Êstes mestres improvisados chamam-se, conforme a época, Bernardo Guimarães, Alvares de Azevedo, Antonio Carlos, José Bonifácio, Castro Alves, Joaquim Nabuco, Rui Barbosa, José Maria da Silva Paranhos, Martinho de Campos, Raul Pompéia; — todo um rosário dourado de tribunos, poetas, jornalistas e politicos. Chegam a São Paulo no esplendor da mocidade, cintilam nas Arcadas durante alguns anos e saem deixando de si uma recordação luminosa. Sáem, mas à medida que seus nomes crescem na história nacional, fazem convergir de retôrno, para o Largo de São Francisco, reflexos da luz que irradiam, e cuja claridade aumenta ainda mais o fulgor das tradições do velho claustro.

Vagas lembranças medievais, ajudadas pela fecundidade imaginativa da juventude, e também — por que não dizê-lo? — pelo instinto de conservação, fizeram das lages do pátio uma espécie de chão sagrado. É o âmago do “território livre”, e do seu contacto deve excluir-se tudo quanto possa opor-se, pela fôrça bruta, às fôrças do espirito ou às naturais expansões da juventude. Em palavras mais concretas: — a Polícia aqui não entra! Em 1850, tempo de Alvares de Azevedo, como se esperassem tropelias por ocasião do trote aos calouros, o sub-delegado

gado da Sé officia ao diretor da Academia, para dizer-lhe que mandará alguns soldados com a missão de manter a ordem. Ora, o diretor é Amaral Gurgel, bacheler da primeira fornada do Curso, liberal desde o tempo de estudante e que sente até na medula dos ossos a mística das Arcadas. Daí a sua resposta ao sub-delegado: “Acabo de receber o officio de V. S., em data de hoje, em que me comunica que chegou ao vosso (*sic*) conhecimento que se preparam caçoadas aos estudantes novatos, e para preveni-las V. S. pretende mandar alguns individuos do corpo policial, para manterem a ordem. Ao que tenho de responder que, dentro d’Os Gerais eu farei manter a ordem com os empregados da casa. ”

As tradições se consolidam melhor quando há continuidade nos seus quadros materiais. Ainda neste ponto a Academia de São Paulo foi feliz. As outras três escolas do Império, além de mal instaladas durante todo o século, tiveram que mudar-se várias vezes. A de São Paulo, não: onde a Plantaram a 1.º de março de 1828, data de sua aula inaugural, ali ficou. Esta permanência, jamais interrompida, confere só por si virtudes misteriosas ao velho claustro. O moço que aqui chega sabe que vai pisar o mesmo chão que pisaram quando jovens os constructores do Brasil independente; sabe que êstes aspectos interiores da Academia são, em suas linhas gerais, os mesmos aspectos com que se familiarizaram dezenas de turmas acadêmicas, e que as placas de mármore de cada recanto gravam nomes de ano em ano mais veneráveis pela distância do tempo, mais brilhantes pelos feitos que recordam. Sente-se o recém-chegado, desde logo, prêso por fios misteriosos a essas tradições. E assim, no momento em que se integra, como um igual, na mesma comunidade a que pertenceram em sua juventude tantos pró-homens da Nação, é natural que preste a si próprio um compromisso de fidelidade aos melhores ideais que êles aqui proclamaram. Desta forma ainda, sugerindo às

sucessivas gerações juvenis idênticos padrões de conduta cívica e moral, a vida acadêmica contribui com uma nova força para a unificação da nacionalidade.

EM CONCLUSÃO

Podemos afirmar, portanto, que, embora defeituosíssimas como escolas superiores destinadas a produzir profissionais, as velhas Academias do Império exerceram papel de considerável importância em nossa formação histórica. Reunindo boa parte dos moços brasileiros nos quatro centros urbanos mais populosos do país, elas lhes proporcionaram, através de contactos quotidianos e de atividades espontâneas, novos horizontes culturais, e bem assim ensejo a que suas fôrças latentes se despertassem e se encaminhassem no sentido das aptidões de cada um. Mais ainda: retirando êsses moços da influência conservadora dos lares, trazendo-os para a vida das repúblicas ou das associações juvenis, submetendo-os a vigorosos estímulos espirituais e a processos de socialização, puderam aquelas escolas, à revelia dos próprios mestres, formar as vanguardas políticas e doutrinárias do país, e, do mesmo passo, fortalecer a unidade nacional. Isto basta para mostrar o grande valor que teve entre nós, no século passado, a livre convivência dos estudantes das Academias.

Será útil, ainda, essa livre convivência, nos tempos atuais? Útil a cada moço, individualmente, e útil à comunidade brasileira? Cremos que sim, não obstante haver o país sofrido, de lá para cá, profundas modificações demográficas, econômicas e sociais. O convívio acadêmico deve continuar a ser cultivado pelos moços e deve, igualmente, encontrar acolhida simpática da parte dos responsáveis pela educação universitária. Que propósitos terá na atualidade êsse gênero de exercícios? Em que oportunidades se farão? E de que maneira? Mas isso é assunto que merece, só por si, um trabalho especial.

Classificação dos criminosos

H. Veiga de Carvalho

Livre docente de Medicina Legal

1 — A razão de ser da classificação dos criminosos resalta da utilidade que toda e qualquer classificação apresenta dentro do ramo científico em que se formula. Como, para classificar, é mister estudar e conhecer profundamente o objecto dessa classificação, desde logo sobrepõe a importância deste objectivo pela obrigatoriedade que contém de exigir o melhor conhecimento da coisa estudada. A classificação dos criminosos será o ápice de toda uma análise criminológica, tendente a ordenar, dentro de fórmulas simples, compreensíveis e gerais, aquelas pessoas que, mesmo na complexidade do seu feitiço de *individuos*, venham a oferecer características globais que os aproximem coordenadamente de outros seres semelhantes.

É evidente que, para preencher esta qualidade de representar a síntese de um estudo criminológico, a classificação adoptada terá que demandar do classificador um estudo completo, profundo e percuciente da pessoa que delinuiu. Classificações que não estejam jungidas tão intimamente a esta exigência, não podem preencher a finalidade última e útil de classificar.

2 — Em 1938, no Congresso Internacional de Criminologia, reunido em Roma, Manassero demonstrou que uma classificação dos delinquentes, para ser precisa e completa necessitaria de preencher os seguintes itens: 1.º)

ser genética, causal e não descritiva; 2.º) ter como método de estudo a personalidade do delinquente; 3.º) ser fundada sobre postulados científicos e 4.º) proporcionar critérios orientadores sobre a perigosidade e a emendabilidade.

Tenho para mim, que os 4 itens formulados lúcida-mente por Manassero estão preenchidos pela classificação dos criminosos que tive a oportunidade de formular há 3 lustros atrás. E' bem verdade o que disse Afrânio Peixoto, citando Boucher: "terminados seus estudos, os retóricos fazem uma tragédia, como os alienistas uma classificação. Os criminalistas não são diferentes. ." Mas esta advertência não me tira o ânimo de continuar defendendo a classificação que propuz e que hoje vai sendo adoptada nalguns centros civilizados do mundo, assim como na própria terra do profeta, o que é de admirar.

3 — Alguns críticos dizem ser tarefa impossível uma classificação dos criminosos. E aparentemente têm razão porque é bem conhecida a dificuldade do estabelecimento de um conceito do que seja crime e do que seja criminoso. E lembram que é relativamente fácil encontrar bases para uma classificação botânica ou minerológica: há elementos conhecidos, mais ou menos fixos, amplamente favorecedores de critérios para classificação; ao passo que, para os criminosos, dada a complexidade do feitiço de cada um, tal não seria possível.

Não cabe razão a esta crítica. É apenas mais difícil classificar os criminosos. Para classificá-los, é mister estudo mais profundo e dilatado do que para classificar uma folha vegetal. Tudo isso é óbvio, mas tem sido esquecido. Até onde possa colher a crítica, ela se amolda àquelas classificações que usam uma terminologia assaz ambígua e referente apenas à aparência exterior da personalidade delinquente, como, por exemplo, dizer os criminosos "profissionais", "habituais", etc., porque assim pareçam ser. O indivíduo reitera na acção

criminosa, assemelhando-se a um “profissional” ou a um “habitual”? — receberá, desde logo, essa desinência, sem preocupações mais aprofundadas sobre os motivos, a personalidade, as influências, o grau ético do seu arbítrio, etc.. É claro que caberão comentários severos a essa maneira de classificação. E assim se repetirá para todas aquelas orientações de nomenclatura que se apoiem em visões parciais da personalidade dos criminosos, denominando-os, vez por vez, de violentos, sanguinários, anómalos cívicos ou morais, deficientes glandulares, etc., etc..

4 — Insistem, ainda, os que acreditam impossível classificar os criminosos, em lembrar que se trata de *individuos*. Esta crítica tem menos base: não há na Natureza nada criado perfeitamente idêntico ao seu semelhante; qualquer folha difere de todas as demais folhas da mesma planta; não há dois besouros iguais; diferenciam-se entre si todos os cristais de qualquer outra ou da mesma categoria. Claro que os criminosos são indivíduos diferentes entre si e de todos os mais. Mas não será, este, empecilho de monta para tornar inviável a trilha classificadora. Depende, isto sim, do critério adoptado para se classificar. E relembro os itens fundamentais formulados por Manassero e tomados zelosamente em conta ao formular as bases da classificação que tive a oportunidade de propor.

Esta classificação apresenta 5 grupos assim discriminados:

- 1.º — Mesocriminoso (puro)
- 2.º — Mesocriminoso preponderante
- 3.º — Mesobiocriminoso
- 4.º — Biocriminoso preponderante
- 5.º — Biocriminoso (puro)

5 — Desde logo se verifica, pela simples prolação dos 5 grupos fundamentais apresentados, que essa classificação

se apoia nos factores únicos até hoje identificados, desde Ferri, e *sine qua non*, para que se fale em delinquência verdadeira. Sim, porque desde aquele autor se admite que, para falar em crime e em criminoso, é mister, no mesmo indivíduo, se casem os factores do ambiente, externos, exógenos, ou mesológicos, com os factores individuais, endógenos, internos ou biológicos. Não devemos deixar de repisar que estes são os elementos de estudo criminológico pròpriamente dito do delinquente. Transcendem a este campo de pesquisa os factores de ordem mais elevada, quais sejam os que entendem com o arbítrio, com a voluntariedade, com a responsabilidade do agente.

Mas, no terra-a-terra em que trabalha a Criminologia, são aqueles dois os factores que estão em jogo para se poder falar em criminoso.

6 — Por estas singelas palavras, desde logo se chega à conclusão de que o primeiro e o último grupos enunciados se referem a *pseudocriminosos*, isto é, a pessoas que agiram anti-socialmente, mas que não podem ser criminosos porque, na génese de seu delicto, entrou em acção tão somente o ambiente em que viveu essa pessoa ou os desvios patológicos a que esteve ela submetida; em ambos os casos, fica fora da sua responsabilidade a referida acção praticada. Só são verdadeiros criminosos os que apresentaram a associação de ambos os factores já conhecidos.

7 — Convém, neste passo, lembrar que a velha pendência entre a Escola Sociológica e a Escola Antropológica estrita em Criminologia, pretendendo exclusivismo ou preponderância etiológica dos factores mesológicos ou dos factores biológicos, não tem razão de ser. Caso por caso, haverá a prevalência deste ou daquele factor e, num apreciável número de eventos, a junção dos dois factores se fez sem predomínio de qualquer deles. Por

essa mesma razão incluíram-se três grupos que reconhecem as preponderâncias respectivas do factor mesológico (no segundo) ou de factor biológico (no quarto), ou a inexistência ou incapacidade de aferir grau de preponderância, no grupo médio (terceiro).

Para a avaliação dos factores criminógenos e seu respectivo grau de predomínio, se existe, é mister fazer-se então análise profunda e suficientemente ampla da personalidade do criminoso em estudo. Costumo aconselhar a realização de sete grupos de exames, assim discriminados: Somático, Funcional, Psíquico, Psicológico, Social, Moral e Histórico ou Circunstancial. Cada grupo de exames deve ir tão longe quanto seja necessário e quanto o permitam as técnicas adequadas. Todos esses grupos de exames se podem compendiar com a desinência genérica de *Criminografia* — a descrição dos vários aspectos pelos quais pode ser observada a evolução e o comportamento da personalidade humana. Realizados esses exames, após cada grupo deles, chega-se a uma conclusão e a uma classificação referente aos diversos tipos morfo-fisio-psicológicos, morais e circunstanciais. Essa classificação, ou melhor, o resultado final de cada uma dessas vias de análise, vai permitir, conjugada com todas as demais classificações obtidas, justamente verificar se houve associação de factores criminógenos (quando é possível, então, falar-se em criminoso) ou o exclusivismo de um só factor, no caso dos pseudocriminosos. Sopesados todos esses elementos de estudo, estamos aptos para realizar a classificação estiológica dos criminosos, segundo acima se referiu. É clara, é mais que evidente, a necessidade de realizar um estudo minuciosíssimo do homem que agiu anti-socialmente. Mas os benefícios que desse estudo se podem colher, pagam com largos juros o preço do trabalho realizado na análise criminológica. Numa palavra, o que se deve fazer é uma pré-classificação do indivíduo em estudo, em cada uma das vias de acesso à

análise da sua personalidade para, depois disso, compor-se a *síntese criminológica* da sua personalidade, que se há de exprimir nesta fórmula natural, etiológica e, por assim dizer, automática dos criminosos. Há pois, que estabelecer essa série de pré-classificações, umas referentes ao soma, outras à função, outras à mente, ao lado das demais que dirão respeito ao complexo moral e social. Desta maneira, estabelecer-se-á, previamente à classificação criminal — a qual, insista-se, é a última a ser determinada — uma série de pré-classificações como, *verbi gratia*, individuo pícnico (quanto ao soma), hipertireoideu (funcional), ciclóide (psíquico), extrovertido (psicológico), sintónico (social), moral, imoral ou amoral, e com esta ou aquela evolução social, educativa e de instrução. Somadas todas as informações em que se condensam os estudos preliminares — do antropometrista, do fisiólogo, do psiquiatra, etc. — e que deverão ser tantos quantos possam caber dentro das possibilidades e das necessidades do serviço de que fazem parte, enfeixadas estas várias pré-classificações, poder-se-á ajuizar da classificação final que jogará, então, com elementos suficientes para poder alcançar a dosagem relativa da influência dos dois factores criminógenos sobre o delinquente estudado.

8 — Vê-se, desta maneira, que a classificação dos criminosos há de ser sintética na sua definição final; mas essa síntese só pode ser atingida, de maneira idónea, se se apoiar numa análise rebuscadamente minuciosa e exaustiva da personalidade do homem estudado. É por esta razão que a classificação etiológica dos criminosos, acima proposta, ainda quando tenha muito do ovo de Colombo, tem fundamento sólido e desenvolve-se dentro de um plano rigorosamente científico e perfeitamente lógico. Não assim outras classificações, que pretendem o impossível, de partir de grupos gerais para se subdividirem em ramos e ramúsculos analíticos que deveriam, para abranger todas as

possibilidades, de descer até a desinência de cada uma das unidades do agregado social — o que é evidente utopia. Eis porque sempre defendi o critério sintético das classificações de criminosos, quando essa síntese dos grupos finais ressuma das raízes que foram buscar, para cada distrito da personalidade humana, a seiva necessária para alimentar as conclusões derradeiras.

9 — Não cabe, neste breve resumo, o estudo aprofundado das várias classificações propostas, que já realizei num trabalho especializado — “Os Criminosos e suas Classes”. Ai se recolheram explicitamente, em seus grupos, 53 classificações, citando-se, sem necessidade de minúcias, muitas outras mais, que seriam apenas repetições. Mas não posso deixar de assinalar um fenómeno que desde sempre chamou a minha atenção: o arquivclassificador, Mestre dos demais — ao qual se seguiram Lombroso, Ferri, Colajanni — o grande Gall, em 1825, propunha uma classificação em dois grupos — 1. por paixão e 2. por instintos inatos; logo Lombroso aumentou o número para 4, as suas bem conhecidas classes de criminosos — 1. natos, 2. loucos, 3. por paixão, e 4. de ocasião; succede-lhe Ferri, e, de 4, passa para 5, acrescentando o grupo dos criminosos que ele chama *de hábito*; vem depois Colajanni, e já não bastam 5, havendo necessidade de mais um, e lá vem o grupo dos criminosos políticos; e assim ir-se-ia somando a lista com criminosos religiosos, econômico-sociais, com repugnância ao trabalho metódico, “normais”, e — que sei eu mais — tudo quanto a mente humana possa forjar, inventar, induzir, deduzir e por aí além.

10 — Não há que instar: estude-se o criminoso; para isso, adoptem-se todos os caminhos que a ciência e a arte reconheçam como idóneos; e, depois, construa-se a síntese, que só ela permite classificar os criminosos. E

essa síntese levará, necessariamente, à admissão das classes acima formuladas — ainda que se possam dar aos bois outros nomes. A nomenclatura poderá variar; mas o caminho há de ser um só — *analítico-sintético*.

11 — Para que a classificação dos criminosos preencha realmente as suas funções, deve ela fornecer dados que nos permitam prever o comportamento futuro dos delinquentes, isto é, que nos concedam alguns dados em relação com a reincidência. À semelhança do que fez Silvio Marone, num seu laureado trabalho sobre a classificação dos criminosos, pode-se estabelecer o liame entre as classes de criminosos verdadeiros e sua respectiva reincidência dentro do esquema seguinte:

Mesocriminoso preponderante	Reincidente excepcional
Mesobiocriminoso	Reincidente ocasional
Biocriminoso preponderante	Reincidente potencial.

É tão clara a relação dessas possibilidades, que se podem dispensar perfeitamente quaisquer comentários.

12 — A este ponto, deve-se fazer uma referência à classificação penitenciária dos delinquentes. Tenho entendido, desde há muitos anos, que a existência de um problema particular, referente à classificação dos penitenciários — acreditada impossível por Émile Bertrand, Director da prisão de Louvain, e julgada perfeitamente viável, e até imperativamente necessária, por Osvaldo Loudet— radica em que tal classificação deve servir ao ponto de vista administrativo das penitenciárias ou das casas de detenção. Atendida que seja a ponderável dificuldade que este problema administrativo acarrete, não há, contudo, como admitir uma dualidade de critérios, pois que critério seguro só existe um, e este é o que preside à citada classificação etiológica.

Como insistentemente tenho repetido, o exame criminológico do delinquente deve ser prévio ao julgamento. Pela mesma razão, a classificação dos criminosos já deveria estar realizada antes que o réu fosse julgado. E, assim, esta classificação, ou melhor, a análise criminológica que ela obriga a realizar, poderia indicar, no caso de condenação, para cada uma das classes de criminosos, já uma orientação “penal” adequada ao tipo de homem que esteve em jogo na acção anti-social produzida. Quero dizer com isto, que a classificação dos criminosos, não por ela, mas pelo exame a que ela força, poderia esclarecer o julgador e o aplicador da lei a orientar a terapêutica penitenciária no sentido mais útil para a recuperação social do agente criminoso. Neste sentido, permito-me sugerir o seguinte quadro que objectivaria, em largo debuxo, a matéria em estudo:

- | | |
|---|--|
| 1. Biocriminoso (puro): pseudocriminoso: | { tratamento médico psiquiátrico, temporário ou definitivo em referência ao critério clínico, em Manicómio Judiciário; |
| 2. Biocriminoso preponderante: de correção difícil. | { tratamento em Colônias Disciplinares, em Casas de Custódia ou em Institutos de Trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, com assistência médico-psiquiátrica e com eventual internação em Hospital Psiquiátrico, e segregação temporária ou definitiva, como medida de segurança; |
| 3. Mesobiocriminoso: de correção possível. | { tratamento no regime penal do Reformatório, progressivo e atendido médico e pedagógicamente; |

- | | | |
|--|---|--|
| 4. Mesocriminoso preponderante: de correcção especial: | } | tratamento em colónias, com regime de trabalho adequado e com especial assistência sócio-pedagógica; |
| 5. Mesocriminoso (puro): pseudocriminoso: | } | tratamento essencialmente pedagógico e de sintonização social. |

13 — Este quadro é apenas um esquema de orientação geral e que se subordinará ao problema particular da administração penitenciária. Realmente, o criminoso deve ser estudado e classificado, para que a prolação da Justiça seja mais esclarecida. Ao aplicar o tratamento “penal”, decai o valor desta classificação: ou melhor, o indivíduo ficará mais à mercê das circunstâncias administrativas, das possibilidades maiores ou menores da organização penitenciária a que vai ser submetido, do que a mais finas excogitações que digam respeito à sua personalidade individualíssima.

Nos organismos penitenciários, o que se deve ter em mira mais directa e acuradamente, são as aptidões psicossomática, reveladas principalmente pela aferição psicotécnica, tendo por meta a melhor aplicação da laborterapia, ainda o melhor meio de reconquistar socialmente o criminoso. Isto está, aliás, determinado no novo Código Penal, em seu artigo 29, § 1.º, para os sentenciados, e, no artigo 90, para os internados em virtude de medida de segurança. Insista-se em afirmar que, por fim, a classificação penitenciária dos criminosos está subordinada, de maneira assaz estrita, ao problema administrativo. Tais e tantas sejam as possibilidades e modalidades da laborterapia, outras tantas e tais serão as necessidades de classificação psicossomática e psicotécnica dos penitenciários, para melhor adaptação destes aos vários tipos de laborterapia possível naquele dado organismo penitenciário, Mas, reafirme-se que a própria e mesma classificação dos

criminosos, já feita antes do julgamento (que assim seja!), dará os melhores subsídios para esta reclassificação laborterápica dos penitenciários.

14 — De tudo quanto disse até aqui, creio poder-se concluir que a classificação etiológica dos criminosos, acima formulada, corresponde plena e ortodoxamente às exigências apontadas ao Congresso de Roma, em 1938, pelo já citado Manassero. Assim, é uma classificação genética, causal e não meramente descritiva; ainda que a criminografia seja obrigatoriamente anterior à classificação sintética e final, esta é essencialmente etiológica, referindo-se, ou pretendendo fazê-lo, às causas conhecidas da delinquência. Ela tem como método de estudo a personalidade do criminoso, relacionando esta personalidade, entretanto, com o meio, com as circunstâncias, com os antecedentes que envolveram o acto anti-social; não é repisar que o método de estudo tem por meta exactamente revolver, até às suas mais finas investigações, a personalidade do agente anti-social.

A classificação funda-se, por isso mesmo, sobre postulados estritamente científicos; e vem de feição, agora, dar ênfase a que ela se prende mais à etiologia do que aos sintomas externos da acção criminosa; por outras palavras, ela foge ao uso de expressões como, por exemplo, delinquente habitual, ou ocasional, ou profissional, que são desinências de uma aparência exterior, meramente sintomática e que nunca explicaram a etiogenia do mal social verificado; já acima se lembrou o pouco valor de uma tal nomenclatura: o criminoso aparenta viver do seu crime? — é “profissional”; reincide com frequência? — é “habitual”; e assim por diante. No entanto, bem sabemos nós todos ser falaz o julgar pelas aparências. O que importa é ir às razões do porquê desta manifestação externa da acção criminosa. E por isso, insisti e insistirei, em defender a classificação etiológica, como a única que

se apoia em fundamentos científicos. É claro que o facto de reincidência, que o comportamento aparentemente profissional ou habitual, tem de ser tomado em consideração; mas isto, não como qualificação final, mas apenas como uma das verificações que devem anteceder obrigatoriamente o enquadramento definitivo do grupo etiológico a que pertence o delinquente. Já se repisou suficientemente o tema.

Por fim, proporciona a classificação etiológica critérios orientadores sobre a perigosidade e a emendabilidade; viu-se, ind'agora, que há uma previsão possível da reincidência para os vários tipos de criminosos, como também a eles se pode ligar escorreitamente uma terapêutica "penal" perfeitamente adequada; a perigosidade, em si, também tem o seu diagnóstico possibilitado pela análise criminológica exigida pela classificação etiológica.

Aí estão, pois, em sucinta referência, apontadas as razões fundamentais que levaram ao ordenamento da classificação etiológica dos criminosos, as normas, a serem estabelecidas, e a sua defesa, cuja oportunidade se me ofereceu, neste momento, de realizar.

O recuo do meridiano de Tordesilhas em face do Direito Internacional

José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos

Livre docente de Direito Internacional Público

Aos 13 de janeiro de 1750, os plenipotenciários de Portugal e Castela firmavam, em Madrid, um convênio, visando pôr fim às hostilidades entre as duas Corôas. O último resquício da Guerra de Sucessão da Espanha, que se arrastava na Península, mau grado o Tratado de Utrecht.

O Visconde de Vila Nova de Cerveira representava Portugal. Os direitos da outra Parte Contratante ficavam sob a guarda de D. José de Carvajal y Lencastre, — ministro inepto da Côrte decadente del Rei Fernando VIº.

Portugal escolhera bem o momento para negociar.

Sentia-se, no curso das conversações, a influência apaziguadora da Rainha de Espanha, — portuguesa de nascimento, e devotada à sua terra natal. Sentia-se, também, presente, embora inconfesado, o influxo de ALEXANDRE DE GUSMÃO, — o diplomata santista, simples adido a embaixada lusa. Mas que visava, com seus habéis conselhos, consolidar o domínio de seu País sobre as conquistas bandeirantes.

E finalmente, pesava sobre a reunião dos plenipotenciários, — mais positiva do que o éco das batalhas de Almanza, de Vila-Viciosa e do Caia; mais eficiente que as tropas de Schamberg e de Lippe, — o lento trabalho, quasi anônimo, dos desbravadores, de bandeirantes e “frontei-

ros”, que haviam expulso os leões de Castela até as lindes do Perú.

Urgia, por outro lado, consagrar, em texto expresso, a incorporação do território das Minas do Cuiabá e dos Goiazes. Afim de que o velho Rei Dom João Vº, que se finava em Lisbôa, pudesse coroar seu reinado com um tratado triunfal. E, após um longo administrar, vivido em função das riquezas ultramarinas, sentisse o gôzo de vêr, como parte integrante de seu domínio, *de facto e de jure*, os mananciais de ouro do Mato Grosso e do Guaporé.

Consagrava-se, dest-arte, a política joanina. Mas, por outro lado, obtinha-se a vitória definitiva do expansionismo, no Continente Americano. Que fôra o sonho de D. Manoel, de Afonso VIº e de Pedro IIº de Portugal. O “espírito” pluri secular do Conselho Ultramarino.

Essa data, pois, cujo bicentenário se comemorou há poucos anos, reveste-se para nós de excepcional importância diplomática: —

a) Por trazer o primeiro esboço de nossas fronteiras, com o mundo hispano-americano;

b) Por convalidar, em face do Direito Internacional Positivo, a *situação de facto*, nascida com o espraiar do bandeirismo.

Urge, pois, estudar o Tratado de Madrí, em seu duplo aspéto histórico e jurídico.

É o que vamos fazer, em rápida síntese, nas linhas a seguir.

AS ESPANSÕES COLONIAIS DOS POVOS IBERICOS

Portugal, premido entre Castela e o mar, oscilara por algum tempo, entre duas possibilidades: — a união ibérica, sob hegemonia portuguesa, ou a construção de um império de ultra-mar.

O progressivo diferenciamento entre osdois povos; o sentimento nacional crescente, que mais e mais se superpunha

aos eventuais direitos dinásticos, baseados na concepção feudal, fizeram-no compreender, de maneira indiscutível, ser impossível a união das Corôas.

E, em pleno século XIV, ainda na Idade Média, Portugal se fazia ao mar. Sob os últimos reis afonsinos. Antes da tomada de Ceuta. Antes que o Infante Dom Henrique construísse, na Escola de Sagres, as bases da ciência náutica dos grandes navegadores.

Já em 1345, D. Afonso IV^o o heroi de Salado — comunicava ao Papa CLEMENTE VI^o os aprestos que fazia para a conquista das Ilhas Afortunadas (Canárias), para dali extirpar “as varas estéreis da infidelidade”.

E lhe dizia, em carta datada de Montemór-o-Novo, aos 12 de Fevereiro, haver,

“ mandado as nossas gentes, e algumas naus para explorarem “a qualidade da terra”. (1)

A batalha de Aljubarrota, e o fracasso de Afonso V^o, nos campos de Toro, mostraram, de vez, aos monarcas da Ibéria, ser impossível unir os dois povos, em uma monarquia unificada.

Burlados em seu expansionismo terrestre, portugueses, catalães e aragoneses fazem-se ao mar. Barcelona domina o Mediterrâneo Ocidental. *O Consolato del Mare* consagra, em texto, os usos e costumes de seus mercadores. E torna-se a grande lei reguladora do comércio, desde Cadiz, até as ribas meridionais da Itália.

Aragão conquista as Baleares. Anexa Nápoles, a Sardenha e a Sicília.

Portugal busca, no Atlântico, construir o seu Império.

(1) Tradução de Joaquim José da Costa de Macedo e José Pedro da Costa, in “História da Colonização Portuguesa no Brasil”, vol. I.^o (introdução) pág. LXVII.

E, em 1418, Bartolomeu Perestrêlo chega a Porto Santo. Em 1419, Gonsalves Zarco e Tristão Vaz Teixeira arribam à Madeira. Seis anos após, estas ilhas se povoam. E em 1431, uma grande expedição singra, ao mando do Infante D. Henrique, a varejar o Mar da Treva.

D. João IIº intitula-se *Rei da Guiné*. Cruza-se o Cabo de Não; atinge-se S. Tiago de Cabo Verde, lá por 1456, no limiar da Idade Moderna, após 1.510 milhas de navegação.

A “CRISTANDADE” E O PROBLEMA DA SOBERANIA TERRITORIAL

Ora, a êsse tempo, a simples ocupação não bastava para integrar a “*res nullius*” à soberania de um Estado cristão.

A Cristandade constituia, de fato, uma família de Nações, solidamente assente no *background* de uma mesma cultura, e da religião comum.

O Papa era o Chefe desta “*Respublica sub Deo*”. Intervinha em assuntos internacionais, óra *ratione feudi*, ora *ratione peccati*.

Confirmava as autoridades que lhe solicitavam a investidura. Ou as destituia, quando incursas em sanções eclesiásticas, ou criminaes.

Chegava mesmo, com o consenso unânime dos Príncipes, a estatuir qual o titular da soberania, em casos duvidosos: empossando os Carlovíngios, no trono de França, atribuindo a Inglaterra a Guilherme, o Conquistador; depondo D. Sancho Iº de Portugal...

E, sobre as ilhas de ultramar, cria-se caber-lhe a soberania virtual, não só como Autoridade Suprema da “*Respublica Christiana*”, como também derivante da controversa “*Doação de Constantino*”.

Cabia-lhe, pois, distribuir entre os soberanos cristãos, as terras descobertas, ou conquistadas ao infiel.

Exemplos abundavam. Urbano IV^o concedera, no séculoXI, a Córsega ao Bispo de Pisa. Em 1155, Henrique II^o de Inglaterra solicitava a Adriano IV^o que lhe reconhecesse soberania sobre a Irlanda. Prometia-lhe:

“to provide instruction for an ignorant people.
to extirpate vice from the Lord’s vineyard”.

E que

“as every Christian island was the property of the Holy Sea he dit not presume to make the attempt without the advice and consent of the successor of Saint Peter” (JOHN LINGARD — HISTORY OF ENGLAND, pág. 133).

E suas pretensões foram acolhidas, pela Bula “Laudabiliter”, do mesmo ano.

E isto, reconheciam-no todos. Proclama-o, em 1316, PIERRE DUBOIS, em seu “De recuperatione Terrae Sanctae” Em 1420, JERZY DE PODJEBRAD, — rei hussita da Boêmia (mau grado afastado de Roma pelo scisma). inclui-o entre os “poderes a latere”, que attribuia ao Romano Pontífice, para concretizar-se o plano de paz perpétua.

E os Reis de Portugal dirigem-se ao Papa, em sua dupla investidura de soberanos e de Mestres da Ordem de Cristo. E obtêm bulas de confirmação.

A 8 de Setembro de 1433, o Papa EUGÊNIO IV^o proclama ao Mundo, que ficam sujeitas a El Rei D. Duarte e seus sucessores, as terras que os mesmos conquistaram aos Infieis. (Bula *Rex Regum*)

Sete anos mais tarde, a 9 de Janeiro de 1442, declara textualmente confirmar as doações feitas pelos reis portugueses à Ordem de Cristo. E concede-lhes, entre outros poderes, jurisdição sobre

“as ilhas sitas no Mar Oceano. ” (Bula “*Etsi Suscepti*”) Sucedem-se os Pontífices, e as Bulas se sucedem.

Nicolau V^o confirma aos Reis de Portugal. “todas as conquistas feitas em África, com as ilhas sitas nos mares adjacentes, desde o Cabo de Não, até o Sul da Costa da Guiné”.

XISTO IV^o, pela bula “*Aeterni Regis*”, passada em Roma aos 21 Junho 1431, estende a jurisdição lusa até a Índia Confere a parte espiritual do “descoberto” à Ordem de Cristo. Mantem a autorização dantes concedida aos portugueses, para que possam

“fazer com quaesquer Mouros e Infieis, de quaesquer cousas e bens, e virtualhas, e compras e vendas”.

E mais:—

“fazer com ditos Mouros e Infieis”,

quaisquer transações e mercancias, desde que lhes não vendessem ou dessem,

“ferramenta, liame, cordoalha, navios, ou qualquer gênero de armas”.

Enquanto o império português assim se alicerçava, em sólidos fundamentos juridico-canônicos, a diplomacia leiga negociava acordos. E creava, assim, um segundo esteio à soberania temporal dos Reis, sobre as terras que se desvendavam.

Assim, já aos 6 de Março de 1480, Fernando e Isabel firmavam com Afonso V^o de Portugal um celebre Convênio, pelo qual recebiam as Canárias. Mas reconheciam à Corôa Portuguesa a

“posesion, casi posesion en que estan em todos los tratos, tierras, rrescates de Gujnea, con sus minas de oro, e qualesquier otras yslas, costas, tierras descubiertas e por descubrir, falladas y por fallar, yslas de la Madera, Puerto Santo, e Desierta, y yslas de las Flores. ”

Não ficava aí o ról. Ia além e continuava:—

“. .e asy las yslas de cabo Verde, e todas las islas que agora tiene descubiertas, e qualesquier otras islas que se fallaren o conquieriren, *de las yslas de Canarias contra la Gujnea*, porque todo lo que es fallado e se fallare, conquierir o descubierta, finca a los dichos Rey e Principe de Portugal, e sus reynos, tirando solamente las islas de Canaria. .”

Esse longo acerto é confirmado, no ano seguinte, pelo Papa Xisto IVº

Portugal parece triunfar inteiramente. Mas, nessa cláusula final de aceitação, os Reis de Aragão e Castela haviam deixado, implícita, a chave de reivindicações futuras às teras do Ocidente.

Reconhecia-se a Portugal o senhorio de terras e águas, sobre ilhas e portos, minas e populações. Mas apenas “*de las yslas de Canaria contra la Gujnea*”. E não sobre o Mar Ocidental.

As águas do Poente, — o temeroso “Mar da Noite” continuavam como “res nullius”. E “res nullius” ficavam a lendária Antília, a “Ilha da Brandam”, e a “Ilha dos Sete Bispos”, — que os relatos medievais punham nos confins do mundo. E diziam ter sido evangelizada por sete prelados de Espanha, que fugiam, no século VIIIº, ao jugo do Islam. . .

AS PRIMEIRAS BULAS DE ALEXANDRE VI.º

Doze anos mais tarde, Colombo atingia as Ilhas Bahamas.

A 15 de Março de 1493, voltava a Palos, de onde singrara. Em Abril, era recebido por Fernando e Isabel. A 3 de maio, o Papa Alexandre VIº expedia duas bulas, — visando a catequese no Novo Mundo.

A primeira, — a “*Eximiae Devotionis*” — concede aos Reis de Leão e Castela e seus descendentes,

“*as terras firmes, ilhas, remotas e incógnitas, descobertas e por descobrir, para as partes occidentaes e mar Oceano, com seus privilegios, imunidades, graças e liberdades, de que desfrutavam os Reis de Portugal, nas partes da A’frica, Guiné e Costa d’Oiro*”.

E, pela “*Inter Coetera*” recebiam os Reis de Espanha

“*et singulas terras et insulas predictaes, sic incognitas et hactenus per nuntios vestros repertas e reperiendas in posterum, quae sub dominio actuali temporali aliquorum principum christiano rum non sint.*”

Essa doação, feita pela “plenitude do Poder Apostolico” era, porém, gravada de um onus. Cabia aos Reis Católicos enviar às terras aludidas, missionários bastantes para dilatar o orbe Cristão. Como, aliás, o declaravam as bulas anteriores, que atribuíam terras a soberanos cristãos.

A primeira Bula “*Inter Coetera*” não traçava limites geográficos à expansão castelhana. Apenas excluía as terras, já àquela época sob o domínio dos príncipes da Cristandade.

Poderiam, pois os espanhois investir para Leste e rumo ao Poente, e assenhorear-se de quaisquer terras de gentios ou infieis, onde já não os houvesse precedido o padrão das quinas portuguesas.

Não era essa, entretanto, a verdadeira intenção do Pontífice. Ou então os inconvenientes de tal amplitude foram-lhe logo ponderados.

Pois, *no dia subsequente*, uma segunda Bula, — igualmente denominada “*Inter Coetera*” fazia correr de Polo a Polo, uma linha ideal, traçada

“a qualibet insularum quae vulgariter nuncupantur de los Azores et Caboverde centum leucis versus occidentem et meridiem.. ”

E somente ao S. e a W. desta linha poderiam os espanhois adquirir soberania territorial. E, ainda assim, sobre terras que

“peralium regem aut principem christianum non fuerint actualiter possesse”,

até o dia de natal precedente, no qual começara a fluir o ano litúrgico de 1493.

* * *

Esta concessão papalina ecoou dolorosamente em Lisboa.

Não poderia, porém, D. João II^o impugnar a *legitimidade em si* do ato pontifício.

Fazê-lo, seria pôr em dúvida o poder de interferência papal em negócios seculares, em assuntos pertinentes ao bem da Cristandade. E tal direito constituia o fundamento do Direito Internacional da época. Único elemento que tornava possível a existência da “*Respublica sub Deo*”, como todo orgânico, diante da ameaça da mourisma.

Demais, negá-lo, seria negar a carta de Afonso IV^o a Calixto II^o. Seria pôr em jogo o fundamento legal da própria expansão lusa, — todos os privilégios que assegurava aos portugueses a conquista e o comércio do Oriente.

O “Príncipe Perfeito” protestou, apenas quanto ao caso concreto.

Ponderou à Cúria Romana que, se Colombo atingira, como pretendia, o Catai e Cípingo, taes áreas já estariam incluídas no domínio português. Pois a jurisdição lusa sobre ditas terras do chá e da seda estaria prevista pela doação de Eugênio IV^o.

Aceitava, pois, o fundamento jurídico da Bula. Negava-lhe aplicação, por incidir sobre áreas já nominalmente apropriadas, embora não estivessem na posse real e efetiva da Corôa lusa.

A nota do Rei português foi rejeitada. Nem podia deixar de sê-lo. Pois o domínio português se estenderia, pelos documentos anteriores até a Índia. E não atingia as terras do Extremo Oriente, — o lendário Pequim de Marco Polo.

Aliás, se tais áreas estivessem na órbita lusitana, o remédio encontrar-se-ia na própria Bula: seriam portuguesas se estivessem “sob domínio temporal atual” do Rei D. João II^o.

* * *

Este não se dá por batido. Ordena a Rui de Sande que proteste junto ao Rei de Castela. Nega-se a receber as credenciais de Lope de Herrera, — o enviado extraordinário espanhol. Envia a Madri Pedro Dias e Rui de Pina, a propôr a partilha do Mundo por outro meridiano.

“linea tomada desde las Canarias contra el Poniente...”

Responde a Corôa de Castela obtendo do Pontífice a Bula “*Dudum Siquidem*”, revogando expressamente quaisquer por este feitas, ou por seus precessores. E incluindo, na esfera de Espanha,

“todas e cada uma das ditas ilhas, e terras firmes, achadas e por achar, descobertas e por descobrir, as quaes navegando ou caminhando para o mesmo Ocidente ou Meio Dia, estejam ou tenham estado e apparecido, ou existam, nas partes meredionais, *Orientais e da India.* ”

Em consequência, um frêmito de guerra abala a Península. D. João apresta uma grande frota para rumar ao Ocidente. O Duque de Medinasidonia pede autorização aos Reis da Espanha para velejar em seu rasto, e dar-lhe eventual combate, nos mares do Descoberto.

Mas Castela está esgotada economicamente. A guerra de Granada exauriu-lhe o tesouro. As próprias joias da Rainha encontram-se dadas em penhôr, para equipar a frota de Colombo.

Prosseguem as negociações. E, aos 7 de Junho de 1494, no longinquo burgo de Tordesilhas, firmava-se o célebre Acôrdo, a partilhar o Mundo, que surge para a vida internacional.

Intitulava-se oficialmente “*Capitulación de la Partición del mar Oceano*”. Porque, naquele século XV, que findava em meio das navegações e das conquistas, — o mar era o principal. E o mais: — ilhas e terras, e praias e jazidas era o accessório, o contingente, o aleatório, — o presente trazido pelo mar...

* * *

O Acôrdo foi ratificado três meses após, em Setubal em — 5 de Setembro de 1494), e confirmado, aos 24 de Ja-

neiro de 1506, pela Bula “*Ea quae pro bono pacis*”, assinada pelo Pontifice Julio IIº, a pedido de D. Manuel.

E, por êsse Convênio, Don Gutierrez de Cardenas e Don Enrique Enriquez, por parte de Espanha, e D. Rui de Souza, Senhor de Sagres e Beringel, seu filho João de Souza, almotacel-mór e Aires de Almeida, corregedor-mór e conselheiro real, traçam.

“pelo dito mar Oceano, *uma raia ou linha direita de polo a polo*”.

Corre ela, não mais a cem léguas do Cabo Verde, e sim a trezentas e setenta léguas dos Açores, — contadas

“em graus ou por outra maneira, que melhor e mais rapidamente se possa efetuar”.

Partilha-se, dest’arte, o Mundo Novo. Terras ainda por descobrir, áreas por devassar. *Título precedendo a posse*. Recaindo, por grosso, sobre o que se viesse a apurar um dia.

CARATER JURÍDICO DOS DIREITOS PARTILHADOS.

Alguns autores têm procurado recentemente diminuir a importância internacional das Bulas de Alexandre VIº, e do tratado, que as modificou.

Nys foi o primeiro a negar-lhes aspeto dirimidor de controversias. CHARLES GOYAU, no Curso, proferido em Haia, acerca do “*Catholicisme et le Droit des Gens*” confessa não haver lido o texto. Mas pergunta se seu alcance não haverá sido exagerado.

MACEDO SOARES (*Fronteiras do Brasil no regimen colonial*, pág. 14) nega que a Bula “*Inter Coetera*” haja dividido o mundo em metades.

Para CAPISTRANO DE ABREU, o “arreglo” de Tordesilhas “foi meramente formal e teórico”. OSWALDO ARANHA vê, na demarcação aludida, uma limitação

“mais teórica do que real, mais espiritual do que temporal, mais religiosa que geográfica” (ap. BRENNO MACHADO VIEIRA CAVALCANTI — *Natureza jurídica do mar*, pág. 10).

A nosso vêr, no entanto: —

1º) as Bulas e Tratados visaram, não apenas delimitar as “zonas de influência”, ou catequese, encargos espirituais e os respectivos onus, — mas, também, traçar, realmente *Fronteiras*, no sentido jurídico do termo;

2º) Os Papas signatários das Bulas concediam, e os Reis, signatários dos Pactos, mutuamente se reconheciam poderes soberanos sobre as terras, objeto destes atos jurídicos;

3º) Tais poderes soberanos atingiram não apenas as terras, mas ainda as águas adjacentes ou contíguas. E atribuíam aos respectivos titulares o direito de regulamentar o comércio e o acesso a estas áreas.

A prova é sobejamente facil.

As afirmativas supra defluem do texto expresso dos documentos em questão.

Xisto IVº, na Bula “*Aeterni Regis*”, reconhece que os soberanos portugueses fizeram explorar a África por seus subditos; que

“com ajuda somente dos ditos naturais, fizeram descobrir as ditas províncias e *aquiriron e possuiron* como dito he, *como verdadeiros senhores, os ditos portos, insulas e mares*”.

E, porisso, dá-lhes faculdades, implicando a soberania:—

“O dito Rei Dom Affonso, ou o dito Infante, per sua autoridade adquiria e possuia justa e legitimamente as ditas ilhas, terras, portos e mares, *os quais pertenciam de direito ao dito rei Dom Affonso e a seus successores*”.

Comina penas eclesiásticas contra quem os perturbe no gozo das terras assim adquiridas.

Eugênio IV^o declara que as terras tomadas aos infiéis *pertencerão a Affonso V^o e seu successores*.

ALEXANDRE VI^o, por seu lado, declara doar, conceder e assinar aos Reis de Castela e Leão a área concedida pela “*Eximiae Devotionis*” para sempre, e

“com todos os seus domínios, cidades, castelos, logares, vilas, direitos e jurisdições”

Lógicamente, o mesmo se conclui. Disseram-no, no século XVII, Vittoria e Suarez, embora negassem ao Papa o direito de doar terras pertencentes a gentios.

Reconheceu-o Francisco I.^o de França, quando diz querer vêr a cláusula do testamento de Adão, que o privava do condomínio sobre terras do Ocidente.

Proclamou-o, enfim, no seicentismo, o Pe. Serafim de Freitas, quando, respondendo ao “*Mare Liberum*” de Grócio, buscou nas Bulas e Tratados o fundamento legal do “*Justo Imperio Lusitanorum Asiatico*”.

Nem se diga que a “*márcação*” de Alexandre VI^o não criava fronteira, no sentido geográfico do termo,

Se fronteira é a linha de divisão, que separa jurisdições soberanas; se tanto o é *a fronteira natural* como a tracejada por linhas ou meridianos, ao sabôr das contingências diplomáticas, não ha que negar tal carater ao círculo máximo determinado pelo Pontifice.

Era creado por uma autoridade religiosa, e garantido pela excomunhão *lata sententia*, em que incorreria qual-

quer transgressor. Mas constituia, também, traçado político, para valer *de jure*, entre os Estados vizindários.

E, tanto assim era, que o Tratado de Tordesinhas declarava:

“que tudo o que até aqui se tenha achado e descoberto, e daqui por diante se achar e descobrir pelo dito senhor rei de Portugal e por seus navios... *desde a dita raia e linha dada na forma supracitada, indo pela dita parte do levante, dentro da dita raia.* CONTANTO QUE NÃO SEJA ATRA-
“VESSANDO A DITA RAIÁ, que tudo seja e fique
“ e pertença ao dito senhor Rei de Portugal e a seus
“sucessores para sempre. . .”

Ora, uma linha, que separa possessões; linha que é defeso atravessar; linha, cuja travessia sem prévia licença constitue ilícito canônico e ilícito internacional, — que é senão *Fronteira*, limite, demarcando *RAIA* lindeira, no dizer dos próprios negociadores?

Mesmo que se quizesse negar valôr jurídico aos diplomas papalinos (absurdo, frente ao Direito Internacional da época) lá estariam acôrdos diplomáticos, negociados, assinados solenemente por plenipotenciários, munidos de credenciais bastantes, ratificados pelos Reis. E confirmados, mais tarde, por novas bulas. Sancionadas por novas cominações religiosas.

* * *

Os atos pontifícios, ao distribuir as terras silenciavam, algumas vezes, quanto ao domínio do mar.

Admitiam, entretanto, os juristas italianos existir um “mar territorial”; na largura de cem milhas. Era a “*diocese*” do litoral, segundo CUJACIO. E tal faixa marítima constituia “mar fechado”, cujo acesso ficava ao arbítrio do Estado litorâneo.

Essa era uma norma quasi universal.

Já no século XII, o “Black book of the Admiralty” mencionava, como parte integrante do território de Inglaterra, “the sea belonging to the King of England”.

Gênova intitulava-se dominadora do Mar Ligúrico. Veneza consorciava-se anualmente com o Adriático. E a Inglaterra apelidava a Mancha de “British Channel”, e por três vezes iria à guerra com a Holanda, afim de assegurar o respeito a seus direitos senhoriais. E por três vezes, lhe imporia os navios bátavos saudarem o pavilhão britânico, quando cruzassem navios de Sua Magestade, nos Estreitos de San Patrick, Bristol, São Jorge, em águas da Irlanda, ou no Atlântico Norte. (2.º Tratado de Westminster, de 9 de Fevereiro de 1674, art. 13).

E não éra só. Espanha reclamaria direitos absolutos sobre o Mar do Sul. A Rússia imporia sua jurisdição plena sobre o Mar Cáspio, e aspiraria dominar, no século XVIII, no mar de Bering; a Dinamarca pretenderia apropriar-se do estreito, entre as terras groelandesas e a Islândia.

Um século mais tarde, ALBERICO GENTILE diria, em suas “*ADVOCATIONES HISPANIAE*”:

“At ego quod olim scripsi, in libris belicis, territorium, et de terris dici, et de aquis”

E uma séria polémica iria travar-se, entre BURGOS e GRASWINCKEL, acerca dos direitos senhoriais das repúblicas italianas sobre a faixa de mar, adjacente a suas costas (vide GEORGE GRAFTON WILSON, — “Les eaux adjacentes aux territoires des E’tats”, “*Recueil des Cours de L’Academie de Droit International*”, vol. I.º/129)

Não é de espantar, pois, que os negociadores de 1494 hajam tambem dividido o Mar Oceano, — cincoenta anos antes das Preleções de Vittoria, cento e vinte anos antes de Grócio; dois séculos anteriormente ao aforisma de Bynkershoek.

E, sôbre estas águas e litorais, Portugal e Espanha fizeram pairar o *pacto colonial*. Isto é: o fechamento dos portos ao comércio estrangeiro, o regímen que fazia depender o direito à mercancia da prévia autorização do Conselho Ultramarino, ou da “Casa das Índias”. E, por vezes, o *monopólio*, em beneficio das Companhias Gerais do Comercio, as grandes autarquias da época.

Ainda aqui, tal preceito se harmonizava com o Direito Internacional, então vigente. E a prova, temo-la na “Ordonnance”, baixada em 1537 por Francisco I.º de França. Na qual se cominavam, —

“expresses défenses aux sujets du Roi, tant généralement que particulièrement, qu’ils n’aient a voyager sur es-dites terres de Brésil et Maleguette, ni aux terres découvertes par les rois de Portugal, sous peine de confiscation de leurs navires, denrées et marchandises, et de tout ou un chacun de leurs biens, et punitions corporelles” (2).

E as leis internas dos Estados colonizadores o comprovam. Assim, nas sucessivas sesmarias e formais, que introduziram, entre nós, o regímen feudal das Capitánias, — El Rei concedia apenas aos senhores donatários a liberdade de comerciar com outra Capitania. O escambo internacional continuava defeso. E, mesmo o comércio com a Metrópole vivia gravado de onus fiscais e de “restrições quantitativas”. Algo que um escritor moderno chamaria, por certo, “contingentes de exportação”...

(2) “Terres de Maleguette” correspondem, no documento acima, à Costa da Guiné. (Vide “Les essais de colonisation en Amérique. — Histoire du Commerce de la France” — Art. Rousseau, edit.).

A LUTA CONTRA O MERIDIANO

Tordesilhas representava uma vitória diplomática de Portugal.

Vitória, porém, incompleta e imprecisa. Incompleta, pois apenas se afrouxara o prodomínio marítimo, que as Bulas de 1493 atribuíam à Espanha. Imprecisa porque se partilhara o vago, o desconhecido.

E não se sabia, ao menos:

- a) O ponto de partida para o cômputo das longitudes;
- b) o comprimento da “légua”, que mederia o espaço entre êsse ponto de partida, e o círculo máximo, previsto no Acôrdo.

“Se sabe que la extensión de la legua marítima varia nó sólo segun los paizes “confessa SANTIVÁÑEZ, “sino que cada lugar ha ofrecido variaciones en diferentes épocas. Los náuticos en tiempo de la Conquista no estaban de acuerdo acerca de la verdadera extensión de la legua marítima, y esta fué una delas causas que concurrieron a oscurecer el celebre litigio, que respecto al término de sus respectivas jurisdicciones suscitó entre los dos primeros conquistadores del Peru, Pizarro y Almagro. (3).

Certo, já não era a imprecisão total da Bula, fruto da rapidez com que fôra conseguida. Já não se tomaria, simultaneamente, para meridiano inicial do cômputo, o que passasse “por Azores y Caboverde” — distantes entre si mais de cinco graus de longitude.

Partir-se-ia dos Açores. Mas de que ilha? E qual seria o comprimento das leguas, “contadas em graus, ou por outra maneira”, no dizer do Tratado?

(3) Ap. VICENTE QUESADA — *História colonial argentina*, pág. 23.

Aos 13 de Julho de 1573, D. Miguel Lastarria, cosmógrafo dos Reis Católicos, e Francisco Fernandez, desenhista da Côrte Hispânica, compuseram o “mapa geográfico da América Meredional, de parte da África e de Ásia”.

Nêle, vemos delineadas, *a um tempo*, três linhas possíveis de demarcação.

A primeira, — baseada no cômputo de “26 1/2 legaes de Castilla al grado”, entraria pela costa do Ceará e sairia na altura da Baía de Todos os Santos.

A segunda, — tomando por base “20 legaes maritimas al grado”, correria da parte oriental do Maranhão até Angra dos Reis. A última, enfim, entendendo por léguas as “17 1/2 españolas y portuguesas al grado”, alcançaria a costa sul-americana entre o Maranhão e o Pará, e engolfar-se-ia no Oceano, nas proximidades de São Vicente.

Os cartógrafos portugueses, no entanto, PEDRO NUNES e FRANCISCO TEIXEIRA deslocavam em seus mapas a posição continental. E faziam incluir na órbita portuguesa superfícies muito ao sul do Rio da Prata, e, ao norte, até o Orenoco (4)

Esta ambiguidade se fez sentir desde o início.

O problema, porém, recrudescu em 1518. Verificara-se a esfericidade da terra. E mais, fazia-se mistér uma segunda linha divisória, a 180° a W. do meridiano de Tordesilhas, para separar as terras do Oriente e os dominios espanhóis da Malásia e Melanésia.

Foi a *questão das Molucas*. E as Côrtes, que dantes buscavam ampliar seus quinhões na América, puzeram-se agora, a diminuil-os à porfia, Para que, por contra-golpe, em sua gléba se incluíssem Java e Sumatra, as Célebes e as Filipinas.

A *escritura de Saragoça* resolveu momentâneamente a questão, entregando as ilhas a Portugal, mediante inden-

(4) Vide o mapa em questão no livro *A Colônia do Sacramento*, de JONATHAS DA COSTA REGO MONTEIRO, vol. II.º, pág. 112 (edição financiada pelo governo sul riograndense, — 1937).

zação pecuniária. Mas deixava, no fundo, pendente o problema. Pois esta quantia devia ser devolvida, mediante *cláusula de retrovenda*, se, no futuro se provasse situarem-se as Molucas no hemisfério luso...

* * *

Foi então, em 1532, que o CONDE DE CASTANHEIRA, secretário de Estado de D. João III^o buscou alterar de fato o Tratado de Tordesilhas. E introduzir, em lugar do critério de áreas diplomaticamente delimitadas, a *noção do primeiro descobridor ou ocupante*.

Incidente pouco estudado. Mas que consta de documento guardado no “Arquivo das Índias”. Transcreveu-o JAIME CORTESÃO, em seu longo estudo à cerca do “Domínio Ultramarino” (*in* “História de Portugal”, — edição monumental, comemorativa do 8.^o centenário da fundação da nacionalidade”, vol. 6^o, pág. 722).

Era a reivindicação lusa ao estuário do Prata, baseada em possíveis prioridades de navegação nessa latitude.

“Oferecer uma dúvida” anota o autor citado, “era a única esperança, e bem tenue, de obter a aceitação da estranha proposta, que pretendia chã e amigavelmente rasgar o Tratado de Tordesilhas, ao sabôr das conveniências do momento.”

Não se conhece, entre nós, o teor da resposta de Espanha. Foi negativa, por certo. Pois, em 1533, *ad cautelam*, D. João III^o, ao instituir as Capitánias, não doou a totalidade do território americano que, *de jure*, lhe cabia.

Oquinhão mais meridional, — as Terras de Sant’Ana, — integrado na doação feita a Pero Lopes, mal alcançava o litoral catarinense.

Deixava-se, ao sul, um largo claro, uma ampla *Fron-teira-zona* entre os domínios das duas Côroas ibéricas.

De qualquer forma, era o terceiro critério sucessivo que Portugal aventava. Primeiro, os direitos decorrentes das bulas; depois, as estipulações contratuais de Alcço-vas e Tordesilhas. Emfim, *a descoberta ou occupação*, — como se a América fosse ainda “res nullius”.

A EXPANSÃO COLONIAL

Tordesilhas dava, em verdade, à Corôa Portuguesa, ape-nas 2.600.000 kms. quadrados, na América Sulina.

Ainda assim, a princípio, baseados na multiplicidade das cartas, e desigualdade de critérios para a fixação da linha divisória, os espanhois procuraram incorporar a parte sul dessas possessões.

RUY MOSCHERA instala-se em Iguape. Assalta Santos. E somente abandona, com os seus, os territórios portugueses, antes a contra ofensiva dos piratininganos, chefiados por Jerônimo Leitão.

O título de jurisdição, dado pela Côrte de Madri a Cabeza de Vacca, aos 15 de janeiro de 1540, inclui a Ilha de Santa Catarina. E é nestas águas que o explorador fundeia. E’ de lá que parte, de pendões alçados, continente a dentro, a colonizar as terras, dantes doadas a Mendoza.

O escritor argentino AGUIRRE chega a afirmar haver o castelhano chantado

“sus armas en la Cananéa, como senál y termino de su gobierno hacia el Brasil” (5)

No século XVII, porém, o oposto se verifica. São Paulo erguera-se no Altiplano. E passara rudemente a espriar-se pelo sertão.

Ao fim da centúria precedente, já seus “bandeirantes” haviam atingido terras d’além-Tordesilhas. E varejado,

(5) Ap. VICENTE QUESADA, op., cit., pág. 104.

com Braz Cubas, a área do Paramirim. Chegado ao médio Paranapanema, com Jerônimo Leitão, em 1581. E, com Nicolau Barreto, investido rumo ao Potosí, na primeira grande “bandeira” preadora de índios.

Entre 1580 e 1640, a *união pessoal* das Corôas ibéricas, sob a dinastia dos Felipes, embora conservando *in nomine* a soberania a Portugal, veio tirar, na realidade, o caráter internacional à linha de 1494.

Embora Felipe II^o e seus sucessores fossem, nominalmente, “reis de Espanha e Portugal”, unindo apenas os títulos ao governo dos dois povos, pela fusão, em sua pessoa dos direitos dinásticos à sucessão das casas reinantes, — não resta dúvida que a decisão das Côrtes de Thomar implicava na fusão dos impérios coloniais.

E a política absorvente do Conde-Duque de Olivares tendia a transformar essa *união ratione personae* em nexo real, implicando, por conseguinte, na criação de um único Estado soberano.

Consequência: — *de facto*, senão *de jure*, a linha separadora entre as Colônias espanhólas e lusas na América tornara-se simples limite administrativo.

Os paulistas aproveitam a situação. E invadem, mais e mais, o Vice-Reinado de Buenos-Aires e o Vice-Reinado do Perú.

Raposo Tavares e o clan dos Pedrosos destroem as Reduções Jesuíticas do Guayrá. Outros paulistas arrazam Ciudad-Real e Ontiveros, abrindo aos boiadeiros de Sorocaba a róta de expansão, rumo do Pampa.

Depois de 1640, a independência portuguesa. Acende-se a Guerra da Restauração, aquem e além mar. E, unidos num blóco, os “bandeirantes” marcham contra as possessões ultramarinas de Castela.

Combate-se, em 1641, em Mbororé, às margens do Uruguai. Fernão Dias Paes atinge o Rio Grande, com sua “Bandeira” apresadora. E o preamar paulista esten-

de-se, num sucessivo erguer de povoações: Jaguariaíba, e Castro, e Ponta Grossa e Curitiba, e Santo Antônio dos Pinhais. .

Outra onda bandeirante, rumo a Oeste, destroi a província castelhana dos Itatins. Expulsa os espanhóis de Xerez. E Pascoal Moreira Cabral exerce, durante trinta anos, as funções de “fronteiro” luso, no Mboteteu, entre a Serra do Amambai e os pantanais do Mato Grosso. .

Uma terceira vaga paulista parte de São Vicente, pelo litoral. Funda Paranaguá, S. Francisco e Laguna. E, unida aos que vinham pelo sertão, entra no “Continente de São Pedro”, e ocupa, em parte, a Vacaria.

Mais ao Sul, frente a Buenos Aires, tropas regulares do Rio e de São Paulo erguem a Colônia do Sacramento, e a mantêm, meses a fio, a enfrentar, um contra trinta, o cerco de D. José de Garro e das milícias ibéro-americanas. (1680).

Os *tratados de Haia e de Lisbôa*, põem fim à guerra na Europa. Mas suas imprecisões em relação à América Latina, a manutenção do duvidoso critério de léguas, e a revivescência do Meridiano de Tordesilhas mantêm, entre nós, o clima gerador de conflitos.

E tal “animus” persiste, mau grado novo *Convênio, em 1681*, que manda devolver Sacramento a Portugal.

“La diversa extensión de legua marítima y geográfica, usada em los dos paizes” explica VICENTE QUESADA, “venia a aumentar los embarazos; pues, mientras los españoles sostenian que debia emplear-se la legua catellana de . . . 26 1/2 al grado, los portugueses pretendian que fuesse la legua de 17 1/2, ocasionando esta circunstância diferencias muy grandes. ” (op. cit., pág. 23).

A guerra reacende-se, devido ao testamento de Carlos II.º, doando o trono espanhol a Felipe de Anjou. Portugal assina contra Luiz XIV o Tratado de 16 de Maio de 1703. E logo após, ingressa para a *Aliança ofensiva e defensiva* — afim de impedir se confirme a união dos cetros de França e de Castela.

O Conde das Minas toma Salamanca, vara a Guadarrama, e empossa em Madri o Arquiduque d'Autria, como Rei escudado no exército anglo-português de ocupação.

A luta atinge a América. Casais açorianos povoam o Porto de Casaes. E a maré paulista, partindo de Laguna, atinge, no primeiro quartel do setecentismo, Rio Pardo, Santo Antônio da Patrulha, Santa Maria da Boca do Monte.

Embalde a guerra com a França e Espanha termina em 1715. Luta-se ainda e sempre na Colônia do Sacramento e na Campanha. João de Magalhães abre, em 1725, a passagem da Colônia ao Rio Grande, para facultar o apresamento dos gados às forças de Buenos Aires. Brito Peixoto devassa e conquista a Linha do Jacuí.

Em 1733 abre-se no pampa “*a era da estância*” (6) Enquanto isto, a mando do Governador de São Paulo (Conde de Sarzedas), CRISTOVAM DE ABREU tenta levantar os Minuanos, e assim neutralizar os esforços dos Tapes, aliados a Castela... (7)

A Legião dos Voluntários Reais de São Paulo, e os Dragões do Rio Grande encetam, por volta de 1760, uma rude campanha de entreveros e guerrilhas, com os “terços” portenhos. Luta que perdurará, até 1776.

(6) VIRGÍLIO CORRÊA FILHO — *Tragressão da Ráia Torresilhana* (IV.º), in “Jornal do Comércio” do Rio de Janeiro, 7 de maio de 1750.

(7) *Correspondência do Conde de Sarzedas* (Coleção dos “Documentos Interessantes para a História e Costumes de São Paulo”, edição do Arquivo do Estado, vol. 40).

Enquanto isto, navegantes fluviaes portuguezes anexam, sem grande pugna, o vale do Amazonas. E um enorme “rush”, motivado pela descoberta das jazidas de ouro levaria os paulistas ao desbravamento e conquista de Minas Geares, Mato Grosso e Goiás...

Assim, a 1º de Janeiro de 1750, D. João Vº de Portugal poderia jactar-se de estar na posse aproximada de 8.500.000 quilômetros quadrados na América. Ou seja, área três vezes e meia maior que a assinalada em Tordesilhas...

A BUSCA DE UM CRITÉRIO FIXADOR DE FRONTEIRAS

Ora, os negociadores do Tratado de Madri não poderiam fixar-se, para início das negociações, nem nas Bulas Papais (cujo efeito jurídico, em Direito Internacional, os autores da época, como Wolff e Vattel punham em dúvida), nem nos precedentes acórdos de Alcáçovas e Tordesilhas.

Verifica-se, há mais de um século, que as Molucas cabiam no hemisfério português. Mas a Espanha jamais cumprira a devolução dos 350.000 ducados a que se obrigara, pela cláusula VIIº, n.º 3, da escritura de Saragoça. E havia indebitamente colonizado as Filipinas.

Impossível seria, por outro lado, obter o abandono da enorme área, que estava na posse efetiva de Portugal, para além do meridiano de 1494.

Resolveram reconhecer, no preâmbulo,

“as dificuldades invencíveis que se offerecião se houvesse de assinalar-se esta Linha, com o conhecimento pratico, que se requer”.

Reconheceram mais os excessos que, de uma parte e de outra, se haviam praticado. Historiaram suas respectivas impugnações e agravos. Decidiram

“pôr termo ás disputas passadas e futuras, e esquecer-se, e não usar de todas as ações e direitos que possam pertencer-lhes, em virtude dos referidos Tratados de Tordesilhas, Lisbôa, Utrecht, e da Escriptura de Saragoça, ou de quaisquer fundamentos que possam influir na divisão dos seus Dominios por linha Meridiana” (preâmbulo)

Estipularam, ao contrário, que as novas divisas se assentaram segundo o critério de fronteiras, balizadas em

“paragens conhecidas, para que em nenhum tempo se confundão, como são a origem, o curso dos rios e os montês mais notaveis”

E mais:—

“que cada parte ha de ficar com o que actualmente possue, á excepção das mutuas cessões que em seu lugar se dirão” (ibidem)

Era o repúdio formal e explícito ao Meridiano. Era a idéia da *“fronteira natural”*, em lugar da artificial; a *posse atual*, predominando sobre o título.

Para obter esse resultado, os negociadores lusos renunciavam, em nome de seu soberano, às Filipinas. Abriam mão do credito provindo do Pacto de Saragoça Permutavam a Colônia do Sacramento pelos “Sete Povos das Missões”, renunciando, de uma vez por todas, a qualquer reivindicação sobre o Estuário do Prata.

Bem podiam fazê-lo! Pois rezava o art. 1.º, que

“o presente Tratado será o único fundamento e regra que ao diante se deverá seguir para a divisão e limite dos dois dominios em toda a América e na Asia”.

Desapareciam os efeitos da Bula de Alexandre VI^o (melhor seria dizer, “das Bulas”), no que diz respeito à fronteira. Apagava-se a “*linha de demarcação*”; “para o futuro não se tratará mais dela”, nem mesmo a título subsidiário, para o deslinde de dificuldades fronteiriças.

Os “confins dos Dominios das duas Monarchias” eram pormenorizadamente descritos, nos arts. IV^o a IX^o. E, para maior firmeza, os reis signatários prestar-se-iam auxilio para garantir “a pacifica posse e o uso livre e inteiro” dos respectivos quinhões.

Prometiam-se até cooperar militarmente para a repressão de invasões ou sublevações, que procurassem turbar-lhes o gôso dos direitos que do Tratado deçorram. Para a Espanha, a obrigação de garantia cobria o Amazonas, e o litoral português, dos Castilhos Grandes ao porto de Santos. Portugal acede, por seu lado, a garantir a costa hispânica até as margens do Orenoco, e, ao sul, até o Estreito de Magalhães. (art. 25).

Que importa, depois disso, que os Guaranís das Missões se sublevem, ou que o Brigadeiro Antônio Pedro de Vasconcelos, — governador da Colônia do Sacramento reclame ao Rei contra a cessão da fortaleza, que tanto sangue nos custára?

Sim! Porque, embora atacado pela opinião pública; embora anulado mais tarde pelos de El-Pardo; embora substituído pelos de Santo Idefonso e Badajoz, — o Tratado de Madri consolidava a expansão final da América Portuguesa. Fruto da 256 anos de expansão, de guerras e lutas diplomáticas.

A INTERPRETAÇÃO DO UTI-POSSIDETIS

Esse *uti-possidetis*, que êle consagrava, em seu preâmbulo, serviria aliás, de norma-padrão à diplomacia do Império, em suas negociações com o Paraguai, a Bolívia, o Perú, e, até certo ponto, com o Uruguai.

Alguns autores quizeram negar-lhe valôr jurídico, e substituí-o pelo “uti-possidetis de jure”. Isto é, pela posse, decorrente do justo título.

Tal interpretação, porém não é justificável. Pois não mais se trata, em Madri, de respeitar a “possession” e a “casi-possession” das Corôas como nos vetustos Tratados de Alcáçovas., em 1480.

Não mais se tutela a “quasi-posse”, — isto é, a posse de direitos reais desmembrados da soberania;

2º) — O Tratado de Madri consagra, não o *jus possidendi*, derivante do dominio territorial ou soberania, mas o *jus possessionis*, que deflue da POSSE REAL, mesmo desprovida do justo título;

3º) — Os signatários do Acôrdo declaram, com efeito, que os títulos anteriores serão esquecidos, “não se falará mais deles”; estatuem a mútua renuncia a quaisquer direitos e ações que deles possam emanar.

Logo, consagravam o *util-possidetis de facto*. Cobriam-no com suas estipulações, e convalidavam, assim, a prescrição aquisitiva (que, segundo VERDROSS, — é um dos principios gerais de direito, aplicáveis ao campo internacional);

4º) — Cumpre notar, aliás, que o uti-possidetis de fato era, na realidade, o único que poderia, em 1750, servir de deslinde à raia divisória. Do contrário, seria reabrir o debate das passadas pendências, a que o Tratado visava expressamente pôr fim.

5º) — Sòmente êle

“está demonstrado por estabelecimentos, povoações, ou outros monumentos de posse, que se vêem, ou se tocam”,

como relembra, aliás, a nota paraguaia à Côte do Rio de Janeiro, em Abril de 1856.

6º) — Admitir o *uti-possidetis de jure* seria, no dizer do juris-consulto colombiano, DR FLORENTINO GONZALES, tirar os direitos

“más bien del título de derecho con que se posee, que de la misma posesión”.

E comenta o Prof. argentino, Dr. José Leon Suárez, em conferência realizada no Rio de Janeiro, em 1918: —

“. . . en tal caso, no es posesión, es derecho, fundado en títulos hereditarios, y lo que correspondía era invocar el *jus* y no la *possessio*, es decir, la formula inversa del tan mentado primer principio de *derecho americano*”. (El *uti-possidetis* y los limites americanos”, in “Diplomacia Universitária Americana”, Buenos-Aires, 1918, pág. 60.)

* * *

Urge terminar. O tratado de 1750 é, a nosso vêr, o marco crucial de nossa história diplomática.

Pouco importa que, assinado para estar “em perpétuo vigôr entre as duas Corôas” (art. 26), haja sido cancelado onze anos mais tarde, pelo art. 1º do Tratado de El-Pardo.

Os princípios que aceitou, a posse que transformou em domínio, — isto é, em soberania territorial, — o *uti possidetis*, que foi o primeiro a afirmar, no Novo Mundo, constituem a confirmação das conquistas de nossos Bandeirantes e Fronteiros, orientados, de longe, pelo Conselho Ultramarino.

A América Portuguesa surgiu ali, consolidada *de jure* em suas fronteiras.

É êle que sobrevive, nos pactos, que óra traçam os limites de nosso território.

Um aspecto da nomeação de herdeiro em objeto determinado segundo o direito romano

Gaetano Sciascia

Livre docente da Universidade de Roma, contratado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Perante os princípios básicos do direito hereditário romano, a nomeação de herdeiro em objeto determinado (1) constitui uma contradição nos próprios termos. Pois, o testador de um lado nomeia sucessor universal (*heres*) e de outro atribui-lhe coisa certa. Mesmo consistindo em conjunto único de direitos (2), a atribuição não passa de

um elemento patrimonial singular, que não se concilia com o caracter universal de herdeiro.

(1) A locução abstrata “*heredis institutio ex re certa*”, adotada em geral para indicar nosso instituto, nunca se encontra nas fontes certamente clássicas. Uma só vez, num fragmento assaz interpolado (D. 28, 5, 35, 1), acha-se “*institutio ex re facta*”, que sem dúvida é de origem compilatória (A frase é a seguinte: “consequenter dicemus institutiones ex re factas nullius esse momenti.”!). Alhures encontra-se, segundo a forma clássica, “*heres ex re institutus*”, “*rerum heres*” (D. 28, 5, 35, pr.); “*heres ex re certa institutus*” (Cod. Greg. 3, 4, 1); “*certarum rerum heres*” (D. 36, 1, 30); “*certae rei heres*” (D. 28, 6, 41, 8).

(2) Por exemplo, de acordo com as fontes: “*res Italicae*” ou “*res provinciales*” (D. 28, 5, 35 pr.; D. 36, 1, 17, 6); “*bona castrensia*” e “*cetera bona*” (D. 29, 1, 11, 2; eod. 17, 1 etc.). Mesmo nestes casos soe-se designar o objeto da instituição como “*res certa*”. Veja-se, aliás, D. 28, 6, 41, 8 onde Papiniano relaciona a expressão “*certae rei heres*” com o substituto pupilar chamado a suceder na porção de herança paterna que pertence ao pupilo.

Segundo uma partição que se tornou quasi tradicional, os intérpretes distinguem tres hipóteses de herdeiro em objeto determinado:

- a) Nomeação de um único herdeiro de coisa certa;
- b) Nomeação de mais herdeiros de coisa certa;
- c) Nomeação de um ou mais herdeiros de coisa certa juntamente com um ou mais herdeiros regularmente instituídos.

Estudaremos em seguida o último dos tres casos que, a nosso vêr, proporciona, mais que os outros dois, os meios para tentarmos uma reconstrução histórica e dogmática do instituto. Distinguindo a regulamentação clássica (I) da justinianeia (II), ilustraremos a primeira através do exame crítico do texto fundamental que lhe diz respeito, indicando as fases de desenvolvimento do regime; as observações concernentes ao direito justinianeu nos darão ensejo de avaliar na sua essência as alterações sofridas pelo instituto na evolução do direito romano.

Concluindo nossas investigações, apresentaremos afinal um esboço do desenvolvimento da nomeação de herdeiro em objeto determinado, das origens até Justiniano.

I

1. *Exegese da const. 1 Cod. Greg. 3,6 (Gordianus a. 243): observações críticas quanto à autenticidade do texto.*

As fontes que dizem respeito ao concurso de um ou mais herdeiros de coisa certa com um ou mais herdeiros regularmente instituídos, ainda que escassas, são muito importantes para nossa pesquisa; pois, indicam detidamente como os jurisconsultos clássicos e os compiladores bizantinos disciplinaram tal hipótese. Trata-se de um rescripto imperial do terceiro século, reproduzido no Código Gregoriano e chegado até nos, com a relativa interpretação visigótica, através do Breviário Alariciano. Temos,

outrossim, uma constituição de Justiniano, o único texto do Corpus Juris que concerne à questão (3).

Lex Rom. Visig. Corp. Greg. 8,1 — De familiae herciscundae et communi dividundo.

Imp. Gordianus A. Sextio Juvenali.

Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset, sane officio familiae herciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam aliquis esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare falso tibi persuasum est. Proinde, cum iuris ignorantia excusari facile non possis, si maior annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras. *P. P. XV Kal. Nov. Arriano et Papo cons.* (17 de outubro de 243).

Interpretatio. Si quis per testamentum heredem aliquem appellaverit et rem certam, id est aut possessionem aut mancipia aut quamlibet aliam speciem de quo dubietas esse non possit, sub heredis vocabulo dimiserit, cui heredis nomen imposuerit, ad eum et illa quae non sunt nominata perveniant (4).

Este rescrito é geralmente muito valorizado pelos intérpretes modernos, não apenas com relação à hipótese

(3) Não ha certeza de que a epistula de Plínio o Moço (5,7) se refere ao caso. Da mesma forma, não proporcionam nenhum esclarecimento quanto ao regime nem C. 8, 36, 3 pr., interpolado, nem D. 28, 5, 35, pr., demais geral e indeterminado.

(4) Cf. Riccobono, *Fontes*, vol. II (2.^a ed.) pág. 661. De “cum ignorantia” até o fim, i. é, na parte que não interessa nosso assunto, o texto é reproduzido quasi integralmente em C. 1, 18, 2 com referência ao imperador Antonino.

de que trata, mas também porque se alega como prova da origem clássica do recurso ao *iudicium familiae erciscundae* na nomeação de herdeiro em coisa certa. Com efeito, o texto, pela sua própria tradição independente do Corpus Juris, não pode ter sofrido interpolações bizantinas.

Entretanto Pedro Ciapessoni levantou umas dúvidas sobre a autenticidade da constituição gordiana, indicando como glosa visigótica o trecho “sane... potuisset” (5).

Na verdade, a frase incriminada tem falhas estilísticas. Mas, considerada em seu conjunto, não desarmoniza do inteiro texto, pois, como veremos, concorda perfeitamente com seu conteúdo. As palavras que lhe maculam a estrutura são apenas “aliquis esset habiturus ac”, que, visando tornar mais claro o significado, são supérfluas.

Sòmente aí, portanto, com base em razões de forma, pode indicar-se uma glosa visigótica ou uma modificação feita pelos próprios compiladores do Breviário.

Mas não se pode suspeitar a frase apontada, considerando que a interpretação visigótica deixa de mencionar o *iudicium familiae erciscundae*. Não há, pois, nenhum contraste entre o rescrito e seu comentário. Explica-se neste o princípio fundamental expresso por Gordiano no concernente à validação da *institutio ex re certa*. D'a própria natureza de tais “interpretationes”, que o mais das vezes resumen textos clássicos (6), decorre que nem sempre se consideram nelas todos os princípios mencionados pela fonte originária. Demais disso, deve-se lembrar a maneira de formação das mesmas interpreta-

(5) P. Ciapessoni, *Sul senatoconsulto Neroniano*. Studi in onore di P. Bonfante, vol. III pág. 724 nota 277.

(6) Sòmente as “interpretationes” dos textos tirados das Sentenças de Paulo são mais cumpridas do trecho que comentam. Nos outros casos se trata de resumos e extratos, contendo às vezes modificações que põem em dia os mesmos textos. Cf. Patetta, *Storia del diritto italiano* (licções 1934), pág. 17.

ções, derivadas, ao que parece, de precedentes elaborações escolares (7).

Mas, contra a suposição baseada no conteúdo da “interpretatio” segundo a qual a frase “sane... potuisset” constitui uma tardia glosa visigótica, há uma grave objeção; pois, eliminando-se o trecho, iria faltar toda conexão entre o conteúdo do texto e o título (*De familiae erciscundae et communi dividundo*) a que pertence. E visto que deveria tratar-se de glosa posterior à compilação do Breviário (ano 506), para repelir aquela objeção, seria necessário supor que as indicações dos títulos, na Lei Romana dos Visigodos, foram acrescentadas num segundo momento, exatamente quando nosso rescrito tinha já sofrido a modificação; ou que, no caso, o próprio título foi alterado.

Ambas as hipóteses não se sustentam em face do fato de que à resposta gordiana segue-se outra constituição conexa com o mesmo título (8).

Acertado, pois, que o trecho em questão não foi acrescentado numa época posterior à da feitura do Breviário Alariciano, resta ora apurar se se trata de uma ininterposição dos próprios compiladores visigóticos, ou mesmo de uma glosa de data anterior.

Mas a primeira suposição é inverossímil, pois todos os historiadores concordam em declarar que os textos tirados do Código Gregoriano não sofreram modificações

(7) O problema da origem de tais comentários é muito discutido entre os historiadores. Alguns julgam que derivem dos próprios compiladores do Breviário (Savigny, Conrat, Mommsen, Patetta); outros de uma obra das escolas orientais (Costa); a maioria dos autores pensa que os comentários foram tirados de outros comentários mais antigos, de origem ocidental.

(8) Na constituição com a “interpretatio” que segue ao rescrito de Gordiano, discute-se sobre a validade de uma doação feita pelo pai ao filho e seus efeitos. Quanto ao problema das doações no direito romano vulgar, veja o excelente trabalho de Paulo Meréa, *Estudos de direito visigótico*, págs. 63-81.

por parte dos elaboradores da Lei Romana dos Visigodos (9). Da mesma forma, não é sustentável que o trecho “sane... potuisset” foi inserto anteriormente, visto que, devendo-se assim relacionar seu conteúdo com o caso de um único herdeiro em coisa certa, iria faltar a conexão entre a primeira e a segunda parte do rescrito, onde claramente se pressupõe contraste de interesses com outros herdeiros. Teremos, pois, oportunidade de verificar daqui a pouco que a eliminação do trecho tornaria absolutamente incompreensível o significado da constituição de Gordiano.

Cumpra nos, portanto, julgar genuíno em seu conjunto o rescrito e proceder logo a analisar o conteúdo.

2. *Análise do rescrito de Gordiano. Sua conexão com o caso de nomeação de herdeiro em objeto determinado juntamente com herdeiro regularmente instituído.*

O laço existente entre a primeira e a segunda parte do texto, baseado na conjunção “quoque” e no carácter adversativo do inciso “sane... potuisset”, esclarece que a decisão imperial foi provocada por quem, depois de alcançada a maioria, tinha renunciado à herança materna por motivos económicos, acreditando por erro que a lei Falcidia não se applicasse no concernente ao testamento da mãe e que o herdeiro em coisa certa tivesse direito, como qualquer outro herdeiro, aos bens hereditários. Ignorava-se que, embora devesse considerar-se nomeado sem menção da coisa, no juízo de partilha não podia conseguir mais do que lhe pertenceria se fosse válida a instituição em objeto determinado (*non plus emolumentum quam si ex re certa heres institui potuisset*).

(9) Veja os autores citados na nota 7. A comparação de algumas constituições com as correspondentes do Codex de Justiniano mostra que as diferenças são, na maioria dos casos, meramente exteriores.

Assim, deve-se pensar que Sêxtio Juvenal tinha sido regularmente chamado *in ius*, ao lado de um herdeiro instituído em coisa certa de valor insignificante; sendo outrossim onerado de tal forma que não ia caber-lhe, pelo seu erro, nem a metade da herança nem a quarta Falcídia.

Na realidade, segundo o direito vigente, dentro dos limites da Falcídia, o postulante tinha margem para satisfazer aos legatários; e na partilha, o co-herdeiro, nomeado em objeto determinado, obtinha de fato muito menos da quota de herança que, em tese, eliminando-se a menção do objeto, lhe pertencia.

Percebendo tardiamente o erro, o interessado dirigira-se ao imperador a fim de que ele o auxiliasse, alegando que sua renúncia provinha de “ignorantia iuris”. Mas Gordiano indeferiu-lhe a petição.

Não temos dados para indicar qual foi a causa do erro do destinatário do rescrito. O conteúdo do texto autoriza demais uma hipótese.

Sêxtio Juvenal, instituído herdeiro em coisa certa, cujo valor excedia o de sua porção abstrada de herança, tinha sido onerado gravemente com legados e nomeado juntamente com outro herdeiro chamado de modo regular. Em consequência dos mencionados erros, o interessado tinha renunciado à herança.

Mas a frase “non plus emolumentum consequatur” deixa pensar que o valor da porção abstrata de herança era superior ao do objeto determinado. Em todo caso, mesmo assim, não se alteram os limites da questão no ponto que nos interessa.

Por outro lado, insustentável nos parece a opinião de Vicente Arangio Ruiz, segundo o qual o rescrito contemplaria a hipótese de mais herdeiros de coisa certa (10).

(10) Cf. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* (9.^a ed.), pág. 528 nota 1.

A suposição se concilia com a primeira parte do texto, mas não dá nenhuma explicação da segunda, que, ao invés, está em estrita conexão com a primeira. A inegável semelhança entre o inciso “sane... potuisset” e a frase “sed ita, ut... consequi”, contida em D. 28,5,35 pr., constitui por certo um argumento em favor da tese do ilustre autor; mas tal paralelismo, a nosso vêr, confirma apenas como na hipótese de mais herdeiros em coisa certa, assim também na de concurso de herdeiro de coisa certa com herdeiro regularmente instituído, se introduziu no último período clássico uma regulamentação baseada no *officium iudicis familiae erciscundae*.

Ainda menos verossímil se apresenta, porém, a hipótese de Ciapessoni, que, como se disse, elimina o trecho “sane... potuisset”, riferindo o rescrito ao caso de único herdeiro de coisa certa. Tal solução torna ainda mais incerto o laço entre as duas partes do texto.

Devemos portanto julgar eliminada toda e qualquer dúvida sobre qual o caso objeto do rescrito. Gordiano trata do concurso de um herdeiro em coisa certa junto a um herdeiro regularmente nomeado.

3. *Regulamentação clássica do concurso entre herdeiros em objeto determinado e herdeiros regulares, desde que o “de cujus” dispôs do inteiro patrimonio ou de parte dele.*

O rescrito de Gordiano nos atesta que, no terceiro século, segundo doutrina já aceita totalmente (*in dubium non venit*), o caso de que se trata se regia da seguinte maneira.

Com base na normal ficção da *detractio rei mentionis*, o herdeiro *ex re certa* se assimilava ao herdeiro *sine parte* (11), assim como se dava com o herdeiro regularmente no-

(11) Isto se tira da frase “ . sic haberi, ac si sine eius rei mentione institutus fuisset”, quando se tem em conta que o herdeiro de coisa certa fora instituído juntamente com herdeiro sem

meado. No *iudicium familiae erciscundae*, porém, o primeiro podia obter apenas o objeto da nomeação (12), ao passo que o outro recolhia o resíduo dos bens, se houvesse (13). Com efeito, as dívidas ativas e passivas (*nomina hereditária*) se dividiam em igual medida entre os beneficiados; a divisão das coisas (*corpora*), porém, se fazia de acordo com a disposição testamentária; de forma que não havia perfeita correspondência com os quinhões abstratos de herança.

Segundo os princípios da regra ora estabelecida, o caso de mais herdeiros instituídos *ex re certa* ao lado de outros regularmente chamados *sine parte* ou em porções esgotando o monte, devia ser regido assim: cada nomeado se julgava herdeiro pelo quinhão em que era chamado ficticiamente aplicando a *detractio rei mentionis* e as normas gerais do concurso hereditário; no juízo de partilha, porém, os objetos determinados se atribuíam aos respectivos beneficiados e o resíduo dos “*corpora*” se dividia entre os outros herdeiros, de acordo com as quotas feitas pelo “*de cujus*” (14).

Não temos a possibilidade de estabelecer qual a regulamentação jurídica do caso em que o testador tivesse

parte. Cf. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* (2.^a ed.), vol. II p. 553; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* (10.^a ed.), pág. 606. Ao mesmo recurso fazem referência D. 28, 5, 1, 4; D. eod. 9, 13; D. eod. 10; D. 36, 1, 30.

(12) Assim deve-se entender a frase “*sane officio iudicis... potuisset*”. Cf. os autores citados na nota precedente. Quanto às antigas interpretações, cf. Vangerow, *Pandekten* (1867), vol. II pág. 153.

(13) Cf. Perozzi, *loco citato*.

(14) Por ex., supondo A e B nomeados conjuntamente no mesmo objeto, e C e D instituídos respectivamente em 8 e 4 onças do monte: prescindindo da *mentio rei* e multiplicando-se o *as* em *dupondium*, A e B sucediam quantos aos “*nomina*” por 6 onças, C em 4 e D em 2, enquanto no juízo de partilha A e B obtinham a coisa determinada e C e D, respectivamente, $\frac{2}{3}$ e $\frac{1}{3}$ do resíduo dos “*corpora*”.

disposto, com instituições regulares e em coisa certa, apenas de parte de seu patrimônio; o rescrito de Gordiano, pois, formula apenas o outro caso. Pode-se supor, entretanto, que então tinha lugar a validação normal das nomeações em determinados objetos, de forma que mesmo os “*corpora*” se dividiam segundo os quinhões abstratos de herança e não segundo as atribuições feitas pelo “*de cuius*” (15).

Destarte, o herdeiro nomeado em coisa certa não era considerado herdeiro, mas “*heredis loco*”; cabia-lhe a *bonorum possessio*, como se tivesse sido instituído sem menção do objeto; e somente por este meio podia ser legitimado, quer ativa quer passivamente, a todas as ações hereditárias. A presença de herdeiros segundo o *ius civile* não representava nenhum obstáculo. Nas fontes não faltam exemplos de concursos entre *heredes* e *bonorum possessores* (16). Tivemos já oportunidade de demonstrar que o *bonorum possessor* podia pleitear o *iudicium familiae erciscundae* (17).

No rescrito de Gordiano não se friza que a validação tinha lugar “*iure praetorio*”; pois, a decisão trata do resultado concreto da hipótese, antes do que dos meios adotados para obtê-lo.

Aliás, não é admissível que os juriconsultos clássicos pudessem encarar o herdeiro nomeado em objeto determinado às vezes como verdadeiro *heres* e às vezes como *bonorum possessor*, visto que em todos os casos validavam

(15) Se, portanto, os herdeiros regulares fossem chamados em quinhões os quais em conjunto não esgotavam o monte, os herdeiros de coisa certa sucediam nos “*nomina*” e nos “*corpora*”, como se chamados na parte restante do mesmo monte. No caso de a atribuição dos quinhões exceder as 12 onças, era necessário formar um *dupondium* e os nomeados sucediam da mesma forma na parte restante.

(16) Cf. os exemplos em Gai. 3, 41 (Ulp. 29; Inst. 3, 7, 1) e Gai. 2, 135 (Ulp. 22, 23; 28, 2; Inst. 2, 13, 3).

(17) Cf. nosso trabalho em *Archivio Giuridico*, Modena 1945.

sua instituição mediante a mesma ficção. Esta apresenta todas as características do recurso pretoriano, visando utilizar um ato ineficaz por direito estrito.

Ora, é provável que o regime do caso vertente se estabeleceu em dois diferentes momentos, exatamente correspondentes aos diferentes meios seguidos pelos juristas clássicos para obter o resultado visado. Antigamente, a jurisprudência se limitou em reconhecer o herdeiro nomeado em objeto determinado apenas como *bonorum possessor*, sucessor em concurso com o *heres*, segundo o quinhão em que era ficticiamente chamado eliminando-se a menção do objeto; posteriormente, mais ou menos no terceiro século depois de Cristo, definindo-se a evolução do instituto, os jurisconsultos applicaram ao caso o princípio de que o nomeado em objeto determinado praticamente conseguia a coisa certa e nada mais. Não é verossímil que a regra de Gordiano se fixasse improvisamente; pois tal ideia, como também a de que a regulamentação appareceu apenas no último período clássico, contrasta com os princípios gerais da evolução do sistema jurídico romano. Uma vez admitido o recurso da *detractio rei*, era natural que se lhe fizesse applicação a toda hipótese, segundo a orientação favorável à nomeação de herdeiro (*favor institutionum*) que caracterizou sempre o direito hereditário romano (18).

II

1. O regime anterior a 529 e a const. 13 C. 6,24 de Justiniano.

Deve-se julgar que, no periodo pós-clássico, a regra que tiramos do rescrito de Gordiano ficou essencialmente

(18) Um ótimo testemunho, quanto ao nosso assunto, nos proporciona D. 28, 2, 19, onde se exclui absolutamente a eficacia de uma deserdação *ex re certa*, afirmando-se: “*aliam esse causam institutionis*”

inalterada. Com a aproximação entre a herança pretoriana e a civil, o herdeiro nomeado em objeto determinado foi admitido ao *iudicium familiae erciscundae*, podendo propor as ações hereditárias independentemente de alcançar a *bonorum possessio*, considerando-se, em definitivo, como herdeiro segundo o direito civil.

Em 529, a regulamentação do concurso de herdeiros em coisa certa e de herdeiros regulares sofreu notável inovação por parte de Justiniano, em virtude de uma constituição inserta na segunda edição do Codex.

C. 6,24, 13 — De heredibus instituendis et quae personae institui non possunt.

Imp. Iustinianus A. Menae pp.

Quotiens certi quidem ex re certa scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte pro veterum legum tenorem ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. *D. VIII id. April. Constantinop. Decio vc. cons.* (13 de abril de 529).

A reforma de Justiniano visava excluir das ações hereditárias, ativa e passivamente, os nomeados herdeiros em objeto determinado, que até então, no caso deles serem nomeados juntamente com herdeiros regulares, se admitiam à sucessão dos “nomina” segundo o quinhão em que eram chamados eliminando-se a menção da coisa certa. Das categóricas palavras do texto, resulta claramente que tal era a intenção do legislador: “eos tantummodo. . fieri”.

Mas não é da mesma forma claro o alcance da reforma justinianeia antes de mais nada, porque os termos empregados na decisão são ambíguos.

Grande dificuldade oferece, sob êste respeito, especialmente o trecho em que se colocam os herdeiros “scripti ex re certa” ao lado dos que “certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt”; i. é, os onerados de um tácito fideicomisso geral em favor dos outros co-herdeiros (19). Permanece, pois, incerta a razão de tal emparelhamento; nem se intende perfeitamente o alcance do inciso “quos legatariorum loco haberi certum est” com relação aos dois tipos de herdeiros.

Para a solução de tais questões, cumpre nos em primeiro lugar frizar a discordancia existente entre as duas partes da constituição, cuja decisão se refere, na verdade, apenas aos herdeiros em objeto determinado e não também aos outros referidos.

Nem a discordancia se justifica observando que, a respeito destes últimos, a exclusão das ações hereditárias não era uma novidade, e por isso mesmo podia obliterar-se na decisão. Pois, embora seja exato que os herdeiros a que se impôs se contentassem com objetos determinados transferiam aos co-herdeiros, mediante a restituição fideicomissária (20), os onus e as vantagens, a constituição de Justiniano deixou de explicar o motivo da junção das duas figuras de herdeiros.

Ademais, não é admissível que o legislador quisesse emparelhar os herdeiros de coisa certa aos herdeiros gravados de um fideicomisso universal; pois, neste caso, a inovação teria sido expressa com termos mais detidos e na parte da constituição em que se ditava a decisão imperial.

(19) Sôbre tal tipo de nomeação cf. especialmente Inst. 2, 23, 9; D. 32, 11, 4; C. 6, 36, 2; C. 5, 50, 11.

(20) Cf. Gai. 2, 247 e Inst. 2, 23, 9.

Em face de tão várias hipóteses, cumpre nos concluir que o texto de 529, anterior à compilação do Digesto, pode-se conciliar com o regime previsto na máxima obra justinianeia, somente supondo que em 534, quando da inserção no Codex, o mesmo texto foi modificado pelos legisladores bizantinos (21).

De fato, a eliminação da referência aos herdeiros gravados de um fideicomisso tácito (“vel certis... sunt”), como também a exclusão do inciso “quos legatariorum loco haberi certum est”, que diz coisas inexatas mesmo por direito justamente (22), tornam o texto compreensível e correcto. Os acréscimos derivam necessariamente dos Compiladores, os quais, na redação do Codex repetitae praelectionis, puseram em dia as constituições do próprio Justiniano, de acordo com as modificações introduzidas nos textos clássicos e os critérios sistemáticos adotados na elaboração do Corpus Juris.

A auto-interpolação aparecerá clara, desde que se lhe possam indicar os motivos.

A constituição vertente, como ato legislativo isolado, estabelece apenas que os herdeiros em objeto determinado não gozam das ações hereditárias, quando do concurso com outros herdeiros regularmente instituídos. Na conexão lógica da inteira obra legislativa de Justiniano, o texto entretanto aparece eivado de algumas alterações, onde se mencionam os herdeiros aos quais se mandou satisfazerem-se com objetos determinados “pro sua institutione”. Tentamos agora explicar o significado de tais alterações.

(21) A hipótese que na segunda edição do Codex haja constituições de Justiniano interpoladas pelos próprios compiladores, já insinuada em 1889 por Otto Grandenwitz, foi desenvolvida por Emilio Albertario, *Studi di diritto romano*, vol V, pág. 345-354 com ampla bibliografia.

(22) O herdeiro nomeado em coisa certa, não concorrendo com outros herdeiros regulares, se encarou, no direito justinianeu, como “heres omnium bonorum”.

2. *Explicação do acréscimo contido em C. 6,24,13 equiparando o herdeiro de objeto determinado, instituído juntamente com herdeiros regulares, ao herdeiro obrigado a restituir sua quota satisfazendo-se com determinados objetos.*

A mais espontânea hipótese para explicar a interpolação há pouco apontada deveria ser aquela de que os compiladores quiseram estender a decisão imperial aos herdeiros cuja menção acrescentaram. Mas, quando se considera que tais herdeiros, desde a época clássica, transferiam fideicomissariamente aos outros co-herdeiros também as ações hereditárias, o acréscimo se julga supérfluo e extravagante, visto que aqui está colocado fora da *sedes materiae*.

Pelo contrário, tendo em conta a técnica seguida pelos justinianeus modificando os textos antigos e contemporâneos segundo as exigências da obra legislativa, como também avaliando a inegável aproximação que, em consequência da reforma de 529 se determinara entre a figura do herdeiro em objeto determinado em concurso com herdeiros regularmente instituídos e a do herdeiro obrigado à restituição fideicomissária de seu quinhão, satisfazendo-se com objetos particulares, nos parece muito mais provável supor que o acréscimo tribonianeu quiz exatamente equiparar as duas espécies de herdeiros.

Não se trata de fusão de institutos jurídicos, mas apenas de igualação dos seus efeitos. A diferente natureza de cada um deles e a sua não coincidência impedem falar em processo de fusão (23).

Ora, para apreciar sob o ponto de vista jurídico e legislativo a importância da modificação, cumpre, antes de mais nada, nos referir-mos ao escopo com o qual a constituição foi originariamente baixada. No primeiro momento, por certo, Justiniano visou um fim meramente

(23) Na presente hipótese, o regime da nomeação de herdeiro em coisa certa se baseava no recurso da *detractio rei mentionis*, ao

empírico: o de impedir que pudesse participar do onus das dívidas ou das vantagens dos créditos quem alcançava apenas objecto determinado da herança; fato êste que devia parecer injusto à consciencia jurídica bizantina. Assim Justiniano colocou o herdeiro de coisa certa ao mesmo nível do sucessor particular. Mas o imperador não percebeu que o herdeiro de coisa certa, despojado de todos os “nomina”, i. é, dos créditos e das dívidas e, por isso mesmo, das ações, não podia dispor de algum meio para tutelar seu direito.

Na prática, portanto, a nova lei deu lugar a dificuldade; de forma que, talvez, com base numa interpretação benigna, se reconheceu que o herdeiro nomeado em objecto determinado pudesse utilizar-se dos mesmos meios que cabiam ao herdeiro regular, pelo menos para defender seu direito e em face dos outros herdeiros. Pode ser, outrossim, que a aproximação entre o *heres ex re certa* e o *heres* instituído na maneira mencionada, com onus fideicomisário tácito, se determinou em virtude da própria praxe.

Por certo, as falhas e os inconvenientes de tal reforma não escaparam aos compiladores da segunda edição do Codex, preocupados em valorizar em máximo grau a vontade do morto, sem entretanto negar a qualidade de herdeiro ao nomeado em coisa certa.

Dai a interpolação do trecho “vel certis. . est”, em virtude da qual os compiladores provavelmente visaram frizar que, na hipótese, o herdeiro em objecto determinado devia igualar-se para todos os efeitos de direito ao “heres

passo que na outra o herdeiro era tal regularmente, sendo chamado *in ius*. Este último obtinha a coisa certa *ipso iure*, ao passo que o primeiro chegava ao mesmo resultado apenas por obra do *arbiter dividendae hereditatis*. No direito justinianeu houve uma aproximação, no sentido de que a validação da *institutio ex re certa* se deu *ope legis* e o nomeado era excluído *ipso iure* das ações hereditárias.

qui certis rebus pro sua institutione contentus esse iussus est”, exatamente porque, não podendo jamais concorrer com os herdeiros regulares nos “nomina”, se encontrava, como êste, “legatarii loco”.

Os bizantinos não negaram a qualidade de herdeiro ao instituído em objeto determinado; facultando-lhe utilizar-se dos mesmos meios à disposição do herdeiro, quer para tutelar seu direito, quer nas relações com os outros co-herdeiros (24), deixaram em pé os efeitos da nomeação quanto à aceitação da herança, ao direito de acrescer e ao instituto da legítima (25).

3. *Relações entre C. 6,24,13 e o sistema seguido pelo Compiladores na reforma da nomeação de herdeiro em objeto determinado.*

Há autores que afirmam que a reforma de Justiniano se inspirou na constituição de 529, no sentido de que as modificações introduzidas nos textos das Pandectas assinalam o desenvolvimento das regras fixadas naquela lei (26). A nosso vêr, as influências da reforma não vão além do critério geral de valorizar em máximo grau a vontade do “de cuius”. Sob o ponto de vista dogmático, na verdade, em face do sistema hereditário romano, a constituição instaura um ibridismo entre os princípios relativos à sucessão a título universal e a a título particular.

Mas, ao passo que Justiniano, em outras hipóteses, procedeu a uma assimilação orgânica entre herdeiro de coisa certa e prelegatário (27), no caso em apreço o im-

(24) Com efeito, para que a sucessão do nomeado se limitasse à coisa certa, era necessário que ele participasse do *judicium familiae erciscundae*.

(25) Cf. Windscheid, Pandette (trad. Fadda e Bensa), vol. III pág. 172 n.º 11.

(26) Cf. Perozzi, *op. cit.* vol. II. pág. 554.

(27) Cf. D. 27, 5, 79 (78) de Papiniano, onde, depois da palavra *iure*, foi eliminado o adjetivo *praetorio*. A frase final do texto é espúria.

perador ditou uma regulamentação segundo a qual tal herdeiro não se podia encarar nem como herdeiro nem como prelegatário, mas antes como um sucessor “sui generis” participando simultaneamente da figura de sucessor a título universal e singular.

Assim, deve-se julgar que a constituição representa um caso absolutamente especial perante o regime justiniano da instituição em objeto determinado. Como se viu, os próprios Compiladores da segunda edição do Codex, embora mantivessem firme o princípio de que os herdeiros de coisa certa, concorrendo com herdeiros regulares, eram excluídos das ações hereditárias, procuraram entretanto conciliar tal disposição com as exigências da praxe e o espírito já seguido na compilação das Pandectas. Reconheceram assim, quanto a alguns efeitos, a qualidade de herdeiros ao nomeado, aproximando-o, quanto ao resultado concreto, ao herdeiro a que se ordenou satisfazer-se com sua nomeação.

* * *

As observações feitas nos permitem sintetizar os resultados conseguidos, dando um panorama do desenvolvimento histórico da nomeação de herdeiro em objeto determinado, das origens até Justiniano.

O direito quiritário nunca reconheceu eficacia à instituição de herdeiro de coisa certa. O próprio recurso de considerar como não escrita a menção da coisa, sugerido pela jurisprudência afim de tornar a nomeação produtora de efeitos jurídicos, pressupõe o rigoroso princípio de que a nomeação de herdeiro não pode sofrer limitações de qualquer tipo.

Se for verdadeiro que a herança romana se afirmou na origem como sucessão do *heres* na soberania da fa-

milia, por designação do chefe precedente (28), e que, a um certo momento, a mesma herança se transformou em sucessão nas relações jurídicas do “de cuius”, é claro que não podia admitir-se sucessão de herdeiro chamado em coisa diferente do *ius defuncti*, pois isto era em contradição com a própria estrutura e essência da nomeação de herdeiro.

A prova de tal impossibilidade se acha não apenas no fato de que, com a evolução do ordenamento social, a exigência de dispor a título particular com objetivos puramente patrimoniais foi preenchida mediante o instituto do legado, mas também na circunstância de que, por todo o período clássico, se manteve sempre a distinção entre aquisição universal e singular.

No fim da República e ainda mais no início do Império, a nomeação de herdeiro em coisa certa foi indiretamente reconhecida produtora de efeitos jurídicos.

Tal evolução, entretanto, se atuou de acordo com os caracteres do desenvolvimento do sistema romano, sem que as regras do direito hereditário sofressem modificação formal. A antiga norma de *ius civile*, pela qual o herdeiro não podia ser chamado a não ser no *ius defuncti*, aparentemente não se alterou, mantivendo-se íntegra durante todo o período clássico.

O instituto inicia, portanto, sua evolução fora do sistema do *ius civile*; é pois o pretor que, por obra da jurisprudência, supre também neste setor às deficiências de um ordenamento demais rigoroso e já não correspondente às exigências sociais, reconhecendo o nomeado em coisa certa como *bonorum possessor* e concedendo-lhe assinações fictícias.

(28) Cf. a revisão crítica da teoria de Bonfante feita recentemente por P. Voci, *Studi in onore di V. Arangio Ruiz* (1952), vol. I pág. 101-146.

Não é verossímil que a validação se averiguasse no âmbito do *ius civile*, nem mesmo por interpretação jurisprudencial, visto que, no caso, se tratava de subverter uma norma básica do mesmo ordenamento. Nem é possível que a jurisprudência se limitasse apenas a interpretar a vontade do falecido, no sentido de que a eliminação da menção da coisa certa visava diretamente valorizar tal vontade. Com efeito, em virtude do carácter único da nomeação, não se podia distinguir no caso se o testador queria nomear herdeiro universal ou antes atribuir somente um objeto do patrimônio.

Considerando que, numa espécie parecida, embora bem distinta, i. é, na de herdeiro nomeado sem que lhe caiba um determinado objeto, Gallo Aquilio estabeleceu um análogo processo de validação (29), é provável que o primeiro reconhecimento do instituto remonte ao fim da República. Aliás, a hipótese se concilia com a origem pretoriana e a natureza de simples *bonorum possessor* do nomeado e com a atividade que neste período a jurisprudência desenvolveu em favor das instituições de herdeiro.

Durante esta fase inicial, a atividade dos jurisprudencistas clássicos se limitou à pura e simples construção do recurso à *detractio rei mentionis* para a validação pretoriana do instituto, determinando de caso em caso as modalidades de aplicação segundo a variedade das situações concretas.

A construção, entretanto, assinala um afastamento dos rigorosos princípios do *ius civile* relativos à nomeação de herdeiro.

No tardio período clássico, a nomeação em coisa certa sofre ulterior desenvolvimento destinado a modificar profundamente a estrutura do instituto. É pois nesta fase que a atividade da jurisprudência se orienta no sentido

(29) Cf. D. 28, 5, 75 e o trabalho nos Anais da Pontifícia Universidade Católica de S. Paulo, 1947-1948, pág. 225 sobre a nomeação de herdeiro com exclusão de um objeto determinado.

de interpretar, antes de mais nada, a vontade do testador.

Acontece, portanto, que nos casos em que tal vontade apresenta elementos que não deixam dúvidas sobre as intenções do testador, os juristas sugerem novo recurso baseado no sistema acolhido anteriormente. O testamento, pois, se valida sempre mediante a costumeira ficção pretoriana, de forma que, havendo mais herdeiros instituídos, cada um alcança a *bonorum possessio* segundo o quinhão a que é ficticiamente chamado, prescindindo-se da menção da coisa certa; porém, no caso de o testador ter esgotado todo seu patrimônio com as instituições, ou também quando as disposições dizem respeito a conjuntos patrimoniais economicamente distintos, no juízo de partilha o árbitro atribui as coisas determinadas aos respectivos beneficiados e, mediante cauções recíprocas entre os mesmos, torna possível a cada um deles participar dos “nomina” apenas segundo a correspondência deles com cada objeto atribuído.

Semelhante solução se adota no caso de concurso entre herdeiros regulares e herdeiros em coisas certas (30); ao passo que, em todas as outras hipóteses, dá-se a pura e simples validação pretoriana, não sendo possível estabelecer exatamente a efetiva vontade do “de cuius” (31).

Reafirma-se de tal maneira o *favor institutionum*; mas o antigo regime se aperfeiçoa, concretizando-se em determinados elementos objetivos de interpretação da vontade.

Grande é analogia que há com o testamento do soldado, no tocante do qual vige a norma de que um dos herdeiros nomeados sucede, quanto aos “corpora”, apenas nas coisas que lhe foram atribuídas, participando, quanto aos “nomina”, como herdeiro *sine parte* (32).

(30) Cf. D. 28, 5, 79; D. eod. 35.

(31) Cf. por ex. D. 28, 5, 11 Javol., que refere a opinião de Próculo.

A orientação é geral, movendo-se no sentido de derogar os princípios clássicos da *successio in ius defuncti*.

A constituição de Gordiano, reportada acima, na qual se reafirmam os princípios clássicos, foi acolhida numa compilação de leis do IV século, o Códex Gregorianus, e posteriormente na Lei Romana dos Visigodos.

Visto que naquele rescrito se contém regras absolutamente clássicas, podemos afirmar que no período romano-helênico o instituto da nomeação de herdeiro em coisa certa seguiu em geral a evolução do sistema jurídico romano. A constante assimilação entre direito civil e o pretoriano e, por isso mesmo, a gradual aproximação entre herança e *bonorum possessio* provalvemente originou, por obra da praxe, o uso de conferir legitimação ao herdeiro de coisa certa às ações hereditárias, independentemente de alcançar a *bonorum possessio*. De forma que podendo tal herdeiro acionar e ser acionado com a *petitio hereditatis*, como também participar do juízo de partilha entre co-herdeiros, se determinou a igualação entre *heres ex re* e *heres civil*.

Por outro lado, desaparecida qualquer distinção entre *officium iudicis* e *officium praetoris*, como consequência da simplificação das formas processuais, se acentuou a aproximação entre herdeiro de coisa certa e herdeiro-legatário, determinando no direito justinianeu a efetiva fusão das duas figuras.

Com Justiniano se perfaz afinal a evolução do instituto. As *fictiones* pretorianas, pois, decorrem diretamente da lei e a repartição dos “corpora” segundo a vontade do testador não depende do poder discricionário do *iudex familiae erciscundae*, mas de uma norma que obriga o proprio juiz.

Este desenvolvimento apresenta entretanto um desvio especial; pois, em 529, antes da Compilação das Pandectas,

(32) Veja o que escrevemos em *Seminar*, V, (Washington 1947), pág. 31-38.

uma constituição de Justiniano dispõe, em contraste com o direito até então vigente, que os nomeados em objeto determinado ficam excluídos das ações hereditárias, quando concorrem com herdeiros regulares.

Mas tal reforma não altera o regime geral do instituto, ditado na Compilação justinianeia; opera apenas uma mescla dos princípios relativos à sucessão a título universal e a título singular.

O ibridismo pode-se explicar como uma das consequências da evolução pós-clássica das relações entre testamento e codicilo; mas a referencia ao instituto do fideicomisso, feita pela constituição de 529, não autoriza a considerar a nomeação em objeto determinado como especial fideicomisso, visto que aquela referencia não passa de uma tentativa de determinar a situação híbrida do herdeiro de coisa certa em concurso com herdeiros regulares (33).

(33) O problema da distinção entre sucessor universal e singular mereceria uma profunda análise no direito brasileiro, em que o herdeiro, *ipso iure*, não responde além das forças da herança (art. 1587 Cód. Civ.). Os autores, em geral, se limitam a reproduzir sobre o ponto observações de interpretes de direito estrangeiro (cf. entre eles de recenté G. Stolfi, Riv. trim. Dir. e Prov. civ. 1949, 3) sem perceber que a responsabilidade limitada do herdeiro vai alterar o próprio conceito de herança, tirando-lhe os últimos vestígios de sua noção romanística, ainda existentes nos ordenamentos da Europa continental e da América latina, com exclusão do México. Neste ponto o legislador brasileiro deu um passo natural, sob o aspecto prático e evolutivo, mas revolucionario quanto à tradição e a doutrina. Estudo análogo no sistema romano, é o do direito do patrono aos bens do Latino Juniano falecido, que cabem como se constituíssem peculio, i. é, com responsabilidade limitada. A legitima expectiva do patrono, quanto aos bens que deixará *seu Latino Juniano*, pode ser objecto de actos jurídicos, com conteúdo aleatório (cf. Gai. 2,195; 3,58; 2,155), sem que haja violação do princípio de que não se dá herança de pessoa viva (*hereditas viventis non datur*, cf. art. 1.089 Cód. Civ.). Atualizando o direito romano, poderíamos encarar as capacidades produtoras do Latino Juniano como uma espécie de “aviamento”, de valor pecuniário.

A Constituição e a Legislação de Ensino (*)

A. de Sampaio Doria

Não tinha eu cogitado na perspectiva sequer de uma aula de abertura dos cursos, êste ano, a meu cargo. Tendo, porém, suscitado, na Congregação de Professores, o problema das competências da União e dos Estados sôbre sistemas de ensino, convidou-me o diretor desta Casa a repetir, em público, os argumentos, de ordem constitucional, que, no recesso intimo da Congregação, havia eu expandido. Apesar de advertência médica, aqui estou, para dizer, como se fôra de discípulos o auditório, a verdade constitucional sôbre sistemas de ensino.

A FEDERAÇÃO NO BRASIL

A federação, como estrutura de Estado, adoptada no ano seguinte ao da proclamação da República, perdida em 1930, reensaiada em 1934, traída em 1937, foi, afinal, em 1946, restaurada na frase lapidar do artigo 1.º da Constituição:

“Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República”.

Não só a Constituição manteve a Federação. Mas proibiu que, um dia, pudesse ser suprimida, como já se enganara a Constituição de 1891:

“Não serão admitidos, como objeto de deliberaçã. projectos tendentes a abolir a Federação e a República”

(*) Aula inaugural do curso de 1952.

A Federação foi, sempre, entre nós, uma grande aspiração política, e uma grande necessidade nacional. As condições geográficas do país, a escassez demográfica na imensidade do território, a exiguidade de comunicações entre o norte e o sul, do oriente beira-mar às cordilheiras e pântanos do ocidente, talharam, por mênção de Deus para sempre, a federação no Brasil.

A Federação adoptada não é, porém, o que presumam germanos ou ítalo, russos, inglêses ou francos. Mas a que foi concebida, e vive e palpita nos textos das constituições de 1891, 1934 e 1946.

Em tese, federação é a autonomia recíproca entre os órgãos centrais e os órgãos locais de govêrno, pelos quais se haja distribuído, na constituição, o poder público, sob a supremacia da Nação Soberana. Os órgãos centrais são os poderes legislativo, executivo e judiciário, a que se refere o artigo 36 da Constituição, harmónicos e independentes entre si. Os órgãos locais são, em cada unidade federativa, os poderes legislativo, executivo e judiciário que cada uma tenha organizado, e, em cada município, a respectiva camara municipal, e a prefeitura.

Por êstes órgãos, os constituintes de 1891, 1934 e 1946 distribuíram, de certa maneira e em certa medida, o exercício da soberania nacional. Não, como na outorga imperial de 1824, em que os poderes locais ficaram sob tutela do Poder Moderador e da Assembléia Geral. Mas, em rumos opostos, sem nenhuma subordinação política dos órgãos locais ao govêrno da República. Em lugar de hierarquia dos govêrnos provinciais ao govêrno da Côrte, autonomia recíproca entre a União e as unidades federativas, sem embargo da subordinação destas e daquela à Constituição por onde impera a Nação Soberana.

A dependência dos órgãos locais ao govêrno central é o regime unitário. A independência recíproca entre a autonomia da União e as dos Estados é o regime federativo.

DIFERENÇAS QUANTITATIVAS

As esferas de autonomia podem, segundo o modelo que se adopte, ampliar-se ou estreitar-se. Nos Estados Unidos, alarga-se a autonomia das unidades federativas, até para ditar o direito substantivo, enquanto, no Brasil, esta faculdade lhes é vedada pelo artigo 5.º, n.º XV, letra a, da Constituição. São, porém, diferenças quantitativas, e não qualitativas. O elemento sem o qual não há federação possível, é a independência dos poderes dos Estados, em face dos poderes da União, ao passo que, no regime unitário, o elemento específico é a hierarquia dos governos locais ao governo central.

AUTONOMIA E SOBERANIA

Para atalhar obscuridades, tenhamos cuidado em não confundir entre autonomia e soberania.

Nas confederações, os Estados que as constituam, são soberanos, e, daí, o direito de separação que lhes é peculiar. Nas federações, porém, os Estados que as formam, não são soberanos. Apenas, autônomos. A própria União é autônoma. Soberana só a Nação.

Soberania é poder supremo de determinar a si mesmo sua competência. Pelo artigo 1.º da Constituição:

“Todo poder emana do povo, e, em seu nome, será exercido”.

Por isto, só o povo, ou nação, é soberano. O poder que a União exerce, como o dos Estados, emana do povo, titular da soberania. Não tem a União, nem os Estados prerrogativas originárias de si mesmos. O poder que ostentam, é em nome do povo.

Autonomia é poder próprio, dentro de limites impostos. Impostos pelo povo, ou nação soberana, em assembléias constituintes, quando democrático o regime, ou fora desse regime, por outorga do mais forte, que confis- que á Nação, o poder político.

Se a União, em detrimento dos Estados, ou dos direitos dos cidadãos, transpuser as fronteiras constitucionais, a declaração judiciária de inconstitucionalidade do acto legislativo, a concessão de habeas-corpus e mandados de segurança contra abusos do poder executivo, bastam, na defesa dos direitos individuais, e da autonomia dos Estados, a conter a União nos limites constitucionais do que pode.

Se, por sua vez, os Estados exorbitarem no exercício da autonomia que a Constituição lhes outorga, o processo legal, para contê-los dentro do que podem, são, entre outros: os recursos extraordinários, os mandados de segurança, o habeas-corpus, e, ás vezes, a intervenção federal.

LIMITES DA AUTONOMIA

Quem quiser compreender bem a autonomia, além de sua definição de *poder próprio, dentro de limites impostos*, deve considerar, de um lado, os limites que a circunscrevem, e, de outro, a área circunscrita de atribuições.

Os limites são de quatro espécies: as competências privativas, as proibições expressas, os princípios constitucionais, e os direitos do homem.

1.^a) A competência privativa da União fronteiriza a autonomia dos Estados, e a competência privativa dos Estados limita a autonomia da União. Por exemplo, pelo artigo 5.º da Constituição, compete, privativamente, á União declarar a guerra, e fazer a paz, decretar o estado de sitio, cunhar e emitir moeda, legislar sôbre o direito civil, sôbre o comércio exterior, sôbre a navegação de costeagem. A autonomia dos Estados é zero nêsse terreno privativo da União. Não menos, doutro lado, pelo artigo 19 da Constituição, é, por exemplo, privativo dos Estados decretar impostos sôbre vendas e consignações. Em face dêste e de outros artigos, a autonomia da União perde,

por sua vez, na seara privativa dos Estados, a voz do comando.

2.^a) As proibições expressas são limites severos ao poder próprio da União e dos Estados. Pelo artigo 17 da Constituição, é vedado á União decretar tributos que não sejam uniformes em tódo o território nacional. Por outro lado, os Estados, pelo artigo 23 da Constituição, não intervirão nos municípios, senão para lhes regularizar as finanças, no caso de impontualidade especificada, e, por isso, exorbitará de sua autonomia o Estado que intervier nos Municípios com leis orgânicas sôbre o que, em verdade, é da autonomia municipal. Artigos há, na Constituição Federal, que circunscrevem, ao mesmo tempo, e nos mesmos termos, a autonomia da União, a dos Estados e a dos Municípios. Tal o artigo 31, segundo o qual é vedado á União, aos Estados e aos Municípios criar distinções entre brasileiros, estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, recusar fé a documentos públicos. Mercê de proibições, como estas, o poder da União e dos Estados está circunscrito pela vontade soberana do povo, ou nação.

3.^a) Os princípios constitucionais, como a harmonia e independência dos poderes entre si, a temporariedade das funções electivas, a prestação de contas das administrações públicas, carregam as cores á linha extrema das autonomias interindependentes na federação. Tão relevantes são alguns dos princípios constitucionais, que, para a observancia de sete dêles, enumerados no artigo 7, n. VII, da Constituição, o govêrno federal intervirá nos Estados.

4.^a) Os direitos do homem, assegurados extremamente no artigo 141 da Constituição, como a igualdade de tódos perante a lei, a liberdade de pensamento e de conciência, o direito de propriedade, a liberdade de reunião e de associação, a prerrogativa de ninguém ser preso senão em flagrante

delito, ou por ordem escrita de autoridade competente, a inexecutabilidade de tributo sem lei que o haja estatuido, e cuja cobrança seja, cada ano, previamente autorizada pelo orçamento, êstes e os demais direitos fundamentais põem embargos a ação arbitrária dos Estados, ou da União.

O artigo 18 da Constituição foi solene e austero:

“Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adaptar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

COMPETENCIAS PROPRIAS

Observados os princípios constitucionais, respeitados os direitos do homem, atendidas as proibições expressas, e prezadas as competências privativas, ainda um largo campo de acção possível se desdobra. Nêsse campo devoluto, a quem há de tocar, sob o sistema federativo, o poder do sim e do não? A União, ou aos Estados?

O § 1.º do artigo 18 da Constituição, de olhos postos na descentralização politica, desatou o nó em favor dos Estados. Se, no regime federativo, o inalienável e substancial da União se resume em cinco itens; 1.º) as relações internacionais nelas compreendida a independência do país; 2.º) a unidade nacional contra qualquer veleidade separatista; 3.º) a garantia dos direitos do homem contra qualquer abuso do poder; e, 4.º) por fim, a promoção do bem comum, quando acima das forças locais, porque desfalcar os Estados do que não for essencial á União? Foi sob esta inspiração, de boa tempera federalista, que o § 1.º do artigo 18 assegurou:

“Aos Estados se reservam tôdos os poderes que implica ou explicitamente não lhes sejam vedados por esta Constituição”.

Mercê desta outorga constitucional, se a autonomia da União é mais importante pela altura dos encargos que lhe pesam, á autonomia dos Estados foram dilatados horizontes incomensuráveis. Por isso, na dúvida, a competência é dos Estados.

Vistos, ainda que pela rama os limites da autonomia, passemos a examinar a amplitude e a variedade de suas atribuições.

AREA DA AUTONOMIA DOS ESTADOS

Na área interna da autonomia dos Estados, divisam-se, pelo menos, quatro ordens de atribuições: 1.º) a competência privativa, expressa dos Estados, que a União é obrigada a respeitar; 2.º) a competência supletiva dos Estados, enumeradas no artigo 6.º da Constituição; 3.º) a competência concomitante com a da União, em pé de igualdade, como a do artigo 30 da Constituição; e 4.º) a competência exclusiva dos Estados sobre tudo o que lhes não tenha sido vedado implícita ou explicitamente pela Constituição.

COMPETENCIAS FACULTATIVAS OU OBRIGATORIAS

No conjunto destas quatro ordens de competências, algumas ha facultativas, e outras obrigatórias.

Facultativas, como a do artigo 24 sobre a criação de órgãos de assistência técnica aos municípios, ou a do artigo 19, n. XV, que abre aos Estados a perspectiva de impostos de exportação. S. Paulo, hoje, não os cobra, ao contrário do Paraná que tem, neste imposto, a mina de ouro de seu erário.

Outras, porém, das atribuições que a Constituição outorgou aos Estados, são verdadeiras obrigações indeclináveis, sancionadas pela força. Não cumpra, por exemplo, um Estado a obrigação de observar, na organização de sua justiça, os artigos 95 e 97 da Constituição Federal, e os doze princípios que ali são descritos. Bastaria não observar as garantias da magistratura, para a sanção armada da intervenção federal.

Da estirpe das atribuições obrigatórias é a que a Constituição Federal comete aos Estados no artigo 171:

“Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino”.

BASES E DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS

A tarefa do ensino, como a da higiene, por ser acção social, e não acção jurídica e privativa do Estado, é, pelo artigo 167 da Constituição, desempenhada também pela iniciativa porticular. Mas ainda quando a cargo dos poderes públicos, a Constituição traçou marcos intransponíveis á legislação do Congresso Nacional, em três ou quatro artigos solenes.

Doutrina o artigo 166 que a educação “deve inspirar-se nos princípios de liberdade, e nos ideais de solidariedade humana”. Eis as primeiras diretrizes, e do mais alto quilate, na educação de um povo.

O artigo 168 impõe ao ensino primario a obrigatoriedade, e a gratuidade, se official. Ai, se têm duas bases solidas para a educação nacional: a obrigatoriedade, e a gratuidade do ensino primário official.

No numero 1 do artigo 168, determina a Constituição que o ensino primário só será dado no idioma nacional. Acorda-me esta diretriz a firmeza que me coube sustentar, (apesar da celeuma, assanhada principalmente no seio da sempre bem vinda colonia italiana) em incorporar esta diretriz na legislação do ensino de São Paulo, em 1920, quando então exercia eu a direcção geral da instrução pública. A proscricção das línguas estrangeiras no ensino primário já então me parecia profilaxia eficaz pela unidade nacional, contra a estrangeirização dos descendentes de imigrantes enquistados.

No mesmo artigo, numero V, adopta a Constituição, para as escolas officiais, o ensino religioso, como disciplina obrigatória dos horários, ainda que de matrícula facultativa, e ministrado de acôrdo com a confissão religiosa do aluno. Trata-se, como formação da consciência religiosa, de uma das bases de ensino mais prometedoras, para a adaptação das gerações novas ao ambiente social, onde terão de viver, de cujas lutas pelo bem de todos devem

participar, para que, em lugar de criaturas passivas ou nocivas, sejam cidadãos activos e prestantes.

Pelos numeros VII e VIII do mesmo artigo 168, a legislação de ensino, federal, ou estadual, adoptará essas três bases: concurso de provas e de títulos para o provimento das cátedras no ensino secundário official e no ensino superior official e livre; vitaliciedade aos professores admitidos por concurso; e liberdade de cátedra.

Por esta forma, a Constituição já instituiu, acima de leis que o Congresso vote, as diretrizes e as bases mais altas para a educação nacional, a cargo da União, dos Estados, ou da iniciativa particular.

Base, define Adolfo Coelho, e, como êle, os demais dicionaristas, é o que sustenta o peso de um corpo com solidez. Em sentido figurado: fundamento, principio, razão. Ou, com mais pertinência ao debate: — em educação nacional, bases são as condições de preparo, de cultura e de habilitação.

Diretriz, conceitua o mesmo dicionarista, é a linha ao longo da qual se faz correr outra linha, ou uma superfície. E' o feminino de director, como embaixatriz, de embaixador. Na educação, directrizes são as condições para o ideal de uma educação perfeita.

A esta concepção de bases e directrizes correspondem as bases e as directrizes instituidas pelos artigos 166 e 168 da Constituição.

Por êstes artigos, são bases:

— Concurso de provas e títulos no provimento de cátedras.

— Obrigatoriedade do ensino primário em todo o pais.

— Gratuidade do ensino primário official.

— Vitaliciedade dos catedráticos nomeados por concurso.

— Ensino religioso nas escolas.

Pelos mesmos artigos, são directrizes:

— Os princípios de liberdade no ensino.

— Os ideais de solidariedade humana na formação dos educandos.

— Exclusividade do idioma nacional no ensino primário.

— Liberdade de cátedra, ou proscrição a qualquer ciência oficial.

— Facultatividade do ensino religioso, apesar da obrigatoriedade de sua existência nos horários das escolas.

— Ser o ensino religioso, que se ministre, de acôrdo com as confissões religiosas dos alunos.

Estas directrizes e bases são princípios que a legislação do ensino adoptará por ordem do artigo 168. Não se trata de projetos, de futuras disposições em lei ordinaria, mas de preceitos constitucionais, e, pois, dos padrões mais altos do ensino, da estrutura por assim dizer de concreto armado da educação nacional, das directrizes que abrem “clareiras para o infinito”.

Além destas bases, e destas directrizes, a Constituição Federal, no artigo 5.º, n. XV, letra c, faculta á União legislar sobre outras bases e directrizes da educação nacional, a saber, outras condições de preparo e de habilitação, e outras condições para o ideal de uma educação perfeita.

Legislar, porém, sobre outras directrizes e bases não importa em legislar sobre sistemas de ensino para os Estados. Porque, se pelo artigo 170: a União organizará o sistema federal de ensino, pelo artigo 171:

“Os Estados e Distritos Federal organizarão os seus sistemas de ensino”.

“O sistema federal de ensino terá carater supletivo, estendendo-se a todo o Pais, nos estritos limites das deficiencias locais”.

Acima de tudo, tem cada Estado como a União, competência constitucional, para organizar cada um seu sistema de ensino. E por ser outorga constitucional, nenhuma lei ordinária pode nela interferir, restringi-la, ou embaraçá-la.

Para disciplina dessa outorga, adverte parede meia a Constituição, no artigo 146, a legislação do ensino, federal, ou estadual, adotará os princípios, bases, ou diretrizes constitucionais, já indicados. Nenhum sistema de ensino, estadual ou federal, poderá transviar-se das diretrizes do artigo 146, isto é, abrir mão dos princípios de liberdade e dos ideais de solidariedade humana. Nenhuma poderá deslocar-se das bases do artigo 168, como a obrigatoriedade do ensino primário e gratuidade dele, se oficial; o concurso de provas e títulos para o provimento das cadeiras, e a proibição de ciência oficial.

Se a Constituição tão solenemente atribuiu aos Estados competência para organizar seus sistemas de ensino, jamais, repetamos bem alto, poderá a lei ordinária, sob pretexto de bases e diretrizes, suprimir ou embaraçar esta competência constitucional dos Estados. Na colisão entre a outorga constitucional e a legislação ordinária, a outorga prevalecerá, em toda a linha, sem a menor hesitação.

LEI DE BASES E DIRETRIZES

Por que, então, depois de quase seis anos, ainda não organizou São Paulo seu sistema de ensino, paralelo com o sistema federal?

A simples leitura do texto não bastará, para que não se erre, nem errar se possa, no firmar a competência do Estado? Cada um dos artigos 170 e 171 é uma proposição simples, com verbo no futuro do indicativo, e com força imperativa: a União organizará o sistema federal de ensino; os Estados organizarão os seus sistemas de ensino. Onde sombra sequer de dúvida na inteligência única, imediata e evidente, destas duas proposições?

Se não há dúvida, por que, até hoje, não foram observadas?

A' espera de uma prometida lei de bases e directrizes?

Mas onde está, na Constituição, que o artigo 171 depende de uma lei complementar, para ser executado?

Quem terá inventado, e atirado aos quatro ventos o sofisma desta condição? Deve ser uma atoarda de pais desconhecidos.

Os textos de uma Constituição, toda gente sabe, podem ser de duas especies: ou auto-aplicáveis, ou de aplicação condicionada.

São incondicionados, ou auto-aplicáveis todos os que não dependerem de lei ordinaria, ou complementar, para sua execução imediata. Nesta categoria se alinham quase todos os preceitos constitucionais, como manter o Brasil a Federação e a Republica, competir à União legislar sobre direito comercial, ser o poder legislativo exercido pelo Congresso Nacional, competir ao presidente da Republica nomear e demitir os ministros de Estado, não poderem os juizes exercer atividade politico-partidaria, serem todos iguais perante a lei, ter a intervenção no domínio economico por limite os direitos fundamentais, assegurados na Constituição.

São condicionados, porém, os textos cuja aplicação depender de lei orgânica ou complementar. Tais, por exemplo, o preceito do artigo 157, n.o IV, sobre participação do trabalhador nos lucros da empresa, cuja aplicação pende da lei que o regule, determinando-lhe os termos e a forma; o preceito do artigo 158 sobre o direito de greve, cujo exercicio a lei regulará.

Os artigos 170 e 171 da Constituição, porém, são auto-aplicáveis. Nada existe, na Constituição, que os condicione a qualquer lei, para serem cumpridos.

Convém ainda lembrar que os textos auto-aplicáveis se subdividem em facultativos, e imperativos.

E', por exemplo, facultativo o artigo 2.º da Constituição, pelo qual podem os Estados incorporar-se entre si, ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos. Também o artigo 21 que autoriza à União e aos Estados decretarem outros tributos, além dos das competencias proprias de cada um. São textos auto-aplicáveis, e facultativos.

São imperativos, porém, quase todos os textos auto-aplicáveis. A índole da lei é imperar. Leia-se o artigo 4.º da Constituição.

“O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber, ou se malograr o recurso do arbitramento...”

Veja se o artigo 36 § 2.º:

“E’ vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições.”

Ou ainda estes:

“Não podem alistar-se eleitores os analfabetos”.

“Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente.”

“O casamento será civil, e gratuita sua celebração.”

Todos outo-aplicáveis e imperativos.

Os artigos 170 e 171 são da mesma natureza: auto-aplicáveis e imperativos:

“A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territorios”.

“Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino.”

Não se diz ai: *poderão organizar*, mas *organizarão*. Logo, não é preceito facultativo, senão imperativo. Ou cumprem, ou desobedecem. Cruzar os braços, e já lá vão quase seis anos, é infringir rosto a rosto a Constituição, para esta colheita de fome: — ficaram os Estados sob a tutela da União, em matéria de ensino.

Mas a troco de que?

Onde está o embaraço, que não se possa remover?

Incompetencia provincial, para legislar sobre sistemas de ensino?

REGISTRO DE DIPLOMA

Poder-se-ia lembrar, aqui, que o livre exercicio de qualquer profissão somente foi assegurado pelo artigo 141, § 14 da Constituição, se *observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*. E, mais, que estas condições só a lei federal poderá determinar, segundo o artigo 5.º n. XV, letra p, da Constituição. E' privilegio da União.

Poder-se-ia lembrar ainda, que, das profissões liberais, adverte o artigo 161, cabe à lei federal a regulamentação.

Para o cumprimento da primeira destas duas disposições constitucionais, não há negar ao governo federal o exame da legalidade, na expedição dos diplomas pelos Estados. Terá de verificar se foram observadas as condições da capacidade que a lei federal, sem o menor concurso de leis estaduais, houver estabelecido.

Rosnam os más-linguas que o Ministerio de Educação não registrará nenhum diploma, expedido por Universidade estadual, segundo sistema que o estado adote, antes de promulgada a projectada lei de diretrizes e bases da educação nacional.

Não é de se dar credito a esta balela. Em boa justiça, o arco não se distenderá, para o disparo desta seta envenenada.

Em primeiro lugar, não cairia jamais o Ministerio da Educação no ridículo de se haver por cima da Constituição. Por esta, não se condicionou a competência que aos Estados cabe, pelo artigo 171, à lei complementar de nenhuma especie. O artigo 171 é auto-aplicavel e imperativo. E' o que terá diante dos olhos o Ministerio.

Em segundo lugar, a norma suprema para o registro dos diplomas é a legalidade na expedição deles. A legalidade é o acôrdo com os sistemas que os Estados organi-

zarem, cada um para si, em todos os graus, sem desrespeito ás bases dos artigos 166 e 168 da Constituição. O que ao poder executivo federal cabe, é verificar este acôrdo ou conformidade. Nada mais.

Enquanto não forem promulgados os sistemas estaduais, a legislação, vigorante a 18 de setembro de 1946, e não revogada pela Constituição nesta data promulgada, regula, nos Estados, em carater supletivo, o ensino oficial. Se, por lei, o Ministro da Educação receber, para que possa registrar diplomas profissionais, o encargo de contrastar se os sistemas estaduais de ensino observam, ou não, os artigos 166 e 168 da Constituição, sobre bases e diretrizes, seu papel será, então, o de uma vigilância, atenta e rigorosa, da lei, na expedição dos diplomas. Foram expedidos de acôrdo com o artigo 171, sem desrespeito aos artigos 166 e 168 da Constituição, e, mais, foram observados, nos sistemas de ensino, as condições de capacidade para o exercicio das profissões, como determina o artigo 141 § 14, combinado com o artigo 5.º, n. XV, letra p, da Constituição? Se sim, o registro édireito líquido e certo dos diplomados; se não, contra o indeferimento do registro não cabe mandado de segurança.

Suspeitar que o Ministerio da Educação se extravie da legalidade seria pedra injuriosa que o iria ferir sem razão. Seus trabalhos em prol do ensino, no país, têm sido inestimáveis. Ali, há quem saiba ler e, não menos, entender o que lê. Para a defesa da Constituição, ali há quem esteja na estacada, e saiba afiar as espadas. Não receie nenhum Estado atitude intempestiva, ou rebelde do Ministerio.

Ademais, o dever inegociavel de cada qual é observar a Constituição, independentemente do que possa acontecer.

Os seis anos de demora, com que andam ameaçando os Estados com uma lei de bases e diretrizes, estão mas é subtraindo-lhes a prerrogativa do artigo 171 da Constituição. E se acrescentarem outros seis anos, na esperança embora de receberem os Estados, um dia, sua Raquel? Se

o Congresso Nacional, mais teimoso que Labão, tresdobrar o prazo, na falsa dependência de uma lei de bases e diretrizes, para a observância do artigo da Constituição, o que praticamente se terá conseguido, é uma anulação ou revogação *sui generis* do artigo 171, a despeito do disposto no artigo 217.

Em verdade, porém, o que prudentemente talvez mais convenha, é continuar o Congresso dando tempo ao tempo. Bases e diretrizes já foram legisladas na Constituição. Seria tolice negar a existência delas nos artigos, 166, 168 e 172. O projeto em exame no Congresso assemelha-se mais a um sistema de ensino, em miniatura, do que a bases, ou condições de preparo, de cultura e de habilitação, e as diretrizes, ou condições para o ideal de uma educação perfeita.

Sistema (apelemos ainda para os dicionaristas) é a coordenação das partes em um todo, doutrina que coordena noções particulares, conjunto orgânico de leis e princípios. Ou, mais precisamente, subordinação de partes heterogeneas a um todo homogêneo. As partes heterogeneas dos vários ramos de ensino terão, para se realizar a finalidade educativa, de ser coordenadas em um todo homogêneo, formando-se sistemas.

A lei ordinária, sobre bases e diretrizes, que se projeta, sistematiza as semelhanças e diferenças das partes essenciais, que compõem a educação nacional. E, neste caráter, não será uma usurpação á competência que aos Estados confere o artigo 171 da Lei Magna? Não reduz a competência dos Estados a mera faculdade de regulamentação da futura lei de bases e diretrizes?

A INERCIA DOS ESTADOS

Tudo, porque os Estados e o Distrito federal parecem apostados em fechar os olhos ao artigo 171 da Constituição, preferindo a tutela comoda do sistema federal. Até 1946 o sistema federal de ensino era preferencial, e supletivo, para si mesmo, o de cada Estado. Pela Constituição,

porém, de 1946, o sistema federal passou a ser supletivo, “nos estritos limites das deficiências locais”. E’ o que está escrito no parágrafo único do artigo 170 da Constituição de 1946. Os tempos, pois, mudaram.

Mas o cachimbo deixa a boca torta, lá dis o prolóquio popular. Os Estados se habituaram, principalmente desde 1930, á subalternidade unitária, segundo a qual a legislação de ensino federal é a principal, e meramente subsidiária a dos Estados.

Parece não se haverem ainda os Estados apercebido que o regime agora é federativo, também para o ensino. Não se entende bem, por isso, o medo que os imobiliza, a textos auto-aplicáveis e imperativos da Constituição.

A Universidade de S. Paulo precisa despertar. Em seu seio, há valores incomparáveis, na solidez da sabedoria, na técnica do ensino, e na ciência das leis. Só a impoderação, com que, neste País, até semiletrados do direito se alçam a pontífices da Constituição, explicará, talvez, o não se saber, de pronto, integralmente, hoje, qual a legislação de ensino em vigor no país.

Se nós, aqui da Faculdade, quisermos deliberar com segurança sobre o que verdadeiramente está vigente no sistema de ensino jurídico, não encontraremos assim tão desembaraçado o caminho. Na falta do sistema paulista de ensino, é o sistema federal que, neste momento, está sendo aplicado na Universidade do Brasil, o que ha de vigorar em São Paulo? Mas o Regimento que regula, ou rege como lei, a Faculdade Nacional de Direito, não foi o produto de uma delegação de poderes, exercida quando já estava em vigor o artigo 36, § 2.º da Constituição, que veda delegar atribuições?

NÃO HA HESITAR

Organize S. Paulo seu sistema de ensino, em todos os graus: superior, secundario, primario, normal, profissional. E’ o seu dever constitucional.

A iniciativa particular poderá, dentro da mais perfeita lógica, e do espirito federativo, seguir os passos do Estado onde se exerça, ou, se preferir, seguirá os moldes do sistema federal.

Nesta Faculdade, onde sempre vibrou, em cada canto, e nesta cathedra, onde sempre viveu e cada lição o respeito à Constituição do Pais, o amor á liberdade, e o culto do direito, S. Paulo pode contar com advogados desinteressados, para a realidade da Federação, entre nós. O hábito aqui ; descer ás camadas profundas dos factos. A levianidade, contra a evidência, na interpretação dos preceitos constitucionais; as armadilhas, para ajeitar os textos ao que se deseje, as idéias preconcebidas, pela teima dos unitários, contra a autonomia dos Estados, só por contrabando poderão transpôr os umbrais dessa Casa. Mas logo se lhes despe a mascara, As tradições da Faculdade expulsarão, sem clemência, de seu recinto, tudo o que for hostil ao direito, á razão e á lei.

Quem viveu pregando, sem meias palavras, aos moços desta Faculdade, a Constituição do Pais, menos a outorga criminosa de 1937, não há de ser agora, já na reta dos setenta de idade, que vá perder a fé no poder imanente da verdade. No caso em debate, a verdade meridiana é que a Constituição de 1946 pôs termo ás controversias sobre a federação do ensino no pais.

Até 1946, a legislação federal de ensino foi preferencial, e supletiva a dos Estados.

Hoje, porém, de 1946 para cá, o sistema federal tem character supletivo, “nos estritos limites das deficiências locais”. Para cada Estado, o preferencial passou a ser o sistema de ensino, que houver organizado, servindo o sistema federal apenas supletivamente, em suas estritas deficiências. Eis a primeira verdade.

A segunda é que, não sendo os Estados, nem a União, soberanos, mas tão só autônomos, a competência de cada

um, para legislar sobre o ensino, é dentro dos limites que a Constituição impõe. São estes os grandes limites:

1.º) — respeito absoluto às bases e diretrizes dos artigos 166, 168 e 172 da Constituição;

2.º) — observância das condições de capacidade profissional, para que, em conformidade com o artigo 141 § 14, e artigo 5 n.º XV, letra p, da Constituição, possam ser registrados os diplomas;

3.º) — cumprimento das futuras leis, que o Congresso vote, sobre bases e diretrizes que não importem em confiscar aos Estados sua competência, para organizarem sistemas próprios de ensino.

Tudo isto é o que está expresso, com evidência, na Constituição.

O que hoje surpreende e pasma, é o medo geral, como o de quem estivesse metido “no gosto da cobiça e na rudeza de uma austera, apagada e vil tristeza”, o medo geral de cumprir a Constituição, como se ela fora bicho de sete cabeças, papão ou boitatá. Sempre ouvi dizer que, se receio se deve ter, é o de *não cumprir* a Constituição. Medo de cumpri-la, porém, deve ser molestia nova e grave.

S. Paulo, sobre cuja cabeça cintila a gloria da revolução constitucionalista de 32, não há de ser hoje que tremia e tema o cumprimento da Constituição. Nem mesmo lhe fica bem sujeitar-se á rabadilha de ir na onda. Se, para desbravar o caminho aos destinos da patria, o lugar de S. Paulo foi sempre dos primeiros na vanguarda, porque hoje, que sustenta o maior peso da Federação, se há de contentar com a retaguarda? Siga S. Paulo as suas tradições. Não se esquive a suas responsabilidades presentes. Tenha por norte seu próprio juízo.

E juremos todos a federação para cumpri-la e fazê-la cumprir, tal qual foi instituída pela Constituição de 1891 e se acha em grande parte na de 1946,

RUY

Homem de Gênio e Homem de Bem (*)

A. de Sampaio Doria

Nas comemorações do centenário de Ruy, a Faculdade de Direito de São Paulo, onde êle se diplomou, não cede nem à Baía, que o viu nascer, a primazia no entusiasmo e na glorificação do Mestre sem igual. As festividades com que, nesses dias de surpresas, se procura avivar a superioridade de Ruy, não se podem em rigor ter na conta de homenagem. Empalidece de sentido prestar homenagem a Ruy: não se elogia o sol; a êle se agradece o calor e a vida que nos prodigaliza. Nós é que nos homenageamos a nós mesmos, com réconhecê-lo nos alcantis do gênio, e no primado do coração, singular na estirpe dos super-homens, com que a humanidade se vem fazendo digna de sobrevivência.

A capacidade de admiração não é prato do dia, sem dúvida, entre os néscios e os narcisos, aqueles por incapazes, e êstes por vaidosos. Os que, porém, não vivem mordendo-se de inveja, não regateiam louvores ao merecimento alheio. Quando o valor pessoal não é, apenas, dádiva da natureza, senão também fruto do trabalho, porque ressalvas, onde não cabem? porque comparações que amesquinhem? porque avarezas, quando há sobras?

(*) Aula de abertura do curso de 1949

Quando se contempla a figura singular de Ruy, é moda evocar logo Cícero, o cidadão do Senado Romano, para encadeiar Ruy numa órbita de satélite. Quando se quer considerar, em Ruy, o homem de estado, parece obsessão sugerir Rio Branco, o nume tutelar da pátria, no Itamaraty, para cegar, em Ruy, a visão com que antecipou, aos olhos das nações, as bases do direito, na política da era atômica, que começou em Hiroshima. Quando se mede a projecção de Ruy no cenário da política, a balda é vir à baila Epitácio, o orador magnífico, para fraquear as azas da eloquência aiada, com que Ruy superou, nos vôos da imaginação, na sagacidade dos raciocínios, sem desamor à perfeição da forma, a quantos oradores já espiritualizaram a humanidade.

Cessem, porém, na celebração do centenário de Ruy, as comparações da inveja, e as mesquinhezas na incapacidade de admirar. Considere-se Ruy, tão só Ruy, em si mesmo, e nada mais.

Nos cimos da inteligência, e nas eminências do sentimento, entre os insuperáveis, na glória do gênio, e na bem-aventurança da bondade, cada povo parece abençoado com a flor, que só uma vez na vida floresce, de um sem-igual, que não se repete. A Grécia, na constelação de seus maiores, alça, em Homero e Aristóteles, os prodígios que por si só a eternizaram. A Inglaterra, acima de seu império, se gloria de Shakespeare, que lhe sobrevive às quedas do poder e da riqueza. Não se multiplicou, no espírito imortal da Itália, o milagre de Dante. Goethe sublimou sem rival na Alemanha. Quem, na França, empanou jamais o brilho a Hugo na arte, ou a Pasteur na ciência? A Espanha, com D. Quixote, se ufana, com razão, de Cervantes. E o bem amado Portugal elegeu, primus inter pares, o seu e nosso Camões.

Também o Brasil subiu até Ruy, e perdeu-se o molde, para nunca mais.

Singular foi êle, desde o alvorecer de esperanças na Baía, até o ocaso de sua morte em Petrópolis. Entre êstes dois extremos, sua diretriz na vida foi, sempre, uma cons-

tante da verdade ao bem. Alcindo Guanabara lhe simbolizara a vida por:

“uma recta traçada entre a liberdade e o direito.”

Não se desviando nunca dessa recta, de si mesmo confessou, já com a sombra da eternidade nos olhos:

“Ensinei com a doutrina e o exemplo, mas ainda mais com o exemplo do que com a doutrina, o culto da legalidade, as normas e o uso da resistência constitucional, o desprezo e o horror da opressão, o valor e a eficácia da justiça, o amor e o exercício da liberdade.”

Porque sempre:

“Estremeu a pátria, viveu no trabalho e não perdeu o ideal.”

Tendo Deus acendido, “em sua cabeça, um vulcão”, na frase de José do Patrocínio, fez êle dêsse vulcão forças benéficas, em benefício da pátria e da humanidade, posto dêste apostolado mais não lograsse que colheita escassa e melancólica.

Mas estava predestinado.

Ainda na adolescência, grandes lições paternas lhe abriram as portas ao futuro, numa iluminada atmosfera de grandeza evangélica. Tinha Ruy 15 anos, quando terminou os preparatórios; e só aos 16 podia matricular-se na Faculdade de Direito, que o atraia. Não faltaram sugestões para o arranjo de uma certidão graciosa, com mais um ano de idade. Era e é comum. Atalhou, porém, o pai com esta lição:

“Não hás de entrar na vida pública por uma mentira. Perderás um ano e te aperfeiçoarás no alemão.”

Para repelir a falsificação que a tantos parecia e parece inocente, ou hábil, não precisava o filho que lhe ministrassem a lição. A palavra do pai exprimia a índole que lhe bafejara o berço ao filho.

No colégio, que acabava de deixar, já dera mostras de correcção impecável, a ponto de, sessenta anos depois, testemunhar seu professor, Carneiro Ribeiro:

“Era sempre o primeiro a correr à sala de estudos, a desempenhar-se de todos os deveres escolares. No procedimento, sempre discreto, exacto, sensato, e exemplaríssimo. Na moralidade e pureza de costumes, sempre modelar.”

Eram estas as esperanças da meninice, que a mocidade inflamou em propósitos generosos, sempre renovados, apesar das desilusões que não tardaram em lhe amargurar a existência.

Falo de uma cátedra, aos moços, provavelmente pela última vez. Devo, por coerência de meus hábitos, usar com êles a linguagem do professor, que explica e persuade. Por isso, se, ao sairdes daqui, não virdes, em Ruy, a verdade contra os êrros, a argúcia contra os sofismas, o direito contra os crimes, a liberdade contra as opressões, a justiça contra as iniquidades, a consciência contra o egoismo, o ideal em acção, tereis perdido vosso tempo, e eu o meu.

Os professores desta Casa vos falarão, êste ano, em comemoração centenária, na cátedra e na Revista, sôbre Ruy, o jurista, Ruy, o estadista, Ruy, o orador, Ruy, o enciclopédico, Ruy, o batalhador pelo ideal. Em prefácio do que irão celebrar, me designaram para uma visão de conjunto, no que mais a propósito vos pudesse servir, nas lides do direito, em que pondeis vossa esperança, nas lutas pela liberdade, que a dignidade vos impõe, na faina incessante do dever, seja como for, e dê no que der.

COM RUY NINGUÉM ERRA

Para bem começar, em verdade vos digo que com Ruy ninguém erra. Houve quem, certa vez, dissesse que, “com Ruy, nem para o céu”. Mas êsse terminou, na hora do perigo, solidário com êle, para o inferno das lutas amargas, em busca do direito.

Bem haja o govêrno que lhe vem publicando as obras, para que as gerações de hoje e do futuro aprendam:

“o amor da liberdade, servido pela independência e pela desambição.”

Aprenderão que o direito, como dizia êle na “Imprensa”:

“não tem acepção de pessoas, interesses ou opiniões. Na ínfima das criaturas, na mais aviltada, na mais perdida, projeta os seus raios imaculados, como o sol resplandecendo, com a mesma pureza, no cristal do oceano, ou no lodo dos charcos. Quanto mais se rebaixa o ente humano, quanto mais se alonga da sua origem, quanto mais abandonado parece do céu e da terra, mais jús tem a essa proteção da justiça, que não conhece precipícios nem alturas, não varia dos palácios às choupanas, dos tronos às enxovias. Êle acompanha o réu no tribunal, o prêso no cárcere, o próprio condenado no patíbulo, enquanto, com o último alento ainda não respirado, lhe reste a hipótese de um apêlo, a emergência de um êrro descoberto, o imprevisto de uma reabilitação extrema.”

Não haveis de esquecer de que:

“a liberdade é a condição da pátria, é a consciência, é o homem, é o princípio divino do nosso existir, é o único bem, cujo sacrifício a pátria não nos pode reclamar, senão deliberada ao suicídio, com o que o amor da pátria não nos permitiria condescender.”

E mais:

“Quando uma nação se resigna ao cativo, abdicando inteiramente a vontade de ser dona de si mesma, a pátria recolhe-se ao fundo das consciências revoltadas, ou se traslada para o exílio das minorias insubmissas, cuja virtude vai alimentar, no ambiente da hospitalidade estrangeira, o lume da ressurreição que se extinguiria abafado na estreiteza de um ninho de escravos. Sim, porque a pátria não é uma expressão geográfica, nem as maravilhas da criação, que a revestem, nem a multidão humana, que a povoa. O território vem a ser apenas o quadro da existência moral, que expira com a supressão da liberdade.”

Ouvireis êste credo político, hoje sem pregadores, sem seguidores, tão desprezado e tão de rasto:

“Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, emanação dela, o seu órgão capital, a primeira das suas necessidades; creio que, neste regime, não há poderes soberanos, e soberano é só o direito, interpretado pelos tribunais; creio que a *própria soberania popular necessita de limites, e que êsses limites vêm a ser as suas constituições, por ela mesmo criadas, nas suas horas de inspiração jurídica, em garantia contra os seus impulsos de paixão desordenada*; creio que a República decai, porque se deixou estragar, confiando-se ao regime da força; creio que a Federação perecerá, se continuar a não saber acatar e elevar a justiça; porque da justiça nasce a confiança, da confiança a tranqüilidade, da tranqüilidade o trabalho, do trabalho a produção, da produção o crédito, do crédito a opulência, da opulência a respeitabilidade, a duração, o vigor; creio no govêrno do povo pelo povo; creio,

porém, que o govêrno do povo pelo povo têta a base da sua legitimidade na cultura da intelligência nacional pelo desenvolvimento nacional do ensino, para o qual as maiores liberdades do Tesouro constituirão sempre o mais reprodutivo emprêgo da riqueza pública; creio na tribuna sem fúrias e na imprensa sem restrições, porque creio no poder da razão e da verdade; creio na moderação e na tolerância, no progresso e na tradição, no respeito e na disciplina, na impotência fatal dos incompetentes e no valor insuprível das capacidades.”

Não tereis ilusões sôbre govêrno de força, de arbítrio, de violências. Ouvi-o, neste reverso do credo:

“Rejeito as doutrinas de arbítrio; abomino as ditaduras de todo gênero, militares ou científicas, coroadas ou populares; detesto os estados de sítio, as suspensões de garantias, as razões de Estado, as leis de salvação pública; odeio as combinações hipócritas do absolutismo dissimulado sob as formas democráticas e republicanas; oponho-me aos govêrnos de ignorância; e quando esta se traduz pela abolição geral das grandes instituições docentes, isto é, pela hostilidade radical à intelligência do país nos focos mais altos de sua cultura, a estúpida selvageria desta fórmula administrativa impressiona-me como o bramir de um oceano de barbaria ameaçando as fronteiras de nossa nacionalidade.”

Vêde êsse traçado de uma vida nobre:

“Nunca dirigi uma violência, nunca apoiei um atentado, nunca fui pela fôrça contra o direito, nunca fui pela injustiça contra a legalidade. Não conspirei nunca; condenei as conspirações, embora o ódio polí-

tico por mais de uma vez tentasse nelas envolver-me.”

Lembrar-vos-ei de que:

a“ república não é uma série de fórmulas, mas um conjunto de instituições, cuja realidade se afirma pela sua sinceridade no respeito às leis e na obediência à justiça.”

A vida pública só será digna, se correr:

“com a lei e dentro na lei, porque, fora da lei, não há salvação.”

Meditae nesta norma de uma vida militante sadia:

“Toda vez que uma opinião lícita for convertida em crime, eu, em revolta com os inquisidores políticos, me inscreverei na opinião perseguida.”

E, mais, atentando-se que a solidariedade sem discernimento pode vir a ser cumplicidade no êrro e no crime:

“Não sou dos que acompanham os governos a despeito de tudo. Não. A despeito de tudo, só acompanho a minha consciência. Mas, estando com ela, então o amigo com que me acho, a causa, a que sirvo, me tem a seu lado.”

Porque:

“Todo poder ilegítimo nasce com a morte no seio, para viver morrendo e matando.”

Em verdade:

“a República precisa ser conservadora a um tempo contra o radicalismo e contra o despotismo, contra as utopias revolucionárias e contra as usur-

pações administrativas, contra a selvageria anárquica das facções, e contra a educação inconstitucional dos govêrnos.”

Aprendamos, com o Mestre, que:

“a suprema santificação da linguagem humana, abaixo da prece, está no ensino da mocidade. O lavrador dêste chão deve amanhá-lo de joelhos. Crede que me acho realmente sob esta impressão, como se, ao receber dos braços de minha companheira um filho recém-nascido, uma voz interior me segredasse: purifica o teu hálito, que lhe vais insuflar a vida ou a morte.”

E Ruy foi, desde moço, professor. Ensinou sempre, mais com o exemplo que com a doutrina, o amor da verdade, e o amor do bem. Sua prêgação sôbre as instituições constitucionais foi:

“um curso de lições de coisas, para lhes facilitar o uso, pondo-as ao alcance de todos.”

Não acabaria tão cedo, se quisesse recolher, em seu ensino, as joias das idéias cintilantes, dos princípios generosos, dos ideais imaculados, por que viveu, sofreu e morreu.

Seu ministério foi um apostolado, a espera de historiadores, para revelar em ordem sua vida. Nêsse apostolado, Ruy não foi apenas o professor, como há tantos. Não só o gênio que doutrinava; mas o santo que praticava a doutrina doutrinada.

Não exagero, nem regateio. Senão, vejamos.

GÊNIO

Sabeis ao certo o que é a superioridade no homem? Talvez estejais persuadidos de que sim, só com supor que superior é o acima do normal.

Mas já meditastes no que seja, realmente, normalidade? Já vos fizestes a vós mesmos a pergunta: que vem a ser normal?

Não se confunde o homem normal com a média social, o médio, o comum, ou medíocre, em certa civilização, lugar e época. Nas fases de corrupção geral, como a que precedeu a queda do Império Romano, e a que, desde a primeira guerra mundial, vem solapando, no mundo, as bases da moral e do direito, da honra e da justiça, da palavra e da confiança, a média que se apure, é de corruptos, degenerados, anormais.

Normal é, em verdade, o homem que, dentro das leis que regem a vida do individuo e da sociedade, sobrevive por si mesmo. E só sobrevive quem se adapte a estas leis. Pôr-se em rebeldia com as leis de conservação da vida humana, é caminho do suicídio.

Para que a criatura se adapte às leis de conservação da vida individual e social, preciso é, primeiro, que seja capaz de as apreender e cumprir. Dai, serem o imbecil e o criminoso anormais.

E, então, de duas, uma. Ou o homem é capaz de discernir entre as condições positivas e as negativas da vida, e, sob o aspecto intelectual, é normal, porque, se veio ao mundo, é para que viva; ou o homem, ao contrário, não é nem ao menos capaz de delimitar entre o que respeita, e o que destrua a vida do individuo e da sociedade, quanto mais de respeitar as condições positivas e repelir as negativas, e viverá destruindo-se a si mesmo e aos outros, e será demente, ou bandido.

O lugar e a ocasião não permitem desenvolvimentos. Mas, numa síntese compreensiva, normalidade é a capacidade de adaptação individual às leis da vida.

Quando a capacidade de adaptação de um homem supera a média de sua raça, de sua gente, de seu meio, êste homem é supernormal, ou superior. Se abaixo da média, o individuo é subnormal, ou inferior.

A superioridade orgânica é vigor, saúde, destreza. A superioridade intelectual é talento, e, quando o sumo gráu no poder de previsão, no poder da verdade, é gênio. A superioridade moral é abnegação, e, quando o sumo gráu na prática do bem, é santidade.

Haverá gênios que não sejam santos, como Napoleão. E santos que não são gênios, como é de regra. Só por milagre se encontrará, na mesma criatura, o que edifique para sempre em beleza e verdade, e o que, ao mesmo tempo, sacrifique sua vida por amor de seus semelhantes, por devoção a princípios, na prática do bem pelo bem.

Quando uma criatura percebe tudo de pronto, certo e muito; quando tudo memorize, sem esquecer até minúcias; quando lhe rasga a imaginação horizontes insondáveis; quando o verbo com que se exprima, se transluz em clareza, e encanta pela beleza; quando não há trincas na lógica dos raciocínios para a revelação e a prova das verdades; quando tudo isso converge numa só pessoa, não há negar que estamos diante de uma capacidade excepcional. Que mais se há de exigir para a genialidade, além da suma capacidade de prever?

Os repentinos, as explosões, o desequilíbrio? A criação, a invenção, a decifração de mistérios?

Ruy atingiu, na segurança, na profundidade, e nos longes da inteligência, ráias insuperáveis. Foi um prodígio de memória. Verbo como nenhum outro. Argúcia que vê mais e melhor que a média. Raciocínios maravilhosos. Imaginação surpreendente.

Em Haya, para onde as nações enviaram sumidades da inteligência e da cultura, Ruy foi, pelo gênio com que se houve, e pela sabedoria que revelou, o maior de todos.

Entre os membros da conferência, testemunha Stead, o jornalista daquela assembléia de notáveis:

“não tardou muito que se esvanecessem as dúvidas sôbre a qualidade e o calibre do representante do Brasil. Desde as primeiras assentadas, tomou

parte o Dr. Barbosa em todos os debates mais relevantes, com uma compostura, uma calma e uma imperturbabilidade, que, a princípio, o tornaram objeto de zombaria e, ao depois, de desgosto. Tinham vindo a sentir que o Dr. Barbosa era um combatente de primeira ordem. cuja fôrça nunca se mostrava mais eficaz do que na investida. A mais de um dos que o saltaram, deu êle a experimentar de tal modo êsse predicado, que nunca mais se animaram a tocar-lhe.”

E acrescenta:

“As duas maiores fôrças pessoais da Conferência foram o Barão Marshall, da Alemanha, e o Dr. Barbosa, do Brasil. Atrás do Barão Marshall, porém, se erguia todo o poder militar do império germânico, ali bem à mão, de continuo aos olhos de todos os delegados. Atrás do Dr. Barbosa estava apenas uma longínqua república desconhecida, com um exército incapaz de qualquer movimento militar, e uma esquadra ainda por existir... Apesar disto, ao acabar a Conferência, o Dr. Barbosa pesava mais do que o Barão Marshall. *Maior triunfo pessoal na recente Conferência, nenhum dos seus membros o obteve; e tanto mais notável foi, quando o alcançou êle por si só, sem nenhum auxilio estranho.* Aliados não tinha o Dr. Barbosa; tinha muitos rivais, muitos inimigos, e, contudo, vingou aquele cimo. *Foi um imenso triunfo pessoal, que redundou em crédito para o Brasil.*”

Como Stead, Lapradelle, maravilhado com a ciência e a eloquência de Ruy, nos dá êsse testemunho:

“Antes de tudo, a eloquência. Foi um assombro. Corria malignamente, nas delegações, o rumor de que

os belos discursos de Ruy Barbosa eram longamente preparados, decorados e recitados. Um dia, um dos presidentes tentou deter Barbosa, alegando que a questão de que êle queria tratar, inteiramente política, estava fora do programa duma conferência, exclusivamente jurídica. E o primeiro delegado do Brasil, num improviso magnifico, mostrou que, entre o direito e a política, não podia, não devia, nas relações internacionais, haver jamais separação. Outro dia, quando o maior dos oradores norte-americanos, Choate, acabara de pronunciar um eloquente discurso em inglês, Barbosa se levantou antes de ser feita a tradução.

— Espere que o intérprete traduza, lembraram-lhe.

— Que êle espere acabar eu o meu discurso. Traduzirá os dois.

E passou a responder em inglês tão brilhantemente, como o fizera em francês.

“Mas em Haya, continua Lapradelle, aprendeu também a Europa, por Barbosa, que, no Brasil, a ciência igualava a eloquência. Tinha lido todos os livros. Todas as doutrinas conhecia. Jurisprudência, êle as tinha anotado todas. Enfim a Europa aprendeu que esta ciência, esta eloquência, o Brasil sabia pô-las a serviço das mais preciosas causas: a inviolabilidade da propriedade, o desenvolvimento do arbitramento, a igualdade dos Estados. Na sala dos Cavalheiros, séde da Conferência, era, sob sua aparência franzina, frágil e quase exigua, um dos maiores cavalheiros da idéia de justiça e de paz. Graças a Ruy Barbosa, defensor do direito, o Brasil saiu engrandecido ante o mundo, da segunda Conferência de Paz.”

Não varia de conceito o embaixador dos Estados Unidos em Paris, Robert Bacon, quando lhe dizia:

“Vossa eloquência e vossos triunfos em Haya atraíram a atenção do mundo civilizado. Não são sómente as duas Americas, é o mundo inteiro que deve aproveitar, para sempre, de vossos nobres esforços.”

E fez Hill, o delegado dos Estados Unidos à Conferência, esta previsão:

“Se vós, Sr. embaixador, sois a alma do Brasil, se as vossas idéias, tão claras, tão justas, tão nobres, tão modernas, predominam em vossa pátria, eu lhe predigo, no futuro, uma prosperidade sem limites, assim como o respeito do mundo inteiro às suas leis e instituições.”

Eis Ruy como era reconhecido na Europa e nos Estados Unidos. Silenciemos o testemunho de casa, que pode ser taxado de patriotice. Mas os dos estrangeiros a quem êle contrariou, e levou de vencida, parecem madrigais. Dos testemunhos de casa, apenas esta narração sôbre o incidente com Martens, um dos presidentes da Conferência, e a que se refere Stead:

“Eu estava, declara Rodrigo Octavio, na sala, sentado num banco sôbre a parede. Levantei-me também, e foi êsse um dos momentos de mais viva emoção de minha vida. Senti que uma grande cena se ia passar, e era o nome do Brasil, o prestígio do Brasil, a honra do Brasil, que estavam em cena. Num acentuado movimento de atenção, todos, na expectativa de um escândalo, pelo menos de uma estralada, se voltaram para o orador que, como presidente honorário da Primeira Comissão, tinha assento na própria mesa, à direita do presidente, cir-

cunståncia que lhe dava ainda, no momento, maior realce.”

“Martens, ao lado de Ruy, mantinha a cara amarrada, e mostrava, de principio, manifesto nervosismo.

“E Ruy, pequeno, humilde, com voz sumida, que depois se elevou e se tornou clara, começou a proferir êsse discurso que foi, por certo, a peça oratória mais notável que a Conferência ouviu, e lhe proporcionou o seu momento de maior brilho intelectual. . . Ruy Barbosa, pequeno de estatura, modesto, quase tímido no trato, foi crescendo aos olhos da assistência, à proporção que, com o maior desassombro de si mesmo, com a mais subida eloquência, proferia sua magnífica oração, e seguiu, depois do incidente, crescendo de tal modo, que acabou impondo-se à admiração de seus pares.”

A inspiração dos princípios da liberdade, do direito e da justiça, em que a eloquência e a ciência se conjugavam, tinha sido, e continuou, até às vésperas de sua morte, a constante na vida pública de Ruy. Da eloquência, lêde a réplica à investida de Ramiro Barcelos sôbre as finanças do Govêrno Provisório, quando Ruy Ministro da Fazenda; foi o improviso da eloquência mais vibrante, de que se tem notícia.

Da ciência, considerai a passagem de Ruy pelo Ministério da Fazenda do Govêrno Provisório. A inteligência de Ruy, aliada à sabedoria e ao senso das realidades, devassou os segredos das finanças, com um poder de penetração apenas comparável ao que demonstrou mais tarde em Haya. O desastre financeiro que abalou os primeiros anos da República, e só começou a deter-se nos diques da política de Campos Salles, foi atribuido, pela ignorância, maledicência e ódio político, à administração de Ruy, quando Ministro da Fazenda do Govêrno Provisório. No entanto, a sabedoria de

Murtinho, Ministro de Campos Salles, consistiu em restabelecer a providência de Ruy: o imposto em ouro.

“Se o programa financeiro de Ruy houvesse sido executado, declara Felisberto Freire, seu inimigo pessoal, já estaríamos no regime metálico.”

E Cincinato Braga reconhece:

“Quanto mais estudo o plano financeiro do Governo Provisório, mais me convenço de que a acção de Ruy foi genial.”

São do Jornal do Commercio estas palavras sôbre a ruína financeira, chegada ao extremo em 1898, da qual:

“Só logramos sair, voltando àquilo que constitui a medida capital do programa Ruy Barbosa: o imposto em ouro:”

Realmente, nunca mais teve o Brasil a ventura de tão grande ministro, como Ruy no Governo Provisório. De seu gênio, outra cousa não se podia esperar. “O mal da República”, afirmava Ramiro Barcelos, adversário de Ruy, foi nós, os historiadores, não termos compreendido a grandeza de Ruy.”

Ainda que a característica do gênio fosse apenas a criação, ainda assim Ruy foi dos gênios mais profundos, que a humanidade já teve.

Na esfera dos fenômenos físicos e biológicos, Newton, Pasteur, Einstein descobrem leis que desfazem mistérios. A observação metódica e a longa paciência, e, às vezes, o acaso feliz, têm desvendado, desde há milênios, relações de causalidade nos fenômenos físicos. Onde, porém, mais se adensam as dificuldades, é no emaranhado dos factos que constituem o mundo moral. Enquanto na física se chega à maravilha diabólica da desagregação do átomo, na moral e

nó direito poucos passos de progresso têm sido possíveis, desde tempos quase imemoriais. As leis que regem as relações dos indivíduos e dos povos, são, mais do que as leis do mundo físico ou biológico, encobertas nas trevas do mistério.

Pois, nesta esfera de investigações, Ruy previu mais e melhor que o geral. Ruy criou, na inferência de leis, e foi genial.

Dentro do país, foi o criador do habeas-corpus, na amplitude da Constituição de 1891. Os entrevados na tradição de um habeas-corpus para a soltura, ou para não ser preso, ficaram retrógrados na reforma de 1926, ainda que, por consolação, admitissem, como admitiram, o mandado de segurança.

Más a garantia ampla do “dar-se-á o habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em eminente perigo de sofrer, coacção ou violência, por ilegalidade ou abuso do poder”, desapareceu na reforma de 1926. O mandado de segurança deixou espaços vazios, com sua morosidade prejudicial ao direito, líquido e certo, a que busque amparo.

Ainda dentro no país, seu gênio previu, nos êrros da Constituição de 1891, a guerra civil, que veio, e o falseamento da República, que a tem desmantelado.

Se tivesse a Constituinte de 1890 mantido, na Constituição que promulgou, o preceito de suceder o vice-presidente da República ao presidente também no primeiro biênio, como é da sabedoria e da experiência norte-americana, e, afinal, se adotou na Constituição ora vigente, não teríamos tido a revolta de Custódio de Mello, nem a guerra civil de 1893.

Se tivesse a constituinte de 1890 mantido o sistema de eleição presidencial, que Ruy propuzera, não teríamos assistido a estas duas calamidades: 1.º) arrogar-se o Congresso Nacional, incumbido pela Constituição de julgar a eleição

presidencial, a função de nomear o presidente em convenções prévias, juiz e parte na mesma causa; e 2.º) usurpar o Congresso à Nação sem defesa o direito de eleger seu magistrado supremo.

Lêde a Contestação Civilista de maio de 1910, para verificarde o confisco, desabusado e cínico, que então falsificou em república o caudilhismo da casaca, em mancebia com a farda, entronizado no Congresso.

Mas o embaixador de Haya não era a alma do Brasil; “suas idéias tão claras, tão justas, tão nobres, tão modernas” não predominaram em sua pátria, e, por isso, a predição do embaixador dos Estados Unidos à Conferência de Haya, de “uma prosperidade sem limites” ao Brasil, “assim como o respeito do mundo inteiro às suas leis e instituições”, a predição falhou. O Brasil não merecia Ruy, e, mesmo hoje, mal o conhece, e, ainda assim, por ouvir dizer. As previsões de Ruy para a prosperidade do país, e para o respeito às suas instituições, não encontraram visão nos olhos cegos, nem eco nos ouvidos surdos, de sua gente.

Seu gênio, porém, não se limitou a leis sociais sôbre fenômenos do país. Fora do país, seu gênio revelou à ciência universal duas grandes leis de sabedoria profunda, para a consolidação da paz no mundo.

A primeira foi a lei da igualdade dos Estados soberanos perante o direito internacional. Na sub-comissão dos oito sábios, em Haya, Ruy sustentou, de começo só, e, por fim, com aplausos de todos, o princípio de igualdade dos Estados. Eis como Stead nos conta a batalha do gênio:

“Contra Ruy se erguiam todas as forças do mundo. Os outros delegados representavam mais de 800 milhões. e todos os exércitos e armadas efetivos do mundo. O Dr. Barbosa representava o Brasil com uma população de 25 milhões, um exército e uma armada incapazes de acção efetiva além de suas fronteiras ou de suas águas. Mas Ruy nunca

trepidou nem esmoreceu. Campeão de um princípio em que acreditava fielmente, e avigorado por esta fé, não receava desiguldade. Após longa série de debates, teve a satisfação de ver os Estados Unidos acercar-se dêle. O princípio de darem-se os melhores lugares do Tribunal às potências mais fortes, foi renunciado. Todos os juizes teriam de ser eleitos, e todos os Estados, grandes ou pequenos, teriam voto igual.”

Pareceu ao embaixador da França, na Conferência, Leon Bourgeois, que a vitória de Ruy revelava falta de diplomacia e ausência de senso prático. “Não compreendo”, dizia êle a Rodrigo Octavio, que nô-lo relata, “êsse homem extraordinário.”

“Com um pouco de diplomacia, de sua parte, ter-se-ia alcançado uma fórmula pela qual o Brasil... pudesse encontrar situação permanente no Tribunal de Justiça Internacional, e se engrandecer como Estado, dentro da organização política do mundo.”

Defendendo intransigentemente o princípio da igualdade jurídica dos Estados, Ruy Barbosa, continua Leon Bourgeois, arrebanhou prosélitos e venceu.

“Sôbre isto, não há dúvida. Mas o Brasil poderia ter saído desta Conferência o igual da França, o igual da Inglaterra, o igual dos Estados Unidos. Ruy Barbosa conjugou o melhor de seus esforços e os tesouros de seu saber, para conseguir que dêle saisse o Brasil o igual de Nicaragua, o igual de Honduras, o igual de Sião.”

Mas Ruy, escreve João Mangabeira, o autor do melhor livro que já se escreveu sôbre Ruy, e do qual extraimos as traduções acima, (livro que deveria figurar onde quer que

baja um lar brasileiro) Ruy não era o homem ordinário, para sacrificar um grande princípio moral a um passageiro interesse material”, princípio definitivo, e hoje incontestável, “que Ruy levantou, sustentou e venceu, contra tudo e contra todos, com a flama, a fé e a intransigência dos apóstolos.”

E’ que Ruy, de Sancho tinha apenas o bom senso; mas de D. Quixote a sublimidade.

“Quando praticamos uma acção boa, diz êle na Contestação Civilista, não sabemos se é para hoje ou para quando. O caso é que os seus frutos podem ser tardios, mas são certos. Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo do futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para a felicidade dos seus descendentes, para o benefício do gênero humano.”

A segunda lei em ciência social, que a Ruy se deve, é a da neutralidade vigilante e judicativa. Comunicou-a êle de uma tribuna, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, em 1918, clamando ao mundo:

“Nos tempos de hoje, declara, com a internacionalização crescente dos interesses nacionais, com a permeação mútua que as nacionalidades exercem umas sôbre as outras, com a interdependência essencial, em que vivem, umas das outras, as nações mais remotas, a guerra já não se pode insular nos Estados entre quem se abre o conflito. Suas comocões, seus estragos, suas misérias repercutem ao longe, sobre o crédito, o comércio, a fortuna dos povos mais distantes.”

Diante desta interdependência que faz do convívio internacional um mundo só, a neutralidade nas guerras deixa

de ser impassibilidade, para ser judicatura entre o direito e o crime.

“E’ mister, tira Ruy a ilação, que a neutralidade receba uma expressão, uma natureza, um papel diverso do das outras.”

E conceitua :

“Entre os que destroem a lei, e os que a observam, não há neutralidade admissível. Neutralidade não quer dizer impassibilidade; quer dizer imparcialidade, e não há imparcialidade entre o delito e a justiça. Quando entre ela e êle existem normas escritas, que os discriminam, pugnar pela observância destas normas não é quebrar a neutralidade, é praticá-la. Depois que a violência pisa aos pés arrogantemente o código escrito, cruzar os braços é servi-la. Os tribunais, a opinião pública, a consciência não são neutros entre a lei e o crime. Em presença da insurreição armada contra o direito positivo, a neutralidade não pode ser insensibilidade, não pode ser o silêncio.”

E remata :

“a neutralidade inerte e surda-muda cede a vez à neutralidade vigilante e judicativa.”

Eis os dois princípios que Ruy criou na ciência do direito, e da politica, para bases futuras ao Super-Estado, que virá na era atômica, que se inicia. A previsão das consequências, a constância entre as causas e os efeitos nas relações dos povos entre si, Ruy as revelou, em linguagem nova, e tão persuasivamente, que Bartou, poderia dêle dizer com razão :

“Para a Pátria, êle é uma glória, para a Humanidade, uma consciência.”

Não acabaria tão cedo, se vos quizesse enumerar os rasgos de genialidade de Ruy, no mundo moral, onde pontificou.

HOMEM DE BEM

Devo, porém, indicar-vos, ainda, alguns factos, por onde se veja que, além de gênio, se alçara Ruy aos cimos da grandeza moral, à santidade possível, na fragilidade inextirpável da natureza humana.

E' vezo gaguejar-se que Ruy foi um grande talento, cultura enciclopédica, e nada mais. Homem para uso externo. Nem siquer deixou obra sistemática, tudo disperso, ao sabor das ocasiões.

Não lhe estava realmente no feitio o espirito de sistema. Admitamos que a Constituição de 1891, de que foi o principal autor, não seja um sistema de direito público. E daí? Rastrea alguém, na peregrinação de Jesus neste mundo, sistema científico ou filosófico? Nem por isso deixou Jesus de ser, para a porção mais culta da humanidade, o filho de Deus entre os homens, para lhes revelar a verdade.

Dizer, porém, de Ruy, que era talentoso, culto, e nada mais, é uma destas calúnias atrozes, inconscientes, e, às vezes, estúpidas, que lhe foram semeando espinhos nos caminhos da vida. O que, acima de tudo, em Ruy, é de louvar, é exatamente a nobreza de seus sentimentos, a elevação moral de seus actos, a desambição das campanhas que travou, numa palavra: a sinceridade, o character, uma equação estável entre seu procedimento e suas convicções.

Dir-se-á que de convicções molestas, à maneira das raciais ou moscovitas, só desgraças irreparáveis se hão de esperar.

Mas o bom character é a recta entre o que se faz, ou se deixa de fazer, e as convicções, inspiradas no direito, na justiça, no bem. E' a premissa maior de um silogismo incômodo.

Não se diga que a noção do bem é flutuante; o bem, em si mesmo, uma ficção. O bem, de verdade, não é matéria opinativa, variável com o tempo e o espaço, nem tão pouco preconceito burguês, como balbuciam por bem os cínicos que o bem renegam.

O bem, em que a revelação divina, e a observação científica se dão mãos amigas, é invariável e constante. Em religião, o bem é a conformidade dos actos humanos com a vontade do Criador. Em ciência, o bem é a conformidade dos actos humanos com as leis de conservação e desenvolvimento do homem e da sociedade. Mas, sendo Deus o Criador do Universo, as leis da vida e desenvolvimento do homem e da sociedade, parcelas do Universo, são expressões permanentes da vontade de Deus, que os criou. Logo, no que há de essencial, o bem em religião é o bem em ciência. E, quando, acaso, a moral científica e a moral religiosa se contraponham, é que uma delas usurpa à outra a glória da bondade.

Em Ruy, mais que os rasgos de gênio, mais que a palavra de sábio, admira-se a encarnação viva do homem de bem. Viveu na paixão da verdade e na paixão do direito.

Na Oração aos Moços, bacharelados desta Casa, dizia ter tido consôlo de haver dado ao país tudo que lhe estava ao alcance: “a desambição, a pureza, a sinceridade, os excessos de actividade incansável, com que, desde os bancos académicos”, serviu sua terra e sua gente. Pregou, demonstrou, honrou a verdade eleitoral, a verdade constitucional, a verdade republicana, embora sempre incompreendido e vencido. Nas lutas que travou, jamais o moveu a ambição do poder, jamais o despeito ou o ódio a seus semelhantes. Os maus só lhe inspiravam tristeza e piedade. Só o mal é que o inflamava em repulsa.

“Porque o ódio ao mal é amor ao bem, e a ira contra o mal entusiasmo divino.” “Não será um só Jesus (interrogava) o que morre pelos bons, e o que açoita os maus?”

Nem toda ira lhe parecia maldade:

“porque a ira, se, às mais das vezes, rebenta agressiva e daninha, muitas outras, oportuna e necessária, constitui o específico da cura. Ora deriva da tentação infernal, ora da inspiração religiosa. Comumente se acende em sentimentos deshumanos e paixões cruéis; mas não raro flameja do amor santo e da verdadeira caridade. Quando um braveja contra o bem que não entende, ou que o contraria, é ódio, iroso, ou ira odienta. Quando verbera o escândalo, a brutalidade, ou o orgulho, não é agrestia rude, mas exaltação virtuosa; não é soberba que explode, mas indignação que ilumina; não é raiva desaçaimada, mas correção fraterna. Então, não somente não peca o que se irar, mas pecará não se irando. Cólera será; mas cólera de mansuetude, cólera de justiça, cólera que reflete a de Deus, face também celeste do amor, da misericórdia e da santidade.”

“Dela esfuziam centelhas, em que se abraza, por vezes, o apóstolo, o sacerdote, o pai, o amigo, o orador, o magistrado. Essas faúlhas da substância divina atravessam o púlpito, a cátedra, a tribuna, o rosto, a imprensa, quando se debatem, ante o país, ou o mundo, as grandes causas humanas, as grandes causas nacionais, as grandes causas populares, as grandes causas sociais, as grandes causas da consciência religiosa. Então, a palavra se eletriza, brame, lampeja, atrôa, fulmina. Descargas sôbre descargas rasgam o ar, incendiam o horizonte, cruzam em raios o espaço. E’ a hora das responsabilidades, a hora da conta e do castigo, a hora das apóstrofes, imprecações e anátemas, quando a voz do homem rebôa como canhão, a arena dos combatentes da eloquência estremece como campo de batalha, e as siderações da verdade, que estala sôbre as cabeças dos culpados, revolvem o chão, coberto de vítimas e des-

troços incruentos, como abalos de terremoto. Eis a cólera santa. Eis a ira divina.”

“Quem, senão ela, há de expulsar do templo o renegado, o blasfemo, o profanador o simoniaco? quem, senão ela, exterminar da ciência o apedeuta, o plagiário, o charlatão? quem, senão ela, banir da sociedade o imoral, o corruptor, o libertino? quem, senão ela, varrer dos serviços do Estado o prevaricador, o concussionário e o ladrão público? quem, senão ela, precipitar do govêrno o negociismo, a prostituição pública ou a tirania? quem, senão ela, arrancar a defesa da pátria à cobardia, à inconfidência ou à traição? Quem, senão ela, a cólera do celeste inimigo dos verdilhões e dos hipócritas? a cólera do justo, crucifixo entre os ladrões? a cólera do verbo da verdade, negado pelo poder da mentira? a cólera da santidade suprema, justificada pela mais sacrílega das opressões?

“Todos os que nos dessedentamos nesta fonte, os que nos saciamos dêsse pão, os que adoramos êsse ideal, nela vamos buscar a chama incorruptível. E’ dela que, ao espetáculo ímpio do mal tripudiante sôbre os revezes do bem, rebenta em labaredas a indignação, golfa a cólera em borbotões das fráguas da consciência, e a palavra sai, rechinando, esbraseando, chispando, como o metal candente dos seios da fornalha.”

“Êsse metal nobre, porém, na incandescência da sua ebulição, não deixa escória. Pode crestar os lábios que atravessa. Poderá inflamar por momentos o irritado coração, donde jorra. Mas não o degenera, não o macula, não o resseca, não o caleja, não o endurece; e, no fundo são da urna onde tumultuam essas procelas, e donde borbotam essas erupções, não assenta um rancor, uma inimizade, uma vingança. As reações da luta cessam, e fica, de en-

volta com o aborrecimento do mal, o relevamento dos males padecidos.”

Não há, senhores, na literatura humana, página que a esta exceda em grandeza moral, beleza e verdade. Nela, Ruy se define o homem de bem, inteiriço e sem fraquezas. O aborrecimento ao mal, e o relevamento dos males padecidos, de que mais se ha de tecer a alma do santo? O aborrecimento ao mal tem seu averso no entusiasmo pelo bem, que o ódio ao mal presuppõe. O relevamento dos males padecidos é, em substância, apêlo à graça divina, que se peça para os máus.

A vida inteira de Ruy se aqueceu do entusiasmo com que evangelizou o bem, e do fervor com que o buscou, fosse qual fosse o sacrifício de si mesmo, a que se expunha.

Considerai, entre tantos outros, em primeiro lugar, êste factó. Mal se haviam inteirado três anos”, de formado em direito, quando lhe faleceu o pai, onerado de encargos. Facilimo lhe “era evitar o peso dessa herança; bastava renunciar a sucessão a beneficio do inventário”

Mas o dever lh’o vedou. Renuncia, mas é o activo da herança, em favor da irmã, e substitue nos bancos, sem reserva de condições” a firma de seu pai pela sua. Não pedira misericórdia, não a tiveram para com êle. “O morto, fôra Ruy no Senado, certa vez, obrigado a lembrar, em defesa de sua honra: “o morto continuou a viver em mim, nas suas responsabilidades, pelas quais nunca encontrei quartel. Era assim que eu queria; foi assim que me trataram os estabelecimentos. E assim foi que eu venci.”

E levou doze anos, pagando, mês por mês, as dividas herdadas. “Durante o longo espaço de doze anos”, que lhe “absorveram toda a mocidade”, enquanto outros se atiravam “à exploração dos casamentos opulentos”, Ruy entrou na arena da vida “por um caminho coberto de obstáculos esmagadores”, resgatando os “títulos do débito inevitável” E, accumulando a sua tarefa profissional a da imprensa, a

que se dava gratuitamente, conseguiu, ainda, dar estado à irmã, constituir nova família, a que assegurou “sempre a abastança, a decência, o conchego, o gôsto das existências distintas, a arte modesta do lar iluminado pela poesia dos affectos que se criam no trato das cousas delicadas, enquanto, par a par, sem a menor impontualidade, remia gradualmente os encargos de honra” de seu pai.

Quantos, entre os homens, entre os mais considerados, seriam capazes de sacrificar os doze primeiros anos de sua mocidade, três anos apenas de formados, para “selar a existência moral” do nome do pae, assumindo-lhe e honrando-lhe, depois de morto, o compromisso das dividas?

Mas Ruy era assim por índole. Tinha de ser assim em toda a vida. Sempre o sacrificio pessoal pelo dever, pelos princípios, pelo bem.

Mais tarde, já no cenário da política militante, continua assombrando os homens de seu tempo, com o exemplo de sua desambição, por amor do que deva ser, e não do que pompeia em triúmfio, por aí além. Desta desambição, evocarei algumas amostras.

Nos últimos mēses da Monarquia, Ouro-Preto, com o apôio do Imperador, lhe oferece a pasta do Império. Mas Ruy andava pregando a Federação, como sistema de Estado, que mais convinha ao progresso do país. Ouro-Preto lhe concede a descentralização ampla, como caminho para o sistema federativo. Mas, em carta ao Visconde, em 7 de junho de 1889, Ruy declara:

“Infelizmente subsistem no meu espirito, cada vez com mais força, os motivos que, há uma hora, expedí a V. Excia., declarando-lhe não poder aceitar honra tão superior ao meu merecimento. Não posso ser membro de um Ministério que não tome por primeira reforma a federação.”

Regeita a honra, nada regeitável, que três vezes lhe é oferecida, por não querer amarrar “a trouxa” de suas “convicções, por amor de um ministério”. Antes, por amor dos princípios que lhe formam a consciência, entrouxa, desdenha e despreza os europeus de ministérios.

Em dezembro de 1889, Deodoro o nomeia vice-chefe do Governo Provisório. Ruy recusa o lugar, indicando o nome de Floriano. “Conheço as finezas que lhe devo, dizia Floriano em março de 1891, em carta a Ruy, e jamais serei ingrato.” Não obstante, quando Ruy defende a Constituição contra o golpe de não proceder Floriano eleição para dar successor a Deodoro, que renunciara no primeiro biênio, Floriano lhe cassa as honras de general, o persegue, o arruina e o expatria.

Ruy, bem-querido de Floriano, podendo dêle colher todas as vantagens da amizade e gratidão, não transige com a deposição dos governadores, que Floriano ordenou, com a ilegitimidade do poder, que Floriano usurpou, com o desrespeito da Constituição e das leis, em que Floriano se desmandou. E’ que, acima de seus interesses pessoais, Ruy põe a evangelização das grandes causas, pelo bem de todos.

Já então resignara sua cadeira de senador pela Baía. Esta renúncia é um dos traços da coerência de Ruy. Revela, mais uma vez, o desinteresse, a desambição, a lição, pelo exemplo, de acatamento aos princípios. Ainda faltavam cinco anos, para terminar o mandato, e poderia fruí-los calmamente, como o fizeram companheiros seus do Governo Provisório. Já era senador, quando se promulgou a Constituição de 1891, e foi esta que taxou de inelegíveis os ministros de Estado. A proibição, porém, não podia ter efeito retroactivo.

Mas, por um dever moral, Ruy preferiu resignar o lugar de senador ainda por cinco anos, perdendo, além do estipêndio, o amparo das imunidades parlamentares.

Foi sempre assim o espírito dêste predestinado: o sacrificio dos interesses pessoais pelos interesses da pátria. Quan-

do se tratava de uma causa de ordem geral, Ruy estava na estacada, esquecido de si mesmo. E' a característica dos santos: quando se trate da causa de Deus, o santo está na linha da frente, sem temor, nem resguardo.

Em defesa das instituições do país, por devoção à pátria, no amor do próximo, Ruy recusa ser ministro de Pedro II, repele a vice-chefia do Govêrno Provisório, despreça as boas graças de Floriano, abre mão de cinco anos de senatoria, não se habitua ao caminho do Catete, e vai, mais tarde, desautorizar sua candidatura à presidência da República, por imperativos de consciência, ensinando, sempre, pelo exemplo, a supremacia dos princípios sôbre o egoismo.

De bondade espontânea, entre tantas demonstrações, talvez ignoreis esta: foi nos primeiros dias da revolta de 15 de novembro, quando se esboçara uma reação militar, em Santa Catarina.

“No meu caminho para o Tesouro, nos conta Ruy, passei pela casa do chefe do Estado, situada então bem perto aqui de nós, e ouvi de S. Excia., com a comunicação dêsse fato, a notícia de que havia mandado executar os oficiais comprometidos. Não estava acostumado a estas ações de rápida energia; dirigí-me ao Tesouro impressionado. Pús, em breve carta, dirigida ao Marechal Deodoro, as minhas impressões. Ao voltar nessa mesma tarde, tive o inenarrável prazer de ouvir o nosso ilustre chefe dizer:

“Suas ordens foram cumpridas. Telegrafei para que não se consumasse a execução”.

A indignação de Ruy contra a maldade, em qualquer de suas formas, irrompia espontânea. Com êle podiam contar para as boas causas. Nunca “para a injustiça, para a ilegalidade, para a opressão, para as violações do regime constitucional”. À estranheza de que em política, com Ruy não se podia contar, replica:

“quando se necessite de um homem que não minta, que não bajule, que aconselhe com sinceridade, que não suba as escadarias da administração para lhe solicitar as mercês, mas não lhe recuse, nas grandes ocasiões, a carregar com as responsabilidades, então é comigo, e não com êsse que se há de contar. Isto é o que estou sendo, continua êle expondo, o que sempre fui, o que hei de ser, enquanto Deus, cuja misericórdia tem sido tanta comigo, me não prive de minha identidade moral. Não sou dos que acompanham os govêrnos a despeito de tudo. A despeito de tudo, só acompanho a minha consciência. Mas, estando com ela, então o amigo com quem me acho, a causa a que sirvo, me têm a seu lado.”

Sua norma era praticar o bem, sem olhar a quem. Defendia inimigos com o mesmo ardor com que amparava a causa justa de um filho. Não lhe importavam as pessoas, mas os princípios. Não se temia da derrota, mas da cobardia de emudecer. Quando, em 1909, empreendeu a fundo a campanha civilista, sabia que a derrota, na apuração eleitoral, seria o termo da luta, que ia travar. Mas o bem da pátria, a ordem civil, a nação a postos para a escolha de seu presidente, a reação civil contra a substituição das urnas pela espada, suplantou, nêle, quaisquer considerações de ordem interesseira.

Quando Floriano reforma generais e almirantes, por terem reclamado, em obediência à lei, a eleição do sucessor de Deodoro; quando prende senadores e deputados contra as imunidades parlamentares; quando demite contra a lei professores vitalícios, entre os quais Seabra, e deporta os presos para lugares longínquos, no rigor do estado de sítio, que decretou, Ruy, “sentindo vacilar, sôbre suas bases, o edificio do direito constitucional que lhe custara tanto a criar”, e “compreendendo que, se um forte exemplo de resistência imediata não chamasse à ação os órgãos reparadores, estava fundado

o absolutismo”, apela para o Supremo Tribunal Federal, na série dos habeas-corpus de 92 a 93.

A 18 de abril de 1892, impetra o primeiro habeas-corpus para os presos do sítio. Era a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal iria, no regime republicano e presidencialista, que se ensaiava, dar prova da grande tarefa que a Constituição lhe atribuiu. E, a 23 de abril, fala ao Supremo Tribunal, nesses termos:

“Nós, os fundadores da constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E, por isso, fizemos dêsse Tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemô-lo como um veto permanente aos sofismas opressores das razões do Estado, *resumimos-lhe a função específica nesta idéia*. Se ela vos penetrar e apoderar-se de vós, se for, com nós concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o princípio animante dêste Tribunal, a revolução republicana, estará salva. Se, pelo contrário, se coagular, morta, no texto, como o sangue de um cadáver, a constituição de 1891 está perdida.”

O Supremo Tribunal Federal, naquele momento histórico, falhou.

Porque, expõe Ruy:

“Havia, no Tribunal, ao cair dos votos que denegaram o “habeas-corpus”, a impressão trágica de um naufrágio, contemplado a alguns braços da praia, sem esperança de salvamento; de uma grande calamidade pública, que se consumasse, sem remédio, aos nossos olhos; de uma sentença de morte sem apêlo, que ouvíssemos prinunciar contra a pátria; do bater fúnebre do martelo, pregando, entre as quatro tábuas de um esquite, a esperança republicana.”

Houve, porém, um juiz, cujo nome é preciso repetir aos moços, um juiz paulista, Piza e Almeida, que, compreensivo e sem temor, concedera o que os seus colegas acabavam de recusar.

“Toda a grandeza dessa causa, diz Ruy, que há de levantar-se na história de meu país, como uma altura coroada de luz, quando as misérias de hoje tiverem passado, no movimento que leva para o olvido os restos erráticos das paixões dos homens e do infortúnio dos povos, figurou-se-me humanada, naquele homem modesto, silencioso, em cuja fisionomia, suave e triste, como as lendas crentes querem que fosse a do Salvador, a expressão da timidez e da doçura, dir-se-ia um disfarce divino da justiça, da inquebrantabilidade, da coragem moral. E disse comigo: *“Nesta crise de pigmeus, ainda nos restam gigantes.”* Vendo perder-se tudo pela distensão de todas as molas morais dentro e fora da política, refleti entre mim: *“Seis homens desta tèmpera comporiam o alicerce da República e salvariam a Pátria.”*”

Mas nem a pátria, a quem Ruy dava tudo, fugiu à regra triste da incompreensão e da ingratidão. Em consequência de seu apêlo à justiça, em defesa da Constituição, teve de refugiar-se no estrangeiro. Nenhum interêsse pessoal tinha tido na defesa das vítimas de Floriano. Inspirava-o o bem de todos, o império da lei sôbre a paixão dos homens. Mas a paga, como a de Christo na cruz, foi a perseguição, o desemprego, o exílio.

Não se abateu, porém. Sua posição, nêste mundo de mistérios, tinha de ser a de plantar o carvalho para o abrigo do futuro.

A campanha civilista, depois da glorificação de Haya, neroe pela devoção à luta, na certeza de que a política lhe escamotearia a vitória das urnas, foi uma das memoráveis

lições de sacrifício pessoal pela realidade da democracia entre nós. Seu competidor era inelegível, e não foi eleito. Mas o Congresso Nacional proclamou eleito o inelegível, e derrotado o eleito. Foi uma das mais tristes provas da imprevidência da Constituinte, quando incumbiu ao Congresso o exame das actas eleitorais de todo o país, para proclamar o eleito presidente. A consequência foi o Congresso arbitrário usurpar à Nação, confiada e desprevenida, a prerrogativa de nomear seu primeiro magistrado.

Mas Ruy, espoliado, não ensarilha as armas. Continua na evangelização dos bons princípios. No fim do governo Hermes, a política reinante, que êle combatera sem tréguas, parece arrependida da hostilidade que lhe movera, e lhe oferece a candidatura à presidência, com apóio do marechal.

Estávamos em 1913. Pinheiro Machado se empenha em lançar a candidatura de Ruy, com uma só condição: a de não insistir Ruy na revisão constitucional.

Ora, Ruy levantara, há muito, a bandeira revisionista. A Constituição de 1891, ainda hoje a melhor de quantas tivemos, estava inçada de defeitos graves. De um dêles, a eleição do presidente, quando a vaga se dava no primeiro biênio, já se experimentava, como resultado, a revolução civil de 1893. De outro, a eleição direta em um só grau, com a missão congressual de proclamar o eleito, dera na usurpação militarista de 1910, e, por estas e outras razões, clamava Ruy a nação despercebida e adormecida, para a reforma constitucional. Em memorável discurso, na Baía, na campanha civilista, Ruy enumerara os pontos essenciais de revisão entre os quais o voto secreto.

Poderia uma consciência, como e de Ruy, calar as reindicações que proclamava, só porque lhe ofereciam, com a certeza da vitoria, a presidência da República?

Pinheiro Machado incumbira a Vilaboim, professor desta Casa, e a Francisco de Castro Filho, a promoção de um entendimento com Ruy. Mas Ruy, sempre fiel a sua cons-

ciência, rejeita a sugestão de uma entrevista à imprensa, em que não insistisse nas emendas constitucionais.

“Eu sou um programa, fez êle ver, e seu primeiro ponto é a revisão.”

Não poderia dêle esperar outra resposta quem não tivesse o vezo de julgar os outros por si. Ruy foi, nêste pobre país, sempre e sempre, o grande desconhecido. Não o compreendiam Francisco de Castro Filho, amigo tradicional da casa de Ruy, Vilaboim, o espírito arguto desta Faculdade, Pinheiro Machado, o chefe de altas qualidades na guerra e na paz, amigo de Ruy, de quem dissera:

“Jamais procurarei diminuir a altura do vôo daqueles que sabem e têm o poder de fitar a própria luz do sol.”

E sôbre quem opinara:

“Sempre tive S. Excia. como homem de grande coragem, para enfrentar, sem vacilações, nem temores, as responsabilidades que por ventura lhe caibam na vida pública”.

Pois êstes homens, que privaram com Ruy anos seguidos, que lhe sentiram a sinceridade em lutas ásperas, que o viram sempre na vanguarda e no mais acêso das batalhas pelo direito e pela liberdade, onde quer que estivesse a violência, fosse pelo beneficio de quem fosse, amigo ou inimigo, nobre ou degradado, êstes homens era preciso não conhecerem a Ruy, para lhe irrogarem a afronta de o supôr capaz de aceitar a presidência da República, com arranhões na consciência, como seria a renúncia a seu programa revisionista.

Bem se definia Ruy, quando a si mesmo declara:

“Valho apenas o que fui, e o que sou: a consciência de um homem com quem todos os amigos da lei e

da justiça sabem onde irão se encontrar, diante de quaisquer questões graves, que neste país se levantem. A êste regime não devo cousa alguma”.

A afronta de lhe proporem desistência de um princípio, pelo engôdo de uma presidência da República, Ruy a repeliu, como era de esperar, e continuou o preterido de sempre.

Em 1919, reafirmava êle, em carta a Nilo Peçanha, quando de novo influências partidárias pensam em fazê-lo candidato:

“O meu nome é inseparável do programa revisionista.” “Com êsse programa está identificada a minha candidatura. Eu sou êsse programa. E’ êsse programa que a opinião pública vê na minha pessoa. Não é senão êsse programa o que em mim quer a Nação, ou alguma parte da Nação me quer. Até agora, a política brasileira quer a Constituição inalterada para a violar; eu a quero reformada, para a conservar.”

Não demorou muito, que esta mesma política, vezeiramente anti-revisionista, não só fez a revisão em 1926, mas, ainda, deitou por terra, na revolução de 1930, a obra monumental de 1891. E, depois, preferiu o absolutismo, não querendo outra nenhuma constituição, o que levou São Paulo, em 1932, a inscrever, em sua história, a grande página de idealismo político, em dias memoráveis.

Dir-se-ia que Ruy não era bom político. Se queria a revisão, bastava calar, ser eleito, e, depois, fazê-la. E’ êle mesmo quem o diz:

“Bem sei que, em política, há outros caminhos, de que eu me poderia valer com segurança. A astúcia me indicaria não mexer com essa dificuldade, assenhorear-me do poder, e, com os meus recursos,

eleger uma legislatura amarrada ao compromisso de me dar a reforma constitucional.”

Mas sua consciência não se coadunava com a dobrez da astúcia. Não lhe aprazia, declara, “manipular a eleição de um congresso, tentando a reabilitação do regime com a exploração dos mesmos abusos que o têm prostituído.” Seria processo de baixa politicagem, que repugnava a quem os fins não justificam os meios.

Os meios hão de ser em si mesmos nobres, como os fins que pretendam. Só por míngua de sentimentos puros, o homem realiza o bem, praticando o mal. O bem, para as almas de escól, só com o bem se há de buscar.

E' rejeitou, pela segunda vez, receber dos mandões políticos, a presidência da República, só porque não lhe aprouve trocar a voz de sua consciência, tão cheia de entraves, pela astúcia que vence, como a serpente, no paraiso, a pobre Eva inexperiente.

A alma de Ruy era:

“daqueles em quem o dever sobrevive à esperança, e a paixão do bem substitui, com vantagem, a confiança da vitória.”

Para Ruy

“o mais esquisito dos prazeres é o que Deus pôs na satisfação de abraçar a justiça condenada, condenando-nos, com ela, ao revés antecipado.”

Para êle:

“a fortuna passa, o egoismo envelhece, e, afinal, das vitórias sinistras da iniquidade, emerge o astro polar das regiões do futuro, para cujos abismos cristalinos, para cujas imensidades silenciosas, bendito seja o

Criador por nos ter dado com o instinto divino lançar a âncora da fé.”

Apenas mais dois episódios de sua vida, tão refulgente de beleza moral.

Em 1918, Ruy, embora em paz com a situação da Baía, não resiste ao “grito de angústia e desespero” de jornalistas de sua terra, agredidos pela polícia baiana. Apelaram em telegrama para Ruy. E Ruy acode:

“Eu que nunca cortejei a ídolos, mas me devotei sempre aos princípios, às verdades, às realidades políticas na sua essência, na sua substância, não podia recusar o meu apôio, embora inútil, o meu protesto, embora ocioso, aos meus patricios feridos nos mais elementares de seus direitos, à minha terra natal, prejudicada nas mais essenciais garantias de sua existência.”

Desta sua atitude resultou que seu filho, Alfredo Ruy, perdeu a cadeira de deputado pela Baía. Insistiram, em casa, com Ruy, para lhe suavizar a atitude, na esperança de salvar a candidatura do filho. Depõe João Mangabeira:

“Tudo inútil. Uma noite, após o jantar, presenciei D. Maria Augusta suavemente intervir. E assim ela falou: “Você já respondeu no Senado, já falou duas vezes. Poderiam deixar de falar amanhã.” E Ruy incontinenti: “Não há hipótese de não falar. Em defesa da liberdade, não recuei de Floriano. E era Floriano meu amigo. Quanto mais de Seabra.” E. D. Maria Augusta: “Não, Ruy, não é isso; é que você está doente.” Realmente estava. E êle textualmente: “Que morra. Morrerei bem. Morrerei na tribuna, defendendo a liberdade da imprensa em minha terra.” E como dissesse estas palavras em tom um pouco alto, D. Maria

Augusta, acto continuo, num gesto de carinho, passou-lhe a mão pela cabeça, e beijando-o na fronte: “Não se zangue, Ruy. Você tem razão. Não deixe de falar”.

E falou. E o filho perdeu a cadeira de deputado pela Baía, em desforra da atitude do pai, que defendia com abnegação a liberdade de imprensa.

Por fim, a última lição, quase na hora da morte. Tratava-se da sucessão governamental na Baía, com Arthur Bernardes na presidência da República. Em Petrópolis, em sua casa, reunidos os amigos, para combinar uma candidatura, Ruy recebe uma carta de Aureliano Leal, candidato, justificando seu não-comparecimento à reunião, com esta declaração intempestiva:

“O meu pensamento será o de não criar embaraços a qualquer combinação que satisfaça plenamente a S. Ex., o Sr. Presidente da República.”

Sempre a eterna ignorância de quem era Ruy, o grande desconhecido neste país, a quem servira sempre como ninguém. Ruy, semi-agonizante, se transfigura: “Contesto ao presidente da República indicar candidatos aos governos estaduais.” Não renegaria os princípios por que se batera em toda a vida. E, durante cerca de vinte minutos, a eloquência, a sinceridade, a superioridade moral dêste homem, sem igual neste país, lhe consumiram os restos de vida, ensinando, com aquele exemplo derradeiro, mais do que com a doutrinação, “o culto da lei, o exercício da liberdade, a prática da democracia.”

Morreu combatendo pelo bem de seus semelhantes.

Ao delinear êste esboço Ruy, homem de gênio e homem de bem, eu não me livro, ainda agora, da sensação de quem perdeu o fôlego antes da meta. São tantas as manifestações da generosidade e da grandeza moral de Ruy,

na longa vida, de que lhe fez Deus mercê, que mal se podem aflorar, no espaço de uma aula, alguns episódios expressivos. Dar-me-ei por feliz, se o bastante para vos dar a ver, no aspecto moral, o traço dominante de sua vida: o *sacrifício de si mesmo pelo bem do próximo*.

A devoção aos princípios, sangrando entre espinhos, foi o lema que o extremou da época em que viveu, e de todos, a quem serviu. As ingratidões daqueles a quem mais beneficiou, não o esmoreciam na luta ardorosa e espera pelo bem da pátria e da humanidade. A inveja não perdoa, em ninguém, superioridade de que não seja capaz. Mas a cada maldade, a cada represália, a cada preterição, Ruy terminava perdoadando:

“Nesta alma tantas vezes ferida, relembra êle com doçura e melancolia, e traspassada tantas vezes, nem de agressões, nem de infamações, nem de ingratidões, nem de perseguições, nem de traições, nem de expatriciações, perdura o menor rastro, a menor idéia de vindicta. Deus me é testemunha de que tudo tenho perdoado. E, quando lhe digo, na oração dominical; “Perdoai-nos, Senhor, as nossas dívidas assim como nós perdoamos aos nossos devedores”, julgo não lhe estar mentindo; e a consciência me atesta que, até onde alcança a imperfeição humana, tenho conseguido, e consigo todos os dias, obedecer ao sublime mandamento. Assim me perdoem também os com quem houver sido injusto, violento, intolerante, maligno ou descaridoso.”

O sacrifício de si mesmo pelo bem do próximo, a paciência para suportar as perseguições, o perdão das afrontas imerecidas, e, apesar de tudo, a pertinácia desta devoção até os últimos instantes da vida, que mais (se perguntará com razão) caracteriza a santidade neste mundo? Retirae da alma dos bem-aventurados êstes atributos, e da

benemerência que os santifique, nada lhes restará, que valha.

Amar ao próximo, como a si mesmo, resume, certo, a santidade. Não, o amor abstrato, o amor contemplativo, o amor de rezas. Mas amor em actos, como a caridade de São Vicente de Paulo, o sacrifício real, como o dos que deram a vida pela fé, o perdão sem amargura, como na doutrina cristã. Assim foi Ruy em toda sua vida.

Mais que inteligência prodigiosa, mais que cultura extensa e profunda, mais que capacidade infatigável de trabalho, o que, acima de tudo, se admira e se aplaude, em Ruy, é a coragem das atitudes, a grandeza d'alma, que o singularizou, a santidade que o inspirou na vida, apostolando, esquecido de si, sem descanso, dia a dia, mais com o exemplo que com a pregação, o respeito ao direito e o exercício da liberdade, o dever acima dos interesses, a pureza da vida acima dos triunfos materiais, numa constante paixão da verdade e do bem.

São estas duas atitudes, a da verdade e a do bem, que aperfeiçoam, na criatura, a obra do Criador.

Discípulos que sois, ou ides ser, do direito que aqui se prega; cavaleiros que sois, ou ides ser, da liberdade, que aqui se axalta, não haveis, deixando esta Casa, de buscar rumos na filosofia da fôrça, sem o timo do futuro, nem senso moral, a filosofia do sofisma em que se debate, hoje em dia, o mundo. Na vida pública, onde tendes papel de representar, o destino vos acena, ou já vos alcança nos braços de um dilema: ou estareis aparelhados para o sacrifício de vós mesmos, por amor da liberdade e do direito; ou levais em mente sacrificar o direito e a liberdade, por amor de vós mesmos.

Ou proximidade de Ruy, ou a vala comum.

O mistério se desvendará, mais dias, menos dias, de cabeça erguida, como visitante ousado, em vossa casa. E, então, ou vos sentireis iluminado para a glória de não fazer

a ninguém o que não quereis que vos façam, antes fazer aos outros o que desejais para vós; ou, pelo contrário, sentir-vos-eis fascinados nas pompas da vaidade. para o éxito de vós mesmos, fazendo, a qualquer preço, de seja quem fôr, carne de canhão para vossas ambições.

Escolheis, e, nas extremas, ou sereis, em seguimento de Caim, um proscrito; ou, nas alturas, como Ruy, eleitos do Senhor.

O mandato de administração das antigas colônias dos países vencidos na guerra de 1914-1918

Prof. Vicente Ráo

Finda a guerra de 1914-1918, o território do sudoeste africano, que antes pertencera à Alemanha, foi entregue à União Sul-Americana, por intermédio de Sua Majestade Britânica, para ser administrado em nome da Sociedade das Nações.

Extinta a Sociedade das Nações, entendeu a União Sul-Africana de se esquivar do “contrôle” administrativo da Organização das Nações Unidas, sob o fundamento de que, com o desaparecimento do mandatário desapareceu também o mandato.

A Côrte Internacional de Justiça, consultada, opinou em sentido contrário a essa pretensão; mas a União Sul-Africana não se conformou com êste parecer e a questão foi de novo suscitada, perante a ONU.

Em nome da delegação brasileira, o Prof. *Vicente Ráo* pronunciou, então, o seguinte discurso, cujas conclusões foram adotadas pelas demais delegações:

“Pour nous prononcer sur la question du Sud-Ouest Africain, il faut, d’abord, procéder à une mise au point des termes du problème, en nous rapportant à la source la plus objective possible, c’est-à-dire, à l’exposé qui précède l’*Avis* de la Cour Internationale de Justice.

1. La destinée des anciennes colonies des pays qui ont perdu la guerre de 1914- 1918 a été décidé selon les

deux principes suivants, retenus comme d'importance capitale: celui de la non-annexion à aucun pays déterminé et celui selon lequel le bien-être et le développement des peuples de ces colonies seraient considérés comme "une mission sacrée de civilisation".

2. En obéissant exactement à ces principes, le régime international des Mandats fût créé par l'art. 22 du Pacte de la Société des Nations et à ce propos l'*avis* de la Cour Internationale de Justice remémore: ". . . *une tutelle devrait être constituée pour ces peuples et cette tutelle devait être confiée à certaines nations développées et exercée par elles en qualité de Mandataires et au nom de la Société des Nations*"

3. C'est ainsi que le territoire du Sud-Ouest Africain est passé du régime antérieur de soumission à la souveraineté de l'Allemagne, au régime nouveau de la soumission à une tutelle internationale exercée par la Société des Nations représentée par une Puissance Administrante.

4. Cette délégation de pouvoirs a reçu, alors, le nom de "*Mandat*".

Signalons tout de suit cet élément de très large portée, une vraie prémisse qui d'or et déjà se pose pour la solution logique et juridique du problème: — *le caractère international de la tutelle et, conséquemment, du Mandat.*

5. Les Principales Puissances Alliées et Associées ont, ainsi, attribué le Mandat d'Administration du territoire du Sud-Ouest Africain à Sa Majesté Britannique, pour être exercé en son nom par l'Union de l'Afrique du Sul. La Société des Nations, à son tour, a confirmé cette délégation de pouvoirs et en a défini les termes.

6. Voici les clauses principales du Mandat: a) — d'un coté, l'Union Sud-Africaine recevait pleins pouvoirs d'administration sur le territoire du Soud-Ouest Africain qui, *à cet effet*, serait considéré "*comme partie intégrante de l'Union*". Le Mandataire était, en conséquence, autorisé à appliquer au territoire sous *Mandat* les lois de l'Union, sous réserve des modifications nécessaires aux conditions locales; b) — de l'autre coté, l'Union de l'Afrique du Sud assumait, selon l'*Avis* de la Cour Internationale de Justice "des obligations internationales de deux sortes: — "*les unes concernaient directement l'Administration du territoire et correspondaient à la "mission sacrée de civilisation" mentionnée à l'art. 22 du Pacte; les autres avaient trait au mécanisme de mise en oeuvre et étaient étroitement liées à la surveillance et aux fonctions de contrôle de la Société des Nations. Elles correspondaient aux "garantie pour l'accomplissement de cette mission", mentionnée dans le même article*"

7. Les obligations les plus remarquables de ce premier groupe (art. 22 du Pacte et 2 à 5 du Mandat) se rapportent à la propulsion du bien-être matériel et moral et du progrès des habitants du territoire; à la liberté de conscience et au libre exercice du culte, y comprises des obligations spéciales à l'égard des missionnaires; à la traite d'esclaves, au travail forcé, au trafic d'armements et de munitions et aux établissements militaires.

La nature de ces obligations dicte, à son tour, le caractère de fonction internationale de l'Administration confiée au Gouvernement de l'Afrique du Sud.

8. D'après les termes du *Mandat*, le territoire du Sud-Ouest Africain serait administré "*comme une partie intégrante*" de l'Union. Mais on ne doit attribuer à cette expression aucune portée spéciale, étant donné qu'elle ne

visait d'autre finalité que de rendre l'Administration plus facile.

Dans les Unions Administratives permises par les Nations Unies, cette expression est aussi employée et, à ce propos, on peut lire dans le dernier Rapport du Conseil de Tutelle (texte français, pg. 206) l'explication suivante,

“ . les représentants de la Belgique et de la France ont affirmé que “tels que les entendaient leurs gouvernements, les mots “*comme partie intégrante*” étaient nécessaires pour faciliter l'Administration et ne signifiaient pas que les gouvernements de la France et de la Belgique fussent autorisés à réduire l'individualité politique des territoires sous tutelle. Le Représentant du Royaume Uni a déclaré que les mots “*comme partie intégrante*” n'impliquaient pas que les territoires seraient administrés comme parties intégrantes du Royaume Uni proprement dit, ni que la souveraineté britannique s'étendrait à ces régions”.

C'est à bonne raison, donc, que la Cour Internationale de Justice a affirmé: “*il ressort des termes de ce Mandat ainsi que des dispositions de l'art. 22 du Pacte et des principes qui y sont énoncés, que la création de cette nouvelle institution internationale n'impliquait ni cession de territoire, ni transfert de souveraineté à l'Union Sud Africaine. Le Gouvernement de l'Union devait exercer une fonction d'administration internationale au nom de la Société des Nations, aux fins de favoriser le bien-être et le développement des habitants*”.

Voilà comment la Cour vient de confirmer et de préciser la prémisses que nous avons déjà signalée: —

c'est que nous nous nous trouvons vraiment en face d'une fonction d'administration internationale, exercée, en vertu de l'institution internationale de tutelle, par l'Union Sud Africaine, au nom de la Société des Nations.

9. L'Union conteste la survivance du Mandat, parce que la Société des Nations a cessé d'exister; telle est la cause du différend qui a provoqué la consultation à la Cour Internationale de Justice (Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 6 septembre 1946, 141-II du 1er. novembre 1947 et 227-III du 26 novembre 1948).

10. C'est vrai que, selon le droit commun interne de la généralité des Nations, quand le mandat cesse d'exister, le mandat lui-même perd son efficace. Mais cette perte n'est pas tranchante, ni absolue, car ce même droit commun reconnaît la nécessité et, conséquemment, la validité des actes pratiqués par le mandataire après l'extinction du mandat, quand ces actes sont indispensables pour la conservation et pour le maintien en valeur des biens ou des droits confiés à sa garde ou à son administration.

Le Mandataire reste toujours obligé, en ce cas, aux termes du mandat, malgré son extinction, et, en plus, à la responsabilité légale qui se rattache à la *gestion* des biens ou des droits d'autrui.

Or, le territoire du Sud-Oust Africain n'appartenait et n'appartient pas à l'Union Sud Africaine et si nous acceptons la thèse, qu'elle soutient, de l'application du droit commun, nous aboutissons à la conclusion suivante: — la fin de la Société des Nations n'importe pas la fin des obligations assumées par le mandataire, au moins jusqu'au moment de la création d'une nouvelle situation juridique résultante de la constitution d'un successeur du mandant extinct, c'est-à-dire, d'un successeur légalement habilité à

contracter soit l'altération des pouvoirs délégués, soit la cessation pure et simple de tous les affets du mandat.

Or, cette nouvelle situation juridique a été créée; ce successeur existe. Et nous examinerons, de suite, quelles sont les conséquences, sur les *Mandats* de ce genre, de cette nouvelle situation juridique et quelle est la portée des pouvoirs de ce successeur.

11. Mais la vraie solution juridique est tout autre, une fois que les règles qui disciplinent le mandat du droit commun ne sont pas applicables au Mandat passé à l'Union de l'Afrique du Sud pour l'Administration du territoire du Sud-Ouest Africain.

La Cour Internationale de Justice s'est bien prononcée sur l'espèce, quand elle a dit:

“cette thèse (la thèse du gouvernement Soud Africain) est fondée sur une conception erronée de la situation juridique créée par l'acte. 22 du Pacte et par le Mandat lui-même. La Société des Nations n'était pas, comme l'a allégué ce Gouvernement, un “*mandant*” au sens où ce terme est employé dans la législation de certains États. Elle avait seulement *assumé* une fonction internationale de surveillance et de contrôle. Le Mandat n'avait de commun que le nom avec les notions, d'ailleurs diverses, du mandat en droit interne. Le but du Mandat régi par les règles internationales dépassait de beaucoup celui des rapports contractuels régis par un droit national”.

Il n'y a d'assimilation possible, donc, entre le mandat du droit commun et le *Mandat* du droit international qui a pour objet, l'administration du Sud Ouest Africain.

S'il en est ainsi, il faut bien se demander, tout-dé-même, quelle est la nature juridique du "*Mandat*" conféré par la Société des Nations à Sa Majesté Britannique, pour être exercé par le Gouvernement de l'Afrique du Sud.

La réponse ne sera difficile, attendu que la Cour Internationale de Justice n'a pas renoncé du tout à la recherche de cette qualification juridique. Bien au contraire, à ce propos, elle nous enseigne et renseigne :

“que le *Mandat* (pour les anciennes colonies) a été créé dans l'intérêt des habitants des territoires et de l'Humanité en général, comme une mission internationale à laquelle était assignée un but international: — une mission sacrée de civilisation — Les règles internationales régissant le *Mandat* constituaient pour le territoire un *statut* international reconnu par tous les Membres de la Société des Nations, y compris l'Union Sud Africaine”.

Ce *Mandat* ou peut le définir, donc, comme une *institution internationale*, qui a créé un statut *international* en bénéfice du Sud-Ouest africain; et ce *statut*, une fois créé et reconnu par la communauté des Nations, ne peut pas être supprimé par l'acte unilatéral de l'Etat chargé simplement de l'Administration.

Nous avons, donc, suivi le bon chemin, en soulignant comme une prémisse le caractère international de la tutelle et, conséquemment, du Mandat et des fonctions même attribuées au Mandataire.

Ainsi, l'invocation du droit commun est à rejeter: (a) en conséquence de la nature même du *Mandat* passé au Gouvernement Sud-Africain et (b) parce qu'il serait absurde de prétendre (la Cour l'a bien reconnu elle aussi) que la fin du mandat fait périr les obligations du mandataire, tout en conservant les droits que de ce même mandat décou-

lent. La règle *jus et obligatio sunt correlata* a cessé, dès longtemps, d'être une règle romaine, pour se transformer en règle universelle de droit.

12. C'est toujours vrai, tout-de-même, que les principes de droit, par leur universalité, régissent aussi bien dans le droit public national ou international, que dans droit privé de chaque peuple. Mais on ne doit pas confondre les principes généraux de droit, avec les règles particulières aux actes ou institutions juridiques en espèce, ainsi, par exemple, le mandat en droit privé, qu'on ne peut transporter, tel quel, ni dans le droit international, ni dans droit interne constitutionnel ou administratif.

Or, le principe général de droit, duquel le mandat n'est qu'une application spécifique, est, en ce qui nous intéresse, celui de la *représentation*. Ce principe on peut l'énoncer d'une façon très générale, en disant qu'il y a une représentation toutes les fois que, par force de la loi ou de la convention, un acte juridique est pratiqué au nom et au profit d'autrui.

13. Ce concept de *représentation* est à la base d'une très grande quantité d'institutions juridiques, de droit privé ou de droit public interne ou externe, institutions qui sont aussi soumises à des règles propres et particulières.

C'est ainsi que, par exemple, il y a une idée juridique de représentation, par force de la loi ou du contrat, à la base: — des droits paternels, de la tutelle et de la curatelle en droit de famille, pour suppléer l'incapacité des mineurs ou des personnes déclarées incapables; à la base du mandat stipulé par voie contractuelle ou simplement accepté; à la base de toutes les affaires fiduciaires; de la médiation civile, du courtage et de toutes les formes de représentation commerciale; dans les substitutions par donations ou testaments; dans les associations civiles et les sociétés commerciales, quoique les partisans de la repré-

sentation se disputent encore avec les partisans de la théorie organiciste; dans l'administration des patrimoines en succession ou en liquidation ou sous faillite; dans l'action du Ministère Public ou des Procureurs de l'Etat; dans les concessions ou autorisations pour l'exécution des services publics; dans l'organisation de l'Etat, pour le choix des membres des pouvoirs politiques et, enfin, en droit international, pour nous détenir rien que sur le sujet en cause, constatons qu'il y a aussi une idée juridique de représentation à la base de la délégation de pouvoirs (sous le nom de Mandat) à un Etat déterminé, pour l'administration d'un territoire non-autonome, exercée au profit de la population de ce territoire et au nom de la Société des Nations.

Le trait commun à tous ces cas consiste en ce que le représentant agit toujours au nom et au profit d'autrui. Le mandat au profit du mandataire n'est qu'une forme exceptionnelle de mandat, qui déguise un transfert de droits et qui n'a, pour nous, ici, aucun intérêt, aucune portée sur la matière en débat.

Bref, on peut parler, en l'espèce, de représentation au sens général du mot; mais on ne pourrait jamais invoquer les règles spécifiques, d'ailleurs si variables de législation à législation, qui disciplinent le mandat du droit commun.

14. Entre les institutions de droit commun et les institutions de droit public interne ou externe, des similitudes existent sans doute, quoique elles soient plus formelles que de substance.

Considérée de ce point de vue, la représentation en droit international, dont nous nous occupons, est plus proche des actes juridiques fiduciaires, que du mandat, en droit privé.

Nous voulons alluder aux actes fiduciaires au sens anglo-américain de "trust" et non au sens du droit latin,

droit dans lequel de ces actes, les uns reçoivent une structure spécifique tout-à-fait diverse du droit du type anglais, et les autres présupposent une simulation à peine tolérée par la loi, — tandis que le “trust”, sous toutes ses formes, est toujours protégé, en Angleterre et en Amérique, tout au moins par le droit — équité (“equity”).

Sous un aspect purement analogique, on peut, donc, souscrire l’avis personnel, proféré en ce sens, par l’éminent juge de la Cour Internationale de Justice, Sir Arnold McNair.

15. Mais tout en acceptant, par analogie, la qualification de “trust” donnée à ce *Mandat* par Sir Arnold McNair, nous ne pouvons, toutefois, concorder avec cet éminent juriste, quand il soutient :

“les obligations contractées envers la Société (des Nations) elle-même, sont éteintes. Les obligations contractées envers les anciens membres de la Société à la date où celle-ci a été dissoute, subsistent, sauf dans la mesure où leur exécution implique la coopération effective de la Société des Nations, ce qui est maintenant impossible. En outre, le *statut* international créé par le Soud-Ouest Africain, à savoir, celui d’un territoire gouverné par un Etat en vertu d’un titre limité, tel que ce titre est défini dans un *Mandat*, subsiste. Bien qu’il n’existe plus de Société des Nations pour surveiller l’exercice de ce *Mandat*, ce serait une erreur de croire que le mandataire n’est soumis à aucun contrôle. Tous les Etats qui faisaient partie de la Société des Nations à l’époque de sa dissolution, ont encore un intérêt juridique à ce que le *Mandat* soit exercé comme il convient. Le mandat prévoit deux sortes de mécanismes : — un mécanisme *judiciaire*, résultant

tant du droit que l'art. 7 réserve à tout le Membre de la Société des Nations de citer obligatoirement le Mandataire devant la Cour Permanente, — et un mécanisme *administratif*, comprenant des rapports annuels et l'examen de ces derniers par la Commission Permanente des Mandats de la Société des Nations”.

Selon l'auteur de cet avis personnel, la surveillance judiciaire a été conservée expressement par l'art. 37 du Statut de la Cour Internationale de Justice, — ce qui est tout-à-fait vrai; mais, en revanche, la *surveillance administrative* a cessé d'exister, parce que la Société des Nations, son Conseil et la Commission Permanente des Mandats n'existent plus. Il ne reste, donc, comme contrôle de l'exercice du *Mandat*, que le pouvoir des anciens Etats Membres de la Société de provoquer, au cas échéant, la décision de la Cour Internationale de Justice.

Or, c'est exactement la négation du contrôle administratif que nous contestons, fondés, d'ailleurs, sur des solides raisons, y comprises celles adoptées par la Cour.

16. Nous avons insistamment signalé, au cours de cette intervention, le caractère international de l'institution de tutelle, du *Mandat* et des fonctions délégués à l'Etat chargé de l'administration, caractère qui n'est qu'une conséquence de la finalité envisagée par la Société des Nations, — c'est-à-dire, l'accomplissement d'une “mission sacrée de civilisation”, en bénéfice de l'humanité.

Et quand on parle d'institution internationale ayant cette finalité, ce serait réduire ce concept à très peu de chose que de limiter l'internationalité rien qu'aux rapports entre la Puissance Administrante et les anciens Etats-membres de la Société des Nations, considérés individuellement.

Aucun traité ne fût jamais stipulé, d'ailleurs, en ce sens, entre ces Etats et l'Union Sud-africaine. Dans l'acte conventionnel du *Mandat*, les parties étaient, d'un côté, la Société des Nations, douée elle-même, de personnalité juridique et agissant implicitement au nom de la communauté internationale et, de l'autre côté, Sa Majesté Britannique, agissant pour le Gouvernement de l'Afrique du Sud.

Les actes signés par la Société des Nations, tout en engageant les Etats-membres, ne pouvaient et ne peuvent pas être entendus et appliqués comme s'il s'agissait de Traités individuels ajustés entre ces Etats.

Le régime du Mandat est, donc, une institution internationale, qui a créé un *statut* international définitif pour le territoire du Sud-Ouest Africain, en imposant des obligations au Mandataire envers la communauté internationale, et non envers les anciens Etats-membres de la Société des Nations, individuellement considérés. Le droit de ces Etats au recours judiciaire, n'affecte du tout la valeur de notre conclusion, car son emploi presuppose une violation spécifique, particulière, du Mandat et n'a rien de commun avec les facultés générales de surveillance appartenantes à la Société des Nations. Le mécanisme administratif du contrôle n'était pas exercé par la Société des Nations au nom individuel des Etats-membres; il l'était au nom de la Société même, en bénéfice et au profit de l'Humanité.

17. Nous n'ignorons pas que les Nations Unies ne se sont pas substituées automatiquement aux droits et aux devoirs de la Société des Nations; et nous savons même qu'aucun acte formel existe de transfert de ces droits et de ces devoirs.

Mais une liaison a établie, quand même, au sujet des Mandats, entre la Société des Nations et les Nations Unies

et cette liaison résulte de la Résolution de la Société, prise le 18 avril 1946, conçue en ces termes textuels: —

“Rappelant que l’art. 22 du Pacte applique à certains territoires le principe que le bien-être et le développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne, forment une mission sacrée de civilisation:

(3) Reconnaît que la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous mandat, mais note que les principes correspondants à ceux que déclare l’art. 22 du Pacte sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies; (4) Note que les Membres de la Société, administrant actuellement des territoires sous Mandat, ont exprimé leur intention de continuer à l’administrer en vue du bien-être et développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers Mandats, jusqu’à ce que des nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances Mandataires.

La Société des Nations, donc, lors de sa dissolution, par le vote de ses Membres parmi lesquels se trouvaient les Etats Mandataires, a reconnu et déclaré:

- a) la cessation de ses fonctions, mais pas la cessation des Mandats;
- b) la continuité des principes du Mandat dans la Charte des Nations Unies, c’est-à-dire, le caractère international de ces principes;

- c) l'acquiescence des Etats-Mandataires au maintien de ses obligations et l'autorité des Nations Unies pour la célébration de nouveaux arrangements, c'est-à-dire, la reconnaissance des Nations Unies comme le nouvel organe de la communauté internationale, devant lequel devraient être accomplies toutes les obligations résultantes du régime du *Mandat*.

Nous voici, donc, arrivés au moment de la création de la nouvelle situation juridique, à la naissance du successeur de la Société des Nations, muni des pouvoirs qui comprennent la possibilité légale de réaliser des nouveaux arrangements et de réclamer jusqu'à la célébration d'autres accords, sans solution de continuité, l'accomplissement des obligations des Etats Mandataires.

18. L'Union Sud-Africaine elle-même a reconnu et accepté cette conclusion, dans ses déclarations adressées à l'Assemblée Générale de la Société des Nations le 9 avril 1949, aussi bien que dans ses déclarations adressées au Secrétaire Général le 5 novembre 1946.

À ce propos, la Cour Internationale de Justice rappelle aussi que, par lettre du 23 juillet 1947, adressée au Secrétaire Général des Nations Unies, la Légation de l'Afrique du Sud visa une Résolution du Parlement de ce pays qui déclarait:

“le gouvernement doit continuer à soumettre des rapports à l'Organisation des Nations Unies comme il l'avait fait jusqu'ici, en vertu du Mandat”.

19. La valeur de toutes ces déclarations est plus forte encore que la valeur d'une simple interprétation donnée par la partie intéressée *elle même*, en tant qu'elles ont la signification et la force juridique d'une *ratification*.

C'est un principe général, universel, de droit, celui selon lequel l'acceptation des obligations par la partie intéressée corrige et revérifie tous les défauts des actes juridiques qu'à ce obligations ont donné naissance.

Contre les effets de la *ratification* (entendue, non au sens formel et spécifique qui se rapporte à la mise en exécution de engagements, mais en un sens de principe général de droit), contre les effets de la ratification, une seule exception peut être opposée, fondée en défaut de compétence. Mais cette hypothèse, dans l'espèce que nous examinons, est à exclure, attendu qu'on ne peut pas mettre en doute les pouvoirs des signataires des déclarations mentionnées et moins encore les pouvoirs du parlement sud-africain.

Or, cette *ratification* a créé une situation juridique définitive, a rétabli, si l'on préfère dire, ces obligations et, en conséquence, aucun autre acte unilatéral de la partie engagée ne pourrait, plus tard ni jamais, résilier ces mêmes obligations, ni les altérer, non plus.

20. D'ailleurs, la nature *définitive, irrévocable*, de l'institution internationale de tutelle, comprise comme un ensemble des droits de la population du Sud-Ouest Africain et des droits et devoirs de la communauté internationale, aujourd'hui représentée par les Nations Unies, et, aussi, des droits et devoirs de l'Union Sud-Africaine, ne résulte seulement de la *ratification mentionnée*.

Aux droits des Nations Unies et de l'Etat Administrateur correspondent les droits de la population du territoire, qui a reçu, ainsi, un *statut* international; et ces droits, une fois acquis, ne sont plus révocables. L'homme serait le plus malheureux des êtres, disait un vieil et savant juriste français, s'il ne pouvait être sûr, au moins, pour son passé. Et telle est la raison, profondément humaine, des garanties données, par les lois des peuples

libres, aux droits déjà acquis selon le droit en vigueur au moment de l'acquisition.

Sir Arnold McNair, lui-même, nous rapporte à une décision de Marshall en ce sens :

“un droit, une fois conféré, n'exige pas, pour sa conservation, l'existence continue du pouvoir par lequel il a été acquis. Si un traité ou toute autre loi a rempli sa fonction en accordant un droit, l'expiration du traité ou de la loi ne peut éteindre ce droit”

La dissolution, donc, de la Société des Nations, n'affecte en rien la continuité du régime de Mandat international, auquel est soumis le Sud-Ouest Africain. Et ce régime comprend le contrôle *administratif*, sans lequel le régime lui-même serait affecté en sa substance.

21. Mais, quel est, donc, le contenu exact de ce Mandat? Est ce que ce mot désigne l'acte de délégation de pouvoirs, tout court, ou, plutôt, on doit le comprendre comme désignant, par entier, tout le régime international, auquel ce *Mandat* se rattache? — C'est la seconde signification que nous adoptons.

Les obligations résultantes du *Mandat* comprennent, conséquemment, toutes les obligations:—

- a) déclarées dans l'art. 22 du Pacte de la Société des Nations;
- b) déclarées dans l'acte du Mandat proprement dit;
- c) déclarées dans les résolutions et recommandations des organes compétents de la Société des Nations, tels le Conseil, la Commission Permanente et l'Assemblée Générale;

- d) déclarées dans l'acceptation et dans les *ratifications* faites par l'Union Sud-Africaine, en ce qui concerne ses rapports d'Etat Mandataire avec les Nations Unies.

Et c'est ainsi que parmi ces obligations figurent :

- a) l'envoi des Rapports annuels aux Nations Unies (*ex-vi* l'art. 10 de la Charte et les Résolutions de l'Assemblée Générale 141-II, 227-III et 337-IV);
- b) le renvoi à l'Assemblée Générale des Nations Unies, avec les renseignements nécessaires, des pétitions des communités ou des éléments de la population du territoire du Soud-Ouest Africain, *ex-vi* la décision du 31 janvier 1923 du Conseil de la Société des Nations et de l'art. 80 de la Charte des Nations Unies.

22. D'autres considérations suggère, encore, l'*Avis* de la Cour Internationale de Justice, telle la suivante:— quelle est, en vue de la Charte des Nations Unies, la durée des obligations actuelles de l'Etat-Mandataire, c'est-à-dire, de l'Union de l'Afrique du Sud? Ces obligations continueront en vigueur jusqu'au moment où l'Union aura conclu, avec les Nations Unies, un Accord de Tutelle qui contiendra, selon les chapitres XI, XII et XIII de la Charte, les droits et les devoirs de l'Etat-Administrateur.

23. La Cour a aussi déclaré qu'en vertu des arts. 75 et 77 de la Charte des Nations Unies, les Accords de Tutelle sont facultatifs, c'est-à-dire, pas obligatoires au sens *légal*. L'Afrique du Sud n'est pas liée par aucune obligation légale (notez bien: — *obligation légale*) de conclure un accord de ce genre, et, en rapport à l'art. 80 de la Charte, il n'existe, non plus aucun moyen pour obliger l'Union à entamer des négociations pour cet Accord.

24. S'il n'existe aucune obligation *légale* de soumettre le Sud-Ouest Africain au régime de tutelle, une obligation *morale*, de *conscience*, de *confiance*, toutefois existe pour que ces négociations soient entreprises sans retard. Au fait, le paragraphe 2^{ème}. de l'art. 2 de la Charte, dispose que l'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'art. 1^{er} doivent agir conformément à certains principes, parmi lesquels s'inscrit celui-ci: — "les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultants de leur qualité de Membre, *doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumés aux termes de la présente Charte*". Et l'art. 80, après avoir statué, dans son paragraphe 1^{er}. le maintien du *statu quo* antérieur à la célébration des Accords de Tutelle, ajoute, dans le paragraphe suivant: — "*le paragraphe 1^{er}. du présent article ne doit pas être interprété comme motivant un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords destinés à placer sous le régime de tutelle des territoires sous mandat, ou d'autres territoires, ainsi qu'il est prévu à l'art. 77*".

Nous ne nous rallions pas au point de vue de KELSEN, selon lequel ces mots "en bonne foi" sont superflus, parce qu'il est impossible de "remplir" une obligation en mauvaise foi. Nous ne nous rallions pas à ce point de vue, d'abord parce que toute interprétation doit donner un sens à tous les mots qui forment le texte de la loi; ensuite, parce que le paragraphe 2^{ème}. de l'art. 2, mis en rapport avec le paragraphe 2^{ème}. de l'art. 80, autorise la conclusion suivante: — dans le système de la Charte, à la paire des obligations *légales*, d'autres obligations existent, qui relèvent de la *bonne foi*, de la *morale*, de la *confiance*, bref, de cette "equity" si féconde qui forme tout un droit dans le système juridique anglo-américain, auquel on peut, sans erreur, filier la Charte des Nations Unies.

L'éminent juriste Sir Arnold McNair s'est bien rapporté au droit-équité quand il a cherché de rapprocher l'institution de la tutelle au "trust" et c'est à lui que nous empruntons ces trois principes dominants dans les affaires fiduciaires de ce genre, que ce droit aussi discipline :

- "a) le contrôle des biens par le "trustee", tuteur ou curateur, est limité d'une manière ou d'une autre; le "trustee" n'est pas dans la situation du possesseur normal complet, qui "peut faire ce qu'il veut de sa propriété", parce qu'il lui est interdit d'administrer les biens pour son avantage personnel;
- "b) une sorte d'obligation juridique, une obligation de *confiance* et de *conscience* est imposée au "trustee", tuteur ou curateur, d'exercer le "trust" ou la mission qui lui est confiée dans l'intérêt de quelque autre personne ou pour quelque fin d'intérêt public";
- "c) toute tentative de la part d'une de ces personnes en vue d'absorber dans son propre patrimoine les biens lui sont confiés serait illégale et prévenue par la loi".

C'est aussi "*une sorte d'obligation juridique, une obligation de confiance et de conscience*", inspirée par le principe de la *bonne foi*, que l'obligation de ne pas ajourner les négociations pour soumettre à un Accord de Tutelle le territoire, sous Mandat, du Sud-Ouest Africain.

Et l'Union Sud-Africaine, qui a une si solide tradition de scrupuleux respect pour ses engagements internationaux, qui a si loyalement participé du débat devant la Cour Internationale de Justice, ne tardera pas, certainement, à entamer les négociations nécessaires, en

accomplissant, ainsi, cette obligation de *confiance*, de *conscience*, envers les Nations Unies.

EN CONCLUSION :

La Délégation du Brésil, fidèle à son point de vue constamment manifesté, donnera son vote au sens: —

- a) de l'adoption de l'*Avís Facultatíf* de la Cour Internationale de Justice;
- b) de la recommandation, à être adressée au Gouvernement de l'Union de l'Afrique du Sud, pour entamer, sans retard, des négociations, en vue de la conclusion d'un Accord de Tutelle pour le territoire, actuellement sous Mandat, du Sud-Ouest Africain;
- c) du maintien, en plein vigueur, jusqu'à la conclusion de l'Accord, des obligations de l'Union de l'Afrique du Sud, résultantes du Mandat sur le territoire du Sud-Ouest Africain y incluse l'obligation d'envoyer à l'Assemblée Générale des Nations Unies des Rapports Annuels et les pétitions des communautés ou des habitants de ce territoire, suivies des renseignements nécessaires.

L'autorité de la Cour Internationale de Justice est si notoire, M. le Président, que nous ne chercherons pas du tout de retenir votre attention sur l'importance de son *Avís*.

Le caractère facultatif de cet *Avís* ne diminue, en aucune façon, la valeur moral et juridique de l'opinion de cette Cour de Justice.

Et merci une fois encore pour votre bienveillante attention.

O “veto” e a segurança da paz internacional

Complementação da Carta das Nações Unidas

Prof. Vicente Ráo

A Carta da Organização das Nações Unidas ao exigir, no seio do Conselho de Segurança, a unanimidade do voto de seus membros permanentes, instituiu, implicitamente, o direito de veto.

O abuso que dêsse direito tem feito a Rússia Soviética levou a delegação americana, secundada por outras delegações, junto àquela organização internacional, a propôr medidas tendentes a evitar os efeitos destes excessos, sempre que estivesse em jôgo a necessidade de se prevenir ou restaurar a paz, em caso de agressão injusta.

O prof. *Vicente Ráo*, que, então, representava o Brasil junto à ONU, apoiou a proposta americana, proferindo o seguinte discurso, em sessão da Comissão Política, a 10 de Outubro de 1950:

“La Délégation du Brésil a examiné soigneusement le projet de résolution A/C, 1/576, présenté par le Canada, les Etats-Unis, la France, les Philippines, le Royaume Uni, la Turquie et l'Uruguay, au sujet des mesures, je dirais tout de suite, des *graves* mesures à prendre par les Nations Unies, quand le Conseil de Sécurité, n'obtenant l'unanimité du vote de ses membres permanents, manque à son devoir de préserver ou de restaurer la paix, en cas de menace, d'agression, ou de violation.

1. Sur le Conseil de Sécurité, vous le savez bien, nous désirions, en principe, un affermissement de ses

pouvoirs, parce qu'il est, en somme, l'organe éminemment exécutif de notre Organisation et, comme tel, destiné, plus que tout autre, à la haute mission du maintien de la paix.

Mais, tout en reconnaissant la vraie portée des pouvoirs statutaires du Conseil, nous ne pouvons nier, non plus, que l'exercice effectif de ces pouvoirs est souvent, très souvent, étouffé, en son sein (la délégation brésilienne l'a déjà dit) par le technicisme des questions de procédure, en détriment des questions substantielles, qui sont, ou devraient être, d'un intérêt fondamental, vers la cause suprême de la paix.

Pour obvier à cette situation, seul un nouveau état d'esprit pourrait y réussir, comme l'a dit, très bien d'ailleurs, dans son discours prononcé à l'Assemblée Générale, l'Ambassadeur Freitas-Valle.

Mais il n'est pas à nous, malheureusement, ni à personne, le pouvoir surhumain de provoquer un changement de mentalité quand les intérêts impérialistes d'un groupe très puissant s'y opposent.

Pour bien définir, objectivement, la situation du Conseil, force nous est de constater et de condamner, d'un côté, la pratique intentionnelle du débat, à propos de tout et de rien, sur des questions purement formelles, et, d'un autre côté, le mauvais usage du *veto*, quand, à la fin, les décisions sont prises.

Mis en face d'une telle situation, nous sommes censés de prévoir un échec total du Conseil, si des nouveaux actes de menace, d'agression ou de violation de la paix surviennent.

Et ces cas sont, aussi, des cas de vie ou de mort pour les Nations Unies, c'est-à-dire, pour l'Organisation sur laquelle pèse, auprès des peuples libres, la responsabilité extrême et l'angoissant espoir du maintien de la paix.

2. Qu'il est essentiellement nécessaire d'éviter les désastreuses conséquences d'un échec éventuel et de facile

prévision, du Conseil de Sécurité, il serait malaisé de le contester.

Mais — et voilà où le problème prend corps et se rend difficile — quelles et de quelle nature doivent se revêtir les provisions à prendre?

Permettez-moi de vous dire, en toute franchise, que je retiens comme de la plus haute importance, d'abord, le rappel du Conseil à sa vraie mission et, après, quand, malgré tout, il manque à son devoir du maintien de la paix, devoir qu'est sa propre raison d'être, l'attribution, aux auteurs de la défaillance de cet organe des Nations Unies, de la pleine et totale responsabilité des conséquences, je veux dire, l'attribution de cette terrible responsabilité, soumise au jugement de l'opinion publique universelle.

Ces deux mesures justifieront, ensuite, les provisions que les Nations Unies, par les autres organes, pourront édicter, pour suppléer l'inaction du Conseil.

La paix universelle vaut bien le prix d'une nouvelle procédure.

Et, en ce sens, puisqu'il contient un avertissement et qu'il n'autorise l'entrée en action des autres organes des Nations Unies, qu'après l'échec du Conseil, le projet e cours de discussion peut et doit être accepté.

3. Nous comprenons que, pour aboutir à la conclusion adoptée par ce projet, ses auteurs ont dû vaincre une situation d'impasse, résultant de *l'exercice abusif du droit de veto*, toujours possible, soit à propos des délibérations du Conseil (art. 27 de la Charte), soit à propos des amendements ou de la révision de la Charte (arts. 108 e 109 n. 2), une fois que toutes ces matières réclament, pour leur validité, le vote unanime des membres permanents du Conseil.

Le recours à l'amendement ou à la révision serait, d'ailleurs, une exigence de nature tout à fait formelle, en vue de laquelle il serait aisé de se demander: — le point

de vue formel doit-il être considéré, dans l'application de la Charte, comme un critère prédominant, même au prix du maintien de la paix universelle? La Charte est-elle un document essentiellement politique, ou un instrument d'une totale et inattaquable rigidité formelle?

4. Dans un excellent commentaire du texte, dû à M. LAZARE KOPELMANAS, on lit à ce propos: "*La Charte n'est pas un document accompli, se suffisant à lui-même. Sur bien des points le soin est laissé à l'Organisation d'apporter des précisions supplémentaires qui lui manquent. Le système primitivement établi est, en outre, appelé à évoluer avec le développement de l'Institution, le plus souvent du simple fait de son application par les organes des Nations Unies et en dehors de toute procédure d'amendements (n. 1).*"

Les précédents ne nous manquent pas, en ce sens. Il nous suffit de considérer, pour les confirmer, que le Comité Intérimaire et même le Comité des Territoires non Autonomes ont été créés en dehors de la Charte et, *aussi*, en dehors de la procédure de l'amendement, par la seule et décisive raison qu'ils étaient nécessaires au bon fonctionnement de l'Organisation.

5. Or, la nécessité d'une solution susceptible d'obvier l'impasse résultant de l'abus du *veto* est plus frappante, plus pressante que jamais, car nous assistons encore, étourdis, à une brutale guerre d'agression et nous devons, avant tout, sous peine de proclamer la faillite des Nations Unies, nous prévenir et nous préparer pour repousser, même par les armes, tout autre attentat à la paix et à l'indépendance des peuples.

6. Il serait absurde vouloir nous convaincre que la Charte doit être interprétée de telle façon, qu'on puisse dire qu'elle contient en elle, plus que le germe, la procédure même de sa propre destruction.

Cette interprétation importerait, avant tout, la suppression des principes normatifs du Préambule de la Charte, qui doivent inspirer et informer l'application, par entier, de ce document et importerait, aussi, l'élimination de l'art. Ier., qui oblige toute l'Organisation, tous ses organes, et qui, avec une portée impérative, détermine que les buts et les principes des Nations Unies (remarquez bien: *des Nations Unies* et pas du Conseil de Sécurité), sont, entre autres, les suivants: *Maintenir la paix et la sécurité internationales et, à cette fin, prendre des mesures collectives en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix.*

7. En vue de ce texte catégorique, impératif, comment, avec quelle base, peut-on dire, ou alléguer, qu'un des organes des Nations Unies, un seul de ces organes, ait plus de pouvoir que toute l'Organisation, en ce qui concerne la réalisation, ou la non réalisation, ni plus ni moins, que de la finalité principale de cette communauté des Nations?

Est-ce que le Conseil est un *organe*, qui a reçu ses facultés des Nations Unies, ou il est un *pouvoir*, vivant de sa propre force, s'imposant, s'il le veut, à l'Organisation des Nations Unies et en un sens contraire aux finalités même de cette Organisation?

Bien au contraire, tout indique, M. le Président, que les pouvoirs du Conseil de Sécurité sont des pouvoirs qu'il a reçus et qu'il exerce par délégation des Nations Unies.

8. Considérons encore, M. le Président, que *l'exercice abusif des droits* est, dès longtemps, condamné par la doctrine juridique et par les législations, même par la

législation soviétique, soit dans les relations civiles, soit dans les relations entre l'Etat et les citoyens, qui ont la faculté de contester la validité des actes résultants d'un *détournement de pouvoir*, ou d'un *empiètement de pouvoir*, ou d'un *excès de pouvoir*.

Et on ne saurait prétendre que l'abus condamné et réprimé par le droit privé et par le droit public interne puisse être admis, comme valable, dans les relations entre Etats, par le moderne droit international.

9. Je ne veux pas dire, du tout, que l'Assemblée Générale, en dehors des voies procédurales de l'amendement ou de la révision puisse supprimer une faculté quelconque du Conseil de Sécurité ou de tout autre organe, quel qu'il soit, des Nations Unies.

Ce que je veux signifier, de la façon la plus claire possible, c'est que l'Assemblée peut très bien, en respectant les dispositions de la Charte, créer, en plus, d'autres comités nécessaires à la réalisation des finalités fondamentales des Nations Unies.

10. En réalité, le projet en discussion n'empêche pas le Conseil d'exercer toutes ses facultés, je dirais même et mieux tous ses devoirs envers la paix universelle. Au contraire, il attend et respecte l'activité *normale* de cet organe des Nations Unies et ne fait entrer en action la nouvelle procédure proposée, que quand le Conseil, par le *veto* de ses membres permanents, manque à son devoir de préserver ou de restaurer la paix, quand, aussi, tous les moyens pacifiques de solution des conflits ont été épuisés.

On ne pourrait dire, non plus, que la proposition américaine résultera inutile, en vue de la détermination inscrite dans l'art. 12 de la Charte.

Le distingué délégué de la France nous a bien renseigné hier que la saisine d'un différend, ou d'une si-

tuation quelconque par le Conseil de Sécurité, s'opère par un vote de procédure, d'accord avec la jurisprudence des Nations Unies.

11. La Délégation brésilienne se réserve, toutefois, la faculté d'intervenir dans les débats quand elle croira nécessaire et, surtout, pour examiner, en détail, les questions qui relèvent du fonctionnement de la nouvelle procédure.

M. le Président,

Il existe un problème à résoudre, bien plus important que toute question formelle, en ce moment décisif pour l'avenir de l'humanité. C'est le problème de la paix.

Et quand de tous les coins du monde nous arrivent d'angoissantes supplications de paix et d'assurance de ne plus verser du sang, encore du sang, toujours du sang, pour satisfaire des ambitions impérialistes, ce ne seront, sans doute, les pays agresseurs qui auront l'autorité d'invoquer, sous prétexte d'ordre formel, le respect de la Charte des Nations Unies.

Peut-on concevoir une violation plus brutale de la Charte que l'agression d'un peuple libre, pour lui voler, à la force des armes, son indépendance?

Non, même l'imagination la plus fertile ne réussirait, jamais, à concevoir un crime plus terrible contre l'humanité, que le crime de la guerre provoqué par l'ambition impérialiste.

Et pourtant, M. le Président, tous les peuples, soviétiques ou non soviétiques, désirent ardemment la paix et c'est à nous les représentants des Nations Unies qu'incombe le devoir suprême de la préserver, de la restaurer, d'empêcher des nouvelles violations, des nouvelles guerres.

Remplissons ce noble devoir sans nous detenir en questions purement formelles. Faisons-le *sans peur et sans reproche*.

A Velha Academia (*)

Raul Fernandes

A solenidade do grau, com que esta famosa Faculdade de Direito decidiu coroar no seu término a minha carreira na vida pública, evoca incoercivelmente em minha lembrança a cerimônia do outro e primeiro grau, o de bacharel em ciências jurídicas e sociais, aqui recebido há cincoenta e quatro anos passados.

Que contraste entre as galas desta noite e aquela melancólica formalidade com que, a um canto da Secretaria, me impuseram o tradicional barrete numa tarde de fins de março de 1898!

Apresentava-me eu isolado, tendo por extrema necessidade antecipado a conclusão do curso, como os regulamentos da época facultavam. E se vinha sem os colegas da mesma turma, também não tinha paraninfo. Estava rigorosamente só, urgido pela necessidade de ganhar a vida e tendo no bôlso, por tôda fortuna, o dinheiro para a passagem de volta à cidadezinha fluminense onde morava minha Mãe viúva, mais vinte e cinco mil-réis para certidão do grau: a carta em pergaminho, com sêlo encastoadado em medalha de prata, enrolada no indefectível canudo de fôlha-de-flandres, era um luxo inacessível.

(*) Discurso do jurisconsulto Ministro RAUL FERNANDES na sessão solene em que lhe foi conferido o titulo de doutor "*honoris causa*" por nossa Universidade por proposta da Congregação da Faculdade de Direito.

Quem me impôs a borla simbólica não foi o diretor, o venerando Barão de Ramalho. Nonagenário, e com os achaques próprios da idade, não pudera comparecer nesse dia. O secretário, Dr. André Dias de Aguiar, achando-se presente o vice-diretor Dr. João Monteiro, pediu-lhe que cumprisse os ritos. Estabeleceu-se então entre os dois um diálogo, que nas réplicas do vice-diretor subiu de tom até explodir num deferimento irritado e irreverente: — “Vá lá; dou o grau; dou em qualquer lugar, até no banheiro se quiserem!”. Parece que a cena tinha precedentes e era esperada, pois em sua mesa o subsecretário Dr. Júlio Maia sorria, malicioso, na sua barba de fauno. O amanuense Joaquim Delfim explicou-me: “O Barão não gosta de passar o exercício por causa da gratificação. .”

Os meus vinte anos, que ali não estavam ridentes, nem engalanados, e ao contrário, esmaecidos na tristeza de um coração oprimido, encolheram-se ainda mais sob essa ducha gelada. Ah! se o mestre, que foi uma das glórias desta Faculdade, e orgulho dos seus discípulos, adivinhasse a alma transida do neófito! Que palavras não teria achado êsse orador portentoso, para quem a língua, a imaginação e a eloquência não tinham segredos, com que erguesse e consolasse o rapazelho imberbe, mal saído da juventude e que dali ia partir, fraco, pobre e desprotegido, para a Maratona da vida!

Hoje, passado mais de meio século, volto, como o filho pródigo da parábola do Salvador, e sou recebido com festas e galardoado com um grande prêmio. A Faculdade, como o Pai nas Escrituras, não me cobra o pecúlio esbanjado; não me toma contas e, até, generosamente se antecipa em prestá-las por mim, surpreendendo-me com créditos que nunca imaginei poder computar no meu ativo.

Se bem entendi o vosso magnífico intérprete, êsses créditos foram achados na minha atividade no Parlamento,

na Diplomacia e na gestão dos negócios exteriores do país. Êle teve o bom gôsto de não exagerar os meus títulos de juristas, pois neste ponto trai o estímulo e a esperança dos mestres. Aqui aprendi a definição romana do jurisconsulto "*vir probus dicendi peritus*". Todos os bacharéis que não hajam buscado o diploma como um adôrno, e sim como um instrumento de trabalho, se supõem jurisconsultos em potência, como os soldados de Napoleão esperavam levar na mochila o bastão de marchal. Mas entre os bacharéis da minha geração, só os que não desviaram da magistratura ou da advocacia para outras atividades puderam realizar êsse ideal de cultura. Ora, eu tive de cumular com a advocacia os mandatos legislativos por mais de vinte anos, e esporádicamente, mas com frequência, dela me afastei em comissões diplomáticas, sem falar nos quatro anos e meses, durante os quais servi como Ministro de Estado das Relações Exteriores. *Vir probus*, penso eu ter sido sem desfalecimento; mas como poderei vir a ser "*dicendi peritus*" sem me concentrar no meu ofício para refazer incessantemente a teia de Penélope em que se converteu, nestes tempos de confusão e instabilidade, o *curriculum* do direito positivo?

Há uns quatro anos apareceu um livrinho do historiador Daniel Halevy sôbre o que êle chamou a "Aceleração da História", fenômeno que começou com a revolução industrial do século XIX e se precipitou depois em ritmo vertiginoso. Minha geração contemplou e a muitos respeitos sofreu êsse drama. Em algumas décadas ela viu transformações económicas e sociais, que em outras eras consumiriam séculos de lenta evolução. As duas grandes guerras rebentaram as estruturas que informavam as instituições. Os milagres da electricidade, do rádio e da aviação revolucionaram o mundo, apressando, multiplicando, modificando e balburdiando as relações entre os homens e os povos. O direito, que disciplina essas relações, teve

de se adaptar com rapidez, quase sempre empiricamente, às novas necessidades; atrás dos legisladores atarantados correram os juristas no afã ingrato, e às vêzes fútil, de sôbre essas bases movediças reconstruir teorias e sistemas. Nessa dobadura lhes saem, às vêzes, coisas que correm parelhas com os novísimos e espantosos cânones das artes plásticas, da música e da literatura em nossos dias... Nada permaneceu quieto. Mudaram os costumes, deslocaram-se as fortunas, as moedas endoideceram, as crises se sucederam até que a última, na década de 1930, e agravada depois, abalou a própria estrutura do sistema econômico. O direito teve de acompanhar êsse *sabbat*, mesmo o direito civil, o mais lento e conservador entre todos.

O direito civil, aqui ensinado pelos drs. Mamede e Pinto Ferraz, fôra o das Ordenações Filipinas, atualizado pela Consolidação de Teixeira de Freitas. Volvidos alguns anos, sobreveio o Código Civil, com empréstimos numerosos ao direito comparado, especialmente ao Código Civil Alemão e ao Código Federal Suíço das Obrigações; e, logo depois, as desordens profundas acarretadas no mundo pelas duas grandes guerras enxertaram nesse tronco uma congêrie de leis extravagantes, com as quais precisa confrontá-lo a cada passo quem não quiser cair em erros graves: a lei de introdução já não é a mesma e partes importantes do direito da família e do direito das obrigações, especialmente os contratos, foram modificados substancialmente.

O direito administrativo do meu tempo de estudante estava todo no compêndio de Ribas e nos dois volumes do "Ensaio" do Visconde do Uruguai, salvo algumas novidades da doutrina alemã ou italiana que o Dr. Villaboim começou a introduzir no seu curso dessa disciplina. Enorme foi o posterior desenvolvimento das instituições de direito administrativo consequente ao ingente alargamento das atividades do Estado. A noção de serviço público, que modificou radicalmente a teoria dos contratos administrativos; e de outro lado o contrôle jurisdicional dos atos do Govêrno,

refundiram essa matéria, erigindo-a em um dos mais ricos e especializados ramos da ciência jurídica.

Quem sabia no começo do século o Código Penal de 1890 e o clássico “Programa” de Carrara, conhecia todo o direito criminal vigente, cujo arcabouço resistia às inovações de Ferri e Garofalo, ainda meras curiosidades na época para brilhaturas em exames e sabatinas, estimuladas pelo Dr. Severino Prestes, que enterramos tão jovem na necrópole da Consolação, e pelo Dr. Cândido Motta. O projeto do saudoso Alcântara Machado transformou-se, emendado, no Código Penal de 1940, obrigando advogados e juizes a estudarem os novos conceitos da individuação da pena, da sua graduação pelo juiz entre limites máximos e mínimos, bem como as definições dos crimes mudados em seus elementos, e às vêzes pura novidade, como certos crimes contra a família.

Teríamos de aprender o direito constitucional depois que deixamos a Faculdade. A Constituição, então vigente, era nova. Os magistrais comentários de João Barbalho vieram depois, e Rui Barbosa apenas começava a afeiçoar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à correta interpretação da lei básica. O Conselheiro Leôncio de Carvalho, socorria-se, por isso, de Laboulaye e do Marquês de Noailles para nos inculcar os princípios do sistema norte-americano transplantado no Brasil. Mas quando assimilamos as lições de Rui e de João Barbalho, vimos quebrados os moldes de 1891, em pouco tempo substituídos duas vêzes com os aditamentos inéditos de normas sociais e económicas inscritas nas Constituições de 1934 e 1946, as quais pela maior parte ainda esperam as leis complementares. Isto, sem falar no intermédio dos decretos constitucionais da ditadura, entre 1937 e 1945, que não tiveram outro préstimo senão o de nos dar a ver os perigos extremos que, sob tal regime, corre a liberdade,

Citei êsses quatro departamentos da nossa ciência a título de exemplo. Poderia aditar o do direito comercial, já no meu tempo de estudante regido na sua maior parte por leis extravagantes derogatórias do Código de 1950 e assim ensinado pelo emérito Brasílio Machado, leis essas pouco mais tarde substituídas por outras sôbre títulos ao portador, cheques, letras de câmbio e notas promissórias, sociedades por ações, marcas de fábrica, falências, nome comercial e patentes de invenção.

Que dizer, então, do direito fiscal alterado de ano para ano, e do direito sôbre o trabalho, emaranhados um e outro em tão horrenda casuística que constituem o domínio quase inviolável de especialistas?

Excetuarei duas disciplinas cujo ensino, aqui recebido há tantos anos, não envelheceu: A Filosofia do Direito, porque trabalha matéria transcendente, em vez de efêmera como a das outras disciplinas, e Pedro Lessa no pleno vigor de seus trinta e oito anos professava, abrindo as nossas vistas imparcialmente para o evolucionismo de Spencer, o positivismo de Comte e a metafísica de Taparelli; bem como o Processo Civil, cujo estudo João Monteiro renovou magistralmente, explicando o fundamento das instituições pela Filosofia do Processo de Bordeaux, e a sua técnica pelos ensinamentos, novos então, e agora clássicos, mas sempre atuais, hauridos na doutrina européia, principalmente na italiana, de Mattiolo, Saredo, Pisanelli, Pescatore, Scialoia, Cogliolo e *tutti quanti*. O Código de Processo Civil alterou, é certo, o rito do procedimento judicial, introduzindo algumas inovações felizes e outras duvidosas (como o *soi disant* processo oral, que continua tão escrito como antes), mas respeitou o que era fundamental e já aprendíamos sob o regime do velho e sábio Regulamento n.º 737 de 1850.

O que levo dito dará a entender aos profanos a vida de galé a que se condenaram os juristas contemporâneos, votados a acompanhar dia a dia as mutações das

leis promulgadas às carreiras na ânsia de adaptarem o direito às realidades cambiantes do mundo exterior, e quantas vêzes interpretando-as às avéssas, e por isso logo revogadas ou substituídas para tormento nosso e grande instabilidade dos cálculos e previsões, em que há de assentar qualquer atividade humana a prazo mais ou menos longo.

O paradoxo, nesse panorama, é que justamente no que concerne mais de perto à crucial alternativa de paz ou guerra, as instituições jurídicas, longe de evoluir, se petrificaram, malgrado a evidente ruptura do equilíbrio entre a estrutura jurídica dos Estados e a infraestrutura que a sustenta. O direito das gentes, ensinado há cinquenta anos, só êle, não variou, à parte as tímidas e malogradas tentativas de organização das relações internacionais, teimosamente baseadas no mito da soberania dentro de fronteiras, não só políticas, mas também económicas.

Parece que um velho professor, ressuscitado agora, poderia parodiar o sábio Frei Francisco de Vittoria, famoso lente da Universidade de Salamanca, o qual, processado pela Inquisição e prêso durante cinco anos, afinal liberado voltou aos seus alunos e reiniciou o curso como se nunca o houvesse interrompido, com estas palavras: “Como dizíamos na lição anterior...”

Eis aí explicado meus colegas, porque não vim a ser o jurista que os velhos mestres quiseram que eu fôsse quando me animaram com a láurea a que aludiu o professor Vicente Rao. Não pude me consagrar inteiramente ao estudo do direito, pois tive de dividir o tempo entre a advocacia, que pratiquei sem cessar, e outras atividades não menos afanosas. Mas aproveito o ensejo para dizer que, embora aplicado, tanto por vocação como por necessidade, não mereci o prêmio, que a Congregação me conferiu quando concluí o curso. Era um prêmio de dinheiro para viagem à Europa, que o Regulamento man-

dava conceder ao aluno que, na sua turma, alcançasse as melhores notas. Por circunstâncias fortuitas, a Congregação demorou dez anos na apuração dessas notas nos exames finais. Quando o Governo pediu ao Congresso o crédito necessário, já eu era deputado e membro da Comissão de Finanças. O relator dos créditos, Justiniano de Serpa, acenou-me com uns papéis, dizendo: “Êste negócio é seu. Vou escrever um bonito parecer”. Surpreso, retruquei: “Não é possível, meu amigo. Não tenho negócios com a administração”. Insistiu o relator que não estava gracejando; tratava-se de pagar-me o prêmio de viagem. Pedi-lhe, então, que deixasse a Mensagem do Governo sepultada no arquivo. Assim procedi porque era muito tarde para que me dessem um prêmio considerado de animação; mas não só por isso, senão também considerarei não poder recebê-lo sem constrangimento de outra ordem. É que os exames, e as suas notas, às vêzes constituem falaz indicação de merecimento, e em meu sincero juízo, a despeito de suas notas serem inferiores às minhas, o primeiro estudante da minha turma fôra o meu amigo, inseparável companheiro de estudos, José Augusto César, que veio a conquistar em brilhantíssimo concurso a cadeira de direito civil nesta Faculdade, onde deixou provas reconhecidas e proclamadas de sua primorosa cultura e grande capacidade.

Se, como disse o Dr. Rao, nos postos onde me foi dado servir o país esforcei-me com perseverança por ideais de paz e justiça, penso que, não deslustrando as tradições nacionais, só por êste motivo, e não por outro valor, não deixei decair, nas comissões desempenhadas, o respeito dos estrangeiros pelo Brasil.

Fiz obra construtiva, ou trabalhei em vão? Respondo com ceticismo a esta pergunta vendo a caligem em que andamos mergulhados.

A interdependência das nações, cada vez mais inexorável, é um fato que está no domínio da percepção

imediate. Os nacionalismos exasperados a contrariam abertamente. O expediente dos Estados, militarmente fortes para se esquivarem à necessidade da cooperação sob uma lei comum, foi imperialismo. Um e outro sistema implicam as soluções da fôrça para resolver os conflitos económicos. Assim, o desfecho do mito foram duas guerras totais e catastróficas nos últimos trinta anos.

A terceira, ninguém a quer, e a tragédia de hoje é que, não a querendo nenhum govêrno, e menos ainda nenhuma nação, todos caminham para ela de olhos abertos, como a rã fascinada pela serpente. A fascinação é o mito inabalável das soberanias ilitimitadas enquistado na psicologia popular.

Os franceses, inteligentes e cartesianos, ousaram um grande passo, procurando com o plano Schuman unificar, pelo menos num setor europeu, a exploração de certas indústrias básicas. Os americanos fomentaram aí o esbôço de uma federação política, embora limitada às questões de mútua defesa. Os inglêses cooperaram, mas não se obrigaram. A razão alegada é o seu liame com os Domínios de além-mar. No fundo dessa abstenção, que vindo de onde veio não ficou isolada, está, porém, o empirismo visceral dos britânicos, que desconfiam das construções lógicas.

Apesar de a última guerra ter desconjuntado o império e roubado à Grã-Bretanha o cetro dos mares, vê-se nesse episódio que os inglêses não se curaram e que ainda é atual o discurso de Sir Austin Chamberlain, pronunciado na Câmara dos Comuns em 24 de março de 1925, e no qual é licito pensar que êsse estadista falou por todos os partidos, dizendo:

“Desconfio profundamente da lógica aplicada à política, e tôda a história da Inglaterra me justifica de pensar assim. Por que, em contraste com tantas outras nações, nosso desenvolvimento operou-se na paz e não na violência? Por que, grandes como tenham sido as mudanças

acontecidas em nosso país, não sofremos durante os três últimos séculos nenhuma dessas revoluções ou reações súbitas de que padeceram povos mais bem dotados do que nós de espírito lógico? É porque o instinto e a experiência nos ensinaram, com igual fôrça, que a natureza humana não é lógica, que é pouco sábio tratar as instituições políticas como instrumentos de lógica, e, ao contrário, que é abstendo-nos prudentemente de levar as conclusões até consequências extremas que encontramos o caminho da evolução e das verdadeiras reformas”.

Entretanto, a *pax britanica* só reinou por mais de um século porque o poder sem rival da Grã-Bretanha manteve o equilíbrio europeu, e o resto do mundo, excetuadas as Américas, estava à sua mercê. Do Império Britânico combalido e amputado passou agora a regência aos Estados Unidos. Mas esta potência, ao contrário dos ingleses, tem um rival da mesma fôrça e que não quer cooperar; por isso a *pax americana* está sendo uma paz superarmada, inquieta, larvada e instável, que só se sustenta nos ombros do Titã. Por quanto tempo? Por anos, talvez por decênios, não para sempre, a menos que o comunismo soviético aceite a tempo um *modus vivendi* verdadeiramente pacífico com os Estados não comunistas.

Só assim a noite gélida que estamos vivendo poderá terminar numa aurora que ilumine um mundo livre.

Meu melhor agradecimento a esta veneranda Escola pelo calor com que ora está honrando e aquecendo minha velhice afogada em tantas e tão cruéis apreensões, é formular um voto ardente para que essa alvorada não demore. Venham depressa os dias afortunados, em que possa continuar a ter livre curso a sua vocação de concorrer na formação de elites moral e intelectualmente preparadas para dirigir o país, imbuídas do espírito público e do sentimento liberal que o salvem da corrupção e das leis opressivas.

Saudação do Prof. Vicente Ráo ao embaixador Raul Fernandes

“A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo orgulha-se de comemorar sua data magna, a da fundação de nossos cursos juridicos, recebendo em solene assembléia universiária um seu filho ilustre, que estadistas de renome mundial, conferencias e congressos internacionais e centros universais de cultura dos mais famosos, de há muito consagraram como um dos maiores juristas contemporâneos; orgulha-se de receber de novo em seu seio o sr. dr. Raul Fernandes.

V. exa., sr. dr. Raul Fernandes, se em sua brilhante e gloriosa carreira sempre dedicou á defesa dos interesses supremos do Pais, na ordem interna e na ordem externa, o seu profundo saber juridico, nada mais fez do que prosseguir pelo caminho que se traçou ao iniciar os seus estudos superiores sob estas arcadas.

O calouro de 1895, colega de turma de Ernesto Pujol, Oscar Thompson, Alarico Silveira, José Augusto Cesar, Rafael Correia de Sampaio e outros, desde os primeiros instantes se destacou e se impôs, por seu talento e por sua conduta, á estima e ao respeito de seus mestres e de seus colegas, realizando o inteiro curso acadêmico com distincção e merecendo ser laureado com o premio de viagem á Europa.

Tamanho brilho, com que se sagrou cavaleiro do direito, havia forçosamente de lhe acompanhar e marcar todos os passos na caminhada que assim iniciava.

E, na realidade, o traço predominante de toda a sua atuação, na vida publica, foi e continua a ser a sua intransigente fé no direito, em cujo estudo, já nos bancos academicos, alcançara as notas culminantes dos laureados.

No percurso dessa carreira notável, em escala constantemente ascendente, v. exa. palmilhou todos os degraus, dos mais simples aos mais elevados a que a ambição humana possa aspirar. Mas, esta ascensão não foi impulsionada por forças politicas apenas fiéis os seus interesses momentaneos, nem por momentaneas contingencias partidarias, nem por quaisquer conchavos que, um pouco por toda parte, nem sempre elevam ás culminancias os homens de maior merecimento.

A vida publica de v. exa. não é um rosario de sinecuras; representa, ao contrario, uma sucessão gloriosa de lutas para as quais v. exa. sempre foi convocado só e só por seu valor excepcional. E' uma vida bellissima, digna de ser vivida, a de v. exa., a revelar um sentido profundamente humano, um contacto ininterrompido com todos os grupos sociais e politicos, a começar pelo municipio, a continuar pelo Estado, a prosseguir pela Federação e a consagrar-se, afinal, nos grandes congressos e nas supremas assembléias internacionais.

Vereador e presidente da Camara Municipal de Vasouras, em seu estado natal, de 1898 a 1903; deputado estadual de 1903 a 1909; deputado federal de 1909 a 1918, e membro, na respectiva Camara, das Comissões de Finanças, de Justiça, de Diplomacia e Tratados, bem da Comissão Especial do Codigo Civil e do Codigo de Contabilidade Publica; delegado á Conferencia da Paz em 1918 e, a seguir, delegado junto á Comissão de Reparções e membro do Comité de Juristas de Haia, para a elaboração do Projeto de Criação da Côrte Permanente de Justiça Internacional; delegado, de 1921 a 1925, á primeira, segunda, quarta e quinta Assembléias Gerais da Liga das Nações e convidado para o alto cargo de consultor juri-

·dico da Liga, cargo que não pode exercer porque então nos retirámos, em gesto de rara infelicidade, dessa organização internacional; embaixador na Belgica, em 1926 e 1927; chefe da delegação brasileira á Sexta Conferencia Pan-mericana de Havana, em 1928; membro do Conselho Consultivo do Estado do Rio em 1931; Consultor Geral da Republica nesse mesmo ano; deputado á Constituinte de 1933 e relator geral da Constituição promulgada em 1934; de novo deputado federal e lider da maioria de 1934 até 1937, posto para o qual foi eleito, em 1934, após haver declinado do convite para o Ministério das Relações Exteriores; Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados em 1943; delegado á Conferencia da Paz em 1946; chefe da delegação brasileira á Terceira Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas; Ministro das Relações Exteriores de 1946 a 1950, periodo durante o qual, entre outras realizações notáveis, coube-lhe presidir a Conferencia de Petropolis, de que resultou o “Tratado do Rio de Janeiro”, documento fundamental e criador da comunidade das nações americanas, segundo moldes internacionais substancialmente novos.

E mais ainda: arbitro em questões internacionais designado por paises estrangeiros, membro indicado pelos Estados Unidos da América do Norte para a comissão de arbitragem nas questões entre este Pais e a Checoslovaquia.

E não é só, nem eu pretendo enumerar todas as funções que exerceu, mas, apenas, encerrar esta indicação sumaria, lembrando que, no intervalo entre uma missão e outra, v. exa. sempre praticou a advocacia, consagrando-se em nossos pretorios como o jurista eminente, que todos nós veneramos.

Foram sinecuras essas missões todas e todos esses cargos por v. exa. exercidos? Não, não foram. Foram, antes, postos de combate, mas de combate em que só os gigantes vencem, como v. exa. venceu.

Não é uma afirmação gratuita, esta que acabo de pronunciar; é, sim, a conclusão de um estudo cuidadoso da vida intelectual de v. exa., que devassei em todos os seus recantos, para extrair, dela, as diretrizes fundamentais de seu espirito.

Pelas idéias e não pela sucessão dos fatos é que a vida de um varão ilustre se define. E são estas idéias, estas diretrizes espirituais e intelectuais, que procurarei apresentar, nesta assembléia universitaria, como lição aos meus discipulos, como simbolo de uma existencia inteiramente dedicada, mais do que á Patria, á Humanidade.

Desde logo, causou-me impressão profunda a constante fidelidade de v. exa. ao conceito basico da

UNIDADE E DA UNIVERSALIDADE DO DIREITO

como meio único e supremo da existência de uma comunhão universal fundada na harmonia e não na discórdia, no amor e não no ódio, na paz e não na guerra.

Em conferência realizada em Montevideu, a 16 de maio de 1947, v. exa., reafirmando conceitos reiteradamente expostos em oportunidades outras, fez suas estas palavras do eminente internacionalista POLITIS:

“Quando mais examinamos o inquietante problema da paz, mais nos persuadimos de que a condição primordial de sua solução é o progresso do direito. Já se disse com razão que nada pode substituir a guerra senão uma legislação internacional. Tal é a lição que se desprende nitidamente dos trabalhos realizados durante cinco anos pela Sociedade das Nações para cumprir a promessa de paz que o seu Pacto deu ao mundo. Procurou-se primeiramente a solução por meio de desarmamento e depressa se verificou ser impossível sem a segurança. Retornou-se a questão por êste lado e preciso foi reconhecer-se não haver segurança sem Justiça. Mas a Justiça precisa de leis, que o direito internacional ainda

não nos deu. A conclusão inevitável, a que se chegou, é a de que a pedra angular da paz é o desenvolvimento do direito internacional”.

E v. exa. amargamente acrescentou:

“A experiência está feita. Custou milhões de vidas humanas. Custou sofrimentos indizíveis que ainda se prolongam num crepusculo que devia anunciar a aurora da Idade Nova e, entretanto, se não acudirmos a tempo, pode preceder a noite da civilização.... “A paz é a ordem baseadas na lei. Ela será precária enquanto teirmos em baseá-la em tratados. Por mais justos que estes possam ser, cristalizam um *statu quo*. Esta concepção estatica da paz é inconciliável com o dinamismo da vida; tal a razão pela qual os contratos caducam, desajustados às novas circunstâncias e se rompem em guerras periodicas. A lei, ao contrário, assegura a paz duradoura, porque, tal como a própria vida de que é imagem, adapta-se às transformações continuas, seja por obra da jurisprudência, seja pela emenda do legislador atento às realidades.”

Não bastava, entretanto, a simples afirmação da indeclinabilidade de uma lei internacional, a reger na convivência pacífica das nações. De mister se fazia fundamentar a asserção. E v. exa. o fez brilhantemente, recordando que o direito, em seu fiel conceito substancial, ha-de revestir os requisitos de unidade e de universalidade. O problema disse v. exa., é de natureza identica nas relações humanas dentro ou além das fronteiras nacionais e só em gráu difere de uma zona para outra:

“Fronteiras a dentro, não passa pela cabeça de ninguém regular sòmente por meio de contratos e ajustes as relações de homem a homem, mesmo na esfera do direito privado”. “... E’ um paradoxo que no plano internacional se pretenda estabelecer sòmente por meio de ajustes as regras da convivência”. — “... A segurança só se apoia na lei”.

Esta desigualdade, esta cisão do conceito do direito, êste paradoxo, são a causa das maiores calamidades por que o mundo tem passado.

No entanto, a natureza bem diversa das coisas nos ensina, segundo sabias palavras que v. exa. já proferira a 23 de julho de 1925 perante a Sociedade Brasileira de Direito Internacional, que “o fato promordial e irreductível é este, traduzido no adagio latino *ubi societas ibi jus*. Existe uma Sociedade *de fato* dos Estados, nascida de sua coexistência e das relações reciprocas dai derivadas. De modo mais ou menos consciente, o direito se elabora e se desenvolve nessa sociedade, formando um conjunto de regras de vida comum: — tal é o direito internacional. Ora, todo direito, para ser eficaz, supõe uma sanção que é, em última análise, um ato de fôrça ao serviço do direito violado. Êste elemento, indispensável à perfeição de uma disciplina jurídica, falta ao direito internacional; e, dada a sua ausência, os Estados fazem justiça por si mesmos, com os meios de fôrça de que dispõem: o ferro e o fogo, os explosivos e os gases, em última palavra, a guerra. O resultado é que a independência, a fortuna e a própria existência dos Estados são coisas precárias, sujeita aos caprichos da fôrça. Tal situação não é apenas caotica e inorganica: — é contra a natureza e só se corrige pela instituição de uma autoridade dotada dos poderes e dos meios adequados a impor a observância da regra de direito.”

E por que se manteve e mantém semelhante situação? Por que se não cria a lei internacional? Por que se não determina a sanção do direito externo? Por que se não institui uma autoridade dotada de poderes e meios para impôr a observância da regra de direito?

A essas perguntas, que encerram em si todo o lancinante problema contemporaneo da sobrevivência, ou não, do direito internacional, respondeu v. exa. em mais de um passo de suas valiosissimas conferências e interven-

ções em assembléias e cenáculos internacionais: — a causa desta situação está na convicção dos fortes de que, se um legislador internacional existisse, deveria ser obedecido e esta odebiência importaria restrição da soberania. Ao conceito e função da lei, os fortes continuam a sobrepôr o conceito e função de potência. Causa é esta, pois, que decorre do

MITO DA SOBERANIA

A liberdade, no entanto, só subsiste quando juridicamente disciplinada; e esta disciplina exige a imposição de restrições, para que todos possam ser livres. A liberdade absoluta é a negação da liberdade, porque equivale à vitória do mais poderoso. Assim é na ordem interna, assim também é na ordem internacional. Se a convivência humana, dentro de uma comunidade nacional, só é possível em regime de disciplina ou limitações, na convivência universal dos Estados outrotanto há-de suceder, sob pena de se proclamar que a razão do mais forte é sempre a melhor.

Na ordem interna, os homens sofrem, para bem de sua liberdade efetiva, as limitações impostas pelas leis e mesmo pelos contratos, cujo respeito coercitivamente pode ser reclamado; e o próprio Estado sofre as limitações ditadas pelo Estatuto Político ou Constituição aprovada pelo consenso do Povo. E se a soberania reside e emana do povo e não no Estado, porque, então, os Estados não hão de sofrer, na comunidade internacional, as restrições ditadas pela necessidade da preservação desta mesma comunidade?

V. exa. bem diagnoscou o mal e bem andou em estigmatizá-lo, quando ensinou e disse:

“o Pacto da Liga das Nações não rompeu com a tradição. Os homens políticos e os diplomatas que o elaboraram estavam, como os juristas, subjugados pelo mesmo mito pernicioso que o nacionalismo exalta para tormen-

to da humanidade. Cedendo à contingência imperiosa deste fato social e mantendo intacta a arca santa da soberania, eles fizeram repousar o Pacto no princípio do consentimento. O pacto efetivamente, não é mais do que uma convenção geral, cujo art. 1.º logo consagra o princípio da retirada de qualquer dos aderentes mediante aviso com antecedência de dois anos. Ele não aspira, sequer, mesmo sob a forma convencional, a fundar uma disciplina que abarque a atividade internacional em todos os seus aspectos.”

E por isso a primeira tentativa de se criar uma Organização Internacional, falhou lastimavelmente. Na estrutura e no funcionamento da Liga não penetrara o princípio democrático do prevaecimento do voto da maioria, embora qualificada. Ao contrário, por fidelidade à arca santa da soberania, dispôs-se no Pacto que a criou, que *“para salvaguarda da independência dos associados, a Assembléia delibera por unanimidade de votos das delegações presentes.* Por exceção, a maioria é suficiente nas questões do processo e na confirmação das deliberações do Conselho, concernentes ao aumento do quadro de seus próprios membros. Uma maioria qualificada é exigida quando a Assembléia emenda o Pacto e quando delibera como mediadora.”

Nem a experiência, a dolorosa experiência da guerra de 1914, nem a tragica prova da guerra de 1939 bastaram para demover os Estados mais poderosos desse mito fatal à humanidade.

E' certo que, ao se criar a Organização das Nações Unidas melhor disposição revelaram algumas das grandes potências para imprimir à nova entidade um sentido mais democrático. Mas, para evitar o fracasso da Organização que resultaria da retirada da Russia e de seus satélites, foi preciso ceder às contingências do momento, frutos de erros passados, aceitando-se a atribuição ao Con-

selho de Segurança da competência privativa para a solução das questões fundamentais atinentes á manutenção da paz e preciso foi aceitar-se e admitir-se o direito de veto, de que os soviéticos têm usado e abusado, contra os interesses da paz, da paz que pregam e não praticam.

Mas, v. exa. jamais se calou ante essa deformação, ante esta perversão monstruosa dos interesses supremos da humanidade. E em conferências científicas, em intervenções nas assembléias internacionais, sempre batalhou contra o mito da soberânia, fazendo desta batalha mais uma diretriz, constante e obedecida sempre, do espírito brilhante e profundamente humano de v. exa.

São reiterados, uniformes, às lições de v. exa. nesse sentido. V. exa, teve e tem, como ninguém, o sentimento da unidade e da universalidade do direito, a par do sentimento da unidade e da universalidade da paz, una e inscindível, pois guerra não há, em nossos dias, que a todo o universo não afete.

E v. exa. sentiu, ademais, que estas duas diretrizes permaneceriam letra morta se a elas não se juntassem princípios outros, complementares, tal, de inicio, o da

IGUALDADE JURIDICA DOS ESTADOS

princípio em defesa do qual v. exa. tem sido um ardoroso e incansável continuador de RUI, de nosso RUI de Haia, RUI da conferência de Buenos Aires, RUI de nossas campanhas civicas maiores, RUI das mais gloriosas tradições jurídicas brasileiras.

Já a 21 de maio de 1921, perante a Academia Real de Jurisprudência e de Legislação de Madrid, v. exa. sustentava esta tese, em impressionante oração, que repercutiu profundamente nos meios internacionais, tese que eu me permito sintetizar neste simples axioma: assim como, na ordem interna, todos não iguais perante a lei e a lei é igual para todos, assim também, na ordem externa, todos os Estados devem ser iguais perante as leis

internacionais e estas devem ser iguais para todos os Estados.

Da universalidade da lei internacional e da igualdade dos Estados perante esta lei, haveria de decorrer, necessariamente, uma igual situação jurídica para todos os Estados nas organizações das côrtes de justiça internacional.

Infelizmente, porém, “a desigualdade, sem disfarce, tem sido a regra. Quando Clemenceau surpreendeu a Conferência da Paz (em 1918) com a famosa distinção entre *potências principais e potências de interesses limitados* e quando o delgado belga Hymans protestou com a patética interrogação “poderão dizer-me qual foi o interesse particular que levou a Belgica à guerra?” — esta pergunta ficou sem resposta”.

E nós por nossa vez, ainda hoje poderíamos perguntar: quererão dizer-nos qual foi o *interesse limitado* que nos levou a enviar tropas brasileiras para além do Atlântico, a sacrificar a vida de patricios nossos, a perder unidades valiosíssimas de nossa marinha mercante e a sofrer as consequências do desequilíbrio econômico causado pela guerra? Também esta pergunta, se a formulássemos, ficaria sem resposta.

Sobravam razões a v. exa., portanto, quando nos cenáculos internacionais, se insurgia contra esta desigualdade, que tanto predominou na primeira, quanto na segunda conferência da paz, que tanto inspirou a formação da Liga das Nações, quanto a da Organização das Nações Unidas através de seus respectivos Conselhos e, até, em certo sentido, através das Côrtes de Justiça.

Perante o direito e perante a moral, a diferenciação quantitativa dos interesses jamais poderia constituir um justo critério para a discriminação dos direitos. Nem, no estado atual das idéias políticas e jurídicas se poderia sustentar, a sério, o critério da subordinação das pequenas potências ás maiores, as quais, num simile de paterna-

lismo medieval, tomariam a si o encargo de protegê-las. E menos ainda se justificaria o conselho regressivo de supostos internacionalistas que, como Walter Lippman, desprovidos do sentido da universalidade da paz, até hoje sugerem a formação de zonas de influência e a exclusão, das organizações internacionais, dos *itens atinentes* á defesa coletiva.

Só e só aplausos, pois, conquistou e mereceu v. exa. quando se impôs como diretrizes, perante a Organização das Nações Unidas, a par do propósito de universalização dêste instituto, os seguintes conceitos: “tudo o que se relaciona com o bem-estar e a segurança de qualquer um dos seus membros, deve ser objeto de igual consideração por parte dos demais”; “todos os membros da Organização devem possuir as mesmas prerrogativas, os mesmos direitos e equanime tratamento”.

Assim v. exa. pensava ao se tentar organizar a paz em 1918; assim continuou a pensar de 1945 em diante, sem transigência, nem desfalecimentos.

Prova eloquente de quanto afirmo foi a atitude de v. exa., em 1947, recusando-se em nome do Brasil, a participar, por delegado especial, à Conferência de Londres, destinada á declaração da independência da Austria e a elaborar o estatuto da Alemanha, recusa que se justificou, de todo em todo, á vista das inaceitáveis limitações impostas á nossa atuação nesse conclave. O protesto de v. exa., permito-me recordar, foi então secundado pelo Canadá, pelos Países Baixos, pela África do Sul e pela Austrália.

Unidade e universalidade do direito, combate ao mito da soberania e igualdade jurídica dos Estados — eis três diretrizes fundamentais que nortearam a conduta de v. exa. no cenário internacional. Mas, não foram, nem poderiam ter sido, essas, as suas únicas idéias mestras. Perder-se-iam, por inocuas, se v. exa. não lhes acrescentasse, como acrescentou, o indispensável complemento da organização de uma

JUSTIÇA INTERNACIONAL

digna deste nome. Ainda neste passo, reproduzirei palavras de v. exa.:

„O ideal, de que precisamos nos aproximar cada vez mais, é o da Justiça obrigatória nos litígios puramente jurídicos. Os juizes arbitros não suprem o indispensável órgão judiciário internacional, cuja instituição os norte-americanos debalde se esforçaram por obter na Conferência de Haia de 1907. O proposito de constituir um tribunal pouco numeroso malogrou-se, então, como é sabido, pela intransigência dos grandes Estados em quererem ai se representar permanentemente por juizes de sua nomeação, enquanto os outros Estados se representariam rotativamente por juizes eleitos, consagrando-se, assim, uma desigualdade jurídica, que despertou opposição, não menos intransigente, chefiada com brilho e bravura inexcedíveis pelo nosso delegado Rui Barbosa. A Liga, cumprindo o art. 14 do Pacto, meteu ombros a esta empresa, preparando, logo no primeiro ano de sua existência, um Projeto, que a Assembléia aprovou unanimemente em 1920 e reuniu as ratificações necessárias a tempo de se elegerem os magistrados internacionais na Assembléia de 1921. Erigiu-se, assim, com sede em Haia, a Côrte Permanente de Justiça Internacional. O escho em que naufragaram os diplomatas de 1907 foi engenhosamente contornado pelo Liga, prevalecendo o princípio da igualdade dos Estados. Este indiscutível triunfo, imputável aos metodos e ao espírito que prevaleceram em Genebra, não foi completo, porque as grandes potencias se insurgiram contra o texto do Projeto, que fazia obrigatória a jurisdição do Tribunal, mediante citação de uma das partes pela outra. Mas, por uma emenda de undécima hora de iniciativa da delegação do Brasil, abriu-se margem a que a obrigatoriedade da jurisdição existisse, sob reserva de reciprocidade, para os Estados que a ela quisessem se subordinar e assinassem para esse fim

um protocolo, que permaneceu franqueado a ulteriores adesões”.

Essa emenda que v. exa. qualifica de *undecima hora* e que, modestamente atribui à *delegação do Brasil*, representa uma de suas maiores vitoras no campo internacional, pois de sua iniciativa, exclusivamente sua, resultou a criação da Côrte, então ameaçada de novo malogro.

E por tal modo a feliz iniciativa de v. exa. correspondeu às necessidades e sentimentos gerais, que se perpetuou até aos nossos dias, transportando-se para o art. 36 n. 2 do Estatuto da atual Côrte Internacional de Justiça, criada, de acôrdo com o art. 92 da Carta de São Francisco, como *principal órgão judiciário das Nações Unidas*.

Deve-se a v. exa., praticamente, a criação desse órgão judiciário supremo; quem o afirma nada mais faz do que reproduzir fatos. E nem sou eu a afirmá-lo isoladamente, eu que, apenas, me reporto aos documentos da época. Helio Lobo, este notável internacionalista patriótico, referindo-se a v. exa, e a este episódio, fundadamente escreveu:

“Criador, na verdade, ele o foi, pois quando se malograram todos os esforços para a instituição do arbitramento obrigatório e a Comissão instituída pela Sociedade das Nações para a criação da Côrte se achava diante do velho impasse, foi dele que veio a formula salvadora”.

Senhor doutor Raul Fernandes, eu poderia encerrar aqui, esta singela indicação de diretrizes jurídicas e espirituais pelas quais v. exa. batalhou com denodo inigualável durante decenios — singela indicação de idéias mestras reveladoras da real personalidade de um varão ilustre e com as quais ora comemoramos (e como poderíamos comemorar melhor?) a data que recorda a fundação dos cursos jurídicos brasileiros.

Mas, algo mais tenho a dizer, por muito que já tenha dito. E, de logo, perguntarei: — foi profícua a pregação, por v. exa., dessas idéias básicas — a unidade e universalidade da conceituação do direito, o falso mito da soberania, a igualdade jurídica dos Estados e a Justiça Internacional efetiva?

Pecado que a humanidade paga desde a nascença é o de suportar um preço pesado e doloroso por suas conquistas no campo da civilização.

No setor interno como no externo, as idéias, por mais alevantadas que forem, jamais bastam para impelir os povos no caminho do melhoramento moral, social e político; ao contrario, elas só se afirmam, praticamente, após dolorosas experiências, quando não após lutas sangrantes e fraticidas, isto é, à custa de lágrimas, suor e sangue.

Mas são elas, as idéias, as sementes fecundas que acabam por germinar um dia.

A pregação de v. exa. não foi perdida, pois, apesar do tumulto político contemporâneo, apesar da divisão do mundo em duas partes incomunicáveis, realizámos progressos sensíveis no sentido da realização dos ideais que v. exa. semeou.

Em primeiro lugar, assinalarei o trabalho realizado pela Organização das Nações Unidas por seus instintos destinados ora á codificação do direito internacional, ora á tentativa da uniformização do direito privado, ora ao desenvolvimento das ciencias e da artes, ora á realização de obras e serviços assistenciais.

Assinalarei, a seguir, ainda no setor da Organização das Nações Unidas, a reação da maioria de seus membros contra a uso do veto, no Conselho de segurança, em materia referente á segurança da paz. Sob a orientação de v. exa., coube-me a honra de sustentar, perante a Comissão Política da ONU, em 1950, o ponto de vista do govêrno brasileiro contrario ao veto, nestes casos, demons-

trando o absurdo de se conferir a um órgão da entidade poderes maiores dos atribuídos à própria organização, representada por sua assembléia geral e, assim, poderosamente contribuimos para a aprovação da proposta norteamericana, para a segurança da paz.

E', sem dúvida, um avanço, êste que acabo de mencionar e ao qual se devem acrescer os esforços da Organização no sentido de debater e aprovar um projeto elaborado por sua Secretaria definindo, sôbre a base da igualdade, os direitos e deveres dos Estados.

Direi, mais, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela ONU, é um documento substancial de nosso tempo, que, em contraste com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada pela Revolução Francesa, marca a passagem da fase individualista para a fase social do direito interno e externo, contribuindo para a vitoria, a ser alcançada um dia, da conceituação unitaria do direito.

E, por fim, assinalarei um progresso maior, que representa verdadeira transformação no campo do direito internacional.

Quero referir-me ao Tratado do Rio de Janeiro aprovado pela Conferencia de Petropolis e complementado pela Conferencia de Bogotá.

Da Conferencia do Rio de Janeiro, v. exa., então ministro das Relações Exteriores, não foi, apenas, o seu presidente, mas também o seu inspirador e orientador e o Tratado, que dela resultou e tanto lhe deve, corresponde, v. exa. bem o disse, à introdução do processo e do principio democratico nas organizações e assembléias internacionais e, pois, na disciplina das relações entre Estados.

A Liga das Nações falira, por se basear no principio do consentimento unanime; a Organização das Nações Unidas ainda se debate entre as dificuldades criadas pelo veto, apesar da redução da eficiencia deste recurso dissolvente imposto pelos sovieticos.

Relembrando as causas desses insucessos, bateu-se v. exa. em Petropolis pelo principio da maioria qualificada e obtendo o apoio da grande nação norte-americana, conquistou uma esplendida vitoria, uma vitoria total.

Foi mais longe este salutar tratado ao definir e caracterizar os casos de agressão, ao estabelecer a defesa mutua e obrigatoria, ao dar vida aos órgãos superiores da nova organização dos Estados Americanos.

E v. exa. que outrora tivera tantas palavras amargas e de desengano, agora, ante o predominio do principio da igualdade dos Estados, ante o predominio do principio democratico na organização das nações americanas, ante o fato da criação de verdadeiras normas juridicas internacionais e de sua sanção, agora v. exa, entôa o cantico da esperança e da vitoria e proclama na sessão de encerramento da Conferencia:

“Somos agora uma familia de nações que aos vinculos morais inerentes a toda a sociedade familiar, acrescentou um nexo juridico, por força do qual assumimos uns para com os outros duas obrigações de capital importancia; proscrevemos a guerra como instrumento da politica e organizamos a solidariedade de nossas Republicas para repelir o ataque armado contra qualquer delas, venha de onde vier e onde quer que aconteça... Julgo necessario dar um merecido relevo às estipulações do Tratado, segundo as quais as decisões do órgão de consulta, tomadas pela maioria de dois terços dos Estados signatarios que o tenham ratificado, serão obrigatorias para todos, mesmo quando apliquem sanções diplomaticas, economicas, comerciais ou financeiras, com a unica exceção de que nenhum Estado será obrigado a empregar a força armada sem o seu consentimento. Com ele abre-se uma brecha no reduto das soberanias nacionais ilimitadas, e, posto que sua applicação se limite a um caso determinado, é manifesto que aí se estabelece uma regra democratica cujos corolarios estão à vista e nos deixam entrever, entre

outras possibilidades, a de uma legislatura que, definindo o licito e o ilicito nas relações entre os Estados, substitua na vida internacional o principio de potencia pelo da ordem baseada na lei, propiciando liberdade e justiça. Os Estados Americanos torcem, neste passo, os caminhos dos continentes — e, esperemos, mais tarde os do mundo — para destinos mais altos, mais humanos e mais generosos; fixam a data historica em que se lançam os fundamentos de um genuino direito internacional; e, se todos trazem a sua contribuição ao abdicar de algumas faculdades até agora tidas por soberanas, é justo consignar que a mais importante oferenda é a dos Estados Unidos da America, hoje a nação mais poderosa que existiu em todos os tempos”.

Como não havia v. exa. de se sentir feliz pela realização de um de seus sonhos mais carinhosos, pelo qual sempre se bateu em beneficio da humanidade? E quão feliz não se ha de sentir v. exa. ao verificar o exito de seu vaticinio no sentido da extensão dos principios consagrados pelo Tratado do Rio de Janeiro?

Porque, de fato, essa extensão se operou e vem se operando ainda. O mais ligeiro confronto do Pacto do Rio de Janeiro com o Pacto do Atlantico Norte, que se lhe seguiu, demonstrará o quanto este foi inspirado por aquele e tudo leva a crer que, *mutatis mutandis*, os mesmos principios informarão o Pacto do Pacifico em vias de elaboração.

Não foi improficua, pois, a pregação, por v. exa., das diretrizes que destaquei de sua atuação na vida publica, pois a v. exa. coube a fortuna de contribuir, quando menos, para um começo efetivo da realização e da pratica destes ideais.

Por nada não foi, sr. dr. Raul Fernandes, que, certa vez, quando lhe coube preservar, em uma conferencia internacional, a União Pan-Americana, um autorizado periodico da grande Republica do Norte proclamou seu

valor pouco comum e afirmou que os Estados Unidos viveriam tranquilos, na comunhão dos povos, enquanto pudessem contar com amigos de tão alto quilate.

Não foi por nada, sr. dr. Raul Fernandes, que o presidente Truman, após haver assistido à assinatura do Tratado do Rio de Janeiro, felicitou o presidente Dutra, o general que foi o mais civil de nossos presidentes, por ter o ministro do exterior que tinha.

Nem por nada o secretario de Estado norte-americano Marshall declarou à imprensa carioca que v. exa. era a figura que mais o impressionara naquela Conferencia historica, na qual foi semeada a futura organização universal da paz, que surgirá quando as cortinas de ferro caírem ao sopro da liberdade e de novo todos os povos do universo, todos eles livres, se juntarem em uma estreita comunhão de vida. E então v. exa. verá o seu sonho de paz totalmente realizado segundo estes ensinamentos cristãos que fez seus:

“S. Paulo disse em palavras de ouro na Epistola aos Colossenses: “não ha grego, nem judeu circunciso ou incircunciso, barbaro, sita, servo, ou livre: Cristo é tudo em todos”. E na Epistola aos Corintios: “quando eu falar todas as linguas dos homens e mesmo a dos anjos, se não tiver caridade serei como o bronze ou como o cimbalo estridente. E quando tiver o dom da profecia, e conhecer todos os misterios e possuir toda a ciencia, quando tiver o maximo de fé e puder transportar as montanhas, se não tiver caridade não serei nada”. Aí estão os dois pilares indestrutíveis da paz: — a fraternidade e a caridade. Entre os homens, entre as nações, desde sempre e para sempre”.

Ao terminar seu curso academico recebeu v. exa. nesta Casa a laurea de primeira aluno de sua turma. Longos anos passados, anos de lutas e de vitorias, de sacrificios e de glorias, que de v. exa. fizeram um dos mais illustres varões do Brasil e da humanidade, v. exa. volta ás Arcadas,

ás velhas Arcadas franciscanas desta nossa escola gloriosa, para receber o premio maior que ela possa conferir e v. exa. merece par *droit de conquête*.

Do orgulho que sentimos pelos sucessos de v. exa., por seu valor excelso, diz a circumstancia de havermos escolhido a data historica que hoje comemoramos, para sagrá-lo doutor *honoris causa*.

E' que a vida de v. exa. é uma lição sublime para a nossa juventude academica, pois de homens assim é que precisamos para realizar nossos destinos de progresso e de paz no mundo.

Não nos iludamos. O ciclo da civilização corre no tempo e no espaço. E' historico e geografico e a Historia nol-o ensina. O Oriente, a Africa, o Ocidente, a America do Norte, marcam apogeus desse ciclo grandioso que, um dia, fatalmente alcançará a America do Sul e, na America do Sul, o Brasil.

Somos, todos, os artifices da epopéia sublime da formação da grande patria presente e da patria maior e primeira do mundo futuro, para transmitirmos, um dia, ao universo os nossos ideais cristãos de paz e de fraternidade.

E o nome de v. exa. continuará a ser laureado pelas gerações vindouras, pelos espiritos conscientes dos valores reais de nossa nacionalidade.

Quando v. exa., em plataforma dirigida ao eleitorado de seu Estado, se candidatou à Presidencia, propôs-se manter alheio à politica dos partidos e disse:

“estas condições, penso eu, são dignas de vós e de mim. Não serei o governo “forte” de que vos falei a principio; renuncio convencidamente aos melhores instrumentos de captação e ficarei provavelmente sem sequito nem cortejo; mas aspiro a ser forte por outro modo, isto é, na estima publica e no juizo de minha propria consciencia”.

Não falhou o vaticinio de v. exa. porque, se tão nobre proclamação de honestidade politica desagradou

aos poderosos de então e lhe causou o esbulho violento do mandato que o eleitorado lhe conferira, v. exa. ficou, de fato, sem o sequito e sem o cortejo dos bajuladores que costumam envolver os poderosos de cada dia, mas se fortaleceu na estima publica, na consciencia dos homens de bem, na consagração de seu nome pelos estadistas e internacionalistas de fama mundial, no respeito das maiores assembléias universais, que, uma delas, certa feita, fez de v. exa., de simples suplente ou assessor, que era, de um illustre delegado ausente, fez de v. exa., repito, um delegado plenipotenciario, conferindo-lhe, contra o estatuto regimental, por iniciativa, não do nosso, mas dos governos estrangeiros, os direitos de intervenção direta e de voto, que em rigor não lhe competiam, mas que seu valor incomum conquistará.

E nesta solenidade, que é a nossa solenidade maxima, arranca v. exa., merecidamente, o maior galardão universitario, o titulo de doutor *honoris causa*, que lhe confere a Faculdade de Direito de São Paulo, esta velha Faculdade que abrigou e preparou para a vida publica as maiores figuras de nossa historia, esta escola centenaria que outrora acolheu o calouro Raul Fernandes, um moço cheio de sonhos e de esperanças, e agora de novo recebe a aplaude este seu filho dileto e se envaidece e se orgulha e está em festas por poder premiar e consagrar o Raul Fernandes realizador de seus sonhos e de suas esperanças de moço, o jurista, o estadista, o patriota, o antigo aluno que, honrando as tradições destas Arcadas, aqui volta coberto de glorias, que são também nossas, porque nesta escola v. exa. iniciou a sua formação juridica e por que foram as suas glorias conquistadas a serviço e a bem de nossa Terra”.

TRABALHOS DE ALUNOS

DELITO POLÍTICO (*)

Paulo Carneiro Maia

1 — Está canonizada pelo consenso geral a classificação dos delitos, consoante o titular do interêsse vulnerado, em comuns e contra o Estado.

Inaceitável se nos afigura mesmo o agrupamento triplice, lembrado por alguns, para abranger o denominado crime militar, os delitos praticados por militares ou pelos que lhe são assemelhados (1), embora sob a égide de lei própria, não estruturam configurações que justifiquem uma categoria autônoma. Não perdem êsse seu caráter “por el hecho de serem cometidos por militares”, alerta EUSEBIO GÓMEZ (2). São infrações específicas, funcionais ou de serviço. Estão os militares, antes, sob uma jurisdição diversa, respondendo em fôro especial aceito pela exigência de disciplina e compostura, “apanágios obrigatórios do individuo que a sociedade arma, sustenta e prestigia para a defesa da ordem interna e honra nacional”, na frase incisiva de

(*) Trabalho apresentado ao Prof. Basileu Garcia, no 1.º ano do Curso de Doutorado, em 1951.

(1) Mais expressivo do que o conceito ditado pelo novo Cód. Penal Militar (Dec-Lei 6227, de 24/1/1944, art. 8) é o enunciado por ARAÚJO CASTRO: “são assemelhados os indivíduos que, não pertencendo à classe militar dos combatentes, exercem função de caráter civil ou militar, especificada em lei ou regulamento, a bordo de navio de guerra ou embarcações a êste equiparadas, nos arsenais, fortalezas, quartéis, acampamentos, repartições, lugares e estabelecimentos de natureza de jurisdição militar e sujeitos por isso a preceitos de subordinação e disciplina” (*A nova Constituição Brasileira*, ed. 1935, pág. 300, nota 5).

(2) O abalizado Prof. da Universidade de Buenos Aires abre o capítulo de seu conhecido livro dedicado ao assunto com palavras que merecem transcrição: “Los delitos políticos no pierden su caracter de tales por el hecho de ser cometidos por militares. Podrá sostenerse la inconveniencia y el peligro de que el militar participe activamente en la politica; podrá discutirse el derecho a hacerlo; pero no se negará que, en nuestro país, todo alzamiento contra los poderes publicos ha contado con el apoyo militar. Frente a esta realidad es forzoso admitir que, cuando un miembro del ejército o de la armada, cediendo al impulso de la passion politica, interviene en una rebelion o en una sedicion, no se coloca en circunstancias diversas de aquellas en que se encuentra el civil que incurre en los mismos delitos” (*Delincuencia Politico-Social*, ed. 1933, pág. 167).

CARLOS MAXIMILIANO (3). São os juizes e tribunais militares, como os juizes e tribunais eleitorais, ou qualquer outro dos admitidos na Carta Magna, meros órgãos do poder judiciário segundo o teor constitucional (4). A competência atribuída a eles por julgamento (5) é indicativa da predominância da idéia de fôro especial sôbre a de figura delituosa suscetível de integrar, com fisionomia marcante, uma classificação. É reduto que continúa resistindo aos assédios.

2 — Após esta consideração vestibular, indispensável para lindar o tema proposto, situando-nos na classificação bipartida, deparamos com o chamado delito comum. Designação que não destoa da de infração comum, muito encontradiça, para traduzir as figuras capituladas na legislação penal ordinária (6) em contraposição às previstas na legislação especial.

O critério uniforme do conceito de delito comum afasta o pensamento de qualquer consideração a respeito. Sua definição convencional de transgressão da lei deixa de oferecer a menor atração para o investigador. Não assim o delito político, objeto desta apreciação.

3 — Traga-se assinalado, sem tardança, que a noção de crime político é das mais questionadas. Constitui motivo de “séria controvérsia no campo da doutrina o determinar o que seja crime político” (7). Funda é a divergência tanto no direito indígena como no alienígena.

Os crimes contra o Estado, o que corresponde a dizer os crimes políticos lato senso (8), podem atingi-lo na sua organização política ou na sua administração pública. No primeiro caso se configura o delito político. No segundo, o delito do servidor contra a administração em geral (9).

(3) *Comentários à Constituição Brasileira*, 4.^a ed., vol. II, n.º 462, pág. 391.

(4) *Constituição Federal*, art. 94., alíneas III e IV.

(5) *Constituição Federal*, arts. 108 e 119, alínea VII.

(6) A referência é ao *Cód. Penal* vigente (Dec.-Lei 2848, de 7/XII/1940) e ao diploma das *Contravenções Penais* (Dec.-Lei 3688, de 3/X/1941.)

(7) Invocando a autoridade de GARRAUD (*Traité Théorique Et Pratique du Droit Pénal Français*, 2.^a ed., vol. III, pág. 256, nota 9) o eminente CARLOS MAXIMILIANO registra este apuro preambular (op. vol. cit. n.º 437, pág. 350).

(8) Declara FLORIAN aceitar “le due locuzioni come equivalenti, quando non risulti ad evidenza che i delitti politici assumiamo in un significato diverso e più ristretto” (*Tratatto di Diritto Penale*, ed. 1902, vol. II, parte 1.^a, pág. 6).

(9) São exemplos o peculato, a concussão, o contrabando, a corrupção, a prevaricação, o descaminho capitulados nos artigos 312, 316, 317, 318, 319, 334 do *Cód. Penal* e tantos outros crimes congêneres.

A par disto vale mencionar aquêlê enunciado distintivo de GALDINO SIQUEIRA, consistente em que, “atendendo à natureza especial do crime político, *seu objeto so pode ser a constituição e forma do govêrno*, os poderes políticos e os direitos políticos e não abranger também as condições existenciais do Estado, como a independência, a integridade, a dignidade. Os crimes contra a existência do Estado são sempre objeto de execração universal, porque o perigo é idêntico sob qualquer govêrno e em todos os países juridicamente constituídos.

Ao contrário, os crimes que visam a forma de govêrno, sujeita, aliás, a modificação segundo as necessidades dos tempos e dos costumes, poderão ser mais facilmente desculpados. Algumas vêzes não são mais do que a explosão violenta do sentimento público, a manifestação brutal da vontade de um povo, a influência de fatores sociais, políticos e econômicos que os ligava para substituí-la por outra que presume satisfazer melhor” (10).

Os doutores de beca e toca, por isto mesmo, com o escopo de amenizar dificuldades, se harmonizam em distinguir os delitos políticos puros dos delitos políticos relativos. É a orientação ditada por RENÉ ROEIÈRE, em seu magistral trabalho: “*Pétude des délits politiques est d’ordinaire entreprise en deux points: on trait successivement des délits politiques pur et des délits complexes ou connexes. Nous avons adopté cette division comme base fondamentale de notre étude*” (11).

Desprezada que seja a distinção sugerida continuará, em plena estacada, a divergência que vem desafiando o tempo. Nem mesmo o critério do conceito objetivo do direito lesado sugerido por LOMBROSO e LASCHI (12) seria então imune de crítica.

Se a conceituação de crime político se perda na imprecisão de princípios nucleares e só pode florescer por desmembramento da sua incidência não há como recusá-lo. O marco inicial, portanto, é a dicotomia em delitos políticos puros e delitos políticos relativos. Os primeiros atentam contra a ordem política do Estado. Os segundos infringem ainda o direito comum.

O interêsse dessa diferenciação — alerta com acuidade o Prof. BASILEU GARCIA, que como titular da cadeira de criminologia no Curso de Doutorado vem sendo um dos mentores dos candidatos àquela laurea — “não está apenas em que, através dela, se fixa a

(10) *Tratado de Direito Penal*, ed. 1947, tomo III, págs. 14/15.

(11) *Délit Politique*, ed. 1931, pág. 13.

(12) *Il Delitto Politico e le Rivoluzioni*, ed. 1892, pág. 437.

terminologia adequada ao fenómeno da dupla incidência em preceitos repressivos, que nem todos se destinam a prever a genuína criminalidade política. E' que, na prática, o delicto político relativo ou conexo ordinariamente não goza da contemplação privilegiada que, nos regimes liberais, tem sido assegurada ao delicto político puro, por via de considerações cuja evolução é de se recordar" (13).

4— E' verdade ressabida que quase todos os escritores que cuidaram da matéria refogem à definição de crime político, preferindo dar idéias ou estabelecer princípios.

Seria, portanto, veleidade nossa que procurássemos aqui, na estreiteza dêste trabalho, escapando dêste terrível dedalo, alcançar aquêlo escopo, de modo satisfatório, deslindando a velha controvérsia. Isto não obsta, todavia, a quem recolhemos os esforços dos que tentaram fazê-lo. A começar por PONTES DE MIRANDA, que além de constitucionalista de escol alias as qualidades de civilista e processualista quando adverte em comentários ao cânone fundamental atributivo da competência judicante ao Supremo Tribunal Federal: "os crimes políticos, a que se refere o texto, são os que são perpetrados contra a ordem política da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios" (14).

Registra FABREGUETTES, na sua conhecida obra, sem perder de vista a apreciação geral dos autores francêses, sua concepção teórica "on s'acorde à reconnaître que le délit politique doit comprendre, tout les actes, qui ont pour but, contrairement às descriptions pénales, de modifier, de transformer, d'affaiblir, de ruiner, de détruire de renverser l'ordre politique organisé de susciter des troubles ou des haines dans l'Etat.

Le délit politique est donc l'infraction qui lèse l'Etat considéré dans son organisation politique dans ses droits propres" (15).

O festejado FLORIAN, com todo o seu prestígio professoral, depois de passar em reparo os inúmeros critérios selecionados preferiu deixar de lado a idéa de definição para adotar a de opinião. Sua a assertiva: "Dovendo esprimere l'opinione nostra, diremo subito que noi concordiamo em l'ultima dottrina, nel senso che cieno da coordinare i criteri del diritto lesò, del fino e del modo. Es-

(13) *Instituições de Direito Penal*, ed. 1951, vol. I, tomo I, n.º 65, págs. 208/209.

(14) *Comentários à Constituição de 1946*, ed. 1947, vol. II, pág. 225.

(15) *Traité des Délits Politiques et des Infractions par la parole, l'écriture et la presse*, 2.a ed., vol. I, n.º 23, pág. 59.

cludiamo il criterio delle circostanze concomitanti, il quale è, evidentemente, insieme insufficiente e troppo largo” (16).

5 — E’ inescusável, nesta ordem de idéias, que o preferível será apontar, como fez JIMENEZ DE ASÚA, os princípios dominantes nas correntes doutrinárias do que procurar conciliá-las numa definição milagrosa. Anota êle, com aquêle seu modo singelo mas profundo, que as três tendências consistem no subjetivismo do móvel que guia o agente, no objetivismo da determinação legal e no ecletismo destas duas doutrinas. Está êste pensamento muito bem condensado tornando-se propício trasladá-lo literalmente: “Al definir el delicto político-social nos hallamos solicitados por três doctrinas distintas. El más antiguo criterio, que los positivistas han aceptado, tiene su remoto abolengo en Francie, especialmente en el año 1830, y *consiste en destacar el concepto subjetivo del móvil que guía al agente*. Asi la dilincuencia politica se distingue por el móvil, sin que importe la objetividad del derecho violado; es decir que lo mismo puede ser delito politico un homicidio, un attentado contra la autoridad, como puede ser delito comun un regicidio. Hay que buscar, por lo tanto, el móvil: si este es politico-social, el delito assume esse caracter. Este fuè, en la Francia revolucionaria, el concepto del delito politico.

Más tarde aparece la doctrina objetiva. *El delito politico no es otra cosa que aquel que está definido como tal en la ley*. Asi por consiguiente, el delito de regicidio es un delito politico porque está colocado entre los delitos de naturaleza politica: contra la Constitución. Por esso, los ataques al orden público serán delitos politicos. Pero no lo será el homicidio, aunque sea contra la autoridad y con el se trate de remover el regimen imperante. Vemos, por lo tanto, que es el criterio opuesto al subjetivo.

No faltan quienes postulen un sistema intermedio, reuniendo los dos elementos: el objetivo y el subjetivo” (17).

Situou-se EUSEBIO GÓMES, com o mesmo propósito, no critério dúplice do objetivismo e do subjetivismo traçando as balisas diferenciais (18).

(16) Refere-se o autor, nesta passagem, à doutrina exposta por BRUSA “il quale in sostanza insegna, che il criterio del diritto leso non basta senza il soccorso d’un altro critério subordinato e questo é il fine o motivo dell’azione, giacchè è impossibile, in taluni casi, di accertare la natura del diritto violato senza pigliare a guida l’intenzione o il movente del colpevole” (op. vol. cit., págs. 78/79).

(17) Problemas de Derecho Penal, ed. 1944, pág. 168.

(18) Procurando estabelecer uma noção do delito ensina o arguto penalista: “Dos criterios, substancialmente distintos, se siguen para ello; objetivo, el uno; subjetivo, el otro.

Os crimes políticos, vistos pelo ângulo de incidência do desdobramento, se diferenciam, pois, dos crimes comuns destas três tendências doutrinárias.

Vem do Prof. CÂNDIDO MOTTA, nosso mestre no curso de ba charelado, o ensinamento de que “os crimes políticos são aquêles que ofendem sômente a ordem política do Estado, quer seja esta externa, como a independência da Nação, a integridade territorial as relações entre duas ou mais nações; quer seja interna, como a forma de govêrno, a organização e o funcionamento dos poderes políticos e dos direitos políticos dos cidadãos” (19).

O móvel impulsionador do agente, o mais comentado pelos escritores daquelas três características, assume relêvo porque, como em todo direito penal, a questão dos motivos é importantíssima.

Indagação teleológica, finalística do ato, o exame do móvel não pode ser subestimado, largado ao esquecimento. Visto, por esta forma, que a defesa da sociedade e do estado foi o motivo da prática delituosa, surge característica que poderá acentuar o interêssse político e social.

Sobredita categoria de delinquentes, no seu subjetivismo puro, age na persuasão de sentimentos altruísticos, convicta de estar empenhada em lograr o bem coletivo.

Não devemos passar a outro prisma sem o reparo final na perquirição das causas determinantes do delito, da influência do scxo. Basta a afirmativa da demonstração histórica de ser rariss-

Conforme al primeiro, es el hecho mismo, por sua naturaléza y por su objeto, el que puede dar-nos la noción buscada. En consecuencia, se reputan delitos politicos unicamente aquellos que bajo distintas denominaciones, aparecen previstos y reprimidos por las leyes, en salvaguardia de las condiciones de existencia del Estado como organismo politico. Asi, para tomar de nuestra propia ley el ejemplo aclaratorio, no serian delitos politicos sino la rebelion y la sedicion es decir, los delitos contra los poderes publicos y el orden constitucional, segun la terminologia adoptada por el Código Penal Argentino.

Conforme al criterio subjetivo, es el movil eminentemente politico del delito el que lo caracteriza y lo define. Son delitos politico-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos politicos o de intereses colectivos, dice el articulo 13 del Proyecto de Código Penal Italiano redactado en 1921 por la comision que presidia ENRIQUE FERRI. Los autores del Proyecto expresan que la distinción entre delitos comunes y delitos politico-sociales no puede encontrar-se en la diferencia objetiva dei hecho que es un elemento secundario y accesorio. Afirman, además, que aun los hechos comprendidos en la denominación delitos contra la seguridad del Estado, no pueden considerarse, siempre, como delitos politicos, si responden a motivos egoistas, como, por ejemplo, el regicidio por venganza personal. Los delitos comunes, a sua vez, pueden considerarse delitos politicos si son determinados, exclusivamente, por motivos politicos. El elemento decisivo es siempre el psicológico y personal de los motivos que determinan al autor del delito” (op. cit. págs. 23/24).

(19) Preleção inaugural de reabertura do curso jurídico a 1.º de abril de 1930, intitulada “O Crime Político” (*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 26, pág. 20).

sima a intervenção da mulher neste gênero de criminalidade (20). A delinquência política tem sido acentuadamente masculina.

6 — Perdurou por largo tempo na antiguidade a concepção, hoje repudiada, de que os delitos políticos deveriam ser tratados com a maior severidade. Eram os crimes punidos com mais rigor. Denominavam-se mesmo “crimes de lesa-magestade” e eram julgados por tribunais excepcionais.

Surgiu o abrandamento no século XIX em plena monarquia liberal francesa dos Bourbons. O relato é do mesmo Prof. CÂNDIDO MORTA. Este modo de encarar a criminalidade política cessou depois da revolução de 1830, na França. O governo de Luiz Felipe, separando nitidamente os crimes políticos dos crimes comuns, estabeleceu para os primeiros uma escala de penas especiais, mais brandas que as penas ordinárias, e firmou nos tratados internacionais o princípio da não extradição e do direito de asilo em matéria política; princípio este que se tornou uma regra geral nas relações internacionais de todas as nações civilizadas.

Esse contraste absoluto no tratamento dos delinquentes políticos foi devido à interpretação do caráter e do papel que o crime político assumia ou assume na evolução da humanidade.

Ao passo que outrora o criminoso político era considerado como um inimigo público, modernamente, em certos crimes, é encarado como um homem de progresso, desejoso de melhorar as instituições políticas de seu país, tendo as intenções as mais louváveis, abrindo a marcha na vanguarda da humanidade; sendo apenas censurável porque quer chegar muito depressa, empregando meios irregulares, ilegais e violentos para a realização dos seus ideais” (21).

7. — A despeito dos sentimentos idealistas que possam acalentar os criminosos políticos, fora de dúvida, que a ordem social sossobrará se se alargarem as tolerâncias na sua apreciação. Merecem estes delinquentes punição embora “a sua criminalidade jamais” possa “ser comparada à do malfeitor ou criminoso comum, do ladrão ou do assassino, etc.”. O potencial de agressividade exis-

(20). Pesquisando os fatores da delinquência política, como a raça, a idade, o clima, EUSEBIO GÓMES assevera: “Hablariamos, en fin, de la influencia del sexo en la genesis del delito político, para ofrecer la prueba histórica de la rarissima intervención de la mujer en este genero de criminalidade” (op. cit., pág. 13).

(21) Op. cit. págs. 20/21.

tente na multidão, que pode encontrar raízes no atavismo ou nos recalques que a disciplina social impõe, precisa ser refreado. Surge, destarte, o problema da repressão. Problema que deve ser resolvido considerando-se a periculosidade política do delinquente inquietando o poder dominante e não a periculosidade social a reclamar um tratamento corretivo. E JIMINEZ DE ASÚA quem escreve: “no existindo peligrosidad social sino tan solo peligrosidad politica, no podemos hablar, en modo alguno, de verdadera pena con fines de tratamiento o corrección, porque no siendo el sujeto peligroso socialmente, de nada tiene que emmendarse ni corregirse. Pero si altera las bases del orden social estatuido, no podemos negar que la sociedad así edificada sobre paredes maestras que se pretende derruir, tiene el derecho a defenderse en la medida que el sujeto es politicamente peligroso” (22).

Cabe-nos, neste lance, invocar ainda o Prof. CÂNDIDO MOTTA quando deixou dito: “A criminalidade política não tem a mesma imoralidade. Ela é relativa, dependendo dos tempos, dos logares, das circunstâncias, das instituições do país; sendo muitas vezes, como já disse inspirada por nobres sentimentos, por moveis desinteressadas, por idéias de progresso.

O autor do crime político é antes um vencido do que um criminoso; tanto que pode tornar-se, depois da vitória da sua causa, um administrador do país e o árbitro dos seus destinos.

A reação penal contra êle exercida não é, nem deve ser, da mesma natureza que a exercida contra o ataque às condições iminentes da existência humana; é antes uma obra de defesa de um partido político contra um ataque a uma organização e a um regime historicamente transitório.

A relatividade do crime político está em que os seus autores só são considerados criminosos quando vencidos; quando são, porém, vencedores, se tornam até heróis” (23).

O agente d'êstes crimes, conquanto não se possa falar em padronização, têm mais os olhos voltados para o interesse de ordem política, a aspiração de chegar ao governo, do que um interesse comum e subalterna de ordem privada. Guia-os antes a exaltação do fanático do que o veneno corrosivo dos facinoras comuns. Em síntese, como assinalou FABREGUETES, os crimes políticos “supposent plus d'audace que de perversité, plus d'inquie-

(22) Op. cit. págs. 170/171.

(23) Op. cit. pág. 21.

tude dans l'esprit que de corruption dans le coeur; plus de fanatisme, en un mot, que de vices" (24).

Um dos nossos mais eminentes constituintes de 1823, cuja palavra era oracular, ANTÔNIO CARLOS, teve o ensêjo de lembrar àquela patriótica e selecionada assembléia, que "nos crimes políticos não há padrão certo e determinado de criminalidade, essencial elemento de justiça das leis penais; que aquilo que uns julgam crime, outros julgam virtude; que muita vez falta mesmo a imputação, pois o perpetrador cuida fazer bem e não mal; que o exemplo sôbre os espectadores é circunscrito ao círculo dos que crêm criminoso o ato, mas não abrange os que pensam como o soffedor, os quais, julgando virtuoso o ato, irritam-se com a pena... É mesmo muito diferente a situação dos criminosos políticos comparada com a dos facionorosos particulares. Estes têm por inimigos a sociedade inteira; quase ninguém sofre com o mal que a êles acarreta a pena, porque desta vem a segurança geral. Os criminosos políticos, porém, não estão no mesmo caso; se um partido os aborrece e goza com o seu castigo, outro partido os ama e sofre com êles; e a maior parte da nação aflige-se com o espetáculo das dores de homens de cuja perversidade não têm apodítica convicção" (25).

8 — Regrada indeclinável é a de investigação minudente do ato de rebeldia. Exige exame arejado, análise de profundidade e não de superfície, para que não haja confusão com meras agitações, simples motins reprimíveis pelos meios policiais ordinários.

O inolvidável RUY BARBOSA, jurista pátrio inexcédível, adverte que, desencadeada uma revolta dêste feitio, cumpre se averiguar a existência de "*perigo político* e não simplesmente de *perigo policial*, isto é, o que cabe na esfera das medidas ordinárias de repressão" (26).

Por isto mesmo que se impõe semelhante perquirição. A história de todos os tempos e de tôdas as nações — tanto os escravos como o fizeram os fugidios com SPARTACUS à frente desafiando os generais romanos quanto os povos viris, cujos exem-

(24) Op. vol. cit. 24, pág. 60.

(25) Transcrição de excerto dos *Anaes da Assembléia Constituinte de 1823* (tomo I, pág. 128) feita por BARBALHO (*Constituição Federal Brasileira*, 2.^a ed., pág. 343).

(26) *O Estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*, ed. 1892, pág. 32.

plos se perdem de conta (27) — está cheia de brados de revolta contra a tirania em tôdas as suas modalidades. Ela é quem porá em realce o móvel do agente para a configuração do crime praticado. Notadamente pela tendência, assás generalizada, de designar como *crimes sociais* (28) os átos que, apesar de não serem praticados contra a ordem substancialmente política de certo Estado, o é contra a organização econômica, política e social reinante em quase todo o mundo (29). Até no romance e na novela é exploradíssimo o tema político-partidário. Os sociólogos e escritores encontram na trama da própria vida as sangrentas disputas pela dominação política, a servirem de inspiração às suas produções. Com reconhecida autoridade o Prof. LEMOS BRITO, numa visada pelo campo literário nacional, fez ressaltar tipos apreciáveis para pesquisas da criminologia e da psiquiatria (30).

9 — Neste cumear encontramos clima para perquirir se o direito positivo pátrio considera ou não o crime político. Afirmativa se nos apresenta a resposta, embora o Código Penal vigente seja silente. Já o era, aliás, o de 1890 no reconhecimento do Prof. CÂNDIDO MOTTA (31).

Este silêncio, todavia, se explica porque, nas disposições transitórias, respeitou o tratamento do assunto pela legislação es-

(27) Em trabalho com o título "Crimes Políticos e Comuns" aborda ABÍLIO DE CARVALHO esta faceta relembrando uma série de passagens históricas, desde a sedição dos Palmares, entre nós, até as atrocidades nazistas, no velho ocidente (*Arquivo Judiciário*, vol. 83, págs. 25/27).

(28) Note-se que não são tão imperceptíveis os contornos desta configuração que tornam a expressão quase ambígua. Detalhe que não ficou esquecido, por isto mesmo, ao Prof. BASILEU GARCIA, levando-o à afirmativa de que "é de pouca nitidez a linha demarcatória entre os crimes políticos e os crimes sociais" (op. vol. cit. pág. 210).

(29) Semelhante distinção põe em relêvo que o problema da delinquência político-social, outrora solucionado com a expulsão além das fronteiras, tem hoje prisma indeclinável. Trouxe-o a exame JIMENEZ DE ASÚA concluindo: "Bien distinto es el problema que se nos presenta hoy con la delincuencia político-social. El perseguido bolchevique puede ser considerado como peligroso para las clases dominantes no solo en Francia, sino en Italia y España, porque es la lucha del proletariado insurgente, contra el capitalismo imperante. Ya no podrá un hombre que trata, no de remover la base de una nación encerrada en una frontera, sino la base de la sociedad universal, ser visto como inocuo en otro lugar fuera de Rusia donde impera la dictadura proletaria. Por ello es preciso buscar otro medio de defenderse los Estados sin necesidad de trasladar a la frontera a los hombres que le son peligrosos, desde el punto de vista politico, cuidando siempre, sin embargo, de que no se confunda la reaccion contra el delincuente atávico de aquella forma de defensa contra el delincuente político-social" (op. cit., pág. 171).

(30) *O Crime e os Criminosos na Literatura Brasileira*, ed. 1946, págs 136/150.

(31) Alerta o mencionado catedrático, tantas vêzes aqui chamado à cena que "nosso código não fala, nem define o que seja crime político; todavia a natureza dos fatos criminosos compreendidos nos artigos 86 a 123 é daqueles que, segundo os princípios universalmente aceitos, acompanham os delitos políticos e são, por isso, considerados como taes" (op. cit., pág. 29).

pecial “sôbre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado” (32), Está frisado, aliás, por GALDINO SIQUEIRA, que a comissão elaboradora de nosso Código Penal excluiu “todos os crimes contra a personalidade do Estado para a precária existência de leis especiais” (33).

A carta Maior, que muito depois foi promulgada, como afirmativa solene do reconhecimento dêste crime, consagra a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, “a *extradição dos criminosos*, requisitada por Estados estrangeiros e a homologação das sentenças estrangeiras” (34). No outro lance que se segue cometeu, às expressas, ao mesmo Pretório Excelso, a atribuição de julgar, em recurso ordinário, “os crimes políticos” (35).

Caracterizada a competência judicante pelo superior poder judiciário, afastando-se, assim, a interferência tribunalícia das unidades federativas, fica admitida a existência de um crime passível de punição e realçado o interesse em ser fixado, sem discrepâncias, o conceito de crime político (36).

Da atividade política que a Lei das Leis comporta surge a forma para as leis especiais, cujo respeito o Cód. Penal ressaltou, que conceituem o crime político. Bem por isto é que PONTES DE MIRANDA sublinhou: “Os crimes políticos são os que a lei ordinária define como tais, desde que se não afaste do dado que se apanha na própria Constituição sôbre atividade política. Não se adota conceito constitucional de crimes políticos, nem se marcam limites a priori; mas alude-se ao sistema que ela adota e a tentativa de subvertê-lo” (37).

(32) *Cód. Penal*, art. 360.

(33) *Op. vol. cit.*, pág. 14.

(34) *Const. Federal*, art. 101, alínea I, letro g.

(35) *Const. Federal*, art. 101, alínea II, letra c.

(36) Observa o Prof. BASILEU GARCIA que a “aplicação” dêsse inciso constitucional não tem estado isenta de exageros, como o de se atribuir, em certos arrestos, a condição de crimes políticos a atentados terroristas que ocorreram, no interior de S. Paulo, entre japoneses, após a terminação da guerra. Não podemos”, acrescenta, “considerar políticos os crimes que não atentam contra a ordem política de nosso País — eis importante restrição” (*op. vol. cit.* pág. 212).

Com efeito, pesquisando-se a jurisprudência, encontram-se alguns julgados no sentido de que os crimes dos adeptos da Toko Tai, consistentes no assassinio dos súditos japoneses que aceitavam como consumada a derrota do Japão na guerra com as Nações Unidas, desobedientes à pregação da Shindô Remei, são de natureza política. Têm a fisionomia de delinquência sectária que exalta como dever e até como ato de heroísmo a violência contra os que não participam de um certo credo ou não esposam determinadas crenças (*Rev. Forense* 84/481; *Rev. Trib.* 168/483-486).

(37) *Op. vol. cit.*, pág. 225.

10 — No regime ditatorial, consequência do movimento de 1930, para não levarmos mais longe nossas investigações surgiu aquela medida legislativa (38) punindo os atentados contra o governo da União ou dos Estados ou contra a ordem pública. Por esse diploma de 1931, referendado pelos Ministros Oswaldo Aranha, José Fernandes Leite de Castro e Protogenes Guimarães, justificado com a subversão ocorrida em Recife, os atentados contra a ordem pública ou contra o governo passaram para a jurisdição militar (39).

Esse decreto não só estendeu aos civis, envolvidos nos mencionados atentados, a pena de morte prevista no Cód. Penal da Armada (40), como era de caráter eminentemente retroativo. Passível, portanto, de crítica e incidindo no mesmo erro praticado pelo governo constitucional por ocasião da revolta de 1924. Não correspondendo à consciência jurídica e ao próprio espírito revolucionário dominante, mereceu acerbas críticas da imprensa (41).

Outra manifestação legislativa foi o decreto-lei que, em 1938, passou a definir os crimes contra a personalidade internacional, a estrutura, a segurança do Estado e a ordem social (42). Ai se enuncia que são considerados crimes contra a ordem pública, puníveis com a pena de morte, “os praticados contra a estrutura e a segurança do estado”.

Conquanto este diploma tenha criado novas figuras delituosas reproduziu, em muitos lances, a lei de segurança de 1935 que definia os crimes contra a ordem política e social (43). Seja como fôr, embora nem todos os crimes nele enumerados sejam políticos, já que também cuidou dos crimes contra a ordem social, ai se delinea uma conceituação, com força legal, passível de serrenar as disputas doutrinárias. Poderá não ser a definição ideal,

(38) Conquanto a tese seja de criminologia e não de direito penal, faz-se mister uma consulta à legislação especial já que ai se conceitua o crime politico estabelecendo-se-lhe a pena.

(39) Dec. 20.656, de 14 de novembro de 1931.

(40) Lei 612, de 29 de setembro de 1899, art. 93.

(41) Consulte-se, por exemplo, o Estado de São Paulo, de 22 de novembro de 1931, em notas e informações, onde se lerá: “A nova lei do governo provisório, como a de 1924 do governo constitucional, vai de encontro fortemente ao texto constitucional ainda em vigor; ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

Não temos com esta crítica, a intenção de proteger criminosos. Desejamos, apenas, defender os princípios jurídicos que são a garantia de todos, tanto dos que estão fora do poder como dos que se acham nele. O respeito a esses princípios é uma fonte de prestígio e força para os governos. A revolução triunfou com facilidade precisamente porque o governo constitucional vinha, dos anos a esta parte, faltando, sistematicamente, a esse respeito.”

(42) Dec.-Lei 431, de 18 de maio de 1938, art. 1.º

(43) Lei 38, de 4 de abril de 1935, com as modificações da Lei 136, de 14 de dezembro de 1935.

mas, dispensa reagitar o desacôrdo doutrinário e tem função normativa. Este comando legal foi pôsto em relêvo pelo nosso E. Tribunal de Justiça, in verbis: “Antes do advento do decreto-lei 431, de 18/V/1938, não havia uma definição legal para o crime político. Socorriam-se os juizes, então, do conceito dado por FLORIAN no seu tratado, vol. 2, n.º 1, cap. 4. Hoje temos lei que estabelece o critério para a configuração de tal delito” (44).

Entretanto, como a constituição vigente aboliu a pena de morte, salvo quanto aos delitos cometidos em tempo de guerra com país estrangeiro previsto na legislação militar (45), perdurará, apenas, a conceituação legal dada àqueles delitos. A pena de morte, a que sempre foi contrária à opinião nacional como assinala PONTES DE MIRANDA (46), abolida como ficou, não poderá mais ser aplicada aos criminosos políticos. Esta categoria de crime, porém, continuará subsistindo no seu âmbito, punida com a pena de prisão por 30 anos (47) e julgada pelo Supremo Tribunal Federal dada a anterioridade da lei. Não fôra isto deixaria até de constituir delito punível atendendo ao preceito de que “não há crime sem lei anterior que o defina” (48). Poderá, todavia, parecer de cunho duvidoso o critério para a fixação daquela pena-base. Mas, o arbitrium juris hoje atribuído ao julgador — liberdade delimitada pela fixação da pena entre o máximo e o mínimo — lhe permite a identificação ético-social do delinqüente e a condenação com um sentido nitidamente individualizador.

11 — O diploma regulador da extradição, elaborado durante o regime ditatorial, por seu turno, além de ter consagrado a competência do Supremo Tribunal Federal para “apreciação do caráter da infração”, proibiu que sejam extraditados os criminosos políticos (49). Positivou, ao mesmo tempo, que “*não se consideram crimes políticos os atentados contra chefes do Estado ou qualquer pessoa que exerça autoridade, nem os atos de anarquismo, terrorismo e sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social*” (50).

(44) *Rev. Trib.*, vol. 168, pág. 484.

(45) *Const. Federal*, art. 141, § 31.

(46) *Op. cit.*, vol. III, pág. 364.

(47) Dec.-Lei 431, de 18 de maio de 1938, art. 2.º, § 1.º.

(48) *Cód. Penal*, art. 1.º.

(49) Dec.-Lei 394, de 28 de abril de 1938, art. 2.º, letra c, § 3.º, art. 10.

(50) Dec.-Lei 394, de 28 de abril de 1938, art. 2.º, § 2.º.

A proibição de extradição está acôrde com o pensamento dominante e é indiscutível frente ao mandamento legal. Observa BENTO DE FARIA, com apoio em MATA, BLUNTSCHILI, FEICHMANN e MANZINNI, acêrca do delito político, que “não deve ser extraditado o réu acusado de tal crime, porquanto não importando em um perigo universal, o Estado interessado na punição, dominado pela paixão, não oferece as garantias de imparcialidade.

Muitas vêzes o indivíduo que em um país é punido como culpado de um crime político poderá ser noutro considerado como mártir da liberdade; as autoridades que o perseguem em nome do direito serão talvez consideradas no outro Estado como inimigo do mesmo direito e da justiça.

E, embora as opiniões não sejam diametralmente opostas, haverá sempre o perigo de que os juizes se deixem influenciar nos processos políticos pela política, pela ambição, pelo temor do govêrno ou de um partido poderoso” (51).

Acarreta, via de consequência, a indagação do que seja crime político para aquêlê diploma. Ter-se-ia, pois, de admitir que, pelo seu teor, difficilmente, sobraria al para esta categoria já que foram excetuados “os processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

Do mesmo modo estariam sendo colocados em igual plano o crime contra a *ordem política* e o crime contra a *ordem social*. Assunto tão distinto, apontado incidentemente (52), que os escriptores não olvidam sustentando que os delitos contra a ordem social comportam extradição. Bastaria relembrar o fulgido estudo de DIENA ao deduzir: «Não se considera delito político os que atentam não contra a ordem política de um determinado Estado, mas contra a ordem social, comum a todos os Estados civis. Assim, o *delito anarquista, o nihilista e os que lhe sejam equiparáveis não são subtraídos a extradição*” (53).

Entretanto, não só o bom entendimento tem feito prevalecer a distinção, com as suas consequências diversas, como o citado diploma posterior, definindo os crimes contra a personalidade, estrutura e segurança do Estado, desarestou aquelas asperezas.

12 — Finalmente, deve ser dito que os crimes políticos podem ser abrangidos pela anistia. Importando ela em derro-

(51) *Anotações Teórico-Práticas ao Cód. Penal do Brasil*, 4.^a ed., vol. I, nota 9, pág. 28.

(52) Vide n.º 8 e nota 29.

(53) Apud BENTO DE FARIA, op. loc. cit.

gação de outras leis sòmente por uma outra lei, emanada do Congresso Nacional, de vez que é de sua “competência exclusiva” conceder anistia (54), poderá ser concedida. E uma vez concedida torna-se irrevogável a fim de incutir confiança e alcançar o escopo pacificador. Quem o diz é CARLOS MAXIMILIANO: “Para que inspire inteira confiança e satisfação ao seu objetivo social de pacificação dos espíritos, a anistia concedida uma vez, torna-se irrevogável. Até mesmo se o rebelde se não emendar, sofrerá a pena dos delitos posteriores, sem que os anteriores ao decreto constituam a circunstância agravante da recidiva.

A anistia, visto que importa a revogação parcial das leis penais, *só por meio de outra lei pode ser concedida*” (55).

A anistia deve ser franca e ilimitada, isenta de revisão pelo poder judiciário, constituindo um ato político do qual só o Estado é juiz de sua oportunidade, contra os efeitos das revoluções ou dos atentados à ordem e às instituições nacionais. Não é norteadada por sentimentalismo ou misericórdia e sim uma prática de elevada política ditada por transcendentais razões de Estado. Seu significado jurídico não é encontrado na constituição e sim na história de sua instituição e nas leis que a regiam. Em texto formal de 1890, dando-nos idéia nítida do instituto, se colhe que “a anistia extingue todos os efeitos da pena, e põe perpétuo silêncio ao processo” (56).

O insigne RUY BARBOSA, com aquêlê seu poder singular de penetração, versando o assunto para deduzir com segurança na forma antes apreciada, pontifica: “São bem conhecidas as características da anistia. O véu do eterno esquecimento, em que os publicistas e criminalistas dizem por ela envolvidas as desordens sociais, objeto dêsse ato de alta sabedoria política, não é uma vulgar metáfora, mas a fórmula de uma instituição soberana. Por ela, não só se destroem todos os efeitos da sentença, e até a sentença desaparece, senão que, remontando-se ao delito, se lhe elimina o caráter criminoso, suprimindo-se a própria infração. Por ela, ainda mais, além de se extinguir o próprio delito se repõem as coisas no mesmo estado, em que estariam, se a infração nunca tivesse sido cometida. Esta é a anistia verdadeira, a que cicatriza as feridas abertas pelas revoluções, aquela cujas virtudes o historiador grego celebrava

(54) *Const. Federal*, art. 5, n.º XIV e art. 65, n.º V.

(55) *Op. cit.* vol. II, n.º 356, pág. 158.

(56) *Cód. Penal de 11 de outubro de 1890*, art. 75.

nestas palavras de eloquente concisão: “Eles perdoaram, e daí avante conviveram em democracia” (57).

Com esta concepção, olvidando a rebeldia e procurando restaurar a concórdia social, falaria em sua finalidade o legislador si não fosse pródigo na concessão da anistia aos crimes políticos. líticos.

13 — Apesar das lindas desta dissertação e das escassas glosas que dela decorrem, ascultada a realidade num meio social normalmente constituído, podemos tirar as conclusões seguintes:

1.º o delito político, na órbita legislativa vigente, é considerado pelo direito positivo pátrio e está conceituado em legislação especial;

2.º a incriminação tem como fundamento jurídico a violação das leis da maioria porque não é lícito, aos individuos pretender mudar, violentamente, aquela forma de organização e de governo que a maioria dos cidadãos escolheu de modo livre;

3.º inexistindo periculosidade social e tão somente política na repressoção do delinquente político não se pode falar de penalidade com fins de tratamento ou correção já que, sendo ele mais um perigo para o poder dominante do que para a sociedade, não tem do que especifica ou patologicamente se emendar e corrigir;

4.º não se deve confundir os delinquentes políticos com os que praticam excesso em nome de um poder exercitado com despotismo;

5.º estão os crimes políticos subtraídos da extradição e são beneficiados pela anistia.

14 — Eis ai, como contribuição (58) apagada, sem propósito de revelação ou de petulância empavonada, o resultado de investigações sobre tão atraente questão. Indiscutível que ensejará melhores escritos — argumentum ad scribendum — por parte dos que, como nós, não sejam profanos e disponham de mais vagar.

São Paulo, 30 de novembro de 1951

(57) *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, ed. 1933, vol. II, págs. 441/442 e 458/459.

(58) Simples tema, debuxado como trabalho de disincumbência para a cadeira de Criminologia do curso de Doutorado, ex-si do que dispõe o art. 15, letra a, do Dec. 7068, de 6 de abril de 1935.

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO E A DOCTRINA DE DUGUIT (*)

Moacir Lobo de Costa

CAPITULO I

I — O Tema que escolhemos para dissertação é vasto e empolgante. Envolve e suscita uma profusão de problemas de direito, à elucidação dos quais, juristas do maior renome dedicaram páginas substanciosas, fruto de profundas e demoradas elocubrações.

Por isso mesmo, dentro da angustia do tempo e da insignificância de nossas aptidões, o presente trabalho escolar não pôde ter o desenvolvimento que era de se desejar.

Dará, apenas, uma idéia do que poderia ser, se tratado por outras mãos.

DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

II — A primeira imagem que nos acode à mente, ao simples enunciado do tema — direito público subjetivo — é a do eterno binomio *Homem e Estado*, a que, em última análise, se reduz todo o estudo do direito público.

Pondo-se, frente ao Estado, como um ser dotado de personalidade, isto é, de capacidade jurídica, o homem assume a qualidade de sujeito de direitos, quer de ordem privada quer de ordem pública.

A esse atributo da personalidade denomina-se direito subjetivo — “*facultas agendi*” — que é o poder de ação assegurado pela ordem jurídica.

Varias explicações foram buscadas pelos juristas para justificar esse direito.

(*) Trabalho apresentado no 1.º ano do Curso de Doutorado, em 1951 (Cadeira de “Direito Público e Teoria do Estado”).

Para WINDSCHEID o direito subjetivo é um poder da vontade concedido pela ordem jurídica. (1)

A doutrina do eminente pandetista, porém, é inaceitável, porque, não só a simples vontade individual é impotente para gerar direitos, como direitos há que se adquirem independentemente da vontade e sujeitos há desprovidos de vontade que não perdem por isso, a qualidade de titulares de direitos subjetivos (o menor, o louco, o ausente, o interdicto).

VON IHERING vai fundamentá-lo no interesse.

Para ele, direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido. (2)

Não, porém, o interesse egoístico, que o indivíduo possa criar, arbitrariamente, com finalidade antisocial; mas, o bem da vida, a utilidade, dentro da ordem jurídica e conforme aos fins da sociedade. Porque o direito tem por fim assegurar as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

O direito subjetivo será, então, a forma pela qual o direito em sentido objetivo assegura a proteção dos interesses da vida e dos bens necessários à sua conservação. (3)

Ter um direito equivale ao reconhecimento de que alguma coisa que existe para nós nos é assegurada pelo Estado.

Aprofundando a análise do direito subjetivo à luz da filosofia criticista, *Giorgio del Vecchio* separou nele dois elementos: um *interno*, que consiste na possibilidade do sujeito agir na conformidade do imperativo e dentro dos limites deste; e outro *externo* marcando a impossibilidade de ser impedida a atividade jurídica, e, dessa forma, para o sujeito, a possibilidade de reagir contra o impedimento. (4)

Ponto comum a todas as doutrinas é o reconhecimento de que o direito subjetivo e objetivo são idéias correlatas: um é poder, que o outro reconhece e regula, na formula exata de SPENCER VAMPRÉ. (5)

JELLINEK

III — Deve-se ao renomado professor de direito público de Heidelberg, GEORG JELLINEK, um livro famoso, inteiramente consagrado ao estudo dos direitos públicos subjetivos. (6)

(2) WINDSCHEID — *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda e Bensa, I, § 37, nota 3.

(3) VON IHERING — *O Espirito do Direito Romano*, trad. de Rafael Benaion, Rio 1943, vol. IV, pg. 220.

(4) VON IHERING — *L'Evolution du Droit*, trad. Meulenaere, pg. 44.

(5) GIORGIO DEL VECCHIO — *Il concetto del Diritto*, 1912, pg. 99.

(6) SPENCER VAMPRÉ — *Da lesão enorme e do sucto de direito*, S. P. 1918.

(6) GEORG JELLINEK — *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. de G. Vitagliano da 2.ª ed. alemã, Milano 1912.

Destacando-se da tendência dominante na Alemanha, JELLINEK, não só reconhece a existência de direitos públicos subjetivos, mas, assinala para eles uma extensão e funções que se podem qualificar de essenciais e determinantes, no campo do direito público.

Como agudamente observou V. E. ORLANDO, o livro de JELLINEK adquiriu um valor particular para os latinos, como um verdadeiro traço de união, preciosíssimo, entre as tendências políticas e científicas latinas e as germanicas. (7)

Com efeito, as tendências do direito público germanico, como é acentuado pelo próprio JELLINEK (8) — orientavam-se, a partir de GERBER, no sentido de restringir ao mínimo o reconhecimento da existência de direitos públicos subjetivos dos súditos do Estado.

A ausencia de uma solução precisa para o problema, na obra de GERBER, deu margem a que se interpretasse a sua opinião, ora como favorável, ora como contrária à existência de direitos públicos subjetivos dos indivíduos contra o Estado.

Dai partiram LABAND e OTTO MAYER, em cujas obras o campo do direito público subjetivo é limitado ao extremo, e BARNHAK, JOHNER, GÖPPERT e outros que, sem se preocuparem com as consequências, negaram, substancialmente, o direito público subjetivo individual. (9)

O livro do professor de Heidelberg é, assim, uma reação contra a estatolatria que se iniciava na literatura do direito público alemão. Um ponto de equilíbrio, marcado pelo senso das realidades jurídicas, nas relações entre o indivíduo e o Estado.

Vejamos seus pontos fundamentais.

IV — Depois de examinar as teorias que fazem residir na vontade ou no interesse o conteúdo do direito subjetivo, JELLINEK demonstrou que, um exame mais profundo da essência do direito revela que não é a vontade abstrata, mas a vontade dirigida a escopo determinado que vem reconhecida e garantida, e que o movel da vontade não póde, absolutamente, ser eliminado do conceito do direito.

A vontade é, porém, um meio, não um escopo para a finalidade, tanto do indivíduo, quanto do ordenamento jurídico. De onde a definição: “diritto subbietivo é la potestà di volere

(7) V. E. ORLANDO — *Diritto Pubblico Generale*, Scritti varii, Milano 1940, pg. 278 — (prefazione alla traduzione italiana dell' opera di Jellinek).

(8) JELLINEK — *Sistema*, pg. 6.

(9) JELLINEK — *Sistema*, pg. 7, nota 2.

che ha l'uomo, riconosciuta o protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interesse". (10)

Vontade e interesse, ou bem, estão compreendidos necessariamente no conceito de direito subjetivo.

O poder de querer é o elemento formal, o interesse o elemento material do direito subjetivo.

Após haver firmado o conceito do direito subjetivo, JELLINEK passa a indagar qual seja o critério diferenciador dos dois direitos subjetivos, privado e público. Se a diferença consiste no elemento substancial ou no elemento formal. Ou se, entre as duas modalidades de direito subjetivo existe uma diferença tanto formal quanto substancial.

E conclui que, do ponto de vista formal, o direito público subjetivo consiste na pretensão jurídica — (direito de ação), que deriva da qualificação concreta da personalidade.

Quanto ao elemento material, o interesse, por isso que os interesses individuais se distinguem em interesses constituídos predominantemente de escopos individuais e em interesses constituídos predominantemente de escopos gerais, o interesse individual reconhecido como constituído predominantemente de escopos gerais constitui o conteúdo do direito público.

Pelo que, com respeito ao elemento material, o direito público subjetivo é o que cabe ao indivíduo — *por causa da sua qualidade de membro do Estado*.

Ainda, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo é qualificado sob diversos aspectos. As possíveis relações que se podem estabelecer entre ele e o Estado, colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes. As pretensões jurídicas que resultam dessas condições são os chamados direitos públicos subjetivos.

Por força da sua qualidade de membro do Estado o indivíduo se encontra numa pluralidade de relações de "status".

Em consequência da subordinação ao Estado, que forma a base de toda atividade estatal, o indivíduo, na esfera de seus deveres individuais, se acha no "status passivus", no "status subiectionis", do qual é excluída a autodeterminação, e, pois, a personalidade.

Uma personalidade absoluta do indivíduo, não subordinada, de qualquer maneira, à vontade do Estado, é uma concessão incompatível com a natureza do Estado, só encontrada na

(10) JELLINEK — *Sistema*, pg. 49.

mística personalidade pre-estatal das especulações do direito natural.

Mas, a relação entre o Estado e o indivíduo se estabelece de modo que um e outro aparecem como duas grandezas que se integram, alternadamente.

Com o desenvolvimento da personalidade individual diminui a extensão do "status passivus", e, com isto, o campo do poder do Estado.

A historia politica moderna tem por conteúdo o constante desenvolvimento da personalidade individual e a correspondente limitação do Estado.

Como o poder do Estado é objetivamente limitado, pois, se exercita sôbre pessoas que não estão em tudo e por tudo subordinadas ao Estado, porque são livres, e, nessa qualidade, desfrutam de um "status" em que são senhores absolutos, ha uma esfera livre da interferencia do Estado, uma esfera que exclui o "imperium".

Esta é a esfera da liberdade individual, o "status negativus", o "status libertatis", na qual os escopos estritamente individuaes são atingidos mediante a livre atividade do indivíduo.

Mas, a atividade do Estado é exercitada no interesse dos súditos. Quando o Estado reconhece no indivíduo a capacidade juridica de pretender que o poder estatal se empregue em seu beneficio, enquanto lhe dá faculdade de se utilizar das instituições estatais, quando, em uma palavra, concede ao indivíduo pretensões juridicas positivas, o Estado está reconhecendo-lhe o "status positivo", o "status civitatis", que se apresenta como o fundamento do complexo das prestações estatais no interesse individual.

A atividade do Estado, contudo, só é possível mediante a ação individual. Quando o Estado reconhece no indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promove-o a uma condição mais elevada, mais qualificada, à cidadania ativa, que é o "status ativo", "status active civitatis", no qual o indivíduo é autorizado a exercer os chamados direitos politicos, no seu restrito significado.

Nestes quatro "status", o passivo, o negativo, o positivo, o ativo, se resumem as condições em que pode se encontrar o indivíduo como membro do Estado.

Prestações ao Estado, liberdade do Estado, pretensões junto ao Estado, prestações por conta do Estado.

Estes quatro "status" formam uma linha ascendente. No principio, o indivíduo, porque é levado a prestar obediência ao

Estado, aparece privado de personalidade, depois, esta lhe é reconhecida numa esfera livre da intervenção do Estado, ainda, o próprio Estado se obriga a prestações para o indivíduo, e, finalmente, a vontade individual é chamada a participar do exercício do poder estatal, podendo até mesmo investí-la de “imperium”

Além do “status subiectionis”, puramente passivo, que não gera direitos individuais mas, apenas, deveres, as outras três ordens distintas de “status”, a que correspondem os diferentes direitos subjetivos do indivíduo, “constituem os limites jurídicos da soberania” (11)

Eis, num resumo imperfeito, a doutrina de JELLINEK.

V — Outros escritores de grande merito, como SANTI ROMANO (12) e *Maiorana* (13) se ocuparam do problema dos direitos públicos subjetivos.

A todos, porém, sobrepuja, pela originalidade dos conceitos, a teoria do mestre a quem MIGUEL REALE chamou o “*sutil* autor do Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”. (14)

CAPITULO II

LÉON DUGUIT

I — LÉON DUGUIT, o decano da faculdade de Bordeaux, tornou-se, pela sua doutrina, o campeão da luta contra os chamados direitos subjetivos.

Partindo da observação dos fatos e só neles procurando justificação para os fenomenos juridicos, *Duguit* investiu decididamente contra a teoria do direito natural, esforçando-se por banir a metafisica do campo do direito.

Sua doutrina é eminentemente positiva e sua escola realista.

Aliás, ele mesmo confessou, em mais de um passo de sua vasta obra, a intenção de trasladar para o terreno jurídico os princípios da filosofia de AUGUSTO COMTE, de que era adepto.

As idéias mestras da sua construção científica e positiva do direito são muito simples e repousam em três observações de fato: a existência de individuos dotados de capacidade de querer

(11) MIGUEL REALE — *Teoria do Direito e do Estado*, 1940, pg. 231.

(12) SANTI ROMANO — *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, no “Primo Trattato di Diritto Amministrativo”, de Orlando, vol. I pgs. 108 a 220.

(13) MAIORANA — *La nozione del diritto pubblico subbiettivo*, Roma, 1904.

(14) MIGUEL REALE — *Fundamentos do Direito*, 1940, pg. 108.

e de agir; que se apresentam diferenciados em governantes e governados, aqueles dispendo de força bastante para impor sua vontade aos governados ligados todos, entre si, pelos laços da solidariedade e da divisão do trabalho social e pelo sentimento da justiça, de onde decorre a norma objetiva de direito, necessária em toda sociedade.

Esses os alicerces materiais da teoria, de que decorrem algumas consequências importantíssimas para o direito público.

Assim é que, partindo da observação daquelas realidades, DUGUIT concluiu por negar a soberania do Estado, a personalidade jurídica dos grupos, como sujeitos de direito, e a existência de direitos subjetivos, destruindo, dessa forma, os pontos essenciais do direito público.

A sua doutrina foi como que um terremoto, abalando os fundamentos do edifício do direito público.

Para ele, não existe o Estado, como entidade autónoma, como pessoa jurídica de direito público. Mas, apenas, governantes, ou seja, homens que exercem o poder e impõe sua vontade aos governados, pela força.

O Estado são os homens que governam. O poder méra questão de fato. Dai a negação da soberania como poder jurídico.

A soberania, como direito público subjetivo, é, para ele, 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 governo são titulares do poder de mando, que, apoiado pela força, deve ser exercido de conformidade com as normas do direito objetivo.

Não ha direitos subjetivos, quer públicos quer privados.

O direito é um só: a norma objetiva, de formação espontânea, anterior e superior ao governo e que se impõe, igualmente, a todos os homens, governantes e governados.

O reconhecimento dos direitos individuais e das pretensões que os indivíduos possam ter junto ao governo, dependem, sempre, da norma objetiva. Esta, como regra de direito, surge da solidariedade que entrelaça os homens e do sentimento de justiça que a cimenta.

II — Expostas, assim, em síntese ligeira, as principais idéias do constitucionalista francês, vejamos, mais de perto a sua opposição ao direito público subjetivo, que interessa ao assunto deste trabalho.

Assinale-se, desde logo, a raiz filosofia de sua posição.

Escreveu DUGUIT: “O homem vivendo em sociedade tem direitos; mas, estes direitos não são prerrogativas que lhe per-

tencem, por ser homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, ele tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir o seu dever. Vê-se que se está longe da concepção do direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem, que fundamentam a regra de direito que se impõe aos homens vivendo em sociedade. É ao contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a cumprir uma certa função social, que todo homem tem direitos que têm, assim, por princípios e por medida a missão que ele deve desempenhar.”

Esta noção do direito fundado sobre a idéia do dever, como ele mesmo declarou, foi bebê-la na Política Positiva, de AUGUSTO COMTE, onde está escrito — “Nul ne possède plus d'autre droit que celui de faire toujours son devoir”. (1)

No combate acirrado que moveu às teorias que proclamavam a existência de direitos públicos subjetivos, é constante a preocupação filosófica de DUGUIT, no sentido de afastar as cogitações metafísicas do campo do direito, para só admitir as indagações de base positiva.

Sua aversão pela metafísica e pelo direito natural perpassa toda sua vasta obra.

Ao lado dessa atitude filosófica, não seria difícil descobrir-se um sentimento de fundo patriótico, na reação doutrinária e dogmática contra os excessos da teoria subjetivista que, do outro lado do Reno, conduziam à hipertrofia do Estado Soberano.

Respondendo à crítica de ESMEIN, que qualificára a sua doutrina de “abstração germanica”, e afirmára que a negação da soberania, como direito subjetivo do Estado, conduz à onipotência da força, DUGUIT esclareceu: “Esmein oublie que les théoriciens par excellence de la souveraineté droit subjectif de l'Etat sont les juristes allemandes et que c'est par là qu'ils se sont efforcés précisément de donner un fondement juridique à l'omnipotence de l'Etat, à son pouvoir sans limite à l'intérieur, à sa volonté de puissance et de conquête à l'extérieur. Il est vrai qu'Esmein prétend que ma doctrine est une abstraction germanique, voulant dire par là qu'elle s'inspire directement des doctrines allemandes.

Je proteste énergiquement. Ma doctrine est, au contraire, le contre-pied des théories allemandes et le livre, où je l'ai exposée pour la première fois, “l'Etat, le droit objectif et la loi positive”, 1901, a été écrit en réponse au livre de Jellinek, “System der öffentlichen subjektiven Rechte”, 1892. La doctrine allemande

(1) LÉON DUGUIT — *Manuel de Droit Constitutionnel*, 1923, pg. 13.

du droit public est exclusivement subjectiviste. Elle fait de la puissance publique un droit subjectif dont l'Etat personne est le sujet. Ma doctrine est essentiellement objectiviste; je nie la puissance publique conçue comme droit subjectif; je nie la personnalité de l'Etat conçue comme sujet de droit; je ne reconnais à l'Etat qu'une puissance de fait dont l'objet et l'étendue sont déterminés par le droit objectif et je prétends que par là seulement on peut arriver à fonder sur des bases solides la limitation de l'Etat par le droit". (2)

Vista por esse aspecto, a doutrina de DUGUIT provocou aplausos até mesmo de autores que discordavam de seus fundamentos teóricos.

"A afirmação violenta da doutrina alemã: todo direito público é subjetivo, M. DUGUIT respondeu por esta outra afirmação violenta: todo direito público é objetivo. Ele firmou sua força em seus sentimentos liberais e constitucionais; porque a doutrina alemã da "Herrschaft" "é essencialmente administrativa e antiliberal" escreveu MAURICE HAURIUO. (13)

Para firmar sua tese de que não existe direito subjetivo, DUGUIT começou por analisar e refutar as varias teorias propostas por Windscheid, Von Ihering e Jellinek, referentes à vontade, ao interesse e à vontade e interesse conjugados, como sendo o conteúdo do direito subjetivo, para concluir que nenhuma delas dava uma explicação satisfatória e convincente, à luz da realidade jurídica.

Ao contrário, os fatos estavam a indicar que, em condições determinadas pelo direito objetivo, abriam-se vias de direito tendentes a garantir aos individuos certas vantagens que, em vez de constituírem os chamados direitos subjetivos, criavam para os individuos situações jurídicas em face da lei.

E, certo de haver destronado o direito subjetivo dos individualistas, DUGUIT substituiu-o, teoricamente, pela situação jurídica, que pôde ser objetiva ou subjetiva, (4).

A situação jurídica subjetiva do individuo, em face do direito objetivo, cria para ele não um direito mas uma obrigação, a obrigação de contribuir para o progresso da solidariedade social.

A passagem do subjetivismo para o objetivismo jurídico forma a característica essencial da evolução jurídica, durante o primeiro quarto do século XX, escreveu ele. (5)

(2) LEON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel*, 3me ed. 1927, vol. I pg. 549.

(3) M. HAURIUO, em Duguit, *Traité*, I pg. 550.

(4) L. DUGUIT — *Traité*, I § 29, pgs. 307 a 315.

(5) L. DUGUIT — *Traité*, I pg. 24.

III — O binomio Estado-Homem serviu de assunto para as treze conferências que proferiu, logo após a grande guerra de 1914, na Universidade de Columbia, em Nova York, publicadas, depois, em volume sob o título “Soberania e Liberdade”.

Reafirmando, com uma coerência digna de nota, os pontos cardeais de sua doutrina, a despeito da critica formidável que sofrera da parte de juristas do maior relevo internacional, DUGUIT revelou, de público, que a sua luta contra a soberania, a personalidade jurídica do Estado e os direitos subjetivos, era não apenas jurídica, mas, sobretudo filosófica e, também, patriótica. Visava não só o direito individualista, mas a metafísica da teoria do Estado, dos juristas alemães, responsável pela hipertrofia do Estado Alemão que degenerára na hecatombe. (6)

Soberania e liberdade, alfa e omega do direito constitucional!

A doutrina de DUGUIT, desenvolvida através de uma dezena de livros, principiando pelo “L’Etat, le droit objectif et la loi”, de 1901, para culminar com a 3.^a edição do “Traité de Droit Constitutionnel”, de 1927, um ano antes de sua morte, pôde ser resumida nesta fórmula: nem o Estado é soberano nem o indivíduo livre, mas ambos, entrelaçados pela solidariedade e imbuidos do sentimento de justiça, estão subordinados ao direito objetivo, norma anterior e superior aos homens, que emerge da vida social para garantir a existência e o progresso da sociedade.

CAPITULO III

CRITICA

I — A doutrina de DUGUIT despertou o mais vivo interesse entre os juristas: fez escola, conquistou adeptos do porte de GASTON JÉZE, o administrativista; mas, de outro lado, foi objeto de criticas severas e ponderados reparos.

FRANÇOIS GENY, o grande mestre de Nancy, após o exame demorado e profundo a que submeteu a doutrina de DUGUIT, revelou a inconsistência jurídica das suas principais proposições, bem como a fraqueza da sua base filosófica. “Le positivisme étroit, auquel Duguit semble vouloir rester attaché, et qu’il nous présente comme répondant seul aux exigences de l’esprit moderne, n’est plus aujourd’hui qu’un moment largement dépassé.” (1)

(6) L. DUGUIT — *Soberania y Libertad*, trad. de José Acuña, Madrid, 1924.

(1) F. GENY — *Science et technique en droit privé positif*, 1922, tome II

A negação da soberania e da personalidade jurídica do Estado levou MAURICE HAURIUO a chamá-la de “anarquismo de cátedra” (2), e ESMEIN já assinalára que “La négation du droit de souveraineté n’a qu’un résultat bien clair, c’est d’affirmer le règne de la force, le droit de la force seule à créer des gouvernements. C’est le fait mis à la place du droit” (3); remate identico o do nosso SAMPAIO DORIA: “Por fim, ainda que se quizesse adotar esta concepção, quem seria o arbitro da regra de direito, segundo a qual devem agir os governantes? Sem duvida, eles mesmos, porque, si o não forem, já não seriam os mais poderosos. A força vitoriosa seria, pois, o arbitro único da legitimidade do Estado, todo poderoso, autolimitante, arbitro de si mesmo, o subjetivismo do poder mais acabado e mais autoritário. E assim cairíamos naquilo mesmo, que DUGUIT mais se esforçou por contrariar e repelir”. (4)

Quanto à negação dos direitos subjetivos e sua substituição pelos deveres sociais que decorrem da situação jurídica subjetiva, *Harold Laski* observou: “La négation des droits subjectifs, par Duguit, est plus terminologique que réelle. J’ai, dit-il, l’obligation de contribuer de toutes mes forces au progrès de la solidarité sociale. Ensuite, il énumère les conditions requises afin d’obtenir la contribution pleine et entière à ce but. Une analyse exacte révèle que la liste qu’il établit est une liste de conditions nomées droits dans les autres systèmes.

La seule différence qu’on peut découvrir dans leur caractère est que Duguit les rattache à un but qui réside en dehors de l’individu, tandis que dans le système classique on considère l’individu comme un fin, en conséquence, on établit que les droits coexistent à la personnalité.” (5)

OCTAVIAN IONESCU deu um balanço nos escritos, que vieram a lume, consagrados à doutrina de DUGUIT sobre o direito subjetivo, demonstrando a procedência das criticas dirigidas contra a doutrina, e concluiu, ele próprio, que “Le progrès de l’humanité est basé sur le développement de la personnalité de chacun. Et seul le droit subjectif peut aider ce développement par le

pg. 265 — ver nos tomos II, pgs. 191 a 272 e IV pgs. 159 a 213, o estudo crítico integral da doutrina de Duguit.

(2) M. HAURIUO — *Principes du droit public*, 1910, pg. 79.

(3) ESMEIN — *Droit Constitutionnel*, 1927, I pg. 52.

(4) A. SAMPAIO DORIA — *Problemas de Direito Público*, 1919, pg. 72.

(5) HAROLD LASKI — *La conception de l’Etat de Léon Duguit*, em “Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”, nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 127.

fait qu'il nous assure un complet épanouissement de l'activité personnelle." (6)

Folgamos de poder encerrar este capítulo com prata da casa.

Por ocasião da morte de DUGUIT, ocorrida em 18 de setembro de 1928, CLOVIS BEVILAQUA dedicou algumas páginas ao estudo do direito subjetivo, em memória do mestre, cuja doutrina analisou e refutou, produzindo um pequeno ensaio que, pela profundidade e segurança dos conceitos, constitui o melhor trabalho da nossa literatura no assunto.

Depois de acompanhar a DUGUIT na exposição e crítica das várias teorias formuladas para explicar a natureza e o conteúdo do direito subjetivo, o civilista emerito passa a apresentar sua própria opinião.

Para ele, a razão está com VON IHERING. Subjetivamente considerados, os direitos são interesses juridicamente protegidos. E esclarece: "O poder de ação, assegurado pelo direito, que o limita e disciplina, tem por conteúdo o interesse, que é o estímulo da atividade individual, interesse econômico, do proprietário, do comerciante, do credor, do herdeiro; interesse moral nas relações de família, nas investigações científicas, nas realizações de arte, nas afirmações da dignidade, exercício da caridade em todas as formas da cultura humana."

"É obvio que esse interesse, que o direito protege, ha de estar, forçosamente, de acordo com as necessidades sociais; e, como tais necessidades variam com a civilização, o valor jurídico do individuo cresce com o desenvolvimento cultural da sociedade."

"Eis aí o que é o direito subjetivo: é um interesse do individuo, que, por se achar em harmonia com a vida social, o direito protege. É como se lê em DERNBURG, a porção dos bens da existência que cabe a uma pessoa, na sociedade humana."

"Não é noção, que se possa eliminar da doutrina jurídica. Ela é necessaria à construção lógica do direito e corresponde a um dos elementos constitutivos da ordem jurídica. Sem o direito subjetivo, a norma jurídica seria um mecanismo sem um dos seus motores, ou seria modo de organizar a vida em comum para escravos do Estado e não para homens livres ou cidadãos." (7)

CONCLUSÃO

O problema do direito público subjetivo conduz ao da possibilidade de um ordenamento jurídico em geral, pois, como afir-

(6) OCTAVIAN IONESCU — *Léon Duguit et le droit subjectif*, em "Archives de Philosophie", nrs. 1 e 2, de 1932, pg. 277.

(7) CLOVIS BEVILAQUA — *Direito Subjetivo*, em "Opusculos" III, pg. 33.

mou JELLINEK, sem direito público não ha direito privado; para garantir o reconhecimento, o desenvolvimento e a atuação de qualquer direito é indispensavel uma organização estatal de defesa, operando segundo normas jurídicas, ou seja, uma organização de direito público. (8)

Mas, não é só. Os direitos públicos subjetivos constituem os limites necessários ao poder do Estado.

“Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”, escreveu MONTESQUIEU.

E, as declarações dos direitos do homem e das correspondentes garantias, inscritas nas constituições, são os limites impostos pelo direito ao poder público do Estado, para assegurar a vida e o desenvolvimento do homem na sociedade.

Negar os direitos públicos subjetivos é negar a evidência, a realidade da ordem jurídica retratada pelo direito constitucional

Disse-o, o grande ORLANDO:

“Poichè discutere si può sinchè si vuole, ma non so davvero come possa disconoscersi che tutti le costituzione moderne implicitamente, e molte tra esse esplicitamente, si fondano, per l'appunto, sull'esistenza dei diritti pubblici subbiettivi!” (9)

(8) JELLINEK — *Sistema*, pg. 12.

(9) V. E. ORLANDO — *Diritto Pubblico Generale*, Milano, 1940, pg. 280.

BIBLIOGRAFIA

MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito Constitucional e de Ciência Política*. — Coimbra Editora, Ltda. — 1952.

Que orientação se deve dar ao ensinamento da cadeira de direito constitucional, em regra colocada no primeiro ano dos cursos jurídicos? Assim é em Portugal. No Brasil, ela figura no segundo ano. Num ou noutro, como se há de lecionar a matéria? Fazendo rápido histórico da evolução constitucional do país e entrando, em seguida, no estudo analítico da Constituição?

Chamado à regência daquela cadeira, que se ministra no primeiro ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e isso no ano letivo de 1951-1952, o professor MARCELLO CAETANO, entendendo que tal ensino “não pode deixar de ter uma importante função propedêutica, de maneira a alicerçar os futuros conhecimentos numa cultura basilar de ciência política e de teoria geral do Estado, para cuja formação é impossível prescindir da história constitucional e da legislação comparada”, nesse sentido orientou o seu ensinamento.

Relevou-se, com isso, o político que tão alto relêvo tem dado a sua atividade na vida portuguesa contemporânea, ademais da larga visão com que tem sido professor de outros ramos de direito público na prestigiosa escola situada no alto da cidade ilustre, no Campo dos Martires da Pátria. Catedrático de direito administrativo, já lhe coube ensinar direito penal. Vindo agora à cátedra de direito constitucional, suas propensões intelectuais levaram-no a ampliar o âmbito da matéria, de molde a colocar diante da visão inquieta de seus alunos mais largo panorama, a fim de despertar-lhes labor de maior proficiência.

Nem sempre se pode contar muito com a colaboração construtiva dos jovens que chegam à Faculdade de Direito. Procurando-a, na generalidade dos casos, em busca do diploma profissional com que se encaminhem para a chamada vida prática, a preocupação maior é a de obtê-lo. As investigações científicas

não são de todos, senão dos poucos que formam o pelotão de que hão de sair os juristas, afeitos a cultura mais desinteressada que interesseira. Seja como fôr, cabe ao professor, com as devidas cautelas, despertar no espírito dos moços os pendores para a indagação dos problemas sociais e políticos, de molde a que possam resolvê-los com sabedoria quando chamados à vida pública, nos seus vários setôres.

Parecendo-lhe, por isso, “que os estudantes não poderão compreender a fundo o direito constitucional português antes de estarem senhores dos princípios elementares da teoria geral do Estado; e, por sua vez, a teoria geral do Estado só será perfeitamente entendida por quem conheça as principais constituições modernas e possua, assim, uma provisão de fatos políticos e uma vista geral da estrutura e do funcionamento das instituições políticas de diferentes países” — elaborou o plano do seu curso em três partes: parte primeira, estudo descritivo de algumas constituições modernas; parte segunda, teoria geral do Estado; e, parte terceira, direito constitucional português.

Pondo êsse plano em execução, o estudo descritivo de algumas constituições modernas abrangeu a da Grã Bretanha, a dos Estados Unidos da América do Norte, as quinze de França e a experiência fascista italiana.

Três capítulos bastaram para a resenha da teoria geral do Estado. Num, tratou da estrutura e funções do Estado; noutra da função governativa; e, no terceiro, traçou os limites do poder político.

Confinou-se a terceira num só capítulo sôbre as fontes do direito constitucional português, no seu desenvolvimento histórico. O regime absoluto e a revolução de 1822 e sua primeira e segunda vigências. A segunda vigência da Constituição de 1838. A terceira vigência: a) os partidos políticos; b) os atos adicionais; c) o funcionamento das instituições. A Constituição republicana de 1911. A Constituição de 1933 e sua história externa.

Eis o desenvolvimento que teve, no ano de 1951-1952 o programa de direito constitucional e ciência política na Faculdade de Direito de Lisboa; e aplausos merece o professor insigne que o exequiu por tê-las anotado e, ao depois, escrito e publicado.

Adotada essa política de ensinamento, libertou os seus alunos das famosas *sebentas*, ainda mesmo revistas e publicadas por um ou dois alunos, e que no Brasil, e principalmente em São Paulo, se transfundiram nas não menos famosas *postilas*, taquigrafadas por jejunos em direito, inçadas de imperfeições e, por isso

mesmo, publicadas “sem responsabilidade da ilustrada cadeira”, em folhas mimeografadas.

Cabe aos professores assumir inteira responsabilidade de suas lições; e devem mesmo publicá-las, para que seus ensinamentos não se percam, com o correr dos dias, apenas conservadas na lembrança dos que as ouviram.

As do professor MARCELLO CAETANO, reunidas em belo volume, constituem leitura preciosíssima, não apenas para os calouros da Faculdade de Direito, senão mesmo para os juristas que também sempre têm o que aprender, por mais consagrados que sejam.

W. F.

VASCO TABORDA FERREIRA, *A nacionalidade. Alguns aspectos fundamentais.* — Jornal do Foro. — Lisboa, 1950.

A nacionalidade: em que consiste? Será o atributo ou caráter de pessoas nascidas ou constituídas, se jurídicas, em território duma nação, e que as torna dela dependentes e das suas leis, investindo-as nos direitos e obrigações fundamentais de sua ordem política e jurídica, assim no âmbito nacional, quanto no panorama internacional? Não é, acaso, estado político, mais que civil? Não acompanha a pessoa, como se fôra a aura, que a envolvesse, situando-se no tempo e no espaço, para o exercício de seus direitos, ditados pela nação que lhe serve de berço ou a que se incorporou pelo processo da naturalização?

Eis interrogações, formuladas a esmo, que salientam senão a dificuldade, a segurança da resposta tal seja o prisma por que se encare o problema. Pois também não existem pessoas sem nacionalidade definida, quais os chamados heimatlos ou apátridas? E as coisas, são passíveis de nacionalidade?

Candidatando-se, em concurso, para professor extraordinário do quarto grupo — ciências jurídicas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, propôs-se VASCO FERREIRA debater o problema, em lucida e alentada dissertação sobre — *A nacionalidade: alguns aspectos fundamentais.*

Pareceu ao jurista, desde logo, a nacionalidade fenómeno vasto e complexo, apresentando inúmeras facetas e ligando-se a vários problemas e conceitos fundamentais; mas isso não obsto a que o examinasse, de resto longa e brilhantemente como o fez, logrando obter a laurea, que disputou. Apreciou-a em quatro

capítulos. Estudou, no primeiro, o conceito cultural e jurídico da nacionalidade, tanto das pessoas (as naturais e as jurídicas ou coletivas), quanto das coisas. No segundo tratou dela como instituto de direito interno e instituto de direito internacional, do que se ocupou tanto no capítulo terceiro, como ainda no quarto.

Ao cabo de limpada exposição, concluiu o eminente professor da Faculdade de Direito de Lisboa que o fenómeno da nacionalidade gera duas realidades normativas, dois institutos diversos e autônomos de conteúdo e sentido diferentes: um existente à luz do direito interno, outro em face do complexo normativo internacional. Por aquêlê ângulo, a nacionalidade surge como a relação jurídica constitucional que se estabelece entre a pessoa do Estado e as pessoas que, segundo certos indices legais, prosseguem com suficiente gráu de intensidade o bem comum por aquela realizado. Pelo outro ângulo, a nacionalidade surge como a relação normativa universal que tem por objeto o poder funcional e espiritual de cada Estado sôbre as pessoas consideradas como nacionais pelo respectivo direito interno.

Póde-se dissentir dessas conclusões e propender quiçá pela de que a nacionalidade é relação de direito natural, que é inata com a pessoa, tal a nação de seu nascimento, e disso lhe resulta. Demasia não seria atribuí-la ao nascido em outra nação, de pai a serviço de sua própria; e admiti-la aos que, renunciando à sua, de origem, a de outra nação adote — e tem-se a naturalização.

O que, porém, não padece duvida, é que a monografia é vivaz e sugestiva, assim pela riqueza dos aspectos trazidos ao debate, como pela segurança dos conhecimentos jurídicos do autor, que já se havia realçado por outro trabalho de grande envergadura qual a sua dissertação — *Do conceito de causa dos atos jurídicos*, escrita e publicada em 1946 para o seu doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

W. F.

PAULO MERÊA, *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo I. *Acta Universitatis Conimbrigen-sis*. — Coimbra, 1952.

Quando foi da publicação, em 1916, do Código civil brasileiro, distinguiram-se e ganharam ampla notoriedade no mundo juri-

dico do Brasil dois insignes professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Um foi ALVARO DE COSTA MACHADO VILELA, que publicou, em 1921, exaustivo tratado, até agora não superado, sobre — *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*; e o outro MANUEL PAULO MERRÊA, que deu à publicidade — o *Código Civil Brasileiro Anotado*, em 1917, e que se tornou, no tempo, manual indispensável aos advogados e juizes brasileiros. Era êle então lente de legislação civil comparada.

Jurista, no mais amplo e nobre sentido da palavra, os pendores do espirito de PAULO MERÊA foram para o cultivo da história jurídica, que iniciou em 1913, com a publicação da obra em dois volumes — *Evolução dos regimes matrimoniais*, sob a epigrafe geral de *Contribuições para a História do Direito Português*, série de estudos monográficos para a futura *História do Direito Português*, com a qual fez concurso para assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, do primeiro grupo — o de *História do direito e legislação civil comparada*.

Prefaciando aquela obra de tanta profundeza de investigação histórica, a serviço de notavel cultura jurídica, lançou a sua profissão de fé.

“Não se trata”, escreveu êle, “não se trata apenas do prazer espiritual que aos espíritos avidos de saber pode ministrar o estudo desinteressado desta disciplina; trata-se duma verdadeira necessidade, imposta pelo triunfo do método positivo na ciência do direito. Não é com o raciocínio puro, mas sim com o conhecimento científico da evolução jurídica que se pode apreciar a verdadeira natureza das instituições. Não é com critérios absolutos que se resolvem os problemas da vida social, mas sim penetrando no âmago dos povos para quem se pretende legislar, estudando as suas verdadeiras tradições, procurando discriminar os elementos onde se reflete fielmente o espirito nacional”.

Não teve mãos em si o professor eminentíssimo. Assim no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, como no *Anuário de História del Derecho Espanhol*, de Madrid, como em outras revistas lusitanas e espanholas, publicou larga série de estudos históricos, afinal reunidos em volume — *Novos Estudos de História do Direito*, editado em Barcelos, em 1937. Logo depois, em 1941, publicou em Coimbra as lições de história das doutrinas políticas, feitas na Universidade de Coimbra, no curso de licenciatura em ciências políticas, em pequeno e interessantíssimo volume — *Suarez, Grócio, Hobbes*. Foram aquelas

lições, êle o disse, “daquelas que a lei chama *magistrats* para comprometer os mestres”, o que tadavia não sucedeu, pois que mais exaltaram o mestre que as proferiu. Aliáz, no prefácio do livro, escreveu:

“Dentro dum programa de história das idéias politicas, as três figuras analisadas neste livrinho não têm que sê-lo em todos os seus aspectos; é assim que, nomeadamente, a teoria do direito internacional tão importante em SUÁREZ e em GRÓCIO, só por tabela foi tocado. Foram as idéias sôbre o Estado, o govêrno, a soberania nas relações internas, que corretamente me propus versar.

“Não sei se fiz realmente história. Talvez não. A história vai-se tornando uma coisa complexa para mim. Exige, ao que parece, uma forte dose de filosofia, e a minha filosofia não vai — ai de mim! — muito além da do senso comum”.

Foi do que divergiram os que superintendem na organização e publicação dos *Acta Universitatis Conimbrigensis*, da Universidade de Coimbra, fazendo publicar, em 1948, os *Estudos de Direito Visigótico* e, agora, os *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, cujo primeiro tomo acaba de sair.

Os trabalhos, que neste magnifico volume se deparam: Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval, A arra penitencial no direito hispânico anterior à Recepção, O dote nos documentos dos séculos IX-XII, Em torno do “casamento de juras” e Sôbre a revogabilidade das doações por morte, são assaz interessantes. Publicados anteriormente, em periodo de trinta anos, reaparecem alguns um tanto refundidos e todos convenientemente anotados, de um lado, e, de outro, enriquecidos de velhos documentos.

Com tudo isso, o livro é novo, e revela a sinceridade do trabalhador insigne, que tanto tem feito pelo engrandecimento da cultura jurídica portuguesa.

W. F.

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO *La Huelga*, 3 vols. — Santa Fé, República Argentina, 1951.

A circunstância de ter o Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Ciências Jurídica e Sociais da Universidade do Litoral, situada em Santa Fé, na República Argentina, a presidido, ainda que

ad honorem, o professor MARIANO R. TISSEMBAUM, justifica o aparecimento desta grande obra, muito mais do que ter a lei universitária atribuído à Universidade missão investigadora. Nem era preciso que lei lhe houvesse atribuído essa função implícita na própria criação da Universidade.

Nem todas as Universidades, entretanto, têm tomado a si tarefa tão preta de dificuldades como as que aquêlê emérito professor argentino tomou sôbre si, com entusiasmo invulgar e com decidida deliberação de levá-la a cabo.

Disso resultou a magnitude do trabalho realizado com sucesso imenso, que enaltece seu infatigável realizador. Não se tem, do ponto de vista doutrinário, trabalho individual, mas sim trabalho coletivo e conjugado de professores americanos e europeus, seguindo programa de ante-mão traçado com muita sabedoria e não menor coragem de vencer os obices que naturalmente se opunham, e não foram poucos, ao atrevido tentame. Dependeu o seu êxito da vontade inabalável do professor MARIANO R. TISSEMBAUM, que está de parabens pela vitória alcançada.

Para ajuizar-se do grande esforço realizado, basta resumir o sumário dos tres majestosos volumes, a saber:

MARIANO R. TISSEMBAUM, *Prologo*.

MARIANO R. TISSEMBAUM, *A greve, tema de estudo universitário*.

PAUL DURAND, *Homenagem a Paul Pic*.

PARTE GERAL

FRANCISCO CARNELUTTI, *Diagnose da grêve*.

FRANCISCO DE FERRARI, *O direito de greve*.

ERNESTO KROTOACHIN, *Soluções jurídicas da greve*.

SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *O direito constitucional da greve*.

JEAN M. RIVERO, *A regulamentação da grêve*.

MARIANO R. TISSEMBAUM, *A greve e o lock-out em face do direito*.

JORGE ENRIQUE MARC, *O lock-out e o boicote*.

ALEJANDRO M. UNSAIN, *Natureza das greves*.

PARTE ESPECIAL

Argentina

LUIS A. DESPOTIN, *Consequências jurídicas da greve em face do contrato de trabalho na legislação e na jurisprudência argentinas.*

JUAN M. GALLI PUJATO, *Faculdades jurisdicionais em materia de qualificação da greve.*

ALFREDO J. RUPRECHT, *A greve em face da jurisprudência argentina.*

EDUARDO R. STAFORINI, *A greve na declaração dos direitos do trabalhador.*

MARIANO R. TISSEMBAUM, *A greve e o lock-out no regime legal argentino.*

ALEJANDRO M. UNSAIN, *As greves e o lock-out no regime legal argentino.*

ALEJANDRO M. UNSAIN, *As greves na República Argentina.*

Alemanha

H. C. NIPPERDEY, *O direito de greve na Alemanha.*

Belgica

MARCEL LALOIRE, *O direito de greve na Belgica.*

ROBERTO PATON PEREZ, *O direito de greve. Aspectos relacionados com a legislação boliviana.*

Brasil

A. F. CESARINO JUNIOR, *O direito de greve no Brasil.*

ORLANDO GOMES, *Considerações sobre o direito de greve no Brasil.*

ARNALDO SUSSEKIND, *A greve no direito brasileiro.*

Colombia

A. BARON SERRANO CAMPO, *A greve e o lock-out. Principios gerais e normas vigentes nos paises Grã-Colombianos: Colombia, Venezuela, Equador e Panama.*

M. CARLOS RAGGI AGEO, *O direito de greve em Cuba.*

Chile

MOISES POBLETE TRANCOSO, *A greve na história social e na legislação chilena.*

FRANCISCO WALKER LINARES, *As greves na legislação do Chile.*

Escandinávia

EMMA GUSTAVINO URETA, *A greve nos países escandinavos.*

Espanha

EUGENIO BOTIJA PEREZ, *A greve em face do direito espanhol.*

EMMA GUSTAVINO URETA, *As greves nos Estados Unidos da América do Norte.*

França

PAUL DURAND, *Os efeitos da greve sobre o contrato de trabalho.*

JEAN RIVERO, *A evolução da greve e de seu regime jurídico em França.*

Grã Bretanha

K. G. J. C. KNOWLES, *As greves na Grã Bretanha.*

EMMA GUSTAVINO URETA, *Os serviços sociais durante as greves na Grã Bretanha.*

Guatemala

ALFONSO BAUER PAIZ & REINALDO RODRIGUES NAVARRO, *A greve no regime jurídico guatemalteco.*

Itália

FERRUCIO PERGOLESÌ, *A greve no direito italiano.*

LUISA RIVA SANSEVERINO, *A greve no ordenamento jurídico italiano.*

México

ALBERTO TRUBA URBINO, *Processo histórico da greve no México.*

Perù

BERNARDINO LEON Y LEON, *A greve e sua legislação no Perù.*

Portugal

RAUL VENTURA, *A greve no direito positivo português.*

Uruguai

EDUARDO J. COUTURE & AMÉRICO RODRIGUEZ Y PLA, *A greve no direito uruguaio.*

Venezuela

RAFAEL CALDEIRA & REINALDO NAVARRO RODRIGUES, *A greve na legislação e na vida trabalhista venezuelana.*

A enunciação sumarial da obra demonstra a grandeza do empreendimento e sua extraordinária prestância para quantos se proponham fazer o estudo comparado não apenas do direito de greve no tempo que passa, senão mesmo dos altos problemas de ordem econômica, social e política que a greve traz consigo e acarreta. De resto, quase todos os trabalhos, pela competência dos autores, quanto pela extensão que tiveram, são estudos monográficos do mais alto quilate.

W. F.

FRANCESCO FERRARA J., *Gli Imprenditori e le Società.*
Terceira edição aumentada. Ed. Dott. A. Giuffrè. —
Milão, 1952.

Esta nova edição da consagrada obra do eminente professor de direito comercial na Universidade de Florença apresentou-se inteiramente refundida. Continham-se na primeira as lições do curso levado a efeito no ano acadêmico 1941-42, exatamente no em que se unificou, na Itália, o direito privado no mesmo código que de código civil se intitulou.

Tem determinado essa circunstância a pressuposição do desaparecimento, naquela península, do direito comercial. Nem todo o mundo percebe que a unificação foi muito mais formal do que material; e a despeito do código italiano ter-se batizado como código civil, dentro de seu contexto está o moderno direito comercial italiano.

Não são poucos os que sustentam que as normas relativas às suas operações, no ordenamento atual, constituem sistema

autônomo, inspirado em princípios diretivos próprios, mercê dos quais se deve, ainda hoje e no mesmo sentido, em que antes se falava, distinguir o direito comercial. Eis porque, mesmo depois do advento do código civil, não poucos tratadistas e professores continuaram a tratar do direito comercial. Assim, publicaram-se, em 1948, os *Elementi di Diritto Commerciale*, de AULETTA; em 1949, o *Corso di Diritto Commerciale*, de DE GREGORIO; em 1950 o *Manuale di Diritto Commerciale*, de FERRI e o *Corso di Diritto Commerciale*, de LA LUMIA; e MOSSA continua a editar os varios volumes do seu *Tratatto del Nuovo Diritto Commerciale*. Desautorizando as diretrizes dos que assim se orientam, FRANCISCO FERRARA tomou posição. Não lhe parece, à primeira mirada, que aqueles princípios, diversos dos que presidem às outras normas, possam destacar-se do sistema do código, por não serem diferentes dele, mas fazerem parte dele. Não obstará isso, com efeito, a que as normas relativas às mesmas relações se coordenem e as de conteúdo mais circunscrito se articulem como aplicações e desenvolvimento ou como exceções das normas mais gerais. Isso, naturalmente, não impede que, das normas relativas às operações das empresas comerciais, se possam desumir princípios gerais, os quais, todavia, serão princípios gerais válidos para todo o direito civil.

Não deixou o professor da Universidade de Florença, ainda assim, de admitir a autonomia didática do direito comercial, em face do código civil italiano; e conveio em que, ao cabo das indagações, se podem agrupar as normas relativas aos empresários comerciais e às suas operações.

E acrescentou:

“A propria importância das forças sociais a que se ligam aquelas relações aconselha a exposição específica e orgânica das normas que se lhe referem e que, em ensinamento geral, ficariam despesas. Em segundo lugar, as relações tradicionalmente civis têm, ao menos, conteúdo econômico social simples e tradicionalmente conhecido, em torno do qual gravitam as indagações dos estudiosos que se exaurem no aspecto formal, ao passo que as relações comerciais têm, em regra, complexidade econômica e tecnicismo, que occorre preventivamente examinar quando se queira entender a disciplina. O estudo formal, nesta segunda hipótese, requer prejudicial indagação de caráter técnico econômico, de que resulta adequada preparação do interprete. Ajunte-se ademais que, para a inteligência das relações comerciais particulares, assume importância o estudo do direito

comparado, pela própria tendencia que tem aqui a disciplina de uniformizar-se no espaço, por causa das frequentes relações de negócios, que se estendem a varios países.”

Eis explicado como e porque, a despeito da unificação formal do direito privado, na Italia, existem, lado a lado, o direito commercial e o direito civil, sendo de notar-se a propensão, que lá se manifesta, de haver-se êste como o direito privado, propriamente dito, a contrapôr-se ao direito commercial, mercê de sua crescente publicização, em França posta em termos altos por JEAN ESCARRA.

No conceito de FRANCESCO FERRERA, “o direito commercial abrange o empresário commercial e as sociedades, o estudo do estabelecimento commercial, os seus sinais distintivos e patentes de invenção, a teoria da concorrência desleal e a materia dos consórcios. Nele se incluem as operações que pressupõem por sua essência a qualidade do empresário commercial (por exemplo, seguros, contratos bancários, depósito em armazens gerais) ou que constituam objeto específico de empresas comerciais ou que tenham para elas importância prevalente (vendas mobiliárias, contrato de transporte, contrato de arrendamento, etc.) Fazem parte, enfim, do direito commercial, os títulos de crédito, que são instrumentos típicos dos contratos comerciais, bem como a falência e os outros processos concursuais, que, embora entrando formalmente no direito processual, são tradicionalmente ensinados no direito commercial, pelos relevantes reflexos substanciais que deles dimanam”.

Mas concluiu:

“À parte esta última exceção, delinea-se assim, no âmbito do direito privado, distinção fundada sobre *diversidade da matéria*, o que, de resto, não tolhe que aquele material normativo, que se agrupa sob a insígnia do direito commercial, faça parte do direito privado e seja dominado pelos princípios gerais do mesmo”.

É à luz desse conceito que se refundiu a matéria estudada nesta edição de *Gli imprenditori e le Società*. Estabelece-se nela o perfil do empresário em geral e do empresário commercial (frase tradicionalmente expressa numa só palavra — o *comerciante*, que o código civil italiano procreveu) em particular. Em tres largos capitulos se cuida da disciplina dos empresários comerciais, dos seus auxiliares e dos mediadores. Eis a matéria da primeira parte do livro opulento. A da segunda parte é a das sociedades — a da sociedade simples, a mais caracteristicamente

civil no sistema do código, e as das demais sociedades comerciais, abrangendo a sociedade cooperativa e as de seguro mutuo.

Tem-se, pois, neste livro magnifico, por todos os estilos, o estudo do estatuto do comerciante, isto é, o empresário comercial, e das sociedades em geral, as civis inclusive. As comerciais se acham pormenorizadamente examinadas pelo mestre eminentissimo, expressão das mais altas da moderna cultura juridica da Itália.

W. F.

BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. I em 2 tomos. Editor Max Limonad. — São Paulo, 1951.

Eis livro de instituições, não de lições, propriamente ditas. As lições, quando dadas oralmente, à vista apenas de roteiro escrito, ou simplesmente mental, ressentem-se das virtudes e dos defeitos dos discursos improvisados, com a circunstância de que se ministram com os olhos atentos aos olhares dos discipulos. Há que acompanhá-los e sentir como os ensinamentos são desde logo recebidos e aproveitados. A força catalítica do ensinamento oral é imensa; mas precisa ser convenientemente aproveitada. Não são poucas as vezes em que a exposição, que decorre naturalmente, tem que interromper-se, a fim de voltar ao já exposto, pela percepção do professor de que alguns dos estudantes não se aperceberam bem do que lhes foi explicado.

Nessas condições, as preleções ministradas oralmente têm, necessariamente, que ser refeitas quando se destinem a ganhar letras de fôrma, para a fôrma definitiva do livro. Em outros tempos, devia o professor ler o que ensinava; e não foi por outro motivo que se chamava — *lente*. Nem são poucos os que ainda hoje preferem a leitura das preleções, para maior segurança e precisão do ensinamento, sistema que tem muitas vantagens, mas, igualmente como o da oralidade, não poucos defeitos.

De um modo ou de outro, insta dar maior amplitude ao ensino; e o meio para isso é a publicação pelos professores de seus livros de curso, com todos os requisitos dos trabalhos didaticos.

Têm-se, no livro que o professor BASILEU GARCIA, trouxe a lume, as suas lições, quais se proferiram nas suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo? Não, disse-o

êle: “Este livro acha-se em conexão com o nosso curso na Faculdade. Representa-o, porém, apenas de maneira aproximada. A sua semente foram as aulas dadas, mas o material que elas suscitaram sofreu funda remodelação, para melhor servir ao ensino e às aplicações do Direito”. O que nele se depara é, por certo o foi ensinado; mas não tal qual exposto. Uma coisa é prelecionar; e outra é escrever livro, ainda que de noções elementares ao alcance dos estudantes.

De como se houve o professor no preparo de suas *Instituições de Direito Penal*, êle mesmo o desvendou, nestas palavras:

“Como exposição de lineamentos, visou mais a amplitude que a profundidade. Só assim seria possível enfeixar, e numas poucas centenas de páginas, o exame de tôda a parte geral do direito penal, antecipado, ainda, de indispensáveis noções propedêuticas. Foi nosso intuito ministrar o conhecimento do que seja mais proveitoso, ou mais interessante. As controvérsias puramente acadêmicas, sem maior relevo para a cultura e desprovidas de efeitos numa época, como a atual, em que a tanta preocupação precisa voltar-se a sobrecarregada mente do jurista, foram proscritas. Pelo menos, procuramos proscrevê-las.

“Ver-se-á que poupamos o leitor a citações fastidiosas. Pareceu-nos conveniente, entretanto, apresentar, a propósito dos temas fundamentais, pormenorizadas indicações bibliográficas, que facilitem o estudo mais detido dos assuntos abordados e ativem a curiosidade dos espíritos inclinados à investigação científica”.

Quem percorra, atentamente, os dois tomos deste primeiro volume, verificará que o autor atendeu ao programa que se traçou. Não se divisará, todavia, nas páginas, que o compõem, o esforço do professor universitário, procurando fazer obra de natureza exclusivamente didática. Certamente que êsse qualificado a ela se ajusta, com toda a justiça; mas não é só isso; o que elas revelam é o jurista, senhor da sua disciplina, dotado de exímio espirito de indagação científica e ao par de todo o movimento cultural moderno, no campo do direito penal e ciências afins e auxiliares.

Póde-se, sem desmerecer a ninguem, asseverar que o moderno código penal brasileiro encontrou o seu expositor, sob forma sistematica, mais seguro e mais profundo.

A exposição, clara e metódica, da parte geral do código penal, desenvolve-se em dezenove capitulos. Conceito do diretor penal. As ciências penais. Fase pré-clássica da elaboração penal. Doutrinas e escolas penais. História do direito penal brasileiro. A

aplicação da lei penal. O crime. A tentativa. A culpabilidade. Causas justificativas e dirimentes. A co-delinquência. As penas. A aplicação da pena. A suspensão condicional da pena. O livramento condicional. Os efeitos civis da sentença penal. As medidas de segurança. A ação penal. A extinção da punibilidade.

Eis o conteúdo dos dois tomos do livro admirável, concebido e escrito com rigoroso método, aliando o científico ao didático e com a clareza de estilo que torna acessível aos que se iniciam no estudo da ciência penal. Sabido, como é, que a doutrina, a que o código penal de 1940 de certo modo se filiou, se pôs acima do dissídio entre as duas escolas, a jurídica e a antropológica-sociológica, buscando conciliar os postulados clássicos com os princípios da escola positiva, as *Instituições de Direito Penal* se, de um lado, não se abstém de examinar a grave polémica que assumiu proporções majestosas ao findar-se o século passado, de outro se colocaram em posição de equilíbrio no estudo dos textos legais.

Apresentam-se elas com tais qualidades que de nenhum modo se pôde deixar de havê-las como obra marcante no ensino do direito penal brasileiro.

W. F.

E. M. FRIEDWALD, *L'humanité doit choisir* —
Traduzido do inglês por R. Jouán — Paris, Calmann-
Levy, 1949.

Desde os mais remotos tempos, consoante se expõe neste grande livro, a história da humanidade vem sendo orientada pelas guerras que se sucedem quase que continuamente, entremeadas por períodos mais ou menos curtos, durante os quais os povos se organizam, tendo em vista novos conflitos.

Nos albores da civilização, as lutas eram de caráter restrito entre tribus vizinhas e inimigas, realizando-se com meios relativamente rudimentares, tais como clavas de madeira e machados de pedra; descoberta a fuzão e manipulação dos metais com as idades do ferro e do bronze, aperfeiçoaram-se as ofensivas, principalmente a lança, e surgiram as armas defensivas, tais como capacetes, couraças e escudos.

No segundo milênio antes de Christo processou-se uma profunda revolução na arte bélica com a introdução da espada e a

utilização dos cavalos como condutores dos guerreiros, quer diretamente, quer em carros de guerra. Ao que parece, tais inovações se originaram na Ásia, daí se propagando ao continente europeu. Mais tarde surgiram o arco e a flecha, utilizados largamente pelos gregos e pelos povos orientais. Os romanos introduziram alguns novos métodos como o uso de balistas e catapultas que constituíam uma espécie de artilharia rudimentar.

Nos conflitos entre bizantinos e sarracenos, surgiu um notável aperfeiçoamento técnico, o rotulado “fogo grego” que se inflamava em contacto com a água, e, graças ao qual foram repelidas tentativas de invasão pelas frotas árabes. A Idade Média marcou, verdadeiro retrocesso no que se refere ás armas ofensivas, as quais se limitavam praticamente à espada e às massas d’armas havendo um verdadeiro excesso de precauções defensivas com o uso de armaduras que eram verdadeiras couraças metálicas, destinadas aos nobres cavaleiros que constituíam o núcleo combatente dos exércitos.

Coube aos ingleses, sempre segundo nos diz o A. em suas prolongadas lutas com os franceses, a introdução de métodos revolucionários. A princípio foi a reintrodução larga escala de arqueiros, munidos de grandes arcos de madeira, com os quais lançavam a grande distância setas providas de pontas metálicas, com o auxilio das quais Henrique V derrotou forças muito superiores da cavalaria francesa, na batalha de Azincourt. Coube ainda aos ingleses a utilização em batalhas campais de peças de artilharia com projetis lançados mediante explosão de pólvora; o estrago e principalmente o susto trazido pelo estrondo das novas armas foram responsáveis pela derrota francesa na batalha de Crecy.

A partir de então, o uso de armas de fogo portáteis e de artilharia, foi gradualmente se desenvolvendo atingindo o papel decisivo na tomada de Constantinopla pelos árabes, marco terminal da Idade Média. Não obstante, só mais de um século depois, na Guerra dos 30 Anos, as armas de fogo substituem definitivamente os choques das massas blindadas de cavalaria, dando o papel primordial as tropas de infantaria armadas de mosquetões.

A Revolução Francesa trouxe consigo profunda alteração do conceito da guerra. Até então as lutas eram de carácter relativamente restrito, e nelas tomavam parte apenas tropas profissionais, por vezes adicionadas de elementos recrutados, voluntária e involuntariamente. A coligação de praticamente toda a Europa contra a França, levantou toda a nação em armas mobilizando-se para a guerra todo um povo, na defesa dos novos direitos do homem e abolição dos antigos privilégios da fidalguia. Napoleão

aproveitou-se do entusiasmo trazido pelas vitórias iniciais das armas revolucionárias e conservando mobilizados mais de quinhentos mil franceses assegurou o domínio da maioria da Europa, aproveitando para fins individualistas e imperialistas os frutos do então recente cataclismo social.

Até então as guerras baseavam-se fundamentalmente no elemento pessoal e as maiores potencias eram aquelas que podiam ou conseguiam manter em luta um maior número de combatentes. A Guerra de Secessão Norte-Americana, trazida pela abolição da escravatura e a consequente luta entre nortistas abolicionistas e sulistas escravagistas foi, a bem dizer, a primeira das guerras de material. Realmente, foi a primeira campanha onde a mobilização das tropas se realizou com o auxilio de estradas de ferro e tambem viu nascer consigo um verdadeiro surto de inovações bélicas: trens blindados e artilhados, navios encouraçados, minas terrestres e marítimas submarinas rudimentares, torpedos, fuzis de repetição, metralhadoras, largo emprego de peças de artilharia, além de utilização de balões de observação, comunicação telegráfica, introdução das trincheiras e das cercas de arame farpado, etc. A imensa repercussão que tais métodos iriam trazer sob o ponto de vista social não foi de imediato bem apreendida pela maioria dos observadores, embora Karl Marx, em 1867, no prefácio de um livro "O Capital" escrevesse: "da mesma forma que a guerra da independência americana dobrou finados para as classes médias, a guerra civil da América dobrou finados para as classes laboriosas da Europa", — significando assim, a imensa influencia que a ciência e a tecnologia passariam a exercer sobre os métodos de combate e sobre a própria estrutura da sociedade, com a introdução de uma autêntica conflagração total. A guerra franco-prussiana pela rapidez com que se desenrolou, não serviu de imediato, como prova de tal asserção, o que somente se verificou durante a primeira grande guerra mundial de 1914 a 1918. Foi esta a guerra essencialmente industrializada, com o emprego de gigantescas massas de combatentes e consumo de enormes quantidades de munições e de combustíveis, acarretadas estas últimas pelo emprego da aviação de guerra e dos veiculos motorizados. A Tecnologia interveio não só no aperfeiçoamento das antigas armas existentes como na criação de novas; principalmente carros blindados e tanks, afora a introdução da guerra quimica, mediante emprego de agressivos gazosos, na fase terminal do conflito.

O segundo grande conflito mundial, cujas cicatrizes ainda se encontram mal fechadas, foi não somente uma guerra de indus-

rialização como fundamentalmente tecnológica. Ao lado das grandes massas obreiras da retaguarda necessárias para produção e distribuição de imensos suprimentos de artefatos bélicos de munições e combustíveis, sendo que o consumo destes últimos aumentou extraordinariamente pelo predomínio, da aviação e da guerra mecanizada coube a um restrito numero de sábios a criação dos mais fortiferos dos engenhos destruidores, a chamada “bomba atômica”, que, embora não utilizada contra a Alemanha, forçou a surpreendente rendição incondicional do Império Nipônico.

Através do exame minucioso da evolução histórica afirma o A. que até o século passado “o fito e a razão da ciência foram sobretudo satisfazer as necessidades da guerra como se verificara já nos povos antigos, como gregos e babilônicos. A própria palavra engenheiro significava, inicialmente, técnico militar. Arquimedes, o sábio genial da antiguidade, e Heron, um dos fundadores da mecânica, eram prezados por seus contemporâneos, essencialmente como técnicos militares. Em tempos mais recentes, verificaremos que Léonardo da Vinci se apresentava aos potentados da época como engenheiro militar e Lavoisier foi diretor do Arsenal Militar de Paris e que grandes vultos como Galileu, Lagrange e Laplace eram professores de ciências militares, como militares eram Carneaut, o criador da moderna termo-dinâmica, Monge o inventor da geometria analítica e tantas outras figuras, que seria fastidioso recapitular. Clausewitz, o grande estrategista prussiano, em sua obra monumental sobre a guerra esmiuçou longamente a relação fundamental entre a ciência e a guerra, considerando esta como méra modalidade de política internacional destinada a corrigir ou reforçar as atividades diplomáticas.

No século passado a revolução industrial desencadeada pela criação da máquina a vapor e o conseqüente desenvolvimento das indústrias carboníferas e metalúrgicas, trouxe, também uma espécie de industrialização da guerra que passou a depender mais dos parques manufatureiros e das reservas de combustíveis, do que propriamente do progresso científico. No entretanto no século atual já a tecnologia, que nada mais é do que a aplicação concreta da ciência, passou a assumir invulgar importância. Assim, por exemplo, sem a síntese do amoníaco, feita pelo químico são Haber, a Alemanha teria capitulado em 1915, por falta de matéria prima para fabricação de explosivos nitrados e de adubos fertilizantes. No segundo e recente grande conflito mundial acentuou-se a importância bélica das aplicações tecnológicas. Sem petróleo sintético, a Alemanha não teria podido mobilizar por tantos anos sua avia-

ção e suas forças blindadas da mesma forma que sem a borracha sintética os aliados privados do latex do Extremo Oriente ocupado pelos japoneses, não dispunham de pneumáticos para seus aviões e veículos militares, além de grande número de outras peças de não menos utilidade. Sem o radar teria sido perdida a batalha aérea da Inglaterra e os alemães a teriam dominado com o auxílio das armas V (vê) de jato propulsão. Sem os detetores ultra-sonoros, os aliados não teriam também podido fazer face à campanha submarina. Finalmente sem os explosivos atômicos a conquista do Japão teria de ser mediante longa e mortífera campanha. Como diz o autor, “depois da explosão de Hiroshima, a política mundial é dominada pela política da ciência”.

Outrora, os vencedores impunham aos vencidos pesados tributos de caráter material. Atualmente preocupam-se em arrebanhar os sábios dos países ocupados, para trabalharem em seu benefício. Verificou-se a respeito uma verdadeira corrida entre norte-americanos, ingleses e russos. Em fins de 1946, o Departamento de Guerra Norte Americano revelou que a colaboração de 270 cientistas alemães e austríacos, tinham feito progredirem as pesquisas americanas em diversos ramos científicos, de um prazo entre dois a dez anos, sendo que a econômica, somente no que se refere ao problema dos foguetes equivalia a 750.000.00 de dolares. Os britânicos realizam pesquisas atômicas com a colaboração de Heisenberg e Han, ao passo que os russos também lograram o auxílio de numerosos sábios, inclusive de Hertz, um dos maiores conhecedores da ciência atômica.

Em face do exposto, acrescenta o Autor seria interessante avaliar-se o “potencial científico de cada país” e um dos processos que poderia ser empregado para este fim seria o estudo da distribuição dos prêmios Nobel, que consagram as maiores sumidades científicas internacionais. O exame estatístico do presente século mostra que, por ordem decrescente, foram assim destruídos: Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos e França, seguindo-se Holanda, Austria, Suécia, Dinamarca e Suíça, sendo de se notar que estes últimos países proporcionalmente às suas populações, entram com o contingente superior aos demais. Examinando-se porém a distribuição dos prêmios Nobel a partir de 1933, ano que marca a ascensão do nazismo ao poder, verifica-se que o primeiro lugar passou a ser ocupado, pelos Estados Unidos e o segundo pela Inglaterra, caindo a Alemanha para o terceiro lugar. Tal fato decorreu de perseguições de caráter político ou racial que afugentou centenas de sábios entre os quais Einstein, Haber, Schreinger, etc., da mesma forma que o fascismo afugentou as

poucas figuras de elevada projeção, como Fermi. A maioria desses exilados passou a trabalhar na América do Norte, tendo contribuído decisivamente, para a criação da bomba atômica. O antigo processo da ciência alemã, devia-se ao amparo financeiro prestado aos cientistas, ás suas ricas bibliotecas e aos centros oficiais de pesquisas dos quais foi tipo o Instituto criado pelo Imperador Guilherme. Os Norte-Americanos adotaram metodos similares, acrescidos de contribuição voluntariamente trazida pela iniciativa particular e da qual é exemplo o magnifico Estabelecimento de Pesquisas criado pela Companhia General Electric em Schenectady.

Os russos somente conseguiram dois premios Nobel, mesmo assim, no tempo do tzarismo e referentes à medicina e à fisiologia. Demonstraram, portanto, ou isolamento ermético da ciência mundial ou um baixo padrão de evolução científica, devendo contar sobretudo com os elementos que conseguiram recrutar na Alemanha ocupada.

A criação da bomba atômica veio subverter radicalmente o conceito de guerra com instrumento político. Em primeiro lugar, trata-se de uma arma veiculada por via aérea e contra a qual nada valem as barreiras das esquadras e dos exércitos. Em segundo lugar trata-se de uma “arma de saturação”, isto é, que bastará ser empregada dentro de determinados limites. Por exemplo, se todos os centros vitais da Inglaterra puderem ser destruidos apenas por duzentas bombas atômicas não haverá necessidade de empregar um número dez vezes ou cem vezes maior. Finalmente, tratando-se de um instrumento que poderá ser fabricado mesmo por um pequeno país, desde que dotado de alto nível tecnológico, vem subverter o conceito de grande potência, pois um pequeno país provido de uma razoável quantidade de bombas atômicas e agindo de surpresa, poderá rapidamente, aniquilar uma das chamadas grandes potências.

A posição geográfica da Russia e dos países satélites poderia ser considerada como militarmente inexpugnável antes do advento da era atômica. Já em 1904 Mackinder desenvolvera o conceito de uma zona por ele denominada de “coração do mundo”, correspondente à região centro oriental da Europa e que representaria o núcleo de domínio da “ilha coração” do mundo, constituída pelos continentes interligados: Europa, Asia e Africa. Este coração do mundo constituiria a maior fortaleza natural do globo terrestre encerrando a maioria de seus recursos naturais e humanos, dotados, além disso, de um elevado potencial de industrialização em face de crescente evolução. O domínio do “coração do

mundo” e da “ilha do mundo” correspondia ao controle de 15/16 da população do mundo, se anexarmos os respectivamente pequenos arquipélagos próximos, da Grã-Bretanha e do Japão. Ficariam, apenas relativamente independentes as Américas e o arquipélago da Oceânia. Os “géopolíticos” do terceiro Reich desenvolveram longamente semelhante teoria e foi certamente ela que inspirou o ataque desfechado por Hitler contra a Rússia para assegurar a dominação mundial. Atualmente, os papéis se encontram invertidos e a Rússia é a senhora do coração do Universo, gozando aos demais das vantagens do “conceito espaço”, no qual tanto insistia Haushofer. Realmente, foi a imensidão territorial, associada a fatores climáticos adversos aos invasores motivo principal, da salvação da Rússia contra o nazismo, da mesma forma que um século antes, já a havia salvo das hostes napoleônicas. Foi também a imensidão territorial da China que impediu seu domínio por uma potência superiormente armada e organizada como era o Japão. Sem o advento da bomba atômica, a situação dos países comunistas seria realmente privilegiada. No entanto os tremendos efeitos dos explosivos atômicos transportados por aviões estratosféricos, anula, praticamente, as vantagens de caráter geográfico.

A situação atual do Universo com o antagonismo cada vez mais acêntuado entre o Ocidente e Oriente coloca-nos cada vez mais próximo da eventualidade de um terrível conflito mundial, travado com novas armas, cuja capacidade destrutiva poderá exceder qualquer expectativa, comprometendo talvez, irremediavelmente o futuro da humanidade. A Federação dos Sábios Atômicos Norte-Americanos afirmava, já em Novembro de 1945 ser impossível um eterno segredo da bomba atômica que contra esta não poderia haver defesa eficiente e que a única salvação residiria em controle mundial da energia atômica, de caráter internacional, conforme foi proposto pelos planos Lilienthal e Baruch. Como afirmava este último “a bomba não espera as discussões: esperar talvez signifique morrer”.

Os planos propostos visam uma fiscalização internacional de todos os minérios atômicos e de todas as instalações que se dedicarem as pesquisas atômicas, de maneira a evitar qualquer manifestação do periculosidade, isto é, a fabricação ou armazenagens de bombas atômicas. Os Estados Unidos como mais adiantados no setor atômico, guardariam determinadas prerrogativas que iriam gradualmente cedendo, à proporção que o controle se fosse intensificando. As nações deveriam abdicar uma parcela de sua autonomia em prol da paz mundial sendo que o ideal seria

criação de uma entidade suprema de cunho internacional espécie de verdadeiro governo mundial.

Em resumo, o desenvolvimento sem precedentes da ciência hodierna com a criação dos explosivos de fissuração colocou a humanidade perante um verdadeiro dilema: criação de um governo mundial ou perecimento. Como escreveu o autor, ao finalizar sua obra: “não nos faltam meios para resolver o problema. Bastaria ter a vontade de abordá-lo”.

BRASÍLIA, 15 de Novembro de 1964

BRAZ DE SOUSA ARRUDA

NOTICIÁRIO ACADÊMICO

CURSO DO PROFESSOR LUIGI BAGOLINI NA FACULDADE DE DIREITO

O Professor Luigi Bagolini, catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Genova, regeu um curso monográfico sobre matéria de sua especialidade, subordinado ao tema: "O Problema do Abuso do Direito".

As aulas foram iniciadas em agosto do corrente ano prolongando-se até novembro, mês em que foram encerradas juntamente com o ano letivo.

Foi o seguinte o programa do curso ministrado pelo ilustre jurista e filósofo:

O PROBLEMA DO ABUSO DO DIREITO

I

1. Metodo da indagação sôbre o abuso do direito.
2. Interdependência dos conceitos jurídicos.
3. Significação comum do conceito de abuso do direito com referência à noção de direito subjetivo.

II

1. Sentido jurídico e sentido filosófico do conceito de "abuso".
2. Relação entre o conceito de "abuso" e o problema filosófico do fundamento do direito.

III

1. Da necessidade de uma indagação histórica para a determinação concreta do conceito de abuso.
2. Aspecto desse problema no direito romano.

IV

1. Doutrinas negadoras da proibição dos atos emulativos no direito romano.

2. Doutrinas que afirmam a existência do conceito de abuso no direito romano — Análise de alguns textos fundamentais.

V

1. Tomada de posição perante as teorias contrastantes.
2. Abuso do direito e interpretação.
3. Teoria do abuso na evolução do direito Romano.

VI

1. O conceito de abuso do direito no pensamento cristão e no direito intermedio.
2. Os glosadores e os humanistas — Cujacio.

VII

1. A condificação napoleônica.
2. O problema do abuso do direito na jurisprudência francesa.

VIII

1. O problema do abuso do direito na legislação alemã.
2. Questões de exegese.

IX

1. O problema do abuso do direito na jurisprudência brasileira.
2. Exames de textos.

X

1. O problema do abuso do direito na legislação alemã.
2. Questões de exegese.
3. Referências à jurisprudência e à doutrina.

XI

1. O problema do abuso do direito na legislação suíça.
2. Exame do problema no novo código italiano.

XII

1. Classificação das diversas teorias acerca do abuso do direito.

2. Responsabilidade por culpa e abuso.
3. O problema da responsabilidade objetiva.

XIII

1. Abuso e dano.
2. Aspectos da teoria do direito subjetivo com referência ao conceito de abuso.

XIV

1. O problema do abuso na teoria da relatividade dos direitos.
2. Teorias que identificam o direito do abuso com o critério moral.

XV

1. Tomada de posição perante as precedentes teorias.
2. O critério do abuso numa concepção institucionalista do direito.

XVI

1. A teoria do abuso como teoria da interpretação jurídica.
2. Interpretação declarativa e interpretação evolutiva.

XVII

1. Significação filosófica da redução da teoria do abuso à doutrina da interpretação jurídica.

* * *

CURSO DO PROFESSOR CAMILO BARCIA TRELLES NA NA FACULDADE DE DIREITO

O Professor Camilo Barcia Trelles, catedrático de Direito Internacional e diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, regeu um curso monográfico sobre matéria de sua especialidade, subordinado ao tema: “O Problema da Unidade, Dualidade e Pluralidade do Mundo, Considerado em sua Significação Histórica e em sua Projecção Atual”.

As aulas foram iniciadas em 15 de abril do corrente ano, tendo sido frequentadas por assistência numerosa e seleta. O curso teve a duração de dois meses. Na sessão Final de encerramento, o Prof. Camilo Barcia Trelles, depois de responder à saudação

que lhe dirigiu o Prof. Braz de Sousa Arruda, ofereceu à Faculdade de Direito, como testemunho de agradecimento, e de homenagem, os originais do curso que acabara de professar.

Foi o seguinte o programa do curso ministrado pelo eminente jurista:

O PROBLEMA DA UNIDADE, DUALIDADE E PLURALIDADE DO MUNDO, CONSIDERADO EM SUA SIGNIFICAÇÃO HISTÓRICA E EM SUA ATUAL PROJEÇÃO

I

POSIÇÃO DO PROBLEMA

Anacronismo do meridiano de Jefferson. O mito atual do parapeito atlântico (de 1796 a 1939). Complexidade e perplexidade. As alterações registradas desde 1914: a.— o balanço de Norman Angell (da grande ilusão ao grande desequilíbrio; a era atômica, a crise imperial britânica, o incremento do poder material e dialético do Império Russo e a talassocracia norte-americana) b.— a celeridade das superações; c.— valorização e fixação dos fatores determinantes da política internacional.

II

A VERSÃO GEOPOLÍTICA DO ATUAL PROBLEMA

Um ensaio interpretativo: a versão de Halford J. Mackinder. A versão dos *oceanícolas* (The sea man, as point of view). Greta, Persia, Lácio, as cruzadas, o plano britânico e a talassocracia anglicana. A Ilha Mundial e seu contraste com o Hemisfério Ocidental. A exegese dos *terrícolas*; o Heartland do Norte e do Sul e suas semelhanças; camaleões e cavaleiros; o sentido estratégico do Heartland; as três grandes consequências estabelecidas por Mackinder.

A organização planificada do Heartland; de Yalta (1945) a São Francisco (1951). Um tratado de paz estranho e incompleto. Fatores inéditos no atual problema asiático.

III

SOBRE A EXISTÊNCIA DE UM FATOR AGLUTINANTE

O problema da unidade do mundo e suas raízes históricas. A versão de Carl Schmitt. As atuais razões (apaziguamento, *modus vivendi* e contenção). O Superestado e a Superpotência.

A solução dualista; o dualismo como fenômeno episódico, as tendências à evasão “-escapismo-” e a terceira força. Monismo, dualismo e pluralismo.

IV

O MONISMO

As tendências monistas inspiradas no arcaísmo; a— o monismo *imperial*; Dante e seus quatro postulados. Bartolo e sua ponderada visão monista (o papado e o império; o Império e as monarquias; justificação do Império, como poder dirimente); b— o monismo *papal*; Gil de Roma e Tolomeo de Lucas; a penetrante versão compensativa de Alvaro Pelayo (O imperador e o poder temporal; superioridade do poder espiritual ao temporal; notas diferenciais entre ambos os poderes); c. — o monismo harmônico (São Boaventura).

Atualidade das precedentes versões, como fonte de inspiração.

V

INTENTO DE EXPORTAR O MONISMO MEDIEVAL PARA O NOVO MUNDO

Os títulos ilegítimos segundo F. de Vitoria (autoridade universal do Romano Pontífice e do Imperador). A Bula de Alexandre VI, interpretada por Carl Schmitt (linhas globais e linhas agonais. Contrastes das Versões hispano-lusitana e franco-inglesa à respeito ao destino da América. A tese cesarista de Juan Gines de Sepulveda e a refutação de Domingo de Soto. A legação do monismo papal e o “requerimento” de Palacio Rubios. O caráter missionário da empresa Hispano-Lusitana na América e seu contraste com o sistema das “amity-lines”; onde Inglaterra e França assinalavam o vazio Jurídico, Espanha e Portugal instilavam o Direito Internacional do porvir. Inalienabilidade e neutralização da América.

VI

AS SOLUÇÕES PLURALISTAS

O equilíbrio como instrumento de pluralismo. Atualidade do problema do equilíbrio político. Raízes doutrinárias do Equilíbrio; Políbio: Maquiavel e sua construção sutil (o mal menor, o problema da segurança, a política do mal vizinho, a neutralidade, as alianças, seus acidentes e o veto). Consequências anár-

quicas que engendra a tésé de Maquiavel. Maquiavel como oráculo de uma Europa amoral e corrompida.

Pressuposto fictício do equilíbrio; a unidade e a hierarquia de poderes, eliminadas pelo renascimento e a Reforma. Aparecimento da política internacional aritmética; o triunvirato onipotente, símbolo de equilíbrio (Carlos, Enrique e Francisco). Os tradutores da nova realidade européia (Lord Bacon, Enrique de Rohan y Fenelon). A nova modalidade do equilíbrio (as repartições). As Coalizões e a instabilidade européia de 1648 (1713 e 1815). A Santa Aliança na Europa e América (significação do gesto monróico). Dificuldade dos Estados Unidos em assimilar a idéia de equilíbrio. O equilíbrio em 1648 e em 1952; notas diferenciais. O equilíbrio, o Pacto do Atlantico e a atual universalização do problema.

VII

O DUALISMO ATUAL

Os protagonistas do dualismo internacional na hora presente:

a) *A política internacional norte-americana* — Elementos determinantes de toda política internacional (fatores necessários e voluntários e sua possível conjugação; continuidade e descontinuidade em política internacional; o atual fenómeno extensivo na dinâmica internacional). Existem as chamadas constantes históricas em política internacional? O isolacionismo norte-americano, enquanto inclinação constante. Análise e avaliação do Manifesto de Adeus de Washington de 17 de novembro de 1796 (nossa interpretação pessoal sobre o histórico e pseudo-bíblico documento). Intento europeu de inspirar-se nos ensinamentos de Washington; reações continentais — França — e insulares — Inglaterra —. Interpretações belga, portuguesa, italiana e alemã. A evolução histórica do isolacionismo norte-americano; a) — raízes hispânicas do chamado isolacionismo b) o isolacionismo, o destino manifesto e a liberdade dos mares; c) o isolacionismo cobijado à sombra de pretextos constitucionais; d) o refreado complexo de isolacionismo e. — o isolacionismo e a política biesférica; f. — o isolacionismo e o primeiro pós-guerra; isolacionismo e trumanismo; g. — gênese do Pacto Atlantico e recidivas isolacionistas.

As recentes inclinações neo-isolacionistas e anti-isolacionistas;

a. — a doutrina do parapeito (Hoover Eisenhower); consideração especial da tésé de Hoover, exposta em seus dis-

cursos de 1951 e 1952; o parapeitismo de Walter Lippman; b. — Nova versão da tese da contenção (a doutrina da diplomacia total); c. — a última exegese do “parapeitismo” (o sistema da defesa periférica). As interpretações de George Kennan e de James Burnham.

b) — *A política internacional russa.* — A tese do espaço incontrolável através de quatro experiências históricas (1610-1708-1812-1941); explicação do citado fenômeno. A guerra fria como semeadora de inquietudes. A tese da Rússia como Deus Jano (o pendulo alternativo entre oriente e ocidente). O testamento de Pedro I e a inquietante atualidade de suas cláusulas. A ânsia oceanícola da Rússia, como fator determinante de sua política internacional. Os fatores necessários e voluntários na política internacional russa. O messianismo russo como inclinação plurisecular. As teses precedentes referentes ao processo histórico da política internacional russa (1700-1914). A Rússia isolada do mundo se concentra em seu oceano interior (os planos quinquenais).

A reação norteamericana (Política da Porta Aberta). A política internacional russa na Eurásia, no momento presente (1945 e 1950) de Chiang a Mao. O Direito Internacional, com versão russa, como arma política.

A réplica norteamericana ante o “mackinderismo” russo na Ásia. O Livro Branco norteamericano e o profético informe Wedemeyer; o santuário manchuriano e uma guerra sem epílogo castrense o paradoxal caso de Formosa.

O Heartland e o mundo periférico, frente a frente. O intento aclaratório de Acheson e a tese diferencial de Lippman. O duelo atual entre uma potência terrícola (Rússia) e outra oceanícola (Estados Unidos). O que representa esta luta, qual pode ser seu epílogo e que consequências implicam seu desenlace. Uma versão plurisecular das possibilidades decisórias das talassocracias (a República dos atenienses).

VIII

AS NORMAS DA EQUIDISTÂNCIA E DA EVASÃO (TERCEIRAS FORÇAS E PLURALISMOS)

a) As inteligências regionais; b) a tese dos espaços vitais; c) os neutralismos; como explica Hoover o processo formativo dos neutralismos europeus. Genese do “escapismo” do velho mundo. O neutralismo e a fixação do conceito (neutralismo estático

e dinâmico — O neutralismo dos vencedores e a tésé da terceira posição: França, Inglaterra. Índia, Egito. O surpreendente neutralismo dos vencidos. Consideração especial dos neutralismos nipónico e alemão.

IX

A AMÉRICA HISPANICA EM FACE DO PROBLEMA DA UNIDADE DO MUNDO

O isolacionismo dos Estados Unidos, em sua projeção sul-americana. As reações ao sul do Rio Grande: a. — Rivadavia; b. — o condicionalismo de Clay; c. — a versão mexicana; d. — a reação dialética brasileira. O particularismo monróico, frente ao ecumenismo bolivariano. O cosmo hispanico e a limitação anglo-saxônica. O Congresso do Panamá em 1826.

A atual posição da América Iberica, ante o transe da universalização da política internacional norte-americana. O panamericanismo rebaixado ou inadaptado? Como a América Hispânica perdeu sua conjuntura histórica e o que significa Euráfrica frente à Panamerica, segundo a exegesis de Carlos Davila. Repercussões na América da súbita europeização norte americana. Incluída no Novo Mundo uma cosmocracia potencial, parecem ausentes da conjuntura os movimentos de retração americana.

* * *

CONFERENCIAS DO PROFESSOR MARCEL SIBERT NA FACULDADE DE DIREITO

O Professor Marcel Sibert, titular da cadeira de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de Paris e diretor do Instituto de Altos Estudos internacionais da mesma Universidade quando esteve em São Paulo a convite da Reitoria da Universidade, realizou nesta Faculdade cinco palestras destinadas aos alunos do Curso de Bacharelado e demais interessados, a primeira das quais publicada nesta Revista.

Ao iniciar o ciclo de conferências, a primeira das quais versando o tema “A Disputa entre o Direito Natural e o Direito Positivo”, foi o ilustre internacionalista saudado pelo Prof. Pinto Pereira e pelo Prof. Ernesto Leme, reitor da Universidade. As conferências seguintes se subordinaram aos temas: “Um Caso Especial de Denegação de Justiça: a Insuficiência dos Tri-

nais” e “As Garantias em Favor dos Individuos nos Antigos Tratados de Anexação”.

No ato de encerramento das conferências proferidas nesta Faculdade, foi o Professor Marcel Sibert saudado pelo Professor Braz de Sousa Arrudá que ressaltou a importância dos ensinamentos e os méritos consagrados do eminente jurista. Agradecendo a homenagem que lhe era tributada o Professor Marcel Sibert ofereceu à Faculdade de Direito o exemplar pessoal do “*Traité de Droit International Public*” que acaba de publicar.

* * *

O LIVREIRO SARAIVA E AS TRADIÇÕES ACADÊMICAS

O “Diário do Norte”, que se edita no *Porto*, publicou um artigo de autoria do ilustre escritor *Joaquim Leitão* evocando a personalidade do saudoso livreiro Joaquim Saraiva. Eis o teor do referido artigo:

“Há sessent’anos bem contados, ai no Porto, num prédio que faz esquina da Rua do Almada para a Travessa da Picaria; e junto à fonte, a meio correr da larga fachada, existia uma livraria, — “Biblioteca do Cura d’Aldeia”, propriedade de meu Pai — Joaquim Antunes Leitão —, que começou por traduzir e editar a fascículos, o *Escrich*, e acabou por editar a “*Ve lhice do Padre Eterno*”, de Junqueiro. Foi o núcleo criador da “*Empresa Literária e Tipográfica*”, que nasceu no prédio, da mesma Rua do Almada, mas mais acima e do lado oposto, n.º 347, donde passou para um prédio todo da Rua D. Pedro, e onde continuou a editar as celebridades da época — Camilo, Gonçalves Crespo, Guerra Junqueiro, Antonio Cândido, Maria Amália, Gervásio Lobato, etc. E como oficina gráfica tomou tal desenvolvimento que havia sempre dois cofres fortes, um simples, dos maiores, e outro duplo, sempre cheios de originais brasileiros, “stock” para dois anos.

“Chegou a imprimir um volume de duzentas e cinquenta páginas por dia!

“Para a Livraria, ainda “Biblioteca do Cura D’Aldeia”, — título do romance de *Escrich*, traduzido em Folhetins no “*Comércio do Porto*” e que este grande jornal cedeu, entrou como marçano um rapazito da Província, seus onze anos, chamado

Joaquim Saraiva, tratado como filho, por meu pai, e como companheiro de geração por nós. Decorridos anos, o Saraiva, que dera mostras de queda para o ramo da Livraria, e sempre fôra moralmente exemplar, respeitador, obediente, affectivo, grato, foi autorizado a usar gravata. Era caixeiro.

“Rodou o tempo. Chegou a hora de o Saraiva pensar no seu futuro. Emigrou para o Brasil é claro, porque, naquele tempo, o nosso principal território africano e os portugueses conheciam-no por Costa D’Africa, e como depósito de degredados. Partiu com um abraço de meu Pai e as lágrimas de nós todos lá de casa. Fixou-se em S. Paulo, e, depois de uma tentativa de importação de vinhos portugueses, optou pelo ramo de livraria, em que fôra criado e educado.

“Dedicou-se à especialidade jurídica; livros de direito portuguezes, brasileiros, italianos, franceses. A breve trecho a livraria Saraiva era um centro dos lentes e alunos da Faculdade de Direito de S. Paulo. Procurada, considerada e o seu proprietário respeitadissimo e queridissimo, porque além do bom fornecimento o Saraiva era um rapaz — foi fazer 19 anos no Brasil! — de uma bondade moldada nas faculdades da Mãe, que ele e os seus descendentes apelidam “a Santa”. Um estudante chegava à Livraria, e escolhidos os livros do ano escolar manifestava certo enleio na aquisição; o Saraiva, que adivinhava a situação cortava cerce, dizendo para o rapaz; — “Não tens dinheiro. Leva os livros que te forem precisos. Um dia pagarás”.

“Fazia isto a todos os rapazes da Faculdade de Direito, que pagavam depois de formados. Com o crédito dos livros, adiantava-lhes dinheiro para as matrículas e muitas vezes até para as despesas da pensão. E a par de importante como todos estes auxílios, vinham os bons conselhos, fraternais, para não dizer paternos. Tanto que o cognomiram o “Conselheiro Saraiva”. Uma dúzia de anos decorrida, nas catedras da Faculdade de Direito de S. Paulo, nos primeiros postos da vida official, até nas cadeiras do governo estadual, na advocacia via-se uma geração, uns mais outros menos, que o Livreiro Saraiva ajudara a formar. E a sua cruzada continuou sempre. A população, o comércio, a indústria toda a gente sabia da vida admirável do Saraiva.

“Simultaneamente, o Saraiva mandava todos os anos para os pobres da sua aldeiazinha natal sucessivas quantias. Vindo a Portugal, restaurou a Igreja onde fôra baptizado, consertou casas de pobres e até estradas abriu à sua custa.

“Na última visita a Portugal, o povo do seu torrão, foi esperá-lo à entrada da freguesia, levando ao ombro as enxadas e outras alfaias do trabalho.

“Ao regressar ao Brasil esperava-o outra manifestação: estudantes e até professores da universidade de Direito, e representantes de todas as classes de S. Paulo, tomaram um comboio especial, para o vir esperar no Porto. Mas o paquete adiantou. A influência dos manifestantes conseguiu, então, das estações oficiais que ninguém desembarcasse, até nova ordem. A bordo, desde o comandante do vapor até os passageiros, ficou toda a gente muito intrigada por não compreenderem aquela proibição de desembarcar. Por fim, chegou o comboio especial de S. Paulo e entre vivas e palmas Saraiva desembarcou ao colo dos seus gratos manifestantes, e os passageiros do barco compreenderam a emocionante terrível daquela retenção e associaram-se comovidos àquela manifestação, só comparável a recepção de Chefe de Estado.

“Morreu no auge da sua carreira. A sua casa — não só uma forte editora de obras de Direito, mas de diversas coleções de belas-letas e toda a pedagogia, e já dotada de oficinas gráficas, — continua a tradição comercial e moral, nas mãos dos três filhos, tão trabalhadores, inteligente, tão honestos tão bons como o Pai e a Mãe, que graças a Deus ainda vive, e que quando veio a Portugal, uma das quatro filhas lhe recomendou que me procurasse, os corações lembrados da gratíssima ternura com que o fundador daquela dinastia recordava meu Pai.

“Ninguém pode esquecer.”

“No seu tumulto há versos de estudantes; na progredida e grande, moderníssima cidade de S. Paulo, uma das maiores avenidas, chama-se. “Avenida Livreiro Saraiva”

“E a Faculdade de Direito, representante da gratidão de diversas gerações de juristas, inaugurou o retrato de Saraiva.”

“A emparelhar, com a vida deste horói do trabalho, é de registar esta gratíssima saudade”.

“A gloriosa Faculdade é mestra não só na ciência do Direito, mas também na ciência de ser grato, honra de S. Paulo, do Brasil, dos brasileiros!”.

(Do “Diário do Norte” do Porto, de 21 de Julho de 1952).

INDICE



HOMENAGEM

Prof. Dr. Antonio de Sampaio Dória	9
Prof. Dr. Vicente Ráo	15

ARTIGOS E CONFERÊNCIAS

Droit Naturel et Droit Positif — Marcel Sibert	21
Prefácio de Mirkine-Guetzevitch a um curso do Prof. Vicente Ráo	38
Monopólio do Câmbio — A. de Sampaio Dória	42
Direito Internacional Privado Luso-Brasileiro — A. Ferrer Correia	80
Relação e Norma na Vida do Direito — Ruy Cirne Lima	115
O loteamento de terrenos urbanos de propriedade particular e o domínio público dos espaços livres — Waldemar Ferreira ..	129
A responsabilidade dos patrões, amos e comitentes no direito civil brasileiro — Vicente Ráo	145
Funções e conceito do direito civil comparado — Lino de Moraes Leme	166
Evolução do Direito Social Brasileiro — A. F. Cesarino Junior ...	185
Direito e valores no pensamento de Miguel Reale — Luigi Bagolini	207
Cristianismo e Razão de Estado no Renascimento Lusíada — Miguel Reale	224
O convívio acadêmico e a formação da nacionalidade brasileira — A. Almeida Junior	271
Classificação dos criminosos — H. Veiga de Carvalho	293
O recuo do meridiano de Tordesilhas em face do Direito Internacional — José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos	305
Um aspecto da nomeação de herdeiro em objeto determinado segundo o direito romano — Gaetano Sciascia	334

PRELEÇÕES E DISCURSOS

A Constituição e a Legislação de Ensino — A. de Sampaio Dória ..	357
Ruy — Homem de Gênio e Homem de Bem — A. de Sampaio Dória	376

O mandato de administração das antigas colônias dos países vencidos na guerra de 1914-1918 — Vicente Ráo	417
O «veto» e a segurança da paz internacional — Complementação da Carta das Nações Unidas — Vicente Ráo	437
A Velha Academia — Raul Fernandes	444
Saudação do Prof. Vicente Ráo ao embaixador Raul Fernandes	454

TRABALHOS DE ALUNOS

Delito Político — Paulo Carneiro Maia	474
O Direito Público Subjetivo e a Doutrina de Duguit — Moacyr Lobo da Costa	490

BIBLIOGRAFIA

Marcello Caetano, Lições de Direito Constitucional e de Ciência Política — Waldemar Ferreira	503
Vasco Taborda Ferreira, A nacionalidade; alguns aspectos fundamentais — Waldemar Ferreira	505
Paulo Merêa, Estudos de Direito Hispânico Medieval — Waldemar Ferreira	506
Instituto de Derecho del Trabajo, La Huelga — Waldemar Ferreira	508
Francesco Ferrara J., Gli Imprenditori e le Società — Waldemar Ferreira	512
Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal — Waldemar Ferreira	515
E. M. Friedwald — L'humanité doit choisir — Braz de Souza Arruda	517

NOTICIÁRIO ACADÊMICO

Curso do Prof. Luigi Bagolini na Faculdade de Direito	525
Curso do Prof. Camilo Barcia Trelles na Faculdade de Direito ..	527
Conferências do Prof. Marcel Sibert na Faculdade de Direito	532
O livreiro Saraiva e as tradições acadêmicas	533



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).